

Ø

**O consentimento livre e esclarecido
na prática de assistência médica:
um estudo da jurisprudência dos tribunais brasileiros**

Gabriela Guz

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Saúde Pública.

Área de Concentração: Serviços de Saúde Pública

Orientador: Prof. Dr. Paulo Antonio de Carvalho Fortes

**São Paulo
2007**



É expressamente proibida a comercialização deste documento tanto na sua forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

49012/2007 doc

*A Szlama Guz (in memoriam) e Guta Guz,
cuja história de coragem, luta e determinação
permitiu que eu construísse a minha própria história.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Antonio de Carvalho Fortes, pela confiança, apoio e parceria.

Ao Prof. Dr. Laurindo Dias Minhoto, por suas essenciais considerações manifestadas na banca de qualificação e na pré-banca, e pela disponibilidade e generosidade ao longo de todo o processo de mestrado.

Ao Prof. Dr. Reinaldo Ayer de Oliveira, pelas contribuições trazidas desde o pré-projeto de pesquisa até a pré-banca.

Ao Prof. Dr. Marco Segre, pela amizade e pelos preciosos momentos de reflexões bioéticas.

Aos queridos alunos da disciplina *Ética Médica* da Faculdade de Medicina da Universidade de Santo Amaro - Unisa, pela oportunidade de compartilhar questionamentos éticos.

Aos amigos e familiares, pelo apoio e compreensão ante a minha freqüente ausência durante o tempo de mestrado.

Aos meus pais, Suely e Isaac, por terem possibilitado que eu chegasse até aqui.

Aos meus irmãos, Fabio (*in memoriam*), Tatiana e Guilherme, pelo apoio e amor incondicional, sempre.

Ao Bart, por literalmente ter ficado ao meu lado durante a redação desta dissertação.

RESUMO

Guz G. O consentimento livre e esclarecido na prática de assistência médica: um estudo da jurisprudência dos tribunais brasileiros [dissertação de mestrado]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da USP; 2007.

O consentimento livre e esclarecido corresponde à concretização do respeito à autonomia do paciente na prática de assistência médica, representando uma profunda mudança de paradigma para a relação médico-paciente, tradicionalmente pautada no paternalismo médico. A bioética e os tribunais estadunidenses concorreram para o seu nascimento e desenvolvimento. Entretanto, a maneira como os tribunais delinearão o tema acabou por reduzi-lo ao cumprimento dos deveres legais de obter o consentimento do paciente e de informá-lo. Além disso, a popularização dos formulários contendo informações padronizadas e a assinatura do paciente para fins de comprovação do cumprimento de tais deveres distanciou o tema de seu originário fundamento do respeito à autonomia individual. No Brasil, o consentimento livre e esclarecido foi primeiramente desenvolvido pela bioética e, apenas recentemente, passou a se esboçar a abordagem jurídica do tema. Buscando identificar o entendimento dos tribunais brasileiros sobre o consentimento livre e esclarecido na prática de assistência médica, procedeu-se a estudo qualitativo das decisões judiciais proferidas em sede de ações relacionadas à responsabilidade civil médica, no período compreendido entre os anos de 2000 e 2005. Os dados foram coletados a partir dos sítios eletrônicos dos tribunais estaduais de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul (considerados os maiores estados brasileiros em termos de produto interno bruto), bem como dos competentes tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Verificou-se que a temática do consentimento livre e esclarecido já se faz presente nos tribunais estaduais pesquisados, bem como no Superior Tribunal de Justiça, fundamentalmente em função do questionamento sobre o dever de informar do médico. Tal questionamento, por sua vez, mostra-se impulsionado pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação médico-paciente. Dessa forma, são aspectos da legislação consumerista, tais como a utilização de um padrão objetivo de informação e o foco na proteção do consumidor, que vão delinear a abordagem dos tribunais brasileiros sobre o consentimento livre e esclarecido na prática de assistência médica. A aceitação e até mesmo a exigência da utilização de formulários padronizados foram verificadas em diversas decisões obtidas. Há indícios, assim, de que a abordagem judicial do consentimento livre e esclarecido no Brasil está seguindo o caminho trilhado pela jurisprudência estadunidense.

Descritores: Bioética; Ética médica; Consentimento livre e esclarecido; Tomada de decisão; Relação médico-paciente; Termo de consentimento livre e esclarecido; Dever de informar; Dever de obter o consentimento; Jurisprudência brasileira.

ABSTRACT

Guz G. Informed consent in medical care practice: a study of the Brazilian Courts' case law. [Dissertation]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo; 2007.

Informed consent corresponds to the concretion of the respect for patient's autonomy in medical care practice, representing a deep change of paradigm to the doctor-patient relationship, traditionally based on medical paternalism. Bioethics and American courts had concurred for its birth and development. However, the way the courts have delineated informed consent restricted it to the fulfillment of the legal duties to obtain the patient's consent and to disclose information. Moreover, the popularization of consent forms containing standardized information and the signature of the patient for the purpose of evidence of the fulfillment of such duties, has moved informed consent away from its original foundation of respect for individual autonomy. In Brazil, informed consent was first developed by bioethics and, only recently, the legal approach has started to emerge. To identify the Brazilian courts' understanding of informed consent in medical care practice, it was proceeded a qualitative study of the decisions pronounced in legal actions related to the medical civil liability between 2000 and 2005. The data was collected from websites of the courts of the Brazilian states of São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais and Rio Grande do Sul (considered the biggest Brazilian states in terms of gross domestic product), as well as of the competent superior courts (Supreme Federal Court and High Court of Justice). It was verified that informed consent is already a reality in the searched state courts, as well as in the High Court of Justice, basically in function of the questioning on the doctor's duty to disclose information. Such questioning is based on the application of the Consumer's Statute to the doctor-patient relationship. Thus, Consumer Statute aspects, such as the use of an objective standard of information and the focus in the protection of the consumer, delineate the understanding of the Brazilian courts on informed consent in medical care practice. The acceptance and even the requirement of the standardized forms' utilization were mentioned in many of the obtained decisions. There are indications, therefore, that the judicial approach of informed consent in Brazil is following the path trod by the American case law.

Descriptors: Bioethics; Medical ethics; Informed consent; Decision making; Doctor-patient relationship; Informed consent form; the duty to disclose information, the duty to obtain consent; Brazilian case law.

ÍNDICE

1 INTRODUÇÃO.....	1
1.1 A relação médico-paciente: breve histórico.....	2
1.2 O nascimento da bioética e a valorização do respeito à autonomia.....	10
1.3 O processo de decisão livre e esclarecida.....	19
1.4 Os tribunais estadunidenses e a criação do 'consentimento informado'.....	25
1.5 O consentimento livre e esclarecido no Brasil: da bioética para o direito.....	39
1.6 Os processos judiciais envolvendo a atividade médica no Brasil.....	45
2 OBJETIVOS.....	48
2.1 Objetivo geral.....	49
2.2 Objetivos específicos.....	49
3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	50
3.1 Tipo de pesquisa.....	51
3.2 Coleta de dados.....	53
3.2.1 Fontes e instrumentos de coleta de dados.....	53
3.2.2 Critérios de seleção das decisões.....	56
3.2.3 Termos de busca utilizados.....	57
3.2.4 Total de decisões obtidas.....	59
3.3 Método de análise dos dados coletados.....	59
4 ANÁLISE DOS RESULTADOS.....	62
4.1 O consentimento livre e esclarecido chega aos tribunais brasileiros.....	63
4.2 Responsabilidade civil médica e consentimento livre e esclarecido.....	71
4.2.1 Novos rumos da responsabilidade civil médica.....	71
4.2.2 Os deveres decorrentes do consentimento livre e esclarecido.....	78
4.3 O dever de informar no contexto do consentimento livre e esclarecido.....	87
4.3.1 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor.....	87
4.3.2 A relação entre a informação e o respeito à autonomia.....	94
4.3.3 O conteúdo e a extensão da informação.....	98
4.3.4 O dever de informar e a comunicação entre médico e paciente.....	110
4.4 O termo de consentimento livre e esclarecido.....	114
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	138

SIGLAS UTILIZADAS

1º TAC-SP: Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

REsp: Recurso Especial

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TA-MG: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

TJ-MG: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJ-RJ: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJ-RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJ-SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1 INTRODUÇÃO

1.1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE¹: BREVE HISTÓRICO

A relação médico-paciente foi marcada, ao longo da história da medicina, pelo poder decisório do médico sobre a saúde do paciente e, conseqüentemente, pela desconsideração da vontade deste no processo de tomada de decisão sobre a própria saúde.

Nesse sentido, KATZ (1989, p. 36) ressalta que “a idéia de que os pacientes tiveram direito a um pouco de liberdade, a compartilhar as cargas da decisão com seus médicos, nunca foi parte da essência da medicina”.

É nesse contexto, pois, que a concepção de consentimento livre e esclarecido, enquanto desdobramento da idéia de respeito à autonomia do paciente, irá representar o rompimento com o tradicional poder decisório do médico - como se verificará mais adiante.

Inicialmente, faz-se necessário compreender como e por que tal poder de decisão do médico predominou ao longo da história da medicina - e a partir de que momento passou a ser questionado.

Nas sociedades primitivas, a figura do médico estava ligada à magia e à religião. Os “(...) fatores sobrenaturais eram considerados causadores de enfermidades”, e “os médicos/pajés utilizavam procedimentos divinatórios

¹ Adotaremos, aqui, o vocábulo ‘paciente’ em seu significado original (do latim *patiens*: aquele que sofre, que padece).

desenvolvidos através das gerações para estabelecerem diagnósticos. (...) Eram indivíduos extremamente respeitados, nos quais se depositava, além de simples confiança, verdadeira fé” (SERÓDIO, 2006, p. 7).

Já na Grécia dos séculos V e IV a.C., verifica-se o surgimento de um novo tipo de médico: o profissional que exercia a medicina-ciência em contraposição aos que se dedicavam à de cunho religioso (MUÑOZ e FORTES, 1998).

O Juramento de Hipócrates, obra lembrada até os dias atuais nas cerimônias de colação de grau em medicina, institui, pela primeira vez, um código de normas de conduta (ALMEIDA, 1999).

A ética médica hipocrática caracterizava-se pelo paternalismo² médico fundamentado na beneficência e na não maleficência: “aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém”.

Observa-se que a vontade do paciente sequer é mencionada no Juramento de Hipócrates. MUÑOZ e FORTES (1999, p. 54) ressaltam que:

² De acordo com FORTES (1998, p. 48), o paternalismo corresponde à “interferência com a liberdade de um indivíduo eticamente capacitado para tomada de decisões, mediante uma ação beneficente justificada por razões referidas exclusivamente ao bem-estar, às necessidades da pessoa que está sendo coagida, e não por interesses de terceiros, do próprio profissional de saúde ou mesmo interesses da sociedade”.

“(...) o Juramento espelha a moral médica no apogeu do período clássico da cultura grega na Antigüidade (final do século V e século IV), tendo sido feito por médicos e para médicos. Herança da medicina sacerdotal, (...) simboliza a idéia religiosa de duas séries distintas de homens, separadas pela divisória rigorosa de uma ciência oculta e acessível apenas a alguns. Verifica-se uma distinção entre o profissional e o leigo, estabelecendo o Nomos hipocrático que ‘as coisas consagradas só devem ser reveladas aos homens consagrados; é vedado revelá-las aos profanos, uma vez que não estão iniciados nos mistérios do saber’.”

Na Idade Média, a religiosidade retorna ao centro da formação e da prática médica (SERÓDIO, 2006). O cristianismo adaptou os termos do juramento de Hipócrates sem alterar a sua estrutura. “Ou seja, o caráter sacerdotal do médico foi mantido” (ALMEIDA, 1999, p. 18).

Guillén apud ALMEIDA (1999, p. 18) ressalta ainda que, “a ética médica se converteu no paradigma de toda a ética ‘sacerdotal’, [outorgando] universalidade à ética hipocrática, dotando-a de vigência ao largo de muitos séculos”.

Segundo KATZ (1989), a fé e a obediência tiveram tanta importância na prática médica do período medieval como nos dias de Hipócrates. As interações entre médicos e pacientes se regeram por três crenças inter-relacionadas: a) os pacientes devem honrar os médicos, porque sua autoridade vem de Deus; b) os pacientes devem ter fé em seu médico e; c) devem prometer obediência.

O caráter religioso da figura do médico dificultou enormemente os questionamentos das decisões tomadas por tal profissional, havendo ainda a

crença de que sem o respeito à autoridade médica não haveria cura. Assim, os diálogos entre médicos e pacientes serviam para tranquilizar os doentes, dar-lhes segurança e esperança ou para induzi-los a seguir as prescrições médicas (KATZ, 1989).

Segundo ALMEIDA (1999, p. 18-19):

“A abertura das faculdades de medicina nas universidades medievais, a partir do século XII, e a promulgação das primeiras leis que regulamentavam o exercício da prática médica pelos candidatos foram fatos importantes para o início do processo de profissionalização da medicina. Esses estatutos legitimavam a prática médica perante a sociedade, pois os médicos baseavam-se num saber que somente os ‘iniciados’ poderiam adquirir e, ainda, lhes garante a proteção legal pelo Estado, garantia do monopólio profissional.”

Em meados do século XV tem início um movimento que culminaria na secularização definitiva da medicina ocidental. Em 1452, o celibato deixa de ser obrigatório para os estudantes de Medicina da Universidade de Paris (SERÓDIO, 2006).

O movimento pluralista e democrático que se instalou na vida civil das sociedades ocidentais a partir do século XVIII só chegou à medicina séculos depois. “Na relação médico-paciente, este (paciente) continuou a ser considerado não só como incompetente físico, mas também moral; por isso, devia ser conduzido em ambos os campos por seu médico” (MUÑOZ e FORTES, 1998, p. 56).

A partir do século XIX, verifica-se a transição da medicina à beira do leito, centrada na pessoa do paciente, para a medicina hospitalar, centrada no profissional médico. De acordo com SERÓDIO (2006, p. 14):

“A importância atribuída às características pessoais únicas de cada paciente deu lugar aos estudos de grandes amostras de pacientes hospitalizados e complexas análises estatísticas. Surgia assim uma nova forma de relacionamento médico-paciente, na qual este último deixava de ser um sujeito da relação para tornar-se um corpo onde as doenças se manifestavam.”

A propósito da construção da medicina científica moderna, a partir do século XIX, FOUCAULT (1994, p. XVII-XVIII) destaca que:

“O aparecimento da clínica, como fato histórico, deve ser identificado como o sistema destas reorganizações. Essa nova estrutura se revela, mas certamente não se esgota, na mudança ínfima e decisiva que substitui a pergunta ‘o que é que você tem?’, por onde começava, no século XVIII, o diálogo entre o médico e o doente, com sua gramática e estilos próprios, por esta outra em que reconhecemos o jogo da clínica e o princípio de todo seu discurso: ‘onde lhe dói?’.”

O século XX, segundo SIQUEIRA (2002, p. 97), “tornou real o mais extraordinário desenvolvimento da tecnologia biomédica, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, fez reduzir a credibilidade devotada aos profissionais de saúde”. Verificou-se a crescente despersonalização da medicina e o conseqüente distanciamento interpessoal entre médicos e pacientes.

SCHRAIBER (1997) destaca a introdução de intermediários nas relações entre médicos e pacientes como fatores desencadeantes de tal situação, tais como a tecnologia, e seus equivalentes na esfera da organização e comercialização dos serviços médicos: a empresa, os seguros-saúde, o Estado.

Os intermediários simbolizam a medicina atual, assim como a figura do médico simbolizou a medicina do século XIX. Assim, "(...) não é mais o médico que se relaciona com o doente, trazendo para esta relação os conhecimentos e técnicas que permitem sua ação; ele, agora, se apresenta um 'meio', um recurso para a relação dos pacientes com a tecnologia da medicina. De mesmo modo, dir-se-á que pacientes tornaram-se meios para os médicos em sua relação com o conhecimento - a ciência e as descobertas - e meio também para a relação do médico com as engrenagens empresariais para o exercício da profissão" (SCHRAIBER, 1997, p. 168).

Observa-se, pois, que parte da confiança perdida na relação entre médico e paciente deve-se ao repasse de tal confiança à tecnologia, representada por equipamentos e saberes especializados:

"Os pacientes confiam na medicina tecnológica e desconfiam do médico. Consideram como indiscutíveis as informações fornecidas pelos equipamentos e depreciam as avaliações pessoais do profissional. Na mesma proporção em que a tecnologia cresce em importância, decresce o prestígio do médico enquanto profissional com aptidão para estabelecer juízes diagnósticos e ajudar as pessoas enfermas a tomarem decisões. Médico e paciente pouco se olham, ambos cativos e fascinados pela tecnociência." (SIQUEIRA, 2002, p. 97).

No mesmo sentido, afirma SCHRAIBER (1997, p. 152) que:

“Os exames complementares são, pois, representativos de toda essa situação. (...) Para o médico, este ‘complemento’ de seu exame clínico torna-se, muitas vezes, o ‘centro’. Como procedimento diagnóstico, a presença dos exames complementares passa a ocupar toda a esfera reflexiva de seu trabalho: parecerá que tendo pedido todos os exames necessários, todo o esforço de saber do médico para elaborar seu julgamento estará concluído. Da leitura dos exames, pois, decorrerá o restante do projeto de intervenção, a terapêutica. Por outro lado, a mesma objetividade é repassada ao paciente, que a usa como recurso avaliador do raciocínio do médico e de seu julgamento clínico. Para o cliente, os exames também podem vir a ser o centro da consulta.”

Verifica-se, ainda, que a inserção de intermediários como as empresas de planos de saúde acabaram por aproximar a medicina do mercado de consumo, contribuindo para a sua despersonalização:

“(...) E percebi que, agora, os médicos se encontram lado a lado com os prestadores de serviço, os encanadores, os eletricitas, os vendedores de seguro, os agentes funerários, os motoristas de táxi. É só procurar na lista de classificados. A presença mágica já não existe. O médico é um profissional como os outros. Perdeu sua aura sagrada. E me veio, então, uma definição do médico compatível com a definição que o diretor dera para o hospital de Princeton: ‘um médico é uma unidade biopsicológica móvel, portadora de conhecimentos especializados, e que vende serviços’.” (ALVES, 2002, p. 20).

A despersonalização do exercício médico ocorre ainda em função da especialização verificada ao longo do século XX, o que pode ser observado pelo próprio modelo de ensino médico vigente. Trata-se de um modelo que privilegia:

"(...) o conhecimento fragmentado de acordo com percepções específicas de diferentes áreas do saber médico, desconsiderando a óbvia inseparabilidade entre as partes e a totalidade do ser humano. (...)

A filosofia desse modelo acadêmico acolhe o objeto e não o sujeito, o corpo e não o espírito, a quantidade e não a qualidade, a causalidade e não a finalidade, a razão e não o sentimento, o determinismo e não a liberdade, a essência e não a existência. O predomínio do conhecimento fragmentado gerado pelo clássico modelo das disciplinas inviabiliza a percepção da integralidade do ser humano, que sempre será a um só tempo biológico, psicológico, cultural e social. Esta unidade complexa é desintegrada na formação acadêmica que considera a disciplina como unidade de medida. Dividimos o indivisível." (SIQUEIRA, 2002, p. 90-91).

E como bem ressaltado por FORTES (1998, p. 16):

"A exacerbada especialização e tecnificação do trabalho de assistência à saúde acaba num progressivo afastamento do profissional de saúde de seus pacientes, tornando a relação entre eles cada vez mais distante, impessoal e despersonalizada. A incorporação tecnológica de modo a não contemplar as subjetividades resultou na fragmentação dos pacientes, que são divididos em patologias, em órgãos, repartidos por diversos profissionais, diluindo-se a responsabilidade pela assistência às necessidades globais de sua saúde."

De outra sorte, esse processo de desumanização e distanciamento entre médicos e pacientes constituiu um dos fatores que desencadearam o nascimento da disciplina Bioética nos anos 1970 - que, por sua vez, foi fundamental ao processo de valorização da autonomia individual no contexto da assistência em saúde, como se verificará a seguir.

1.2 O NASCIMENTO DA BIOÉTICA E A VALORIZAÇÃO DO RESPEITO À AUTONOMIA

O neologismo *bioética* foi cunhado por Van Rensselaer Potter, cancerologista e pesquisador da Universidade de Winsconsin, preocupado com a sobrevivência ecológica do planeta e com a democratização do conhecimento científico (DINIZ, 2002). Potter utilizou o neologismo no artigo intitulado 'Bioethics, science of survival' em 1970 e, no ano seguinte, na obra 'Bioethics: bridge to the future', que foi citada em 19 de abril de 1971 em artigo publicado pela revista *Time*, propiciando, assim, o aparecimento da expressão *bioética* na mídia (PESSINI, 2005).

Potter pensou a bioética como uma ponte entre a ciência biológica e a ética, e "almejava criar uma nova disciplina em que acontecesse uma verdadeira dinâmica e interação entre o ser humano e o meio ambiente. (...) Antecipa-se ao que hoje se tornou uma preocupação mundial que é a ecologia" (PESSINI, 2005, p. 308).

Seis meses após a aparição da obra pioneira de Potter, outro médico, André Hellegers, da Universidade de Georgetown, em Washington, D.C., utilizou a expressão *bioética* no nome de um novo centro de estudos: *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, criado em outubro de 1971, e hoje conhecido como Instituto Kennedy de Bioética (PESSINI, 2005).

A bioética, segundo o “modelo Georgetown”, seria um campo interdisciplinar da própria filosofia, e não uma ponte entre a ciência e a filosofia, como pensado por Potter, e deveria tratar de dilemas biomédicos concretos restritos a três áreas: “a) os direitos e deveres dos pacientes e dos profissionais de saúde; b) os direitos e deveres na pesquisa envolvendo seres humanos; e c) a formulação de um *guideline* para a política pública, o cuidado médico e a pesquisa biomédica” (Reich apud ALMEIDA, 1999, p. 49).

Dessa forma, Hellegers teria sido, segundo Reich, o primeiro a utilizar o neologismo *bioética* “institucionalmente com o intuito de designar uma nova área de atuação, esta que atualmente conhecemos como a bioética” (DINIZ e GUILHEM, 2002, p. 11).

De se salientar, entretanto, que, apesar de a perspectiva de ‘bioética’ de Hellegers ter prevalecido ao longo do desenvolvimento acadêmico da disciplina, observa-se atualmente a retomada das reflexões de Potter sobre uma ética global e de sustentabilidade ecológica e a sua inserção nas discussões bioéticas.

DINIZ e GUILHEM (2002, p. 13) ressaltam que o nascimento da Bioética foi impulsionado por transformações sociais, políticas e tecnológicas ocorridas entre os anos 1960 e 1970. “O surgimento da Bioética pode ser visto, então, como a principal resposta no campo ético a essas grandes mudanças”.

Os anos 1960 foram a época da conquista dos direitos civis, período marcado por grandes mobilizações e transformações sociais, o que fortaleceu o ressurgimento de movimentos sociais organizados voltados para o reconhecimento e a luta contra as iniquidades sofridas pelas mulheres e pelas minorias étnicas, entre outros grupos sociais. Assim, estavam na pauta temas relacionados às liberdades individuais e à equidade social, como, por exemplo, os direitos reprodutivos (DINIZ e GUILHEM, 2002).

O grande desenvolvimento tecnológico ocorrido na medicina também constituiu fator desencadeante do nascimento da Bioética.

No capítulo anterior, verificamos que a especialização e a despersonalização do exercício médico geraram o distanciamento interpessoal e a crise de confiança entre médicos e pacientes.

Um exemplo de tal situação foi a publicação da Carta de Direitos dos Pacientes no ano de 1973 pela Associação Americana de Hospitais, graças à pressão por melhores cuidados médicos e padrões mais apropriados de respeito ao paciente. Referida Carta de Direitos dos Pacientes foi a mais influente de muitas outras similares publicadas nos anos 1970 (FADEN e BEAUCHAMP, 1986), e teve o mérito de consagrar, entre os direitos dos pacientes, a informação e o consentimento (FORTES, 1998).

De outro lado, o desenvolvimento tecnológico também fez surgir dilemas morais inesperados à prática médica.

Um dos primeiros dilemas veio a público em reportagem publicada na revista *Life*, intitulada 'Eles decidem quem vive, quem morre'. A reportagem relatava a criação de um comitê de ética hospitalar em Washington, nos Estados Unidos, conhecido como o 'Comitê de Seattle', que tinha por objetivo definir as prioridades para a alocação de recursos em saúde. Uma de suas primeiras medidas foi a seleção, entre os pacientes renais crônicos, daqueles que fariam parte do programa de hemodiálise recém inaugurado na cidade. Como havia um número de pacientes superior à disponibilidade de máquinas, os médicos optaram por delegar os critérios de seleção de atendimento a um pequeno grupo de pessoas leigas em medicina, ao qual caberia estabelecer critérios não-médicos de seleção para o tratamento (ALMEIDA, 1999; DINIZ e GUILHEM, 2002).

Outra situação dilemática causada pelos avanços tecnológicos na medicina foi a realização do primeiro transplante de coração em 1967, por Christian Barnard, um cirurgião cardíaco da África do Sul. O ponto crucial dos questionamentos foi a origem do órgão, pois a comunidade médica questionava-se como Barnard poderia garantir que o doador estaria realmente morto no momento do transplante. A situação levou a Escola Médica da Universidade de Harvard a procurar definir, no ano de 1968, critérios para a morte cerebral, a fim de controlar casos semelhantes a esse, de tal sorte que, em 1975, foram divulgados os novos critérios que ainda hoje são a referência para o debate sobre a morte encefálica (DINIZ e GUILHEM, 2002).

As denúncias relacionadas às pesquisas com seres humanos também constituíram fato de extrema relevância para o nascimento da Bioética.

A despeito das atrocidades ocorridas nos campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial, e da existência do Código de Nuremberg, um artigo publicado pelo professor da Harvard Medical School, Henry Beecher, no tradicional periódico médico *New England Journal of Medicine*, nos Estados Unidos, no ano de 1966, relatou diversas pesquisas envolvendo seres humanos em condições pouco respeitadas.

Da compilação original de cinquenta artigos, selecionados em periódicos médicos de prestígio, Beecher publicou vinte e dois relatos de pesquisa no artigo intitulado 'Ethics and Clinical Research'. As pesquisas por ele mencionadas haviam ocorrido quase que exclusivamente com pessoas vulneráveis, como presidiários, crianças com deficiência mental, idosos e pacientes psiquiátricos (BEECHER, 1966; FADEN e BEAUCHAMP, 1986; ALMEIDA, 1999; DINIZ e GUILHEM, 2002).

Em 1972, outra denúncia de abusos nas pesquisas envolvendo seres humanos trouxe à tona o caso da pesquisa sobre a sífilis desenvolvida em Tuskegee, no estado do Alabama, nos Estados Unidos, conduzida pelo Serviço de Saúde Pública daquele país. Do ano de 1932 ao ano de 1972, quatrocentas pessoas negras portadoras de sífilis foram deixadas sem tratamento, com o intuito de se identificar a história natural da doença, mesmo com a descoberta da penicilina e o seu uso corrente no tratamento

da sífilis. Os participantes da pesquisa não haviam sido informados de que estavam participando de um estudo, além de não lhes ter sido oferecida a alternativa de um tratamento convencional para a sua doença. A pesquisa só foi interrompida no ano de 1972, por pressão da sociedade após a sua divulgação no jornal *New York Times* (DINIZ e GUILHEM, 2002; LOTT, 2005).

Diante das crescentes denúncias de abusos nas pesquisas envolvendo seres humanos, o Governo e o Congresso estadunidenses instituem, no ano de 1974, a “Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental”. Após quatro anos de trabalho, foi aprovado o resultado do trabalho da Comissão, que ficou conhecido como Relatório Belmont, posteriormente publicado no ano de 1979 (DINIZ e GUILHEM, 2002; BEAUCHAMP e FADEN, 2003).

O Relatório Belmont constitui ainda hoje marco histórico e normativo para a Bioética. Foi a partir da publicação do Relatório que teve início a formalização definitiva da Bioética como um novo campo disciplinar (DINIZ e GUILHEM, 2002).

A estrutura proposta pelo Relatório Belmont estava representada pela eleição de três princípios norteadores da ética em pesquisa envolvendo seres humanos, a saber: o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça.

O respeito pelas pessoas enseja os pressupostos éticos de que “os indivíduos devem ser tratados como agentes morais autônomos e as pessoas com autonomia reduzida devem ser protegidas de qualquer forma de abuso” (DINIZ e GUILHEM, 2002, p. 22). O Relatório Belmont estabelece ainda que “o respeito pelas pessoas requer seja dada aos sujeitos da pesquisa, à medida de sua capacidade, a oportunidade de escolher o que deve e o que não deve acontecer com eles.” (THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, 1979).

O princípio da beneficência propõe uma avaliação sistemática e contínua da relação risco-benefício para as pessoas envolvidas. Tem por objetivo assegurar o bem-estar das pessoas envolvidas direta ou indiretamente com a pesquisa (DINIZ e GUILHEM, 2002).

A justiça está atrelada à idéia de equidade social, em que se visa reconhecer que a defesa de interesses iguais requer o reconhecimento de necessidades diferentes, o que vai interferir na escolha dos participantes da pesquisa científica (DINIZ e GUILHEM, 2002).

Um ano após a publicação do Relatório Belmont, o filósofo Tom Beauchamp e o teólogo James Childress publicaram a obra *Princípios de Ética Biomédica*. A proposta dos autores seguiu o caminho aberto pelo Relatório - de cuja elaboração Beauchamp havia participado -, no sentido de defender que conflitos morais poderiam ser mediados pela referência a

princípios éticos - no caso, aplicados à biomedicina (DINIZ e GUILHEM, 2002).

Beauchamp e Childress buscaram aliar tradicionais princípios da ética médica (beneficência e não-maleficência) a outros dois princípios que, até então, não faziam parte das considerações éticas na prática médica: a autonomia e a justiça (ALMEIDA, 1999).

A obra *Princípios de Ética Biomédica* define, então, quatro princípios como base da teoria que viria a ser conhecida como a Bioética principialista: autonomia (posteriormente renomeado de 'respeito à autonomia'), beneficência, não-maleficência e justiça (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002).

O 'principialismo' constituiu a teoria dominante da Bioética, chegando a ser confundido, inclusive, com a própria disciplina.

O princípio do respeito à autonomia foi o que maior peso assumiu na Bioética, de tal forma que se formou "(...) até mesmo um certo consenso entre as mais variadas correntes teóricas da bioética [que posteriormente viriam a surgir] de que a preservação da autonomia de cada indivíduo, e aí se incluem suas opções morais sobre os padrões de bem-viver, deveria ser um dos carros-chefes da disciplina" (DINIZ e GUILHEM, 2002, p. 28).

A ascendência do respeito à autonomia individual sobre o paternalismo médico representou “a mais radical reorientação na longa história da tradição hipocrática” (Pellegrino apud ALMEIDA, p. 68).

O termo ‘autonomia’ é derivado do grego ‘auto’ (próprio) e ‘nomos’ (lei, regra, norma), e significa autodeterminação, autogoverno.

No âmbito da assistência em saúde, respeitar a autonomia do paciente significa:

“(...) reconhecer que cada pessoa possui pontos de vista e expectativas próprias quanto ao seu destino, e que é ela quem deve deliberar e tomar decisões seguindo seu próprio plano de vida e ação, embasadas em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando estes diverjam dos valores dos profissionais de saúde ou dos dominantes na sociedade. Afinal, cabe sempre lembrar que o corpo, a dor, o sofrimento, a doença são da própria pessoa e que violar a autonomia significa tratar as pessoas como meios e não como fins em si mesmas.” (FORTES, 1998, p. 39-40)

Nesse contexto, a valorização do respeito à autonomia está diretamente relacionada à tomada de decisão sobre a própria saúde, de tal sorte que implica reconhecer-se que:

“O conhecimento sobre fatos médicos não é suficiente. Compradores sábios contratam um engenheiro para avaliar uma casa velha, mas poucos permitirão que o engenheiro escolha a casa a ser comprada. O fato de ser engenheiro não possibilita a este profissional decidir qual casa uma família deve comprar - porque ele não tem conhecimento sobre o padrão de vida da família, os gostos pessoais, e o potencial de crescimento da mesma. Os profissionais de saúde não podem deduzir cientificamente o melhor tratamento para um determinado paciente simplesmente baseados em fatos médicos. O que é considerado importante pelos indivíduos depende de seu estilo de vida, experiências passadas e valores. Assim, escolher a terapia ideal não é uma questão estritamente objetiva.” (ARNOLD e LIDZ, 2003, p. 1291)

CALLAHAN (2005) observa que a tomada de decisão foi a grande questão do início do desenvolvimento da Bioética.

Nesse sentido, o consentimento livre e esclarecido³, enquanto desdobramento da concepção de respeito à autonomia, serviu de “pedra angular para o desenvolvimento da disciplina Bioética” (ARNOLD E LIDZ, 2003, p. 1290).

1.3 O PROCESSO DE DECISÃO LIVRE E ESCLARECIDA

A idéia de consentimento livre e esclarecido representa o rompimento com o tradicional poder decisório do médico sobre a saúde do paciente verificado ao longo da história da medicina, trazendo uma profunda mudança de paradigma para a relação médico-paciente^{4,5}.

³ Como se verificará mais adiante, a expressão originariamente concebida nos Estados Unidos para se referir ao tema do presente estudo corresponde a '*informed consent*' ('consentimento informado'). Entretanto, adotar-se-á aqui a expressão brasileira 'consentimento livre e esclarecido'. Dessa forma, apenas quando tratarmos da criação do *informed consent* nos tribunais estadunidenses, referiremo-nos ao tema através da expressão 'consentimento informado'.

⁴ É importante ressaltar que o consentimento livre e esclarecido também constitui tema de extrema importância no âmbito das pesquisas envolvendo seres humanos. Entretanto, o presente estudo tem como objeto o consentimento livre e esclarecido exclusivamente na prática de assistência médica, razão pela qual não se dará ênfase à aplicação da temática no contexto das pesquisas envolvendo seres humanos.

⁵ Apesar de se focar a relação entre médico e paciente, muito do que aqui se dirá também é aplicável aos demais profissionais da área de saúde, pois “a tomada de decisão ocorre diariamente no contexto da assistência em saúde, não apenas para médicos e pacientes, mas também para enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais, equipes de emergência, dentistas e outros profissionais de saúde” (ARNOLD e LIDZ, 2003, p. 1290).

ZOBOLI e MASSAROLLO (2002, p. 66) ressaltam que “começa a se esboçar uma relação entre sujeitos, com base numa troca mútua e no respeito ao outro como cidadão e pessoa, modificando um relacionamento antes caracterizado pela assimetria, com o usuário sendo objeto e, apenas, o profissional, sujeito”.

Com a valorização do respeito à autonomia do paciente no contexto da tomada de decisão sobre a sua saúde, “a concepção de que a decisão deve pautar-se exclusivamente no conhecimento do profissional médico foi afastada por um modelo em que os profissionais de saúde compartilham a informação e discutem alternativas com os pacientes que, ao final, tomam as decisões sobre os tratamentos” (ARNOLD E LIDZ, 2003, p. 1290).

O consentimento livre e esclarecido corresponde, assim, a esse novo modelo, definido como um processo compartilhado de tomada de decisão, que pressupõe troca de informações entre o médico e o paciente e que, conseqüentemente, insere-se “(...) no bojo da relação vincular entre os profissionais e os usuários dos serviços” (ZOBOLI e MASSAROLLO, 2002, p. 66).

SERRÃO (2004, p. 26) observa que o “(...) encontro [entre médico e paciente] estabelece, desde o início, um vínculo de confidencialidade e de muito respeito e ainda uma espécie de cumplicidade para se atingir um objectivo comum que é a reconquista do estado de saúde”.

É nesse encontro que se estabelecem as trocas de informações entre médicos e pacientes, de modo que “o médico ou outro profissional de saúde chama o paciente a participar de um diálogo, no qual o profissional busca ajudar o paciente a compreender a situação médica e os cursos de ação disponíveis, e o paciente traz as suas preocupações e desejos” (PRESIDENT’S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, 1982, vol. 1, p. 38).

A troca de informações pode ser considerada, pois, um “caminho de duas vias” (APPELBAUM e col., 1987). Implica que o paciente propicie ao médico o conhecimento sobre suas angústias, dúvidas, prioridades, necessidades e valores e, de outro lado, que o médico esclareça ao paciente os caminhos possíveis a serem seguidos, e as características de cada um desses caminhos.

KUCZEWSKI e MEISEL (2000, p. 2) observam que a interação humana é fundamental nesse processo de tomada de decisão, de tal sorte que os diálogos entre médicos e pacientes “(...) devem ajudar o paciente a receber a informação, fazer perguntas, dar informações, dizer ‘quero pensar sobre isso’ ou ‘pensei sobre isso e não consegui tomar uma decisão. O que você acha que eu devo fazer?’”.

É essencial, assim, não apenas transmitir a informação ao paciente, mas especialmente certificar-se de que ele compreendeu o que lhe foi

transmitido, para que, a partir do esclarecimento⁶, possa expressar os seus questionamentos e caminhos preferenciais.

Nesse sentido, o Relatório Belmont (1979), antes mencionado, traz observação que também é pertinente à atividade de assistência médica:

“A maneira e o contexto em que a informação é fornecida são tão importantes quanto a informação em si. Por exemplo, apresentar a informação de maneira rápida e desorganizada, deixando muito pouco tempo para consideração ou limitando oportunidades de questionamento, afeta a habilidade do sujeito de fazer uma escolha informada.”

Oselka exemplifica que a infecção bacteriana na garganta “pode ser tratada com uma dose única de injeção de antibiótico ou com medicamentos de administração oral por tempo prolongado”, de modo que “o resultado final é o mesmo. Mas há médicos que, simplesmente por preferência, prescrevem uma ou outra forma. Respeitar a autonomia do paciente é mostrar os dois caminhos” (MANTOVANI e OLIVEIRA, 2005).

No mesmo sentido, KUCZEWSKI e MEISEL (2000) observam que a informação médica deve estar focada nas alternativas possíveis de tratamento. Entretanto, apenas conhecer as opções não é o essencial, de tal sorte que é necessário que o indivíduo saiba as conseqüências de escolher cada uma das opções.

⁶ Por este motivo, e como se verá mais adiante, o Brasil adotou a expressão ‘consentimento livre e esclarecido’, e não a expressão ‘consentimento informado’ (*informed consent*), concebida e adotada nos Estados Unidos.

Observa-se ainda que o consentimento livre e esclarecido, enquanto um processo compartilhado de tomada de decisão, apresenta diversas possibilidades ao paciente. O 'consentimento' a uma das propostas apresentadas pelo médico constitui uma entre as várias possibilidades de decisão.

Isso porque o paciente poderá ainda recusar um dos tratamentos propostos ou consentir na realização de outra alternativa apresentada; recusar todas as alternativas propostas, ou, ainda, recusar-se a tomar uma decisão, requerendo que o profissional decida por ele.

Durante o processo de troca de informações, o paciente também pode recusar-se a receber determinados tipos de informação - ou, ainda, recusar-se a receber todo e qualquer tipo de informação. O desejo informacional do paciente deve, pois, ser respeitado, servindo de baliza ao médico.

Observa-se, assim, que o processo contínuo de decisão pode acarretar diversas formas de 'consentimentos livres e esclarecidos' e 'recusas livres e esclarecidas', de tal sorte que, em verdade, tem-se uma decisão livre e esclarecida.

Além da questão da informação - que, como visto, requer um processo de troca de informações entre o paciente e o médico e, fundamentalmente, a compreensão das informações pelo paciente -, o consentimento livre e esclarecido apresenta ainda como elementos a competência ou capacidade do paciente e a sua voluntariedade no processo

de tomada de decisão (FORTES, 1994b; CULVER, 1999; ETCHELLS e col., 1999a).

A competência refere-se à “habilidade de entender a informação relevante para a tomada de uma decisão e de avaliar as consequências razoavelmente previsíveis de uma decisão ou da ausência de uma decisão” (ETCHELLS e col., 1999a, p. 18).

A abordagem ética de capacidade ou competência pode diferir da abordagem legal. Isso porque, diferentemente do que ocorre no âmbito das normas jurídicas, “no campo da ética raramente se julga uma pessoa incompetente com respeito a todas as esferas de sua vida” (FORTES, 1994b).

Desse modo,

“(...) mesmo os indivíduos considerados incapazes para certas decisões ou campos de atuação, por exemplo, pacientes com diagnóstico de transtornos mentais psicóticos, não o são para tomar decisões em todos os assuntos. O julgamento de competência-incompetência de uma pessoa deve ser dirigido a cada ação particular e não a todas as decisões que a pessoa deva tomar em sua vida” (FORTES, 1998, p. 42).

A voluntariedade concentra-se na “independência de uma pessoa em relação às influências manipuladoras e coercitivas de outros” (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 187). A utilização da persuasão pelo profissional é aceita, mas não da coação ou da manipulação (FORTES, 1994).

Tanto a questão da competência quanto a da voluntariedade, enquanto elementos do consentimento livre e esclarecido, constituem questões complexas, que requerem estudo próprio a ser realizado em outra oportunidade.

1.4 OS TRIBUNAIS ESTADUNIDENSES E A CRIAÇÃO DO 'CONSENTIMENTO INFORMADO'⁷

Verificamos, em momento anterior, que o nascimento da Bioética nos anos 1970 teve papel fundamental no processo de valorização do respeito à autonomia individual no contexto da assistência em saúde e, conseqüentemente, no desenvolvimento do consentimento livre e esclarecido.

Observa-se, porém, que tais questões foram pioneiramente abordadas no contexto judicial.

O processo de desumanização da relação médico-paciente e da conseqüente crise de confiança, tratado nos capítulos anteriores, acarretou a 'primeira onda da crise de imperícia' nos Estados Unidos - que chegaria à

⁷ Como antes mencionado, adotaremos, nesse capítulo, a expressão 'consentimento informado' (*informed consent*), como originariamente concebido no âmbito judicial estadunidense.

sua expressão máxima na década de 1970, quando um quarto dos médicos respondia a ações de responsabilidade (FADEN e BEAUCHAMP, 1986; PANASCO apud AGUIAR JR, 2000).

É nesse contexto das decisões judiciais, pois, que o 'consentimento informado' vai ser criado e desenvolvido nos tribunais estadunidenses, a partir do início do século XX⁸.

No ano de 1914, é proferida, nos Estados Unidos, a decisão tida como precursora do reconhecimento do direito de autodeterminação do paciente. Trata-se do caso *Schloendorff versus The Society of the New York Hospital*, proferido pela Corte de Nova York.

A senhora Schloendorff dirigiu-se ao New York Hospital com queixas abdominais, onde foi examinada por médico que diagnosticou a existência de fibroma. A paciente foi submetida a uma cirurgia para a retirada de seu útero. Pouco tempo após a realização do procedimento cirúrgico, moveu uma ação contra o médico e o hospital, alegando ter sido enganada e operada sem o seu consentimento, uma vez que havia autorizado apenas a realização de anestesia para procedimentos diagnósticos, e não cirúrgicos

⁸ Alguns autores mencionam a decisão proferida no caso Slater v. Baker & Stapleton, em 1767, na Inglaterra, como sendo a primeira a versar sobre as questões do consentimento e da informação. Entretanto, cabe salientar que, apesar de ter reconhecido o direito do paciente de ser informado e o dever do médico de consentir, referida decisão judicial não se pautou no respeito à autonomia do paciente, mas na prática dos cirurgiões da época, que consistia em informar o paciente e dele obter o consentimento com a finalidade de obter a sua colaboração durante o procedimento cirúrgico, uma vez que a anestesia inexistia (APPELBAUM e col., 1987; FORTES, 1994).

(FADEN e BEAUCHAMP, 1986; KATZ, 1989; FORTES, 1994; MUÑOZ E FORTES, 1998).

Ficou conhecida a decisão proferida pelo Juiz Cardozo no mencionado caso, ao afirmar que “todo ser humano em idade adulta e mentalmente capaz tem o direito de determinar o que será feito em seu próprio corpo” (FADEN e BEAUCHAMP, 1986; KATZ, 1989).

O caso Schloendorff desenvolveu conceitos antes trazidos nas decisões proferidas nos casos *Mohr v. Williams* (1905), *Pratt v. Davis* (1906) e *Rolater v. Strain* (1913), com o adicional de ter mencionado, pela primeira vez em uma decisão judicial, o direito de autodeterminação do paciente.

Referida decisão, entretanto, limitava-se a “(...) afirmar o direito dos pacientes à recusa (...). Os juízes almejavam impor aos médicos o dever de advertir sobre a natureza dos atos a serem realizados em seus pacientes, mas ainda não se consolidava a interpretação de que [o consentimento] implicaria a discussão e a informação sobre riscos, benefícios e alternativas às medidas propostas” (FORTES, 1994, p. 86).

Além disso, a decisão, em verdade, acabou por negar a indenização pleiteada pelo paciente (PRESIDENT’S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, 1982).

No final da década de 1950, os juizes estadunidenses começaram a formular um novo questionamento: têm os pacientes o direito não apenas de saber qual procedimento está sendo proposto pelo médico, como também de decidir se a intervenção é aceitável, levando-se em conta seus riscos, benefícios e alternativas disponíveis - inclusive a de não se realizar o tratamento proposto? (KATZ, 1989).

Assim, para que o paciente pudesse tomar tal decisão, necessário seria o reconhecimento de um dever afirmativo do médico, no sentido de não apenas comunicar o tratamento proposto, mas de informar o paciente sobre os riscos e benefícios de tal tratamento, bem como sobre as possíveis alternativas.

O caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* marcou, no ano de 1957, o nascimento da expressão *informed consent* ('consentimento informado'). Martin Salgo sofreu uma paralisia permanente como resultado de uma aortografia translombar. Processou seus médicos alegando negligência no ato cirúrgico, bem como por não o terem advertido sobre o risco da paralisia. A corte entendeu que os médicos tinham o dever de revelar 'qualquer fato necessário a formar a base de um consentimento inteligente, pelo paciente, ao tratamento proposto' (FADEN e BEAUCHAMP, 1986).

Dessa forma, estabeleceu o juiz Bray no referido caso que "ao analisar os riscos, [o médico] deverá empregar uma certa dose de discricção

que seja compatível com a revelação completa dos fatos necessários para se obter um consentimento informado” (KATZ, 1989, p. 139).

KATZ (1989) observa que todo o parágrafo que versou sobre o *informed consent* ('consentimento informado') na referida decisão judicial foi adotado, palavra por palavra, da peça processual apresentada pelo Colégio Americano de Cirurgiões, que participou do referido processo como *amicus curiae*⁹.

FADEN e BEAUCHAMP (1986) ressaltam a contradição apresentada em tal decisão, ao tentar conciliar a revelação de informações com a discricção. No mesmo sentido, KATZ (1989, p. 142) afirma que “(...) a revelação completa dos fatos e a discricção profissional são conciliáveis unicamente no reino dos sonhos”. De qualquer forma, os autores reconhecem que a decisão proferida no caso Salgo estimulou um grande debate sobre a temática do consentimento e da informação.

O passo seguinte para o desenvolvimento do 'consentimento informado' ocorreu em 1969. A decisão proferida no caso *Natanson versus Kline*, no estado do Kansas, deixou claro que os tempos de consentimento simples haviam ficado para trás (APPELBAUM e col., 1987).

A senhora Natanson processou seu médico por ter sofrido graves queimaduras em terapia de radiação utilizando cobalto, e alegou negligência

⁹ Figura jurídica do 'amigo da causa', que admite a intervenção de terceiros interessados no processo. No Brasil, está prevista na Lei nº 9.868/99 e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

do profissional, tanto no que se referia à utilização de um novo método, quanto na falha em alertá-la sobre a natureza do procedimento e seus riscos (FADEN e BEAUCHAMP, 1986).

Ressalte-se que, no referido caso, o consentimento da paciente havia sido obtido. Entretanto, reconheceu-se que a paciente não havia sido adequadamente informada sobre os riscos do procedimento a que havia sido submetida. A corte definiu, então, o dever de revelar as informações, que consistia na “obrigação de informar e explicar em linguagem tão simples quanto for necessário a natureza da doença, a natureza do tratamento proposto, a sua probabilidade de sucesso ou as alternativas existentes e talvez os riscos de resultados adversos e de situações imprevistas sobre o próprio organismo” (FADEN e BEAUCHAMP, 1986, p. 130).

A partir do referido caso, a história do ‘consentimento informado’ nos tribunais estadunidenses concentrou-se na questão da informação - ou, melhor dizendo, no questionamento sobre o dever de informar do médico -, estabelecendo-se, para fins de avaliação do cumprimento de tal dever, padrões ideais de revelação da informação.

O critério da prática profissional foi o primeiro a ser definido pela jurisprudência estadunidense, no ano de 1969, no mencionado caso *Natanson versus Kline*.

Através do critério da prática profissional, “o costume de uma profissão estabelece a quantidade e os tipos de informação a serem

revelados ao paciente (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002, p. 169), de tal sorte que o profissional revela “aquilo que um colega consciencioso e razoável teria informado em iguais ou similares condições” (FORTES, 1998, p. 60). Logo, para se ter reconhecida eventual violação do direito do paciente à informação, necessário seria a opinião de um perito médico.

O critério da prática profissional padroniza as informações consideradas relevantes para a tomada de decisão, desconsiderando a subjetividade de cada paciente, de tal sorte que está em desacordo com o fundamento do respeito à autonomia (KATZ, 1989; FORTES, 1998; BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002). Além disso, observam BEAUCHAMP e CHILDRESS (2002, p. 169) que “a ponderação dos riscos no contexto das crenças, dos temores e das esperanças subjetivas de uma pessoa não é uma habilidade profissional (...)”.

KATZ (1989) ressalta que o juiz Schroeder, responsável pela decisão no referido caso *Natanson versus Kline*, acabou por estabelecer o critério sobre revelação de informações para os doze anos seguintes em quase todas as jurisdições estadunidenses que se ocuparam da questão.

No ano de 1972, foi estabelecido um novo critério de revelação das informações no caso *Canterbury versus Spence*: o critério da ‘pessoa razoável’ ou ‘sensata’, também denominado critério objetivo. Afastou-se, no referido julgado, o padrão de informações utilizado desde *Natanson versus*

Kline, e que deixava ao médico a decisão sobre quais informações deveriam ser prestadas ao paciente, como antes mencionado:

“Em nossa, opinião, há formidáveis obstáculos em se aceitar a tese de que a obrigação do médico de informar é criada ou limitada pela prática médica. Primeiramente, é questionável a existência de um costume que reflita um consenso profissional sobre a informação de riscos e alternativas aos pacientes. Percebemos o perigo de que aquilo que de nenhum modo constitui um costume, possa ser considerado como um costume afirmativo de se manter o silêncio... O respeito ao direito dos pacientes à autodeterminação sobre uma determinada terapia requer a existência de uma lei imposta aos médicos, e não uma lei que os próprios médicos imponham a si mesmos.” (in KATZ, 1989, p. 160)

A referida decisão estabeleceu, assim, um padrão objetivo de revelação de informações, de tal sorte que levou em conta “o que uma pessoa prudente na posição do paciente decidiria se estivesse adequadamente informada” (KATZ, 1989, p. 163).

De acordo com o critério objetivo, a determinação da necessária informação passa do médico para o hipotético paciente razoável ou sensato. Segundo FORTES (1998, p. 61), “esse modelo se baseia numa abstração do que seria uma pessoa razoável, um ser considerado como representação da ‘mídia’ de uma determinada comunidade e cultura”.

Entretanto, referido critério objetivo, assim como o critério da prática profissional, fere o respeito à autonomia individual, uma vez que também padroniza as informações necessárias à tomada de decisão, desconsiderando o que venha a ser relevante para o paciente individual no caso concreto (PRESIDENT’S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL

PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, 1982; KATZ, 1989; FORTES, 1998; BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002).

No ano de 1979, no caso *Scott versus Bradford*, foi adotado pela Suprema Corte de Oklahoma o modelo subjetivo de revelação de informação. O magistrado Doolin, ao criticar o padrão de informações da 'pessoa razoável' adotado em *Canterbury*, observou que:

"(...) à medida que o demandante teria recusado o tratamento proposto, caso tivesse recebido uma informação adequada, e uma pessoa razoável em circunstâncias similares teria consentido, o direito de autodeterminação do paciente se perde de modo irrevogável. Esse direito básico de conhecer e decidir é a razão da norma de revelação de informações plena. Por isso nos negamos a colocar tal direito em risco pela aceitação da imposição da norma do 'homem razoável' (*in* KATZ, 1989, p. 166).

O critério subjetivo implica moldar-se a informação às necessidades específicas do paciente concreto, observando os seus valores, interesses e expectativas individuais, e sem se ater a fórmulas padronizadas de informação (FORTES, 1994b; 1998).

Entretanto, tal critério não prevaleceu nos tribunais estadunidenses que, atualmente, favorecem o critério objetivo de revelação de informações (KUCZEWSKI e MEISEL, 2000).

O critério subjetivo é eticamente ideal (SIEGLER e col., 2004), pois, à medida em que reconhece as necessidades de informação específicas de

cada pessoa, possibilita o respeito à autonomia do paciente na tomada de decisões médicas.

Além disso, constitui o critério que mais se aproxima da informação como uma troca de informações entre médico e paciente, ressaltada no capítulo anterior. Isso porque requer que o profissional, “baseado nos conhecimentos e na arte de sua prática, e observando as condições emocionais do paciente perante sua doença ou agravo à sua saúde, assim como fatores sociais e culturais a ele relacionados, o que realmente cada indivíduo gostaria de conhecer e o quanto gostaria de participar das decisões” (FORTES, 1998, p. 61).

Cabe observar, ainda, que o dever de informar reconhecido pelos tribunais estadunidenses estava focado exclusivamente na questão dos riscos dos procedimentos médicos. Isso porque as decisões judiciais foram proferidas em processos relacionados à responsabilidade médica, em que o paciente pleiteava indenização pelos danos causados, ante a materialização de determinado risco inerente ao procedimento médico a que ele havia se submetido, e que não havia sido previamente informado pelo médico (PRESIDENT’S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, 1982).

Nesse contexto:

“O processo judicial moldou a doutrina jurídica do consentimento informado. (...) A existência de uma pessoa lesada levou os tribunais a se concentrarem no fato de determinados riscos do procedimento médico terem ou não sido informados, mais do que na avaliação do processo de comunicação profissional-paciente como um todo” (PRESIDENT’S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, 1982, vol. 1, p. 29).

Desse modo, o desenvolvimento do ‘consentimento informado’ no contexto judicial da responsabilidade médica acabou por reduzir o tema ao cumprimento do dever de informar, além do dever de obter o consentimento do paciente antes de executar um procedimento médico (APPELBAUM e col., 1987).

Segundo KATZ (1989, p. 24-25):

“A intenção dos juízes através da doutrina do consentimento informado foi dar aos pacientes mais voz na tomada de decisões, melhorar o clima de diálogo entre médicos e pacientes. Sem embargo, os tribunais mutilaram muito essa intenção, pois estabeleceram reservas profundas que revelaram sua falta de confiança na capacidade dos pacientes de tomar suas próprias decisões.

(...)

Para se distinguir entre o que os juízes estadunidenses fizeram e o que pretenderam fazer, deve-se traçar acentuadas diferenças entre a doutrina legal, como promulgada pelos juízes, e a *idéia* de consentimento informado, baseada no comprometimento com a autodeterminação individual.”

O mesmo autor, citado por BEAUCHAMP e CHILDRESS (2002, p. 164-165), ressalta que os tribunais estadunidenses “permitiram que a *idéia* do consentimento informado (...) morresse gradualmente”, de tal sorte que “uma obrigação judicialmente imposta deve ser distinguida da *idéia* do

consentimento informado, ou seja, da idéia de que os pacientes têm um papel decisivo a desempenhar no processo da decisão médica”.

Referidas críticas realizadas por Katz referem-se ao hiato entre os dois sentidos que o ‘consentimento informado’ passou a ter: o de um processo de decisão, pautado no respeito à autonomia, e o de um evento, caracterizado mais pela preocupação com o cumprimento de deveres padronizados de informação e consentimento, e menos com o processo de decisão em si e com a autodeterminação individual.

ZOBOLI e MASSAROLLO (2002, p. 66) observam ainda que:

“(...) Como um evento, [o ‘consentimento informado’] parte do pressuposto de que o reconhecimento da autonomia das pessoas restringe-se a ocasiões circunstanciais e que a decisão circunscreve-se a dados momentos, usualmente antecedendo a administração de um tratamento ou a realização de um procedimento mais invasivo”.

Nessa abordagem, a compreensão das informações pelo paciente é questão menos importante do que o fornecimento das informações pelo médico (APPELBAUM e col., 1987).

O ‘termo de consentimento informado’¹⁰ - formulário padronizado contendo as informações legalmente exigidas, bem como a assinatura do paciente -, corresponde ao símbolo central do modelo da abordagem do tema como um evento (APPELBAUM e col., 1987).

¹⁰ No Brasil, o ‘termo de consentimento informado’ (*consent form* ou *informed consent form*) é denominado ‘termo de consentimento livre e esclarecido’, como se verificará no próximo capítulo.

Via de regra, a adoção do 'termo' no contexto da assistência médica tem o intuito de documentar o cumprimento, pelo médico, do dever de obter o consentimento do paciente e/ou de informá-lo, para fins de suposta proteção do profissional contra uma eventual responsabilização por descumprimento dos mencionados deveres (ALI, 2003).

Embora a obtenção do 'termo de consentimento informado' não tenha sido imposta aos médicos pelos tribunais estadunidenses, o formulário padrão contendo informações e a assinado pelo paciente não foi afastado, pelos tribunais, como prova de ter havido o cumprimento dos deveres de informar e de obter a autorização pelo médico (PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, 1982).

Dessa forma, a utilização do 'termo de consentimento informado' como forma de prevenção de responsabilização jurídica popularizou-se de tal maneira que "(...) aquilo que era para ser um processo de diálogo e discussão transformou-se em um evento no qual papéis são assinados e requisitos legais mínimos são satisfeitos" (Appelbaum e col. apud ALI, 2003).

BEAUCHAMP e CHILDRESS (2002, p. 163) ressaltam que "(...) é essencial que se entenda o consentimento informado como um processo que ocorre com o tempo, e que se evite a visão comum de que um formulário de consentimento assinado é a essência do consentimento informado".

Entretanto, FADEN e BEAUCHAMP (2003) mencionam que pesquisas conduzidas nos Estados Unidos no início da década de 1980 indicaram que a maioria dos médicos entendia o 'consentimento informado' como um termo assinado ou simplesmente como o dever de informar.

No mesmo país, o relatório 'Making Health Care Decisions', elaborado pela Comissão Presidencial para o Estudo dos Problemas Éticos na Medicina e na Pesquisa Biomédica e Biomédica Comportamental, no ano de 1982, e que tratou das 'implicações éticas e legais do consentimento informado na relação profissional-paciente', definiu o consentimento eticamente válido como "um processo de decisão compartilhada baseado no respeito e na participação mútua, não um ritual no qual se recita o conteúdo de um documento que detalha os riscos de um tratamento", reconhecendo que:

"A realidade das decisões judiciais sobre o consentimento informado ficou aquém do comprometimento com o valor da autodeterminação pretendido pelo Direito. À medida que 'os tribunais impuseram aos médicos fundamentalmente um dever-de-advertir', impedindo, assim, o reconhecimento judicial da proposição de que os pacientes têm um papel decisivo a desempenhar no processo de tomada de decisão, eles simplesmente reforçaram 'o tradicional monólogo médico de falar *para* e não *com* os pacientes'" (PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, 1982, v.1, p. 29-30).

FADEN e BEAUCHAMP (1986, p. 141-142) observam que, apesar de sua importância histórica, as decisões judiciais proferidas pelos tribunais estadunidenses não provocaram grandes mudanças nas rotinas diárias da relação médico-paciente. Isso porque "(...) o consentimento informado na

prática de assistência em saúde é primeiramente um problema ético, e não jurídico”.

1.5 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO NO BRASIL: DA BIOÉTICA PARA O DIREITO

Ao contrário do que aconteceu nos Estados Unidos, onde até a criação da expressão *informed consent* ocorreu no ambiente judicial, verifica-se que, no Brasil, a temática do consentimento livre e esclarecido foi introduzida pela Bioética, e não pelo Direito.

A Bioética chegou ao Brasil na década de 1990. Apesar de a sua estruturação no país ser considerada tardia (DINIZ e GUILHEM, 2002), a Bioética vem ganhando espaço desde o lançamento, no ano de 1993, da revista *Bioética*, editada pelo Conselho Federal de Medicina, e que constitui o primeiro periódico sobre o tema no Brasil. Observa-se ainda, a partir do ano de 1995, a estruturação da Sociedade Brasileira de Bioética, entidade que tem por objetivo difundir a Bioética no país, e que, em 2002, propiciou a realização do VI Congresso Mundial de Bioética da International Association of Bioethics no Brasil, inserindo-o definitivamente no contexto internacional da Bioética (DRANE e PESSINI, 2005).

Além de sua crescente legitimação enquanto disciplina acadêmica, a Bioética no Brasil vem exercendo decisivo papel no desenvolvimento de normas relacionadas especialmente à área temática que constituiu, desde o início, um dos carros-chefe da disciplina no país: a ética em pesquisas envolvendo seres humanos.

Assim, no ano de 1996, foi editada pelo Conselho Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde, a Resolução nº 196/96, que regulamentou a criação da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Esse órgão, juntamente com os Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs) - cuja criação e organização foi determinada a todos os centros de pesquisa do país pela mesma Resolução nº 196/96 -, tem o objetivo de acompanhar e avaliar eticamente todas as pesquisas que envolvem seres humanos realizadas no Brasil.

A Resolução nº 196/96 foi fortemente influenciada pela teoria principialista da Bioética, de forma que traz em seu preâmbulo os quatro princípios como referenciais: autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça.

Verifica-se ainda que a Resolução 196/96 instituiu a obrigatoriedade de utilização do 'termo de consentimento livre e esclarecido' nas pesquisas envolvendo seres humanos, propiciando, assim, a ampla divulgação da temática no Brasil.

É certo que o desenvolvimento de uma legislação versando sobre o consentimento livre e esclarecido na atividade de pesquisa contribuiu para o debate sobre o tema também na área de assistência em saúde, em especial na atividade médica, ressaltando DINIZ e GUILHEM (2002, p. 44) que “a bioética brasileira está marcadamente vinculada à prática médica em todos os seus sentidos: pela eleição de seus temas de estudo e pela trajetória acadêmica e profissional de seus pesquisadores”.

Assim, o tema ganhou força na Bioética brasileira, consolidando-se aqui a expressão ‘consentimento livre e esclarecido’ (DINIZ E GUILHEM, 2002), inspirada pela jurisprudência francesa, que cunhou a expressão ‘*consentement éclairé*’ (VIEIRA e HOSSNE, 1987; FORTES, 1994a).

O vocábulo ‘livre’ refere-se à necessária voluntariedade do paciente (ou sujeito de pesquisa) quando da manifestação de sua decisão, como antes verificado. O ‘esclarecimento’, por sua vez, é tido como mais abrangente do que a simples transmissão de informações, à medida que engloba a necessidade de que as informações transmitidas sejam compreendidas pelo paciente (ou sujeito de pesquisa).

Como antes mencionado, o consentimento livre e esclarecido encontra-se em início de seu desenvolvimento jurídico no Brasil.

Observa-se que o país está, aos poucos, inserindo a temática em sua legislação, no que se refere à prática de assistência em saúde. Dessa forma, a presença do consentimento livre e esclarecido ocorre hoje em legislações

temáticas, como é o caso da Lei nº 9.263/96¹¹, que trata do planejamento familiar; da Lei nº 9.434/97¹², que dispõe sobre o transplante de órgãos; e da Resolução nº 1.358/92¹³, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece “normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida”.

Ressalte-se que o estado de São Paulo apresenta legislação pioneira que versa sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde (Lei Estadual nº 10.241, de 1999). Referida lei estabelece como direito do usuário “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”.

Ainda no que se refere à legislação, observa-se que o Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) introduziu no inédito capítulo ‘Dos direitos da personalidade’, o artigo 15, que estabelece que:

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

¹¹ **Art. 10, § 1º:** “É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.”

¹² **Art. 10, caput** - “O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.”

¹³ **3** - “O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.”

A despeito de não tratar explicitamente sobre o consentimento livre e esclarecido, referido dispositivo de Lei é entendido por LIMA (2005) como a positivação do consentimento livre e esclarecido no Brasil. Ressalte-se, entretanto, que a redação de tal artigo é considerada deficiente, pois, nos dizeres de SZTAJN (1998, p. 96), “interpretação a *contrario sensu* (...) evidencia que qualquer pessoa pode ser constrangida a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, desde que não haja risco de vida”.

Nesse sentido, BORGES (2005, p. 202) observa que:

“Inferre-se, do art. 15 do Código Civil, que a pessoa pode opor-se ao tratamento médico (incluindo-se aí a intervenção cirúrgica), sobretudo se tal tratamento apresentar risco à sua integridade física ou à vida, embora a pessoa possa opor-se inclusive se não houver esse risco”.

Cabe ressaltar ainda que, no ano de 2006, o Ministério da Saúde lançou a *Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde*, que assim estabelece:

“4. Todo cidadão tem direito a atendimento que respeite a sua pessoa, seus valores e seus direitos.

O respeito à cidadania no Sistema de Saúde deve ainda observar os seguintes direitos:

(...)

V. Consentimento ou recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública. O consentimento ou a recusa dados anteriormente poderão ser revogados a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que lhe sejam imputadas sanções morais, administrativas ou legais.

VI. Não ser submetido a nenhum exame, sem conhecimento e consentimento, nos locais de trabalho (pré-admissionais ou periódicos), nos estabelecimentos prisionais e de ensino, públicos ou privados.

VII. A indicação de um representante legal de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia.”

(...)

Referida Carta de Direitos foi além, estabelecendo como responsabilidade dos usuários:

“5. (...)

I. Prestar informações apropriadas nos atendimentos, nas consultas e nas internações sobre queixas, enfermidades e hospitalizações anteriores, história de uso de medicamentos e/ou drogas, reações alérgicas e demais indicadores de sua situação de saúde.

II. Manifestar a compreensão sobre as informações e/ou orientações recebidas e, caso subsistam dúvidas, solicitar esclarecimentos sobre eles.

III. Seguir o plano de tratamento recomendado pelo profissional e pela equipe de saúde responsável pelo seu cuidado, se compreendido e aceito, participando ativamente do projeto terapêutico.

IV. Assumir responsabilidades pela recusa a procedimentos ou tratamentos recomendados e pela inobservância das orientações fornecidas pela equipe de saúde.”

(...)

Trata-se do primeiro documento elaborado por órgão governamental no Brasil que, em nível nacional, discorre de forma mais ampla sobre o consentimento livre e esclarecido na assistência em saúde.

Como se observa, o desenvolvimento jurídico do consentimento livre esclarecido ainda está em fase inicial no Brasil, de tal sorte que se desconhece a abordagem dada ao tema pelos tribunais brasileiros nas ações de responsabilidade civil relacionadas à atividade médica.

De outra sorte, e como se verificará a seguir, tais ações judiciais, que correspondem justamente ao cenário em que o consentimento livre e esclarecido desenvolveu-se na jurisprudência estadunidense, estão em franco crescimento no Brasil.

1.6 OS PROCESSOS JUDICIAIS ENVOLVENDO A ATIVIDADE MÉDICA NO BRASIL

O aumento progressivo do número de processos judiciais envolvendo a atividade médica intensificou-se no Brasil a partir da década de 1980, conforme pesquisa realizada por FORTES (1994a), que noticiou a existência de 82 (oitenta e duas) decisões relacionadas à responsabilidade médica nos tribunais brasileiros entre os anos 1980 e 1989, contra as 44 (quarenta e quatro) da década anterior.

Já em estudo realizado entre 2000 e 2004 pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp), em parceria com o Instituto de Defesa do Consumidor, foram localizadas, apenas na Justiça estadual paulista e nos tribunais superiores, 376 (trezentas e setenta e seis) decisões judiciais envolvendo a responsabilidade médica (CREMESP, 2006).

Esse acentuado aumento do número de processos judiciais relacionados à atividade médica também se reflete nos números de

denúncias realizadas por pacientes junto ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Segundo dados do Cremesp, o número de denúncias contra médicos recebidas pelo órgão aumentou cerca de 150% entre os anos de 1995 e 2005. No período correspondente ao limite temporal da presente pesquisa, o número de denúncias recebidas passou de 2109 (duas mil, cento e nove) em 2000 para 3660 (três mil, seiscentos e sessenta) no ano de 2005 (DENÚNCIAS..., 2006).

Tal situação pode ser entendida como uma consequência da crise pela qual passa hoje a relação médico-paciente no país.

No capítulo 1.1, destacamos a inserção de 'intermediários' (SCHRAIBER, 1997) na relação entre médicos e pacientes como consequência da introdução da medicina na ordem tecnológica, o que, por sua vez, propiciou a crescente massificação e despersonalização da prática médica, tornando patente o distanciamento interpessoal entre médicos e pacientes.

No Brasil, observa-se que a implantação da prática tecnológica na medicina ocorreu a partir dos anos 1960 (SCHRAIBER, 1997), de tal sorte que:

"As circunstâncias hoje estão mudadas. As relações sociais massificaram-se, distanciando o médico do seu paciente. A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para *usuário e prestador de serviços*, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados." (AGUIAR JR., 2000, p. 136)

SCHRAIBER (1997, p. 146) ressalta que o médico 'do caderninho' do plano de saúde corresponde à imagem máxima da despersonalização:

"(...) Ali, anônimo, o médico não apenas deixa de ser 'o indicado', aquele médico especial e da confiança do cliente, senão o seu oposto: o médico do qual se desconfia... Médico-mercadoria, algo a ser consumido como qualquer produto à venda em mercado. Do ponto de vista da continuidade de tratamentos, esta forma de uso dos serviços representa para o médico um obstáculo, mais que uma facilidade".

Assim, se de um lado a medicina atingiu um fantástico desenvolvimento tecnológico antes sequer imaginado, possibilitando o aumento da expectativa e da qualidade da vida humana, de outro, paradoxalmente, o que se vê é que a relação médico-paciente nunca esteve tão doente no Brasil.

A crise de confiança é evidente, já se verificando, inclusive, a existência de entidades como a Avermes - Associação das Vítimas de Erros Médicos¹⁴.

¹⁴ A AVERMES é "uma associação beneficente e sem fins lucrativos, tendo como finalidades garantir e defender os direitos do cidadão e prevenir e intervir nas ações de omissão de socorro, lesões corporais e maus tratos, prestando assistência nas áreas jurídica e social". Disponível em: <http://www.avermes.com.br>. Acesso em: 07 nov. 2006.

2 OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GERAL

- Identificar o entendimento dos tribunais brasileiros acerca do consentimento livre e esclarecido na prática de assistência médica.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar o entendimento dos tribunais brasileiros sobre a informação no contexto do consentimento livre e esclarecido, na prática de assistência médica;
- Identificar o entendimento dos tribunais brasileiros sobre a utilização do termo de consentimento livre e esclarecido na prática de assistência médica.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

3.1 TIPO DE PESQUISA

Trata-se de pesquisa exploratória, documental e de corte qualitativo, realizada a partir de estudo jurisprudencial.

Define-se jurisprudência como “a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (REALE, 2005, 167).

A jurisprudência corresponde, assim, ao “resultado do trabalho de interpretação dos juízes, no julgamento de conflitos instaurados com base em normas jurídicas” (RIZZATTO NUNES, 2003, p. 89).

De acordo com SABINO (2003), “(...) a jurisprudência, quando observada ao longo de um determinado lapso temporal, indicará sua tendência - o direito tal como provavelmente irá se manifestar mediante norma jurídica concreta”.

No que se refere ao papel exercido pela jurisprudência, cabe distinguir dois tipos de ordenamento jurídico: o de tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o de tradição anglo-americana (*common law*).

Na tradição jurídica romanística, adotada no Brasil, as leis adquirem uma preeminência, diferentemente do que ocorre na tradição anglo-saxônica, em que a jurisprudência constitui a principal expressão do direito (FERRAZ JUNIOR, 2003; DINIZ, 2004).

Entretanto, observa DINIZ (2004, p. 299) que, em nosso ordenamento jurídico:

“A jurisprudência, de um modo ou de outro, acaba impondo ao legislador uma nova visão dos institutos jurídicos, alterando-os, às vezes integralmente, forçando a expedição de leis que consagrem sua orientação. É indubitável que constitui, além de uma importantíssima *fonte* de normas jurídicas gerais, uma fonte subsidiária de informação, no sentido de que atualiza o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual que atenda aos reclamos das necessidades do momento do julgamento e do preenchimento de lacunas.”

SABINO (2004) ressalta que “a jurisprudência tem sido constantemente negligenciada nos estudos jurídicos brasileiros, não obstante sua invulgar importância. A compreensão do direito posto em um Estado exige o estudo concomitante de sua legislação, da sua doutrina e da sua jurisprudência”.

Segundo o mesmo autor, “o estudo da pluralidade de entendimentos existentes nos tribunais pode revelar os valores que estão sendo cada vez mais tutelados e os mecanismos de proteção cada vez mais aceitos, ainda que contrários a uma concepção mais ortodoxa”. Nesse sentido, o estudo jurisprudencial constitui técnica de pesquisa fundamental “(...) para a compreensão do direito que reflita a evolução cultural de um povo”.

Cabe ressaltar que não constitui objetivo do presente estudo manifestar concordância ou discordância em relação aos resultados expressos nos julgamentos. O que nos interessou foi identificar e analisar o conteúdo dos julgados, ou seja, aquilo a que ele se remete. Buscou-se,

assim, proceder à articulação entre o conteúdo das decisões proferidas pelos tribunais e os pressupostos teóricos descritos sobre o tema abordado.

3.2 COLETA DE DADOS

3.2.1 Fontes e instrumentos de coleta de dados

Inicialmente, foi realizado levantamento bibliográfico na literatura nacional e estrangeira relacionada ao tema da pesquisa, em busca de referencial teórico e delimitação do campo de pesquisa. A literatura alienígena consultada foi, sobretudo, originada nos Estados Unidos, por ser o país onde se deu a criação e o desenvolvimento do tema objeto do presente estudo.

Posteriormente, procedeu-se à busca de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, bem como de decisões proferidas pelos tribunais dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Referidos estados são considerados os maiores do Brasil, em termos de participação no produto interno bruto (PIB), segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2006). Da mesma forma,

concentram o maior número de médicos ativos no país (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

A coleta de dados foi realizada através do setor de consulta de jurisprudência disponibilizado no sítio eletrônico de cada tribunal pesquisado, a saber: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, conforme se verifica na tabela abaixo:

TRIBUNAL	SÍTIO ELETRÔNICO
STF	http://www.stf.gov.br
STJ	http://www.stj.gov.br
TJ-SP	http://www.tj.sp.gov.br
1º TAC-SP	http://www.ptac.sp.gov.br
TJ-RJ	http://www.tj.rj.gov.br
TJ-MG	http://www.tjmg.gov.br
TA-MG	http://www.tjmg.gov.br
TJ-RS	http://www.tj.rs.gov.br

Excepcionalmente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, além da busca realizada pela internet, procedeu-se também à pesquisa pessoalmente no Tribunal, ante as dificuldades encontradas para a realização da busca através do respectivo sítio eletrônico.

Observa-se que, até o ano de 2004, além do Tribunal de Justiça, o Tribunal de Alçada também julgava recursos em segunda instância nos estados de São Paulo (Primeiro e Segundo Tribunais de Alçada Civil e Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo), Minas Gerais (Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais) e Paraná (Tribunal de Alçada do Estado do Paraná). A divisão das matérias que ficava a cargo de cada um era definida por meio de provimento de cada Tribunal de Justiça. Desde 2005, com a reforma do Poder Judiciário, implantada pela Emenda Constitucional nº 45¹⁵, os Tribunais de Alçada foram extintos, de maneira que foi procedida a unificação de Tribunais, só existindo atualmente o Tribunal de Justiça.

Entretanto, em função do período estabelecido para a pesquisa - e que será mais adiante exposto - foram incluídos o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo e o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais na coleta de dados. Foram excluídos o Segundo Tribunal de Alçada Civil e o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em função da incompatibilidade entre sua competência e a natureza das decisões objeto deste estudo, como se verificará adiante.

¹⁵ **Art. 4º** - "Ficam extintos os Tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antigüidade e classe de origem.

Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual."

Observa-se ainda que, após a entrada em vigor da mencionada Emenda Constitucional, as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais passaram a ser disponibilizadas no mesmo sítio eletrônico. O mesmo não ocorre no Estado de São Paulo, de modo que, apesar de extinto, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil permanece com sítio eletrônico próprio.

Ressalta-se também que não se realizou a coleta de dados nas Turmas Recursais Estaduais (segunda instância dos Juizados Especiais), em função da complexidade das decisões aqui pesquisadas e que, via de regra, não são pelas mesmas julgadas.

3.2.2 Critérios de seleção das decisões

Pretendendo-se encontrar o posicionamento atual dos tribunais pesquisados sobre o tema da pesquisa, delimitou-se a busca às decisões proferidas no período compreendido entre 1º de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2005.

Foram pesquisados apenas acórdãos, ou seja, decisões tomadas pelos órgãos colegiados dos tribunais. Isto quer dizer que não foram aqui consideradas súmulas nem decisões monocráticas.

Tendo-se em vista o levantamento bibliográfico prévio, que apontou serem os processos relacionados à responsabilidade civil os ensejadores de decisões pertinentes ao tema da pesquisa, foram excluídas decisões de natureza criminal, bem como julgados proferidos em ações cíveis não relacionadas à responsabilidade civil.

Foram excluídos acórdãos que, apesar de se relacionarem ao tema do estudo, traziam apenas questões processuais, não abordando o mérito da temática da pesquisa.

Esclarece-se, ainda, que todas as decisões foram obtidas, na íntegra, nos próprios sítios eletrônicos dos tribunais.

3.2.3 Termos de busca utilizados

A coleta de dados foi realizada através da utilização de termos de busca que propiciassem o maior espaço amostral de decisões possível.

Salienta-se, entretanto, os limites impostos pelo instrumento utilizado, de tal sorte que não é possível garantir que, na coleta realizada, tenham sido esgotadas todas as decisões pertinentes ao presente estudo. Tem-se consciência, assim, de que há a possibilidade de existirem julgados relacionados ao tema da pesquisa e não encontrados na coleta de dados.

Foram adotados os seguintes termos de busca:

- 'consentimento livre e esclarecido'
- 'consentimento esclarecido'
- 'consentimento informado'
- 'consentimento' e 'paciente'
- 'autorização' e 'médico' e 'paciente'
- 'informar' e 'médico'
- 'dever de informar' e 'médico'
- 'informação' e 'médico'
- 'dever de informação' e 'médico'

Mister se faz esclarecer que a definição dos termos de busca teve de ser adaptada às condições e limitações de pesquisa propiciadas pelo sítio eletrônico de cada tribunal pesquisado. Assim, os sítios eletrônicos de alguns tribunais não permitem, por exemplo, a busca por expressão (v.g., 'consentimento informado'), mas apenas por palavras-chave (v.g., 'consentimento' E 'informado'). Por essa razão, não foram utilizados, necessariamente, os mesmos termos de busca em todos os sítios eletrônicos pesquisados.

3.2.4 Total de decisões obtidas

Ao todo, foram obtidas 107 (cento e sete) decisões, distribuídas da seguinte maneira:

ESTADO	TRIBUNAL	Nº DE DECISÕES SELECIONADAS
—	STF	0
—	STJ	3
SÃO PAULO	TJ-SP + 1º TAC-SP	25
RIO DE JANEIRO	TJ-RJ	23
MINAS GERAIS	TJ-MG + TA-MG	27
RIO GRANDE DO SUL	TJ-RS	29
TOTAL	—	107

Conforme se observa da referida tabela, nenhuma decisão pertinente à pesquisa foi localizada no Supremo Tribunal Federal.

3.3 MÉTODO DE ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS

A análise qualitativa dos dados obtidos foi realizada através do Método de Análise de Conteúdo.

A Análise de Conteúdo constitui “um conjunto de técnicas de análise das comunicações, visando, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, obter indicadores quantitativos ou não, que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção / recepção (variáveis inferidas) das mensagens” (BARDIN, 2002).

Segundo LAVILLE & DIONNE (1999, p. 214), a análise de conteúdo “(...) consiste em desmontar a estrutura e os elementos desse conteúdo para esclarecer suas diferentes características e extrair sua significação”.

TRIVIÑOS (1995, p. 159/160), citando BARDIN, observa que o Método de Análise de Conteúdo “(...) se presta para o estudo das motivações, atitudes, valores, crenças, tendências”. Acrescenta o autor que tal metodologia revela-se interessante ainda “(...) para o desvendar das ideologias que podem existir nos dispositivos legais, princípios, diretrizes etc, que, à simples vista, não se apresentam com a devida clareza”.

Três são as etapas nos trabalhos com a análise de conteúdo 1) a pré-análise; 2) a descrição analítica e 3) a interpretação inferencial (TRIVIÑOS (1995).

A pré-análise constitui a organização de todo o material a ser utilizado para a coleta de dados.

A descrição analítica corresponde ao estudo desse material, orientado pelas hipóteses e referenciais teóricos. É na segunda etapa da análise de

conteúdo que se definem as categorias analíticas. (LAVILLE & DIONNE 1999).

Por fim, a interpretação inferencial refere-se à fase de análise propriamente dita. “A reflexão, a intuição, com embasamento nos materiais empíricos, estabelecem relações com a realidade (...), aprofundando as conexões das idéias e chegando, se é possível (...), a propostas básicas de transformações nos limites das estruturas específicas e gerais” (TRIVIÑOS, 1995, p. 162).

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

4.1 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO CHEGA AOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Em pesquisa realizada por FORTES (1994a, 1996) e antes mencionada, foram encontradas apenas 3 (três) decisões relacionadas ao consentimento livre e esclarecido nos tribunais brasileiros no período compreendido entre os anos de 1960 e 1989. Por esta razão, o autor afirmou que "(...) no Brasil, diferentemente do que se manifesta nos Estados Unidos da América e em países europeus, a questão do consentimento e da informação na responsabilidade médica ainda não parece ter motivado o ambiente" (FORTES, 1998, p. 53).

Já na presente pesquisa, que teve como limite temporal o período compreendido entre os anos 2000 e 2005, observamos um cenário bastante diferente daquele encontrado por Fortes: foram obtidas 107 (cento e sete) decisões judiciais relacionadas ao consentimento livre e esclarecido.

Esse acentuado aumento do número de decisões leva a crer que o tema definitivamente chegou aos tribunais brasileiros.

A grande maioria das decisões foi obtida através das expressões de busca relacionadas à questão da 'informação' ou, mais especificamente, ao dever de informar do médico - que, como se verificará mais adiante, constitui questionamento emergente no cenário judicial brasileiro.

Foram obtidas 21 (vinte e uma) decisões que contivessem, explicitamente, as expressões 'consentimento livre e esclarecido', 'consentimento esclarecido' ou 'consentimento informado', distribuídas da seguinte maneira:

	CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO	CONSENTIMENTO ESCLARECIDO	CONSENTIMENTO INFORMADO	TOTAL
STJ	0	0	2	2
SÃO PAULO	0	2	1	3
RIO DE JANEIRO	0	2	1	3
MINAS GERAIS	0	7	3	10
RIO GRANDE DO SUL	1	0	2	3
TOTAL	1	11	9	21

Como antes mencionado, a expressão 'consentimento informado' corresponde à tradução literal de 'informed consent', expressão originária dos tribunais estadunidenses. A expressão 'consentimento esclarecido', por sua vez, foi criada pela jurisprudência francesa (FORTES, 1994a). Já a expressão 'consentimento livre e esclarecido' foi adotada no Brasil pela Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde (DINIZ e GUILHEM, 2002).

Verifica-se que não há uma expressão consolidada pelos tribunais quando se referem à temática do consentimento livre e esclarecido.

Entretanto, a expressão 'consentimento informado', oriunda da jurisprudência estadunidense, foi verificada em todos os tribunais pesquisados - com exceção, evidentemente, do Supremo Tribunal Federal, onde não foi localizada qualquer decisão pertinente ao tema da pesquisa, como antes mencionado.

Já a expressão 'consentimento esclarecido' foi verificada com muita frequência nos tribunais mineiros. Observa-se, entretanto, que referida expressão é trazida pelos julgados de Minas Gerais em função da citação, pelos mesmos, de artigo doutrinário que menciona a expressão 'consentimento esclarecido'. Trata-se de artigo intitulado 'Responsabilidade Civil do Médico', de autoria do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Jr., e que foi publicado pela Revista dos Tribunais nº 718, no ano de 1995 e, posteriormente, pela Editora Del Rey, na obra 'Direito e Medicina', no ano 2000, coordenada pelo também ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Curiosamente, o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Jr., é justamente o Relator dos dois únicos julgados proferidos pela referida Corte, verificados na tabela acima, sendo que, em suas decisões - ambas proferidas no ano de 2002 -, utilizou a expressão 'consentimento informado'.

No que se refere à expressão 'consentimento livre e esclarecido', tem-se que foi observada em uma única decisão proferida pelo Tribunal de

Justiça do Rio Grande do Sul, em citação da sentença de primeiro grau que menciona precedente dos tribunais estadunidenses:

“Cabe, por oportuno, transcrever parte do *decisum*:

(...) “consoante assentado por BENJAMIN NATHAN CARDOZO, ainda em abril de 1914, na decisão que é considerada por muitos como o embrião da doutrina do consentimento informado, todo ser humano adulto e são tem direito a determinar o que fará com seu próprio corpo. Por evidente que não bastava informações sobre o diagnóstico e sobre o procedimento em si, tampouco bastando que tenha sido obtida autorização para a realização da intervenção. Impunha-se a ele obter o consentimento livre e esclarecido da paciente, que somente pode ocorrer se houver prévia e adequada informação por parte do médico a respeito de todos os dados necessários e úteis sobre o tratamento proposto e seus riscos.”

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70005834270, Relator Des. Paulo Antônio Kretzmann, 10ª Câmara Cível, j. 27.11.2003)

A ausência de citação mais freqüente das expressões ‘consentimento informado’, ‘consentimento livre e esclarecido’ e ‘consentimento esclarecido’ pelos tribunais, bem como de uniformização da nomenclatura adotada nas decisões judiciais, pode estar relacionada ao fato de a temática do consentimento livre e esclarecido ainda não apresentar uma abordagem jurídica desenvolvida e consolidada Brasil, como antes já ressaltado.

De outra sorte, salienta-se que o lapso temporal pesquisado no presente estudo - qual seja, de 2000 a 2005 - corresponde a um momento de consolidação e crescente divulgação da Bioética no Brasil, como visto no capítulo 1.5, o que certamente favorece a sua disseminação no meio jurídico.

Verifica-se, a título de exemplo, a publicação da obra *O Estado Atual do Biodireito* pela renomada jurista Maria Helena Diniz, no ano de 2001 - e

que já está em sua 4ª edição no ano de 2007 -, em que a autora fundamenta-se expressamente em artigos científicos e livros de autoria de bioeticistas brasileiros, ao tratar da temática do consentimento livre e esclarecido.

Na presente pesquisa, observa-se que alguns dos julgados obtidos fazem alusão à bioética ou à ética médica, inclusive aqueles proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Considerando que o pedido de indenização por danos morais ora em análise tem como fundamento a remoção não autorizada de órgão do aparelho reprodutor da apelada, torna-se importante fazer menção ao princípio da autonomia informado pela bioética, que rege todos os procedimentos médicos que implicam intervenção no corpo do paciente. De acordo com este princípio, toda pessoa, antes de ser submetida a um tratamento médico que implique intervenção em seu corpo, seja através da ingestão de medicamentos, seja através de cirurgias, deve ser devidamente informado (sic) acerca do procedimento a ser adotado. Na hipótese de restar demonstrado que o paciente ainda não possui capacidade de ter conhecimento acerca daquilo que será informado, os dados deverão ser repassados a pessoa que o represente legalmente.

Porém, não basta que o paciente ou seu responsável tenha conhecimento acerca do tratamento a ser ministrado. É também necessário que estes consintam com a realização do procedimento, caso contrário nada poderá ser feito pelo médico.

Assim, se no presente caso estiver demonstrado que a histerectomia subtotal foi realizada sem que a apelada tivesse conhecimento acerca do seu procedimento, bem como sem a sua devida autorização, restará demonstrada a ilicitude da conduta do recorrente.” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.439049-0/000, Relator Juiz Pedro Bernardes, 1ª Câmara Cível, j. 24.08.2004, grifos nossos)

“A obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacando-se entre elas o consentimento informado.” (REsp nº 467.878/RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 05.12.2002)

“Além disso, parece-me consistente a manifestação do jurisperito, até pelo princípio da Bioética de Consentimento Informado, de que ‘a relação entre médico e seu paciente foi desrespeitado’(sic).” (TJ-SP, Apelação Cível nº 172.886-4/8-00, Relator Des. Alfredo Migliori, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07.11.2000)

“Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as consequências 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.” (REsp nº 436.827/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 01.10.2002)

A respeito das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, constatamos em pesquisa realizada no sítio eletrônico do próprio tribunal que as mesmas correspondem às primeiras decisões proferidos pela referida Corte brasileira em que se faz referência à temática do consentimento livre e esclarecido.

A influência que as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça exercem sobre outros tribunais é notória, de tal sorte que, entre as próprias decisões obtidas na presente pesquisa, já se verifica a citação dos referidos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça:

‘RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro de seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.’ (STJ – RESP 467878 - RJ - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJU 10.02.2003).

'RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do seu 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. Recurso conhecido.' (STJ - RESP 436827 - SP - 4ª T. - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJU 01.10.2002)."

(TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.413571-7/000, Relatora Juíza Heloisa Combat, 6ª Câmara Cível, j. 04.03.2004)

No que se refere à legislação, observou-se a freqüente citação do Código de Ética Médica (Resolução nº 1.246/88, do Conselho Federal de Medicina):

"Veja-se a Resolução CFM nº 1.246, de 08 de janeiro de 1988, que contém as normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem." (TJ-RS, Apelação Cível nº 70005834270, Relator Des. Paulo Antônio Kretzmann, 10ª Câmara Cível, j. 27.11.2003)

"Conforme o art. 46 do Código de Ética Médica¹⁶, 'é vedado ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo iminente perigo de vida (sic)." (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2003.001.03239, Relator Des. Laerson Mauro, 9ª Câmara Cível, j. 15.04.2003)

"A conduta dos profissionais foi legal e pautou-se dentro, inclusive, do que prescreve o Código de Ética Médica, que, em seus artigos 46, 56 e 57¹⁷, estabelecem que a obrigação primordial do médico consiste em preservar e salvar vidas, lançando mão de todos os meios necessários, com respeito à vontade de seu paciente, desde que não se vislumbre iminente perigo de vida." (TJ-SP, Apelação Cível nº 123.430-4/4, Relator Flávio Pinheiro, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07.05.2002)

¹⁶ "É vedado ao médico:

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

¹⁷ "É vedado ao médico:

Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente."

A Lei nº 9.263/96, antes mencionada, também é citada com frequência nas decisões que envolvem procedimentos de laqueadura e vasectomia:

“No entanto, registre-se que casuisticamente a exigência formal do art. 10 da Lei 9.263/97, é por deveras atenuada, impondo-se ao médico apelado tão somente a observância do dever de informar, mas dispensando-lhe o dever de demonstrar os pressupostos formais¹⁸ previstos nos §§1º e 5º do art. 10 da Lei 9.263/97.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70009997982, Relator Des^a. Íris Helena Medeiros Nogueira, 9ª Câmara Cível, j. 30.05.2005)

De outra sorte, o artigo 15, do Código Civil, não foi citado por qualquer das decisões encontradas - o pode que estar relacionado ao fato de o referido Código ter entrado em vigor apenas no ano de 2003.

Da mesma forma, a Lei paulista nº 10.241/99 não foi mencionada nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nem pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil do mesmo estado.

¹⁸ **Art. 10.** Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

(...)

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.”

Por outro lado, observou-se uma freqüente citação do Código de Defesa do Consumidor, constituindo tal legislação a mais referenciada nas decisões obtidas na presente pesquisa. Mais adiante, discorrer-se-á sobre as razões que levam a tal freqüente citação da legislação consumerista pelos tribunais.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

4.2.1 Novos Rumos da Responsabilidade Civil Médica

A responsabilidade civil médica pode ser motivada por faltas técnicas ou por faltas contra o humanismo médico (FORTES, 1994a, p. 15). As faltas técnicas “são aquelas que não seriam cometidas por um profissional competente e diligente agindo nas mesmas circunstâncias, observando as regras da ciência e da arte de sua profissão”. Já as faltas contra o humanismo médico correspondem àquelas “decorrentes de atos ou procedimentos que ferem direitos individuais fundamentais dos cidadãos enquanto usuários dos serviços de saúde”.

As faltas contra o consentimento livre e esclarecido são, pois, classificadas como falta contra o humanismo médico (FORTES, 1998).

No Direito brasileiro, a má atuação profissional do médico tradicionalmente é associada à idéia de falta técnica. Assim, o *erro médico* constitui expressão freqüentemente utilizada para se referir à falta técnica.

Observa-se que a doutrina jurídica, ao definir as modalidades de culpa¹⁹ médica, exemplifica-as através de situações relacionadas exclusivamente a faltas técnicas. Cita-se, a título de exemplo, THEODORO JR. (2000, p. 121-122), que menciona como situação de: (1) negligência: “o esquecimento de pinça ou tampão de gaze no abdômen do paciente”; (2) imprudência: “o médico que libera o acidentado, quando deveria mantê-lo no hospital sob observação durante algum tempo, e com isso provoca sua subsequente morte”; (3) imperícia: “se o médico foi afoito, formando desde logo o diagnóstico sem aguardar a evolução do quadro clínico e sem proceder a exames laboratoriais que o caso exigia”.

Dessa forma, a falta técnica constitui, usualmente, o foco exclusivo dos magistrados quando da avaliação da existência ou não de má atuação do médico em um processo judicial.

Isso pode justificar o fato de se ter verificado na presente pesquisa que a defesa dos médicos fundamenta-se, na maioria das vezes, estritamente na suposta ausência de falhas técnicas por eles cometidas:

¹⁹ Via de regra, a responsabilidade médica é tida pela doutrina jurídica como *subjetiva*, ou seja, depende da comprovação de atuação culposa do médico para que reste configurada. As modalidades de culpa, por sua vez, compreendem a imperícia (descumprimento de regra técnica da profissão), a negligência (deixar de adotar as providências recomendadas) e a imprudência (agir com descuido) (AGUIAR JR., 2000).

“Sustentou que não pode prevalecer a condenação imposta ao apelante sob a alegação de ter faltado este com seu dever de informação, por supostamente não ter alertado a autora dos riscos que poderiam decorrer da utilização de fenol intra-articular, uma vez que sua conduta médica não foi considerada nem imprudente, nem negligente, e tampouco imperita.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70005834270, Relator Des. Paulo Antônio Kretzmann, 10ª Câmara Cível, j. 27.11.2003)

“Os Réus, na contestação, defendem a regularidade do procedimento cirúrgico, mencionando literatura médica internacional.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2001.001.00076, Relator Des. Werson Rêgo, 15ª Câmara Cível, j. 20.06.2001)

“O apelante, em sua defesa, afirma que a cirurgia foi realizada dentro das normas e padrões da Medicina.” (TJ-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.457859-4/000, Relator Des. José Affonso da Costa Côrtes, 15ª Câmara Cível, j. 12.05.2005)

Entretanto, as decisões encontradas denotam nova tendência dos tribunais brasileiros: o reconhecimento da responsabilidade civil do médico em função da ausência (ou deficiência) de informação prestada ao paciente e/ou da falta de obtenção de seu consentimento, ainda que o profissional não tenha cometido qualquer falta técnica:

“O laudo pericial informa que, do ponto de vista técnico, as cirurgias realizadas pelo réu estão corretas. (...) Houve uma redução da acuidade visual do paciente, que pode ter decorrido de complicações inerentes à técnica cirúrgica, ao que se acrescenta a necessidade de saber se o réu obteve do paciente o necessário consentimento à realização da intervenção, em decorrência do devido esclarecimento prestado sobre suas conseqüências, não assegurada a obtenção de sucesso. (...) A responsabilidade do médico decorre da falta de cientificação adequada ao paciente, caracterizando a culpa no aspecto negligência.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 136.164.4/0-00, Rel. Des. Marcus Andrade, 5ª Câmara de Direito Privado, 28.08.2003)

“(...) Não estava em pauta o desempenho profissional do médico em relação à eficácia de sua conduta. O que se afirmou na inicial é que houve uma intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento do paciente.”

(TJ-RJ, Apelação Cível nº 2003.001.03239, Relator Des. Laerson Mauro, 9ª Câmara Cível, j. 15.04.2003)

“Dessa forma, embora o descolamento de retina, conforme conclusão do laudo pericial, não possa ser atribuído a qualquer desvio de normas técnicas (fls. 159), como se tratava de complicação possível e que poderia até mesmo já existir, ante a impossibilidade de visão do fundo de olho nos exames pré-operatórios, deveria ter sido informada à Apelante, não havendo qualquer evidência de que tais esclarecimentos lhe foram prestados.”

(TJ-RJ, Apelação Cível nº 2005.001.43295, Relator Des. Ana Maria Pereira de Oliveira (voto vencido), 8ª Câmara Cível, j. 06.12.2005)

“Entretanto, apesar das respeitáveis conclusões médicas (do laudo pericial), a sentença, quanto à responsabilidade dos co-réus, é de ser mantida. Deflui, claramente, da leitura da inicial, que o facultativo não cientificou a paciente dos riscos da intervenção, inclusive de que as cicatrizes poderiam evoluir para a formação quelóide. Em sua contestação, os demandados, pessoa jurídica e física, em momento algum assinalaram que tal advertência foi transmitida à paciente antes da intervenção.”

(TJ-SP, Apelação Cível nº 124.100.4/6-00, Relator Des. Marcus Andrade, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 04.08.2004)

“A ausência de informação dos riscos e de consentimento do paciente atribui o dever de indenizar ao facultativo.”

(TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.338950-2/000, Relator Juiz Belizário de Lacerda, 6ª Câmara Cível, j. 11.04.2002)

Observa-se que os próprios tribunais reconhecem tratar-se de nova tendência sobre a responsabilidade civil médica:

“Aliás, atualmente, encontra-se em voga a discussão sobre a inobservância do dever de informação como modalidade de responsabilização médica. Modernamente, além dos deveres de cuidado e sigilo, vem se exigindo da classe médica que oriente e informe objetivamente os pacientes a respeito de toda a terapêutica

ou cirurgia indicada, bem como, sobre os riscos e prováveis resultados. Ainda, o médico também precisa obter indispensavelmente o consentimento do próprio paciente ou de seu responsável na hipótese de procedimento arriscado.”

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70009997982, Relator Des^a. Íris Helena Medeiros Nogueira, 9^a Câmara Cível, j. 30.05.2005)

“A jurisprudência desta casa é unânime em responsabilizar o profissional médico quando descumpre o seu indeclinável dever de informar a paciente de todas as circunstâncias para a prática do ato e conseqüências que poderão advir da intervenção (...).”

(TA-MG, Apelação Cível nº 360.091-5, Relator Juiz Guilherme Luciano Baeta Nunes, 7^a Câmara Cível, j. 27.06.2002)

KFOURI NETO (2002, p. 285), magistrado e renomado doutrinador da temática da responsabilidade médica, ressalta que “é fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente”.

Verificamos ainda decisões que incluem as faltas relacionadas à questão da informação e/ou do consentimento na definição de *erro médico* e *culpa médica*:

“O erro médico não consiste, apenas, na falha do profissional no que respeita ao ato cirúrgico em si mas, certamente, pode ocorrer tanto na fase pré-operatória, quanto na do pós-operatório. No caso, houve violação do dever de conselho, bem assim da regra que assegura ao paciente o direito à informação completa, adequada, clara e precisa sobre o serviço contratado (...).”

(TJ-RJ, Apelação Cível nº 2001.001.00076, Relator Des. Werson Rêgo, 15^a Câmara Cível, j. 20.06.2001)

“A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional.”

(REsp nº 436.827/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4^a Turma, j. 01.10.2002)

“Ao executar o procedimento na Autora, sem nenhuma comunicação dos riscos existentes na cirurgia, o Réu agiu com extrema imprudência, cometendo um erro grave, pelo qual terá que pagar perdas e danos.”

(TJ-RJ, Apelação Cível nº 2002.001.28542, Relator Des. Maurílio Passos da Silva Braga, 11ª Câmara Cível, j. 12.03.2003)

De outro lado, foram observadas decisões que, a despeito de associarem o *erro médico* e as tradicionais modalidades de culpa (imprudência, negligência e imperícia) exclusivamente à falta técnica, reconhecem a falta relacionada à questão da informação como ensejadora de responsabilização do médico:

“No mérito, a questão se remete não à culpa por erro médico, quando necessária a averiguação da omissão/ação contrária ao dever, por negligência ou imperícia, senão à ausência da necessária e indispensável informação à autora, que estava à testa dos cuidados com seu esposo, sobre os riscos advindos da cirurgia realizada e suas conseqüências. (...) Assim, tem-se que o agir culposo do médico não se consubstanciou nas figuras comumente dissertadas - imprudência, imperícia e negligência no procedimento adotado, senão na omissão do dever relativo à prévia informação.”
(TJ-RS, Apelação Cível nº 70006902597, Relatora Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, 10ª Câmara Cível, j. 18.03.2004)

No mesmo sentido é o entendimento de SZTAJN (1997, p. 11):

“Vale dizer que a responsabilidade do médico quando da violação da autonomia do paciente, da quebra dos deveres de veracidade, confidencialidade e privacidade devem ser consideradas ao lado dos chamados “erros médicos” que, em geral, estão presos à idéia de culpa por agir o profissional com negligência, imprudência ou imperícia.”

Cabe salientar ainda que, a despeito da tendência jurisprudencial verificada, também foram obtidas decisões em que se permanece reconhecendo apenas a falta técnica como ensejadora de responsabilização civil do médico.

A esse respeito, transcreve-se trecho de decisão não unânime proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e a respectiva declaração de voto vencido:

“(...) não se poderá admitir a procedência desta ação, quando discrepância não há no sentido de que o apelado não agiu com culpa ou cometeu erro médico no ato cirúrgico. (...) Recomendável será que o médico alerte seu paciente ou seus familiares sobre os riscos de uma cirurgia, mas a omissão, por si só, quando não haja culpa de sua parte, não pode conduzir ao reconhecimento de sua responsabilidade civil, que, por ser extracontratual, pressupõe a prática de um ilícito civil.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 135.021.4/0, Relator designado Des. Guimarães e Souza, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 11.03.2003)

VOTO VENCIDO

“Assim, não se pode dizer que o demandado agiu com culpa, ou que teria cometido erro médico no ato cirúrgico. A sua responsabilidade, porém, foi não advertir a mãe do menor a respeito das conseqüências possíveis, ainda que raras, da cirurgia que ia realizar. Ele diz que a avisou de tudo (fls. 16), num reconhecimento de que essa comunicação, ao paciente ou a seu responsável, era necessária.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 135.021.4/0, Declaração de voto vencido do Des. Gildo dos Santos, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 11.03.2003)

No mesmo sentido, verifica-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“No caso dos autos, a indicação que existe é no sentido de que as informações prestadas ao autor não foram completas e esclarecedoras, o que autoriza entender que o consentimento dele, neste contexto, igualmente não fora perfeito.

(...)

No entanto, o descumprimento do dever de informação e obtenção do consentimento não é suficiente, por si só, para determinar que tenha o paciente direito a alguma forma de indenização.

(...)

De toda a argumentação, então, resta a conclusão de que o réu conseguiu, por meio da prova produzida, demonstrar que a sua atuação foi diligente, com o emprego de técnicas adequadas ao caso concreto, ressalvada a falta de obtenção do chamado consentimento informado.

Já o autor, mesmo diante de um ilícito cometido pelo réu e relacionado com o dever de informação, não obteve êxito na sua tentativa de demonstrar que houve de fato negligência ou imprudência quando do diagnóstico e tratamento ou que a falha no dever de informar de fato lhe gerou dano. A pretensão do autor, neste contexto, é improcedente.”

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70006796700, Relatora Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, 10ª Câmara Cível, j. 27.11.2003)

4.2.2 Os Deveres Decorrentes do Consentimento Livre e Esclarecido

A nova tendência dos tribunais brasileiros antes verificada, no sentido de se responsabilizar o médico em função da falta de informação prestada ao paciente ou de obtenção de seu consentimento, deixa patente a imputação de dois deveres ao profissional: o de obter o consentimento do paciente e o de informá-lo.

Em capítulos anteriores, ressaltamos que foram esses os deveres imputados aos médicos pelos tribunais estadunidenses como decorrência do desenvolvimento do ‘consentimento informado’ no contexto judicial: em um primeiro momento, o dever de obter o consentimento ou a autorização do paciente e, posteriormente, o dever de informar (APPELBAUM e col., 1987).

Observa-se, assim, que, no Brasil, a despeito de o consentimento livre e esclarecido ainda não apresentar uma abordagem jurídica desenvolvida e consolidada, tanto o dever de obter o consentimento do paciente quanto o de informá-lo já são mencionados pelos tribunais.

O dever de obter o consentimento do paciente mostrou-se freqüente em processos relacionados aos procedimentos de laqueadura e histerectomia, visando os referentes julgados à preservação da integridade física do paciente, e não de seu direito de decidir:

“Correta a sentença que julgou procedente o pedido autoral para reconhecer a conduta culposa do médico denunciado ao realizar a laqueadura das trompas sem autorização da paciente e sem qualquer indicação clínica que a fundamentasse.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2005.001.36227, Relator Des. Jorge Luiz Habib, 18ª Câmara Cível, j. 20.12.2005)

“No caso dos autos, com bem avaliado pelo culto julgador, restou demonstrado que a laqueadura de trompas foi procedida sem a autorização da paciente.

(...)

Corolário disso, assente o dever de indenizar, pois constatada a conduta indevida e o ato ilícito do médico.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70002965127, Relatora Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, 9ª Câmara Cível, j. 04.12.2002)

“É de se concluir que não ficou provado que a Apelante tivesse consentido no ato cirúrgico de retirada da trompa direita.

(...)

(...) O réu pode ter tido a melhor das intenções, mas foi imprudente. Não estava autorizado a ir além do exame de videolaparoscopia diagnóstica. Se com o resultado do exame ficasse evidenciada a necessidade da cirurgia, ela deveria ser feita em outra oportunidade, após o consentimento expresso, por não se tratar de intervenção de urgência e necessária.

(...)

O ser humano é senhor do seu corpo. A sua integridade física é direito indisponível.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2003.001.03239, Relator Des. Laerson Mauro, 9ª Câmara Cível, j. 15.04.2003)

De outra sorte, também foram verificadas decisões em que a exigência da obtenção do consentimento do paciente é relacionada à tomada de decisão, aproximando-se mais da concepção de consentimento livre e esclarecido:

"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.

(...)

Induvidoso é que, em ato cirúrgico em que há perda da capacidade reprodutiva, em decorrência de esterilização, o consentimento do paciente é essencial e inarredável, pois não se concebe, nem se deve tolerar, que os médicos passem a adotar, de modo próprio, segundo a sua própria vontade, condutas que comprometam a vida, a saúde ou o bem estar dos pacientes e que estejam em desacordo com as regras de seu nobre mister.

Evidencia-se dos elementos probatórios ínsitos nos autos que o profissional da saúde, ora apelante, realizou a laqueadura ou ligadura de trompas da autora sem o seu consentimento ou de seu marido.

(...)

Afirma o réu, em sua defesa, que 'o consentimento se deu, claramente, quando o profissional médico, consciente de suas responsabilidades, com uma demonstrada trilha de correição e ética em todos os procedimentos médicos pelos mesmos realizados durante toda a sua vida profissional, de amplo reconhecimento, além de sua constatada competência, realizou o ato'.

Deduz-se dessa manifestação a ocorrência de uma presunção de consentimento, ante a simples confiança que os autores depositavam no trabalho do médico ou em suas assertivas de dever 'se questionar, num final de século, em que o País e o Mundo se encontram emaranhados num questionamento social, possuindo já o casal dois filhos, sem qualquer comprovação da evolução social ou financeira do mesmo casal, não seria dever do Estado se acometer dos caprichos deste, de irresponsavelmente ter filhos...'

Essas posições evidenciam desrespeito às normas éticas inerentes à conduta médica no exercício de seu sagrado mister, violação a princípio da igualdade dos direitos dos cidadãos, não sendo lícito que, pelo fato de pertencer a uma classe menos afortunada, possa o Estado coibir o direito à liberdade quanto ao planejamento familiar, desrespeitando a dignidade da pessoa humana, sem atentar à paternidade responsável e segundo o artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal, norma esta de aplicabilidade imediata e eficácia plena, resta inócua a tese de que só seria exigível o

consentimento por escrito para a realização da laqueadura, a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.”
(TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.322443-5/000, Relatora Juíza Jurema Miranda, 3ª Câmara Cível, 13.12.2000)

“Houve, portanto, imprudência do requerido neste aspecto, estritamente, com desrespeito ao direito da paciente de decidir pela retirada do útero naquela ocasião ou em outra; se no momento da cirurgia ela não podia ser indagada e se o procedimento não se mostrava de necessidade imediata e vital, prudente era não o fazer. Razoável seria fazer o que era previsto, ou, se era o caso, deixar de intervir no ovário, mas não ir além do previsto se não havia urgência no procedimento a ser realizado e se este poderia provocar, sabidamente, conseqüências psico-somáticas (sic) negativas.”
(TJ-SP, Apelação Cível nº 106.601-4/0-00, Relator des. Aguilar Cortez, 4ª Câmara de Direito Privado, 10.08.2000)

No mesmo sentido, verificou-se decisão proferida em primeiro grau, mencionada e mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e que, posteriormente, originou um dos primeiros julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, referentes à temática do consentimento livre e esclarecido (REsp nº 467.878/RJ):

“É patente que os réus argumentaram de forma genérica quando afirmam que ‘DECIDIU-SE pela CIRURGIA...’, não esclarecendo o que querem efetivamente revelar pela expressão aludida.

Parece que deixam ‘claro’ que a ‘decisão’ citada, na verdade foi DA EQUIPE MÉDICA e não do paciente.

Os réus afirmam: ‘... relutou em submeter-se à cirurgia aconselhada...’.

(...)

O profissional de medicina não tem (ou não deve ter) o ‘controle’ ou o ‘poder sobre o paciente’, vez que o eventual fato de um cliente apresentar qualquer tipo de problema de saúde, não é um ‘passaporte’ hábil a autorizar o profissional em tela, a decidir ‘em nome do consumidor’.

Na verdade médico e paciente devem estar em situação de IGUALDADE, sendo certo que o profissional está melhor habilitado do que o paciente, para conhecer e opinar sobre certa (sic) tema específico, vez que se ‘preparou para tanto’.

O eventual fato do profissional estar melhor habilitado para 'conhecer e trabalhar' sobre determinado problema médico do paciente, não o transforma 'em dono da verdade'.

Parece que o médico deve 'atuar' principalmente em relação ao paciente e posteriormente sobre a doença em si.

A doença não pode ser 'mais importante do que o paciente'.

(...)

Tal decisão jamais é do profissional de medicina, mas sim do paciente, salvo em casos extremos em que a vida do mesmo está em 'jogo', o que não se verificava na espécie.

O profissional que realizou a primeira cirurgia, 'traiu a confiança' da autora, não lhe assessorando quando mais deveria, exercendo o 'poder' que não deveria ter (isto é, decidir sobre algo que pertence somente ao interessado – personalíssimo) vez que viola princípios jurídicos, éticos e morais.

O eventual fato da autora 'possivelmente' perder a visão (não de forma súbita) caso não realizasse a cirurgia, não autoriza o médico a decidir 'em nome da paciente'.

O paciente não é um número, possuindo um NOME, UMA PERSONALIDADE E UMA SENSIBILIDADE." (in TJ-RJ, Apelação Cível nº 2001.001.00076, Relator Des. Werson Rêgo, 15ª Câmara Cível, j. 20.06.2001 - grifos no original)

Cabe ressaltar que, ao direito de decidir do paciente, implícito ao conceito de consentimento livre e esclarecido (KUCZEWSKI e MEISEL, 2000), corresponde a vedação de que o médico atue sem que o paciente tenha consentido para tal, e não o dever médico de obter o seu consentimento.

Tal sutil distinção representa profunda diferença de conceitos. Isso porque o direito de decidir implica uma gama de possibilidades de decisão, entre as quais se encontra o consentimento a um determinado procedimento médico. Logo, a existência de um dever de obter o consentimento do paciente implicaria reconhecer que a este não existem outras alternativas, que não a de sempre consentir, o que, evidentemente, está em total

desacordo com o conceito de consentimento livre e esclarecido enquanto um processo de decisão livre e esclarecida.

Além disso, a imputação de um dever de obter o consentimento pode propiciar o não reconhecimento, pelos médicos, de que o consentimento livre e esclarecido constitui questão existencial da tomada de decisão - o que, aliás, verificou-se ter ocorrido no processo de desenvolvimento do 'consentimento informado' estadunidense.

Na esteira do direito de decidir, temos ainda o direito de recusar procedimentos médicos. Verificou-se, entretanto, que apenas uma única decisão versou sobre a recusa do paciente, e no sentido de não reconhecer tal direito. Trata-se de decisão relacionada à questão da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová:

"E, diante das transfusões que recebeu, alegando que não tinha dado autorização para que fosse efetuado esse procedimento clínico, posto que sua religião não admite (Testemunha de Jeová), pretende a apelante ver-se ressarcida dos prejuízos morais e materiais que alega ter sofrido e que descreve na inicial.

(...)

Entretanto, em que pesem as convicções religiosas da apelante que, frise-se, lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que o que deve prevalecer, acima de qualquer credo, religião, é o bem maior tutelado pela Constituição Federal, a vida.

(...)

É evidente que ao profissional médico é vedado, pautando-se, inclusive, com o disposto no Código de Ética Profissional da categoria, efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento prévio do paciente ou de seu responsável legal.

Entretanto, essa regra admite exceção, quando o paciente se encontra em iminente risco de morte.

(...)

Mais a mais, mesmo o Conselheiro Dr. Marco Segre, que se filia à postura dos que entendem possa o paciente livremente decidir sobre si mesmo, recusando conduta terapêutica que possa beneficia-lo na visão de terceiros, reconheceu que não só a situação era de

'imminente perigo de vida', como foi bom o resultado terapêutico obtido (fls. 456)." (TJ-SP, Apelação Cível nº 123.430-4/4, Relator Flávio Pinheiro, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 07.05.2002, grifos no original)

A respeito do tema, e em sentido contrário ao entendimento manifestado na decisão, BASTOS (2000, p. 28-29) observa que:

"Mesmo sob imminente perigo de vida, não se pode alterar o quadro jurídico acerca dos direitos da pessoa. Até porque o ordenamento jurídico pátrio não pune aquele que tente suicídio. O direito de recusa, fundado em convicções religiosas ou filosóficas, bem como na ampla liberdade (e integridade) da pessoa humana, há de prevalecer inclusive em situações extremas como esta que é levantada."

Trata-se, pois, de questionamento sobre a existência - ou não - de conflito entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade (especificamente a religiosa), cuja complexidade do tema requer a realização de estudo em outra oportunidade.

De toda sorte, forçoso observar-se que, na situação da decisão mencionada, o direito de recusa foi tratado como exceção ao direito de decidir.

A manutenção da vida foi, assim, considerada situação em que se excetua o direito do paciente de tomar decisões sobre a própria saúde.

No mesmo sentido, verificou-se o seguinte julgado:

“Seja como for, o fato é que para salvar a vida do paciente, mediante o procedimento adequado segundo a melhor ciência médica, não necessita o médico de autorização nem do paciente nem de seus familiares. Aliás, situação semelhante é conhecida nos casos de transfusão de sangue, quando envolve pessoas ligadas à religião pelas chamadas ‘Testemunhas de Jeovah’. É que nesses casos há evidente estado de necessidade que exclui qualquer ilicitude da conduta do médico que assim procede contra a vontade do paciente e de seus familiares (CP²⁰, arts. 23 e 24). A situação contrária, em que o médico não toma a providência adequada e necessária segundo a ciência e a ética médica, como ocorreu na situação dos autos, é que configura o ilícito, exatamente porque é dever do médico, como inicialmente referido, utilizar todo seu conhecimento, toda sua diligência, toda sua perícia, todo seu esforço, toda sua ciência para obter o melhor resultado. Certamente a traqueostomia era o único meio de evitar a morte da vítima.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70002823276, Relatora Des. Ângela Maria Silveira, 1ª Câmara Especial Cível, j. 15.08.2002)

Como mencionado em momento anterior, a grande maioria das decisões obtidas na presente pesquisa foi localizada através das expressões de busca relacionadas à questão da informação no âmbito do consentimento livre e esclarecido.

Dessa forma, tem-se que o questionamento sobre o dever de informar foi verificado com muito mais frequência do que o questionamento sobre o dever de obter o consentimento do paciente.

O trecho abaixo transcrito representa o entendimento comumente verificado em diversos julgados obtidos:

“Assim, inegável que o dever de informar constitui uma das principais obrigações do médico frente ao paciente.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70008559346, Relator Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura (voto vencido), 6ª Câmara Cível, 24.08.2005)

²⁰ CP: Código Penal

De se notar ainda que as próprias decisões que mencionam as expressões 'consentimento informado', 'consentimento esclarecido' e 'consentimento livre e esclarecido' trazem-nas em um contexto em que se está discutindo o descumprimento do dever de informar:

"Por último, trago a discussão acerca do consentimento informado, inexistente por parte da autora, em relação aos riscos da cirurgia e possibilidades de resultados negativos, inclusive quanto ao aspecto da alegação de tabagismo e sua influência na cicatrização malformada. Se os réus não informaram adequadamente a autora dos riscos, respondem pelas conseqüências indesejadas da cirurgia, independente da discussão de erro médico. Como não houve consentimento informado, aplica-se essa orientação (...)." (TJ-RS, Apelação Cível nº 70009295981, Relator Des. Ney Wiedemann Neto, 6ª Câmara Cível, j. 15.06.2005)

"(...) Todas as informações pertinentes ao exame e as reações possíveis de ocorrerem foram prestadas à paciente. O consentimento informado foi observado com clareza." (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2005.001.29690, Relator Des. Antonio Saldanha Palheiro, 5ª Câmara Cível, j. 11.10.2005)

CASABONA (2005, p. 139), referindo-se ao consentimento livre e esclarecido nos tribunais espanhóis, observa que, também naquele país, o questionamento sobre o dever de informar representou importante papel no desenvolvimento jurídico do consentimento livre e esclarecido:

"A década dos noventa oferece um panorama judicial bastante rico nesta matéria, dando lugar a uma construção da estrutura jurídica da responsabilidade nascida do descumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação de informar, vinculada ou não com o consentimento. Para isso, nossos tribunais de justiça puderam contar com o escasso apoio de sentenças de épocas anteriores, quase virgens nesta matéria, além de uns poucos trabalhos doutrinários. O número de sentenças que se produziram ao longo destes últimos anos resulta esmagador, em comparação com períodos anteriores, como já se indicou, carentes de precedentes em matéria de

responsabilidade em relação com a informação e o consentimento informado. (...) O certo é que os casos chegaram aos tribunais de justiça, como consequência de demandas ou querelas apresentadas pelos afetados ou seus familiares, e também que os demandantes encontraram justificada a demanda de responsabilidade (...) com uma informação inexistente ou defeituosa, partindo do dado incontroverso de que o dever de informação existe, como princípio geral, ainda que sujeito a matizações e condições.”

Tendo-se em conta que um dos objetivos específicos do presente estudo consiste em identificar o entendimento dos tribunais brasileiros sobre a informação no contexto do consentimento livre e esclarecido, discorrer-se-á acerca do delineamento judicial sobre o dever de informar a seguir, em capítulo à parte.

4.3 O DEVER DE INFORMAR NO CONTEXTO DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

4.3.1 A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Antes de se interpretar o entendimento dos tribunais sobre o significado e conteúdo do dever de informar do médico no contexto do consentimento livre e esclarecido, é importante verificar as razões pelas quais tal dever se faz tão presente nas decisões judiciais obtidas - o que, em última análise, explicará a própria maneira pela qual os tribunais entendem o dever de informar do médico.

De acordo com FABIAN (2002, p. 39), “nos anos noventa iniciou-se uma sensibilização jurídica para com os deveres de informar. Um fator para o interesse crescente foi a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor em 1990²¹, que postula expressamente vários deveres de informar com importância prática e dogmática”.

Verifica-se, pois, que o Código de Defesa do Consumidor estabelece entre os denominados ‘direitos básicos do consumidor’ “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (artigo 6º, inciso III, da Lei nº 8.078/90).

FILOMENO (1999, p. 125) ressalta que referido dispositivo trata do “dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente o que poderá esperar deles”.

Observa-se, atualmente, a tendência jurídica brasileira de reconhecer a relação médico-paciente como uma relação de consumo²² e,

²¹ O Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078 - foi publicado em 11 de setembro de 1990, mas só entrou em vigor em 11 de março de 1991, ou seja, 180 dias após a sua publicação, como estabelecido em seu artigo 118.

²² De acordo com NERY (1999, p. 429) relação de consumo é a “relação existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor”.

conseqüentemente, de aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos processos envolvendo a responsabilidade médica - o que, inclusive, pôde ser verificado em diversas decisões obtidas, como se exemplifica a seguir:

“O recorrente [médico] se enquadra no conceito de fornecedor de serviço nos termos do artigo 3º do CDC, bem como, a recorrida ao contratar e remunerar a prestação de serviço médico para fim de realização de cirurgia plástica, configura-se consumidora.” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.337311-1/000, Relatora Juíza Maria Elza, 4ª Câmara Cível, j. 13.03.2002)

“Lembre-se que estamos diante de uma relação de consumo onde há o dever do fornecedor do produto ou serviço de informar o consumidor dos riscos que este lhe oferece.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 187.927-4/0-00, Relator Des. Rubens Arai, 6ª Câmara 'A', j. 30.09.2005)

“A relação médico/paciente, por caracterizar uma prestação de serviço, está subordinada às normas do Código de Defesa do Consumidor, estando o profissional obrigado a informar ao paciente os riscos e conseqüências possíveis (...).” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.400722-9/000, Relator Juiz Guilherme Luciano Baeta Nunes, 7ª Câmara Cível, j. 11.03.2004)

De se notar, pois, que o freqüente reconhecimento de um dever de informar do médico está diretamente relacionado à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos processos envolvendo a responsabilidade médica:

“Sob a ótica protetiva do Código de Defesa do Consumidor, o médico, como profissional e prestador de serviços, tem o dever de informar os riscos e as conseqüências do procedimento cirúrgico, para que o paciente possa ter plena consciência dos riscos que possa (sic) estar sujeito. Se assim não o faz, deve ser responsabilizado, visto ter desatendido o seu dever legal de prestar informações suficientes e adequadas sobre uma operação.” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.337311-1/000, Relatora Juíza Maria Elza, 4ª Câmara Cível, j. 13.03.2002)

“Em que pese admitir a doutrina - com acerto - que a obrigação do médico é de meio, não fica a prestação dos seus serviços profissionais excluída da definição de relação de consumo dada pelo CDC²³ e, portanto, não se afasta a sua responsabilidade por acidente de consumo ou por defeito de informação quanto aos riscos na fruição dos serviços.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2004.001.03392, Relator Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 3ª Câmara Cível, j. 28.09.2004)

“Não há provas da informação, um dos pilares de sustentação do direito consumerista, daí porque o CDC responsabiliza objetivamente o fornecedor de serviços (e produtos) pelos danos causados ao consumidor em virtude de prestação defeituosa do serviço contratado ou, em virtude da deficiente informação ofertada ao consumidor sobre a execução e/ou fruição do serviço.

(...)

Não foi a Autora/Apelada informada do que poderia ocorrer na cirurgia, prevenindo-a o Apelante de que não se obteria o resultado por ela sonhado.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2003.001.20793, Relator Des. Antonio Saldanha Palheiro, 13ª Câmara Cível, 10.12.2003)

A despeito do majoritário entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação médico-paciente, manifesta-se SZTAJN (1997, p. 14-15) da seguinte maneira:

“Quero crer, porém, que não se deveria aplicar a lei de defesa do consumidor às relações médico-paciente. Por primeiro porque o profissional da medicina não é exatamente empresário, como as instituições financeiras e muitos consultores dessa área; por segundo porque a relação é de caráter personalíssimo. O paciente escolhe o médico baseado em múltiplos elementos: reconhecimento da sociedade, recomendação, especialização, empatia, confiança, entre outros. Mesmo as exceções também já apontadas, dos hospitais universitários, em que não há possibilidade de escolha do médico, a relação ainda está fundada num fazer específico, próprio das pessoas que pertencem à clínica de que se trate e que, entre si, trocam experiências, informações, conhecimento. A lei de defesa do consumidor há de aplicar-se, portanto, de forma parcimoniosa, sem constituir o meio de defesa principal dos pacientes que estarão

²³ Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90.

amparados pelo Código Civil, e, subsidiariamente, pelo Código de Ética Médica, que no Brasil data de 1988 e incorpora muitos dos princípios da bioética aqui expostos sumariamente.”

De outra sorte, e corroborando o entendimento dos tribunais, MARQUES (2004, p. 12) observa que:

“No Brasil, os serviços médicos, clínicos e de hospitais, prestados individual ou coletivamente, no mercado brasileiro, submetem-se às normas do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990 (arts. 2º, 3º, 17 e 29 do CDC²⁴).

Efetivamente, hoje não há mais dúvidas em nosso País sobre a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por médicos, hospitais e clínicas privadas, seja na medicina individual ou em grupo, mediante seguro-saúde ou planos de saúde.”

Cabe salientar, entretanto, que há divergências sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em se tratando de serviço público de saúde. Assim, em recente decisão (que não integra a presente pesquisa), o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se da seguinte maneira:

“Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado

²⁴ **Art. 2º.** “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Art. 3º. “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(...)

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Art. 17. “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

Art. 29. “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF).

Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração da remuneração específica, afastando a possibilidade de incidência das regras de competência contidas na legislação específica.”

(REsp nº 493.181/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, j. 15.12.2005)

Ressaltamos, entretanto, decisão obtida na presente pesquisa, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação estabelecida entre a paciente e a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

“A apelante se amolda ao conceito de fornecedor, previsto no caput do artigo 3º, da Lei nº 8.078/90, sendo o serviço que presta adequado à definição legal do § 2º, do mesmo artigo.”

(TJ-RJ, Apelação Cível nº 2001.001.00076, Relator Des. Werson Rêgo, 15ª Câmara Cível, j. 20.06.2001)

Referida decisão, que reconheceu a procedência da ação proposta pela paciente, foi posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim se manifestou:

“O fato de ser a Santa Casa uma entidade filantrópica não a isenta da responsabilidade de atender ao dever de informação, e de responsabilizar-se pela falta cometida pelo seu médico, que deixa de informar a paciente de cirurgia de riscos sobre as possíveis conseqüências da intervenção. A obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacando-se entre elas o consentimento informado. Segundo as instâncias ordinárias, esse dever não foi cumprido;”

(REsp nº 467.878/RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 05.12.2002)

Não se pretende, aqui, discorrer acerca da natureza jurídica da atividade médica - se de consumo ou não -, seja em serviços de saúde públicos ou privados.

Entretanto, forçoso é reconhecer que a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor no ano de 1991, e sua conseqüente aplicação à atividade médica - independentemente de se concluir pela adequação ou não de tal aplicação -, impulsionaram o questionamento sobre o dever médico de informar pelos tribunais brasileiros.

Nesse sentido, ressalta-se novamente estudo realizado por FORTES (1994a) sobre a responsabilidade médica nos tribunais, no qual se denotou que, no período compreendido entre os anos de 1960 e 1989 - ou seja, anterior à promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o questionamento sobre o dever de informar do médico raramente aparecia nas decisões judiciais.

De se observar, pois, que é o reconhecimento do médico como *fornecedor de serviços*, e do paciente como *consumidor*, que vai delinear o entendimento dos tribunais sobre o significado do dever de informar no contexto do consentimento livre e esclarecido.

4.3.2 A Relação entre a Informação e o Respeito à Autonomia

A percepção do dever de informar “como uma questão existencial da autonomia humana” (FABIAN, 2002) foi verificada em algumas das decisões obtidas na presente pesquisa:

“(…) Logo, tais informações deveriam ter sido cabalmente prestadas à Apelada para que, consciente e livremente, pudesse fazer a sua escolha, inclusive no que concerne ao fato de poder vir a ser operada por outro neurocirurgião que não o renomado chefe da equipe.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2001.001.00076, Relator Des. Werson Rêgo, 15ª Câmara Cível, j. 20.06.2001)

“Os riscos e as informações, a serem fornecidas pelo médico à sua paciente devem ser claras (sic) e acessíveis para o neófito na área médica e devem ser satisfatoriamente elucidativas, porquanto são dirigidas para que proporcione ao paciente decidir a respeito do tratamento ou intervenção cirúrgica recomendada.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70008559346, Relator Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, 6ª Câmara Cível, 24.08.2005)

“A correta informação quanto aos riscos do serviço teria possibilitado à Apelada que escolhesse submeter-se à cirurgia ou a tratamento clínico, que o próprio Apelado refere ser possível.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2004.001.03392, Relator Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 3ª Câmara Cível, j. 28.09.2004)

“A sentença lançada às folhas 212/217, reconheceu que fora sonegado à autora o direito à informação ‘de que poderiam decorrer cicatrizes como as que se verificaram (a respeito da fotografia de fl. 12), notadamente em se cuidando de região facial, notoriamente de grande apego e valoração por parte do ser humano, impedindo que esta refletisse e deliberasse a respeito (...)’ (TJ-RS, Apelação Cível nº 70003875515. Relatora Des. Marilene Bonzanini Bernardi, 2ª Câmara Especial Cível, j. 28.08.2003)

“A perfuração do colon esquerdo quando da realização da colonoscopia caracteriza-se em defeito na prestação do serviço não só pelo mal que em si representa, mas, igualmente, pela falta de informação de eventuais riscos a que se submeteria o paciente, indispensável à sua perfeita compreensão e opção.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2004.001.15436, Relator Des. Mauro Dickstein, 17ª Câmara Cível, j. 24.11.2004)

“O paciente somente tem consciência do consentimento dado, quando é devidamente informado sobre as conseqüências da cirurgia, o que, por sua vez, não pode ser confundido com uma singela comunicação do ato operatório, da anestesia, exames e tratamentos necessários, sem quaisquer esclarecimentos sobre a conveniência da intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento do quadro.” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.413571-7/000, Relatora Juíza Heloísa Combat, 6ª Câmara Cível, j. 04.03.2004)

“Considerando que o pedido de indenização por danos morais ora em análise tem como fundamento a remoção não autorizada de órgão do aparelho reprodutor da apelada, torna-se importante fazer menção ao princípio da autonomia informado pela bioética, que rege todos os procedimentos médicos que implica intervenção no corpo do paciente.

De acordo com este princípio, toda pessoa, antes de ser submetida a um tratamento médico que implique intervenção em seu corpo, seja através da ingestão de medicamentos, seja através de cirurgias, deve ser devidamente informado (sic) acerca do procedimento a ser adotado (...).” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.439049-0/000, Relator Juiz Pedro Bernardes, 1ª Câmara Cível, j. 24.08.2004)

Entretanto, é preciso compreender o significado do respeito à autonomia no contexto da relação de consumo - que, como antes visto, é a forma como hoje juridicamente é classificada a relação entre médico e paciente.

GRINOVER e BENJAMIN (1999, p. 6) observam que “o homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a

sociedade de consumo”, em que as relações (de consumo) são marcadas pelo desequilíbrio entre as partes, ou seja, pela vulnerabilidade do consumidor e pela assunção da posição de força pelo fornecedor.

Por tais razões, ressalta NERY JÚNIOR (1999, p. 433) que:

“As regras tradicionais do Direito Privado, fundadas na dogmática liberal do século XIX, não mais atendem às necessidades das relações jurídicas de hoje (...)

O excesso de liberalismo, manifestado pela preeminência do dogma da vontade sobre tudo, cede às exigências da ordem pública, econômica e social, que deve prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fatores limitadores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade.

FERRAZ JUNIOR (2002, p. 119) observa ainda que:

“A sociedade contemporânea conhece uma profunda transformação (...). Antes o exercício do livre arbítrio pressupunha a possibilidade de conhecimento do que se escolhe, donde a presunção de que cláusulas e condições contratuais eram previamente discutidas.

Por isso, na interpretação dos contratos, prevalecia a intenção das partes. E disto decorriam as proteções jurídicas ao livre exercício da vontade. Agora, na sociedade contemporânea, conhecida como sociedade de massas, (...) a liberdade no sentido negativo começa a preponderar sobre a liberdade no sentido positivo, provocando, entre ambas, um desequilíbrio que as suprime.”

Dessa forma, a liberdade de escolha assegurada pelo Código de Defesa do Consumidor²⁵ (Lei nº 8.078/90) está limitada pela própria proteção do consumidor vulnerável, de maneira que as restrições são definidas pela referida legislação.

²⁵ Artigo 6º - “São direitos básicos do consumidor:

(...)

II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;”

Cita-se, como exemplo, a impossibilidade de renúncia ou disposição de direitos, elencada como cláusula abusiva no Código de Defesa do Consumidor²⁶.

Trazendo a questão da renúncia para o consentimento livre e esclarecido na prática de assistência médica, observa FABIAN (2002, p. 138) que:

“Há dúvidas se o dever de esclarecer do médico possa ser limitado pela renúncia do próprio paciente. Por exemplo, o paciente confia tanto no médico que ele não quer saber sobre os riscos do tratamento.”

De acordo com LORENZETTI (1996, p. 209), “(...) si el fundamento es la libertad del paciente, éste podría renunciar; si es la protección, no podría hacerlo sino en casos de excepción”.

RIZZATTO NUNES (2000, p. 76), por sua vez, observa que:

“Na medida em que a Lei 8.078/90 se instaura também com o princípio da ordem pública e interesse social, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo, aplicarlhe as regras ex officio, isto é, independentemente do requerimento ou protesto das partes.”

²⁶ **Artigo 51** - “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição dos direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;”

A questão da renúncia ao direito à informação não foi verificada nas decisões obtidas, de tal sorte que é aqui mencionada apenas como mote para a discussão sobre o conflito entre a proteção do paciente-consumidor e o respeito às suas decisões autônomas.

Isso porque tal discussão é de extrema relevância na presente pesquisa no que tange à delimitação, pelos tribunais, do conteúdo e da extensão da informação a ser transmitida ao paciente, como se verificará a seguir.

4.3.3 O Conteúdo e a Extensão da Informação

Como antes mencionado no capítulo 1.4, os critérios ou modelos de revelação da informação estabelecem as balizas do dever de informar do médico, tendo sido criados pelos tribunais estadunidenses em processos em que os pacientes alegavam a violação de seu direito à informação pelos médicos. São utilizados, pois, para se avaliar, no caso concreto, se foi revelada a informação considerada 'adequada' (PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, vol. 3, 1982; SIEGLER e col., 2004).

Ressaltamos no referido capítulo que três foram os critérios estabelecidos pela jurisprudência estadunidense: o da prática profissional, o objetivo e o subjetivo.

O critério da prática profissional padroniza as informações a serem reveladas, que, por sua vez, são determinadas pelo costume da profissão.

O critério objetivo igualmente padroniza as informações a serem transmitidas ao paciente. Entretanto, a determinação da necessária informação baseia-se não naquilo que outro profissional informaria em condições similares, mas no que uma hipotética pessoa sensata decidiria se estivesse adequadamente informada.

Já o critério subjetivo implica o abandono de fórmulas padronizadas da informação a ser revelada, de tal sorte que deve a mesma ser adequada às necessidades específicas do paciente concreto.

Verificamos na presente pesquisa a existência de um único julgado em que é adotado o critério da prática profissional para se determinar se houve ou não inobservância do dever de informar:

“As declarações pessoais da autora ou de testemunhas não teriam o condão de fazer prova inconcussa, técnica e juridicamente idônea, sobre a existência das dores e acerca da falta de informação médica. A uma, porque dor é sintoma subjetivo, insuscetível de comprovação objetiva. A duas, porque o teor, suficiente ou insuficiente, de informação médica é dado cuja comprovação exige subsídios técnicos, próprios de perícia, que foi realizada. A três, porque o laudo afastou as arguições, daí o convencimento do julgador quanto à impropriedade de alongar a dilação para colher declarações que nada provariam.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2005.001.06943, Relator Des. Jessé Torres, 2ª Câmara Cível, j. 19.04.2005).

O critério objetivo, por sua vez, corresponde ao modelo de revelação de informações adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, LÔBO (2001, p. 66), ao definir quem é o consumidor titular do direito à informação, estabelece que:

“Por certo não o consumidor individual e concreto em determinada relação de consumo, pois o dever de informar é objetivamente concebido em relação a todos os adquirentes e utentes do produto ou do serviço fornecido. Dessarte, há de ser considerado o consumidor típico, independentemente do maior ou menor grau de acesso individual à informação.

O consumidor objetivamente considerado é um tipo ideal, médio, para fins de identificação jurídica, ou seja, é o tipo médio a que se destina o produto ou o serviço. O tipo ideal ou médio é transpessoal, ultrapassa os interesses e condições individuais ou subjetivos e envolve o interesse coletivo de todos os destinatários, no tempo e no espaço”.

A respeito da padronização na sociedade de consumo, FERRAZ JUNIOR (2002, p. 120) observa que:

“Agora, na sociedade contemporânea, conhecida como sociedade de massas, todos compram os mesmos produtos, por pressões de uma propaganda que se dirige a todos igualmente, em que todos acabam vendo as mesmas coisas do mesmo modo e as coisas diferentes do mesmo modo diferente. Assim, a sociedade de massas é uma sociedade em que a igualdade se substitui pela uniformidade (...).

A sociedade de massas, burocratizada, conduz a uma espécie de racionalização da vida social, que por sua vez leva a uma série de conseqüências conhecidas: a concentração industrial, a concentração nas relações comerciais e políticas tendo como resultado a crescente urbanização e, principalmente, a estandardização da vida.”

(...) Quem vai assinar um contrato de seguro, por exemplo, se coloca diante de fórmulas, de uma estandardização, que equaliza a todos uniformemente. De modo claro, isso afeta a liberdade no sentido de autonomia.(...)”

Tendo sido o Código de Defesa do Consumidor freqüentemente mencionado nas decisões obtidas na presente pesquisa como fundamentação do dever de informar do médico, forçoso concluir-se que o critério objetivo é o prevalente nas decisões encontradas.

Rechaçando a adoção de tal critério, SOTTO (2003) observa que:

“O contrato de prestação de serviços médicos é um contrato de consumo peculiar, de maneira que nem todas as disposições do Código de Defesa do Consumidor são diretamente aplicáveis (...).

(...) enquanto que na relação de consumo propriamente dita o destinatário da informação é o consumidor “médio” ou “típico”, consistente num tipo ideal, construído a partir do interesse coletivo de todos os destinatários, na relação médico-paciente o destinatário da informação é o paciente em concreto, um indivíduo dotado de características únicas e inserido num contexto social, familiar e pessoal absolutamente peculiar” (SOTTO, 2003).

De se ressaltar, ainda, que a adoção do critério objetivo ou da ‘pessoa sensata’ foi verificado explicitamente em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos:

“No caso dos autos, a indicação que existe é no sentido de que as informações prestadas ao autor não foram completas e esclarecedoras, o que autoriza entender que o consentimento dele, neste contexto, igualmente não fora perfeito.

(...)

No entanto, o descumprimento do dever de informação e obtenção do consentimento não é suficiente, por si só, para determinar que tenha o paciente direito a alguma forma de indenização. (grifos no original)

É preciso que se demonstre - ou pelo menos indique - quais os danos decorreram dos riscos sobre os quais deveria ter sido avisado o paciente antes dos procedimentos, uma vez que era preciso alcançar a esse a possibilidade de aceitar ou não aquele tratamento. (grifos no original)

E, caso o prejuízo que sofreria o paciente, recusando o tratamento, fosse maior que o dano decorrente da intervenção, a falta de informação não gera o dever de indenizar, uma vez que não se permitiria o benefício em face da própria torpeza.

Conforme esclarece MIGUEL KFOURI NETO, (ob. Cit., p. 303) 'deve-se demonstrar que a pessoa comum teria recusado o tratamento, caso fosse convenientemente informada. Nega-se a indenização se, com as mesmas informações e nas mesmas circunstâncias, outra pessoa, razoavelmente, aceitasse se submeter a (sic) terapia'. (grifos nossos)

E, saliento, cabia ao autor demonstrar que uma vez informado não teria aceito o tratamento e que a sua situação, sem aquele, seria melhor do que a que possui hoje, considerada também a premissa de que não houve negligência ou imprudência quando da sua aplicação.

Como não há nos autos demonstração clara no sentido de que o autor ou uma pessoa média em seu lugar deixaria de aceitar ou se submeter ao tratamento indicado, incluída a cirurgia, é razoável entender que não tinha ele outra alternativa. (grifos nossos)

E, por isso, a informação defeituosa ou inexistente não é capaz de gerar dever de indenizar, já que dano e nexos causal não restaram comprovados para tanto, sendo ao autor atribuído o ônus respectivo." (TJ-RS, Apelação Cível nº 70006796700, Relatora Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, 10ª Câmara Cível, j. 27.11.2003)

De outra sorte, não se verificou em qualquer das decisões obtidas a adoção do critério subjetivo de informação.

O critério subjetivo, como antes mencionado, é eticamente ideal (SIEGLER e col., 2004) pois, à medida em que reconhece as necessidades de informação específicas de cada pessoa, possibilita o respeito à autonomia do paciente na tomada de decisões sobre a própria saúde. Além disso, constitui o critério que mais se aproxima da abordagem da 'informação' enquanto uma 'troca de informações' entre médico e paciente.

Isso porque:

“Requer que (o profissional) descubra, baseando-se nos conhecimentos e na arte de sua prática, e observando as condições emocionais do paciente perante sua doença ou agravo à sua saúde, assim como fatores sociais e culturais a ele relacionados, o que realmente cada indivíduo gostaria de conhecer e o quanto gostaria de participar das decisões” (FORTES, 1998).

Cabe ressaltar que a legislação consumerista não especifica quais são as informações necessárias à compreensão do ‘homem médio’ no contexto médico.

Como antes mencionado, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso III, estabelece que o consumidor tem direito a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

No que se refere à natureza das informações a serem reveladas, FORTES (1994b) observa que:

“As informações a serem transmitidas devem ser pautadas na natureza dos procedimentos, nos objetivos diagnósticos ou terapêuticos, nas alternativas existentes para os procedimentos propostos, nas possibilidades de êxito. Devem pautar-se no balanço entre os benefícios a serem obtidos e os riscos e inconvenientes possíveis de ocorrerem, e ainda, sobre as probabilidades de alteração das condições de dor, sofrimento e de suas condições patológicas.”

KUCZEWSKI e MEISEL (2000, p. 2) ressaltam ainda que:

“O foco deve estar mais nas opções terapêuticas e menos nos riscos de uma única opção. (...) O conhecimento sobre as opções, entretanto, não tem significado a menos que o indivíduo saiba as conseqüências de escolher cada uma das opções. O risco do tratamento é uma face da informação, mas outras, tais como informações sobre resultados prováveis, incluindo-se a mortalidade, a morbidade, e a funcionalidade, também precisam ser discutidas.”

Na presente pesquisa, as decisões judiciais encontradas que versam sobre o dever de informar do médico são oriundas de processos em que se está discutindo um risco inerente a determinado procedimento médico - que, no caso concreto, acabou materializando-se. Logo, referidas decisões tratam do dever do médico de informar especificamente sobre os riscos:

“(…) Portanto, não bastava que a autora tivesse sido informada do diagnóstico, do prognóstico e dos objetivos do tratamento indicado pelo médico, mas fundamentalmente que soubesse dos riscos envolvidos, o que não foi feito.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70005834270, Relator Des. Paulo Antônio Kretzmann, 10ª Câmara Cível, j. 27.11.2003)

“A correta informação quanto aos riscos do serviço teria possibilitado à Apelada que escolhesse submeter-se à cirurgia ou a tratamento clínico, que o próprio Apelado refere ser possível.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2004.001.03392, Relator Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 3ª Câmara Cível, j. 28.09.2004)

“(…) No caso vertente, todavia, após a análise minuciosa da prova, me convenci de que está presente o dever indenizatório, este consubstanciado na falta de informações suficientemente elucidativas à paciente quanto ao risco de engravidar” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70008789323, Relator Des. Artur Arnildo Ludwig, 6ª Câmara Cível, j. 24.11.2004)

No que se refere à quantidade de informações - ou, especificamente, a quais riscos devem ser informados -, ressaltam BEAUCHAMP e CHILDRESS (2002, p. 168) que “há muitas controvérsias em torno de quanto deve ser revelado acerca dos riscos de um procedimento (...)”.

KFOURI NETO (2002, p. 301) observa que “em geral, 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”.

O Código de Defesa do Consumidor, ao tratar de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, determina, em seu artigo 9º, que o fornecedor deverá informar, de maneira “ostensiva e adequada” a respeito de tal nocividade ou periculosidade.

De acordo com DENARI (1999, p. 146):

“Uma informação é *ostensiva* quando se exterioriza de forma tão manifesta e translúcida que uma pessoa, de mediana inteligência, não tem como alegar ignorância ou desinformação. É *adequada* quando, de uma forma apropriada e completa, presta todos os esclarecimentos necessários ao uso ou consumo de produto ou serviço.” (grifos nossos)

Prevalece entre os julgados encontrados o entendimento do amplo dever de informar, no sentido de que deve ser informado ao paciente todo e qualquer tipo de risco. Entretanto, foram verificadas decisões que privilegiam a informação sobre os riscos mais graves e, de outro lado, decisões que estabelecem o dever de informar os riscos mais freqüentes:

“Constitui dever básico do cirurgião a ampla informação da paciente sobre os riscos da cirurgia, especialmente os mais prováveis, como a formação de quelóides ou cicatrizes inestéticas.

(...)

Nem se invoque a doutrina de Miguel Kfoury Neto, sobre a impossibilidade de informar ao paciente todos os riscos que o tratamento envolve, sob pena de transformar a consulta num curso de medicina, porque esse risco de formação de quelóides ou cicatrizes inestéticas é inerente e presente, na espécie”. (TJ-RS, Apelação Cível nº 70004518759, Relatora Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, 9ª Câmara Cível, j. 11.04.2003)

“(…) 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.” (REsp nº 436.827/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 01.10.2002)

“Vejam bem, se há a possibilidade e o tema é controvertido inclusive no âmbito médico, parece-me, primeiro, que o médico que o atendeu (...) deveria esclarecer corretamente o paciente de todas as conseqüências que poderiam advir deste medicamento, inclusive, mesmo em percentual pequeno, a morte. No caso, pelo que deparei, não foi feito esse esclarecimento. A meu ver, aí há falha, já que há o dever de informação.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70002823276, Relatora Des. Ângela Maria Silveira, Voto do Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, 1ª Câmara Especial Cível, j. 15.08.2002)

“Diante deste quadro, é preciso verificar se os réus realizaram o ato cirúrgico com a melhor técnica possível, prestando-lhe detalhadamente todas as informações sobre as conseqüências da cirurgia, para que a autora tomasse a decisão com toda a consciência, apurando se os réus avaliaram com o maior rigor possível as condições da paciente antes de submetê-la à cirurgia.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 187.927-4/0-00, Relator Des. Rubens Arai, 6ª Câmara ‘A’, j. 30.09.2005)

“(…) Informar o paciente do tratamento não quer dizer explicar todos os detalhes particulares que estão implicitamente conexos ou vinculados com um tratamento realizado segundo as lex artis ou que

são inerentes à sua execução, bastando que o paciente seja informado sobre o tratamento que o médico pretende realizar e sobre suas conseqüências.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70011788148, Relator Des. Odone Sanguiné, 9ª Câmara Cível, j. 24.08.2005, grifos no original)

“Ademais, é obrigação do médico informar o paciente quanto à conveniência da intervenção cirúrgica e suas possíveis conseqüências, como por exemplo, os riscos que podem advir de uma anestesia geral, bem como a possibilidade de êxito ou de agravamento do quadro. Mesmo os acidentes mais raros, as seqüelas mais infreqüentes, devem ser relatados, sob pena de responder pelas possíveis lesões ocorridas.” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.453379-5/000, Relatora Juíza Heloísa Combat, 6ª Câmara Cível, j. 16.09.2004.

De acordo com SIEGLER e col. (2004, p. 39), as exigências quanto ao conteúdo da informação variam de acordo com a situação clínica, de modo que a emergência requer exigências menores de informação. De outro lado, tais exigências são mais rigorosas em se tratando de procedimentos eletivos.

Nesse sentido, KFOURI NETO (2002, p. 310) observa que o dever de informação nas cirurgias estéticas é bem mais agudo do que em outros procedimentos médicos:

“A prática da cirurgia geral, bem como da cirurgia reconstrutiva ou reparadora, que atende a uma verdadeira necessidade médica, enquadra-se nesses deveres gerais referentes à obtenção do consentimento.

Já na cirurgia estética - que atende sobretudo a critério de oportunidade, não de necessidade, deve-se observar rigorosa obrigação de prudência e de conselho. O caráter puramente estético do ato, associado a um prejulgamento sempre desfavorável às cirurgias meramente embelezadoras - muitas vezes tachadas de mercantilistas -, conduz ao exame severo da má indicação cirúrgica ou das complicações posteriores.”

Da mesma forma manifesta-se MARQUES (2004, p. 24):

“Especialmente se o serviço de saúde ou intervenção cirúrgica não é ‘necessária (o)’ ou trata-se de uma cirurgia dispensável ou estética, a informação sobre todos os riscos possíveis e os prováveis é importantíssima para manter a liberdade e o esclarecimento do leigo, consumidor, em uma boa-fé *in contrahendo*.”

Verificou-se tal entendimento nas decisões obtidas na presente pesquisa, de modo que a exigência quanto ao conteúdo da informação a ser prestada mostra-se com muito mais rigor em procedimentos eletivos, principalmente naqueles considerados estéticos - que, ressalta-se, concentram a maior parte dos julgados obtidos relacionados ao ‘dever de informar’:

“É que, na cirurgia estética, o paciente visa a uma melhora na sua aparência física e o médico deve informar-se de todas as condições do mesmo. Se, eventualmente, faltam-lhe informações precisas, ou deixa de bem esclarecer o cliente sobre o risco, haverá responsabilidade. É rigoroso o cumprimento do dever de informação e cuidado na execução do trabalho do médico cirurgião plástico.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70004518759, Relatora Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, 9ª Câmara Cível, j. 11.04.2003)

“Em se tratando de cirurgia plástica, ainda que parcialmente reparadora, os deveres de informação e vigilância devem ser rigorosamente observados pelo cirurgião (...)” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.306864-4/000, Relator Juiz Paulo César Dias, 4ª Câmara Cível, j. 28.06.2000)

“Veja-se: o paciente não precisava dessa intervenção, da mesma forma que uma pessoa não precisa de uma cirurgia plástica. Ele tinha a opção de seguir usando óculos ou lentes pelo resto da vida, ou fazer a cirurgia. O médico lhe oferece outra possibilidade que da forma como foi exposta resultou mais conveniente ao paciente optar por fazê-la. Pergunta-se: Teria o paciente optado pela cirurgia se tivesse sido alertado da possibilidade de o procedimento agravar seu problema de visão? Ele conhecia os riscos desse procedimento? (...) (...)

Em se tratando de cirurgia estética a informação prévia ao paciente acerca de todos os riscos, constitui dever inarredável do médico. A ausência destas informações acarreta a responsabilidade em indenizar os danos advindos com a intervenção cirúrgica, independentemente de terem sido adotadas técnicas corretas.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70010337673, Relator Des. Luiz Ary Vessini de Lima, 10ª Câmara Cível, j. 21.07.2005)

“Atrevo-me a acrescentar que esse dever se acentua quanto mais ‘facultativa’ for a cirurgia, ou seja, não há premência ou risco para a saúde do paciente. O paciente está optando por se expor a um risco, em busca de um resultado que não lhe é vital, mas pode proporcionar uma melhora. Diferentemente, em uma situação de emergência, não se há de exigir consentimento do paciente.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70007712698, Relator Des. Luiz Lúcio Merg, 10ª Câmara Cível, j. 20.05.2004)

De se notar, ainda, que os procedimentos estéticos são atualmente classificados pelos tribunais como ‘obrigações de resultado’, em exceção à regra de se considerar a atividade médica como uma ‘obrigação de meios’:

“Primeiramente, tenho que a cirurgia realizada (...) foi exclusivamente de natureza estética. Logo, a tarefa médica do cirurgião, nesses casos em que se tem uma cirurgia estética, não se caracteriza como obrigação de meio, mas em obrigação de resultado.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70009295981, Relator Des. Ney Wiedemann Neto, 6ª Câmara Cível, j. 15.06.2005)

AGUIAR JR. (2000, p. 139/140) estabelece que “a obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado. (...) A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim”.

A despeito de não se pretender, na presente pesquisa, questionar os meandros de tal classificação da atividade médica, forçoso é observar que a caracterização enquanto obrigação de resultado tem importantes reflexos na produção de provas processuais, já que acarreta a necessidade de o médico provar que informou os riscos ao paciente, como única forma de se isentar de responsabilização - o que se verá mais adiante, quando tratarmos do 'termo de consentimento livre e esclarecido'.

4.3.4 O Dever de informar e a Comunicação entre Médico e Paciente

Como se pôde verificar, o dever de informar delineado pelos tribunais está, via de regra, focado na transmissão de informações ao paciente pelo médico, e não na comunicação e na troca de informações entre ambos:

"A condenação do réu deu-se pelo fato de ele ter faltado com o dever de informação quanto aos riscos do procedimento levado a efeito na autora." (TJ-RS, Apelação Cível nº 70005834270, Relator Des. Paulo Antônio Kretzmann, 10ª Câmara Cível, j. 27.11.2003)

Salienta-se, entretanto, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em ação judicial originária do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que abordou a questão da comunicação entre médico e paciente.

A paciente ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais em face de dois médicos, sob a alegação de ter sido ludibriada pelos mesmos, que lhe haviam dado esperanças no sentido de recuperar a visão perdida no ano de 1980, tendo a paciente despendido consideráveis quantias para custear o tratamento médico que, ao final, não propiciou a recuperação de sua visão.

O Tribunal de origem considerou em sua decisão que "(...) o caso não é de responsabilidade civil com fundamento em erro médico. É de responsabilidade médica por falta de ética, por falta de profissionalismo, por falta de decoro no exercício de um dos mais belos ramos do conhecimento humano, ocasionando conseqüências que, ao cabo, resultaram em prejuízos morais e materiais para a paciente" (1º TAC-SP, Apelação nº 807.392-7, Relator Des. Luiz Sabbato, 2ª Câmara, j. 14.06.2000).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão que, como antes afirmado, constitui uma das primeiras proferidas pela referida Corte sobre a temática do consentimento livre e esclarecido, reproduziu as palavras do Ilustre Relator de segunda instância, no que se refere à comunicação entre os médicos e a paciente:

"(...) em seguida, foi levada pela enfermeira para a sala de cirurgia; ali, o Dr. Agenor lhe fez a seguinte pergunta: 'O que a senhora vê? Ela respondeu: Vejo vultos, clarões' (fl. 303); em seguida, analisou os exames e disse: 'Vou operar. É uma cirurgia difícil, demorada, vamos fazer? Ela disse 'vamos'; foi o único diálogo entre a paciente e o cirurgião, tal como ele mesmo reconheceu em seu depoimento pessoal... 'como já acentuado no único diálogo mantido entre o cirurgião e a paciente, que aconteceu no dia da intervenção, não ficou comprovado, tal como afirmado na contestação do Dr. Agenor,

que a paciente foi informada 'das dificuldades da cirurgia e do prognóstico reservado, como é comum nestes casos' (fls. 80)."
(REsp nº 436.827/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 01.10.2002)

Dessa forma, decidiu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que:

"Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as consequências 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."

Como antes já salientado, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça exercem significativa influência sobre os tribunais estaduais. Dessa forma, o entendimento sobre a comunicação entre médico e paciente manifestado em tal decisão pode vir a ter fundamental papel na possível futura ampliação do foco do dever de informar atualmente verificado nos tribunais brasileiros.

BEAUCHAMP e FADEN (2003, p. 1271) ressaltam que, nos Estados Unidos, "com a evolução da idéia de consentimento informado, a discussão sobre diretrizes apropriadas passou do limitado foco na obrigação do médico ou do pesquisador de fornecer informações para a qualidade da compreensão das informações pelo paciente ou sujeito de pesquisa e seu direito de autorizar ou recusar uma intervenção biomédica".

Da mesma forma, ETCHELLS e col. (1999b, p. 10) ressaltam que “a revelação de informações no contexto do consentimento do paciente refere-se tanto ao fornecimento de tais informações pelo médico quanto à compreensão das mesmas pelo paciente. Ambos os elementos são necessários ao consentimento válido”.

Todavia, verifica-se que, além de as decisões judiciais obtidas, via de regra, não abordarem a questão da comunicação entre médico e paciente, também não discorrem acerca do esclarecimento e da compreensão das informações pelo paciente:

“Entretanto, apesar das respeitáveis conclusões médicas (do laudo pericial), a sentença, quanto à responsabilidade dos co-réus, é de ser mantida. Deflui, claramente, da leitura da inicial, que o facultativo não cientificou a paciente dos riscos da intervenção, inclusive de que as cicatrizes poderiam evoluir para a formação quelóide. Em sua contestação, os demandados, pessoa jurídica e física, em momento algum assinalaram que tal advertência foi transmitida à paciente antes da intervenção.”

(TJ-SP, Apelação Cível nº 124.100.4/6-00, Relator Des. Marcus Andrade, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 04.08.2004, grifos nossos)

De outra sorte, a preocupação com a compreensão das informações pelo paciente só foi explicitada em relação ao termo de consentimento, como se verificará a seguir.

4.4 O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

No Brasil, a utilização obrigatória do termo de consentimento livre e esclarecido foi instituída pela Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, especificamente nas pesquisas envolvendo seres humanos.

Já no que se refere à prática de assistência em saúde, não se verifica uma regra geral de obtenção obrigatória do termo de consentimento livre e esclarecido. Dessa forma, apenas em situações específicas, como a do planejamento familiar²⁷, a da utilização de técnicas de reprodução assistida²⁸ e a da realização de cirurgias de lipoaspiração²⁹, é tida como obrigatória a obtenção do referido termo.

²⁷ **Lei nº 9.263/96, artigo 10:**

“(…)

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

(…)

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.”

²⁸ **Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina:**

“3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.”

²⁹ **Resolução nº 1.711/03, do Conselho Federal de Medicina, artigo 6º, § 2º:**

“O paciente ou seu responsável legal deve ter prévio esclarecimento sobre o tipo de anestesia indicado, e manifestar seu consentimento.”

Entretanto, já são diversos os sítios eletrônicos que disponibilizam aos médicos modelos de termos de consentimento a serem utilizados em sua atividade profissional.

A título de exemplo, temos que a Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) apresenta em seu sítio eletrônico³⁰ uma seção denominada 'Consentimento Informado', onde são encontrados diversos modelos, dependendo do procedimento a ser realizado.

O caráter legal que se pretende dar a tais documentos é evidente, posto que apresentam, inclusive, campo a ser preenchido por testemunhas.

Verifica-se ainda que a adoção do termo de consentimento livre e esclarecido em cirurgias também tem sido tema de debate no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (TERMO..., 2004).

Tais dados refletem o crescimento da denominada 'medicina defensiva', originária dos Estados Unidos e que, baseada no aumento do número de processos envolvendo a responsabilidade médica, "sugere que o médico veja em todo paciente um potencial inimigo que pode processá-lo a qualquer momento" (EM DEFESA..., 2002, p. 25), de modo que o médico deve adotar determinadas medidas em sua prática profissional, visando a sua defesa em eventual situação de processo judicial.

³⁰ Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/consentimento.htm>>, acesso em: 20.06.2006.

Como antes ressaltado, foi no contexto da prática defensiva que o 'termo de consentimento informado'³¹ passou a ser elaborado pelos médicos estadunidenses para fins de documentação e posterior comprovação do cumprimento dos deveres de obter o consentimento do paciente e de informá-lo.

Fundamental se faz, pois, identificar se, a despeito de inexistir legislação exigindo a obtenção do termo de consentimento livre e esclarecido a todo e qualquer procedimento médico, tal termo é aceito e/ou exigido pelos tribunais brasileiros como prova do cumprimento dos deveres de informar e de obter o consentimento do paciente, antes verificados.

Observamos que os termos de consentimento livre e esclarecido ainda não são apresentados com freqüência, pelos médicos, como prova documental do cumprimento de tais deveres.

Entretanto, quando o termo de consentimento está presente no processo judicial, verificamos decisões em que os tribunais manifestam-se no sentido de aceitá-lo como prova do cumprimento do dever de informar - que, como antes visto, constitui o dever freqüentemente verificado nas decisões judiciais obtidas:

³¹ Como antes mencionado, nos Estados Unidos adotou-se a expressão *informed consent* ('consentimento informado'), de tal sorte que referido termo é conhecido como *consent form* ou *informed consent form* ('termo de consentimento' ou 'termo de consentimento informado').

“Ocorre que o recorrente [paciente] nada comprovou sobre a conduta culposa dos réus.

Ao contrário, estes é que revelaram que o autor firmou documento, declarando-se ciente de que a vasectomia não era infalível (fl. 61).” (TJ-SP, Apelação Cível nº 94.019-4/4, Relator Des. Gildo dos Santos, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 09.05.2000)

“O folheto explicativo juntado por um dos demandados (fls. 97), descaracteriza a suposta falta de orientação ao paciente, revelando, ao contrário, que houve preocupação em alertá-lo sobre os cuidados na fase de recuperação, constando expressamente das recomendações que o paciente não deve viajar, não pegar peso, não dirigir, etc.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 139.456-4/4-00, Relator Des. Cesar Lacerda, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 08.10.2001)

KUCZEWSKI e MEISEL (2000, p. 2) observam que, nos Estados Unidos, os termos de consentimento são utilizados com freqüência tanto no âmbito da pesquisa quanto da assistência, pois vários administradores hospitalares, médicos e advogados vêem tais termos como forma de proteção contra a responsabilização médica - apesar de, no entendimento dos autores, os termos propiciarem pouca proteção. Assim, salientam os mesmos que, se a informação apresentada em tais termos for adequada à tomada de decisão do paciente, provavelmente o ‘termo’ será útil na defesa do profissional em um processo envolvendo a responsabilidade médica.

Nesse sentido, foram verificadas decisões que se ocuparam da forma e do conteúdo dos termos de consentimento apresentados, deixando de aceitá-los por serem considerados inadequados à comprovação do devido cumprimento do dever de informar:

“Contudo, o referido documento, onde consta o consentimento dado pela recorrente, trata-se de formulário padrão, que não contém informações detalhadas, claras e precisas a respeito da cirurgia sob anestesia geral a que seria submetida a criança.

Nesse passo, os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto:

‘A prova do consentimento pode acarretar dificuldades. Ao juiz é dada ampla liberdade de apreciá-la - e grande latitude para decidir. A informação prestada pelo médico deve ser inteligível e leal. Tanto a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados. A adoção dos formulários é difícil, dadas as peculiaridades de cada caso. De qualquer modo, não podem suscitar a menor dúvida.’ (Responsabilidade Civil do Médico – RT: 2003, p. 167/168). Grifos nossos.” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.413571-7/000, Relatora Juíza Heloísa Combat, 6ª Câmara Cível, j. 04.03.2004)

“Cabia, portanto, ao médico o dever de bem informar sua paciente acerca de todos esses riscos, possibilidades... E cabia a ele, e tão-somente a ele, fazer a prova de que bem se desincumbiu desse dever. Entretanto, nenhuma prova fez o Dr. Alexandre neste sentido. A não ser a autorização de f. 32 verso, feita em formulário impresso e firmado pela autora – pessoa humilde e de poucas letras – na qual consta que ela tomou ciência durante a consulta dos cuidados que devia tomar no pós-operatório, comprometendo-se a respeitar as disposições gerais da clínica, assumindo suas responsabilidades e ônus, nenhuma outra prova objetiva foi produzida para esclarecer que ela, a autora, estava bem informada acerca de tudo que lhe poderia ocorrer.” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.306864-4/000, Relator Juiz Paulo César Dias, 4ª Câmara Cível, j. 28.06.2000)

No mesmo sentido, interessante decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso de apelação do médico e da clínica:

“O fato de a recorrida ter assinado o documento de fl. 77 não retira, nem dá respaldo suficiente a retirar a responsabilidade do médico de corretamente informar a paciente, tanto de seu diagnóstico, como dos procedimentos possíveis para a melhora do paciente.

(...)

Os riscos e as informações, a serem fornecidas pelo médico à sua paciente devem ser claras (sic) e acessíveis para o neófito na área médica e devem ser satisfatoriamente elucidativas, porquanto são dirigidas para que proporcione ao paciente decidir a respeito do

tratamento ou intervenção cirúrgica recomendada. Entretanto, não se verifica, no caso presente, o atendimento de tal conduta por parte do médico, ora requerido, atento, que estou ao seu depoimento.”

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70008559346, Redator Des. Artur Arnildo Ludwig, 6ª Câmara Cível, 24.08.2005)

VOTO VENCIDO

“Da análise dos autos, tenho que a sentença incorreu em equívoco ao referir que não há prova de que tenha o apelante cumprido seu dever de informar.

As razões recursais fundam-se no documento de fl. 77, intitulado de ‘Termo de Consentimento para Realização de Cirurgia de Ceratomileusis com Excimer Laser (Lasik), Ceractectomia, Fotorefrativa (PRK), e/ou Fototerapêutica (PTK)’.

Tal termo dispõe expressamente sobre o procedimento a que se submeteu a apelada, sobre as principais limitações e complicações (...) e, por fim, pela autorização, declara a apelada ter sido orientada quanto ao procedimento cirúrgico, suas limitações e possíveis complicações, entender que a cirurgia tem a finalidade de colocar a sua visão sem óculos o mais próximo possível do normal e de estar consciente de que destinava-se o procedimento a reduzir o defeito refracional de que era portadora, tendo ciência da possibilidade de ter que seguir usando óculos ou lentes de contato – fls. 77 e verso.

(...)

Além disso, pela análise conjunta da prova testemunhal e do referido documento, não é crível que não tenha sido a apelante devidamente informada acerca do procedimento efetivado em área delicada de seu corpo. (...)

Assim, tenho por comprovado que a apelada foi devidamente cientificada de suas deficiências visuais, bem como dos riscos a elas inerente, cumprindo o apelante seu dever de bem informar.”

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70008559346, Relator Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura (voto vencido), 6ª Câmara Cível, 24.08.2005)

Cabe salientar que a preocupação dos tribunais com a questão da ‘compreensão’ está relacionada ao fato de a padronização das informações em um formulário aproximar-se do típico contrato de adesão consumerista,

cuja clareza e legibilidade são exigidas pelo Código de Defesa do Consumidor³².

Observamos, inclusive, entendimento da doutrina jurídica, no sentido de até mesmo definir o 'consentimento livre e esclarecido' como um contrato de adesão, deixando, assim, de diferenciá-lo do 'termo de consentimento livre e esclarecido':

"Como ensina Ruy Rosado, em matéria de serviço médico e de saúde, é muito importante a figura do consentimento informado e do acesso às informações médicas. Trata-se de contratos de adesão e condições gerais contratuais (formulários de consentimento e internação avulsos), estando o paciente e sua família (consumidores) em situação de extrema vulnerabilidade." (MARQUES, 2004, p. 20).

Ressalta-se que a equiparação entre 'consentimento livre e esclarecido' e 'termo de consentimento livre e esclarecido' também já é verificada nos tribunais:

"O consentimento esclarecido especial foi firmado pela paciente em momento anterior ao procedimento radiológico, como se verifica à fl. 22.

Joseph R. Zanga, em "Emergências Pediátricas" - 1ª edição traduzida, 1998, p. 424, refere que consentimento especial deve ser firmado como rotina em determinados métodos diagnósticos, tais como em casos de Tomografias Computadorizadas, em particular com contraste, já que a carga osmótica pesada dos materiais de contraste pode produzir complicações, além de problema de reações alérgicas.

³² **Lei nº 8.078/90, artigo 54:** "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

(...)

§3º - Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor."

Ora, a Clínica Radiológica procedeu em conformidade com o que é recomendado para a prevenção de reações adversas, eis que a paciente preencheu questionário antes do exame a ser realizado, tendo afirmado não possuir alergia a medicamentos, a contrastes e a frutos do mar, e por isso foi iniciada a realização do exame.

(...)

O Código de Defesa do Consumidor prescreve que o consumidor tem direito a informação, e todas as informações pertinentes ao exame e as reações possíveis de ocorrerem [sic] foram prestadas à paciente. O consentimento informado foi observado com clareza.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2005.001.29690, Relator Des. Antonio Saldanha Palheiro, 5ª Câmara Cível, j. 11.10.2005)

Como mencionamos nos capítulos iniciais, entendemos existir profunda diferença entre o ‘consentimento livre e esclarecido’ e o ‘termo de consentimento livre e esclarecido’. Isso porque:

“(...) o consentimento é um processo e não uma forma. O consentimento tem que ser perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico, em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente: diálogo que há de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de um certo tratamento ou de uma certa intervenção. (...)

É inconcebível que um qualquer formulário de consentimento assinado pelo doente possa sobrepor-se ou sequer substituir-se à recíproca troca de informações.” (Dias apud KFOURI NETO, 2002, p. 313).

ALI (2003) observa que, para que o termo de consentimento livre e esclarecido seja verdadeiramente eficaz, deve ser utilizado como um instrumento para facilitar a tomada de decisão, e não como um obstáculo burocrático a ser transpassado.

De se observar ainda que, além da aceitação do termo de consentimento livre e esclarecido, sua exigência como prova documental do

cumprimento do dever de informar e/ou do dever de obter o consentimento do paciente foi amplamente verificada nas decisões encontradas:

“Ao contrário do que afirmaram os réus, não houve prova de que tivessem informado a autora corretamente dos riscos da cirurgia a que esta estaria se submetendo. Não houve qualquer termo por ela assinado, nem qualquer prova oral demonstrando tal circunstância.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 187.927-4/0-00, Relator Des. Rubens Arai, 6ª Câmara 'A', j. 30.09.2005)

“O consentimento, que faz parte da conduta médica esperada, é fato que se insere entre aqueles que devem ser provados pelo médico, na medida em que se trata de demonstração concreta de que todos os deveres em busca da cura forma cumpridos, inclusive os secundários.

Essa demonstração deve ser feita por meio de documentos e registros no decorrer do tratamento, entendendo a doutrina que deve ser o próprio consentimento por escrito.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70006796700, Relatora Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, 10ª Câmara Cível, j. 27.11.2003)

“O apelado-médico, em seu depoimento pessoal de f. 308, diz que não exige consentimento escrito do paciente para realização da cirurgia.

Portanto, os apelados não fizeram prova de terem prestado informações concretas ao paciente e/ou a seus familiares, sobre o alto risco da cirurgia.” (TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.400722-9/000, Relator Juiz Guilherme Luciano Baeta Nunes, 7ª Câmara Cível, j. 11.03.2004)

“Resulta, de tais posicionamentos, que houve uma redução da acuidade visual do paciente, que pode ter decorrido de complicações inerentes à técnica cirúrgica, ao que acrescenta a necessidade de saber se o réu obteve do paciente o necessário consentimento à realização da intervenção, em decorrência do devido esclarecimento prestado sobre suas conseqüências, não assegurada a obtenção do sucesso.

Esse dado afigura-se essencial e competiria ao réu a prova de que obteve o consentimento esclarecido do paciente (...). Extrai-se de seu pronunciamento, que em momento algum, assinala ter informado o paciente sobre as circunstâncias incertas da operação, mormente quanto à necessidade de retoques ou correções.

Estes dois tópicos revelam a responsabilidade do réu. A simples afirmativa de sua secretária, de que ele nunca pediu para qualquer paciente firmar termo de responsabilidade (fls. 216), insere-se na perspectiva de que a informação sobre a cirurgia e os riscos inerentes não foi providenciada e nem consentida. Outro médico, arrolado pelo réu como testemunha, noticiou que este último tinha como norma explicar as cirurgias e os riscos aos pacientes, mas não afirma que, no caso concreto, isto tenha ocorrido (fls. 217). (...) A responsabilidade do médico decorre da falta de cientificação adequada ao paciente, caracterizando a culpa no aspecto negligência. Competiria, que o réu o comunicasse, por escrito, dos riscos da cirurgia e o fizesse assinar esse documento, cientificando-o, assim de que o resultado pretendido poderia não ser alcançado.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 136.164.4/0-00, Rel. Des. Marcus Andrade, 5ª Câmara de Direito Privado, 28.08.2003)

“Contudo, não fez o médico a adequada prova da escoreita informação, dever que se lhe impõe, pela própria profissão e pela legislação consumerista, estendida à relação contratual entre as partes.

Nenhum documento existe no sentido de que tenha esclarecido esta possibilidade à autora, o fato não é público ou notório, em seu favor não milita presunção legal de existência ou veracidade, não foi confessado, nem restou incontroverso; ao contrário. Não se trata nem mesmo de aplicar regras de experiência comum ou técnica, porque nem sempre é costume dos profissionais da medicina mencionar ao paciente os resultados negativos que poderão advir, mormente na área da cirurgia plástica, onde com mais peso afastarão o cliente.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70004518759, Relatora Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, 9ª Câmara Cível, j. 11.04.2003)

“A cirurgia plástica estética, em geral, é de resultado. (...) A clínica de cirurgia plástica, para livrar-se da obrigação de fim deve celebrar contrato por escrito com seus pacientes, homens e mulheres, no qual especificados os riscos da intervenção e **bem expresso**, que não assume aquele resultado pretendido, embora vá desenvolver todos os conhecimentos técnicos e científicos da medicina, nesse campo, para atingi-los. Se assim não se portar, de convir que o que interessa é o resultado esperado pela paciente e que, ao que se presume, lhe foi prometido, caso contrário não se submeteria à intervenção ou intervenções.”

(TJ-SP, Apelação Cível nº 144.298.4/4-00, Relator Des. Marcus Andrade, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 18.02.2004, grifos no original)

“A relação médico/paciente, por caracterizar uma prestação de serviço, está subordinada ao regramento previsto no Código de Defesa do Consumidor, estando o profissional obrigado a informar ao paciente os riscos e conseqüências possíveis, dele obtendo, por escrito, a concordância com a intervenção, sob pena de caracterização de culpa em caso de dano.”

(TA-MG, Apelação Cível nº 360.091-5, Relator Juiz Guilherme Luciano Baeta Nunes, 7ª Câmara Cível, j. 27.06.2002)

“Por outro lado, não foi juntado o termo de autorização para a realização da laqueadura, onde consta que o método não é totalmente eficaz para evitar a gravidez e que há risco de falha.

(...)

Aplicável, inquestionavelmente, o Código de defesa do Consumidor, cabendo ao fornecedor do serviço se circundar de todas as cautelas, a fim de evidenciar as suficientes e completas informações pertinentes, resguardando, assim, a possibilidade de ineficiência do resultado, anteriormente avisado a paciente.

Seria prudente, em especial, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, como forma de preservação de responsabilidade, a prova escrita das informações, relativos ao procedimento e risco de ineficácia, o que poderia retirar a responsabilidade por ausência de informação a respeito do tratamento ministrado.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70008789323, Relator Des. Artur Arnildo Ludwig, 6ª Câmara Cível, j. 24.11.2004)

“O próprio termo de consentimento relativo à primeira cirurgia, se houver sido assinado, seria útil nesta ação, à medida que proporcionaria verificarmos quais as limitações e complicações previsíveis em um procedimento como aquele, e se o autor foi advertido delas.”

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70007712698, Relator Des. Luiz Lúcio Merg, 10ª Câmara Cível, j. 20.05.2004)

“É de crucial importância na atividade profissional a necessidade de obter o consentimento do paciente para a indicação terapêutica e cirúrgica, toda vez que existir risco a correr, devendo contar com o consentimento esclarecido, que só é dispensável em caso de urgência, sendo mais precavido o médico que obtiver a declaração escrita do paciente ou de seu representante.”

(TJ-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.516058-3/000, Relator Des. Alvimar de Ávila, 12ª Câmara Cível, j. 18.10.2005)

Ruy Rosado de Aguiar Jr, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça e Relator das primeiras decisões proferidas naquela Corte a respeito do consentimento livre e esclarecido³³, assim se manifesta em seu artigo 'Responsabilidade Civil do Médico' (2000, p. 142), antes mencionado:

"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."

No mesmo sentido é o entendimento de Sálvio de Figueiredo Teixeira (2000, p. 192), também ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça:

"Cumpre-lhe, de outro lado, acautelar-se no sentido de obter o consentimento do paciente, diretamente desse ou do seu responsável, e de preferência, quando possível, por escrito."

De se ressaltar que, em alguns julgados, verificou-se, inclusive, a manifestação de peritos médicos no sentido de ser exigível o termo de consentimento livre esclarecido:

"Por outro lado, não consta que o réu tivesse expressamente alertado a paciente sobre a possibilidade de resultado não desejado, e que tivesse colhido uma autorização para, mesmo assim, realizar a cirurgia.

O próprio perito registrou em suas 'considerações' (f. 5):

7. Não encontramos nos Autos qualquer documento de 'Adesão a Tratamento Cirúrgico' que esclarecesse à Autora a relação biológica de custo/benefício de uma Mamoplastia (sic) Redutora (...).

8. Este documento deveria ter sido redigido pelo médico e assinado pelo cliente. Parece que esta normatização não chegou ainda nas cidades de menor porte." (TA-MG, Apelação Cível nº 360.091-5, Relator Juiz Guilherme Luciano Baeta Nunes, 7ª Câmara Cível, j. 27.06.2002)

³³ Nas referidas decisões, foi utilizada a expressão 'consentimento informado', e não 'consentimento livre e esclarecido', como antes visto.

“O cliente, sem renunciar aos seus direitos de cidadão (ou consumidor), deve assinar um termo de adesão ao tratamento, no qual confessa-se ciente de tudo, inclusive das possíveis complicações, já que em nenhum serviço de Cirurgia Plástica do Planeta existirá 100% de satisfação, acerto, etc. Não encontrei nos autos nada que configurasse esta indispensável informação.” (Perito Jairo Guerra da Silva, f. 332 e 333 - TA).”

(TA-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.337311-1/000, Relatora Juíza Maria Elza, 4ª Câmara Cível, j. 13.03.2002)

“(…) Eis os comentários feitos pelo ilustre Perito em relação à cirurgia realizada:

(…)

‘5. O réu não utilizou o recurso aconselhado pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, da qual seu preceptor é dirigente, de solicitar uma autorização consentida (…)’.

‘6. Sem esse documento, o réu não pode comprovar que cumpriu o artigo 46 do CEM.’ (TJ-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.519681-4/000, Relator Des. Pereira da Silva, 10ª Câmara Cível, j. 20.09.2005)

O cenário apresentado em tais decisões judiciais revela-se, pois, propício ao entendimento de que a adoção do termo de consentimento livre e esclarecido, pelo médico, é eficaz para a finalidade de comprovar o cumprimento dos deveres de informar e/ou de obter o consentimento do paciente.

Cabe salientar ainda que, nas decisões obtidas na presente pesquisa, verificou-se a freqüente imputação do ônus da prova ao médico, ou seja, o reconhecimento de que o profissional deve provar que prestou as informações ao paciente e/ou obteve o seu consentimento.

Via de regra, cabe ao autor da ação provar o fato constitutivo do seu direito, isto é, o fato jurídico que sustenta a pretensão deduzida em juízo

contra o réu, conforme estabelece o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil (THEODORO JR., 2000).

Entretanto, o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, nos seguintes termos:

“Artigo 6º - São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII – a facilitação da defesa de 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 experiência;”

Nesse sentido, pois, as seguintes decisões:

“O demandado alega que informou corretamente à sua paciente sobre todos os riscos da operação, inclusive sobre a possibilidade a mesma vir a engravidar mesmo após a realização da laqueadura. Acontece que não fez prova de suas alegações.

Por um lado, não se pode exigir da demandante que produza provas negativas (de que não foi informada pelo requerido), e, por outro, estão aqui presentes os requisitos exigidos pelo CDC (artigo 6º, inciso VIII) para a inversão do ônus da prova, isto é, a verossimilhança nas alegações e a hipossuficiência do consumidor.

(...)

Caberia, então, ao profissional requerido fazer prova de que expôs à demandante todos os riscos e possíveis conseqüências da cirurgia de laqueadura de trompas, ônus do qual não se desincumbiu.

Ora, os depoimentos das testemunhas arroladas pelo apelado, que serviriam como meio de demonstrar que aquele advertia seus pacientes, devem ser vistos com reservas. É que são todas pessoas ligadas ao réu, na maioria médicos colegas (sendo um deles, inclusive, padrinho do seu filho), e a única que não é profissional da área, trabalha no estabelecimento onde o demandado presta serviços comunitários.”

(TJ-RS, Apelação Cível nº 70005322730, Relator Des. Luiz Ary Vessini de Lima, 10ª Câmara Cível, j. 19.02.2004)

“Competia, pois, à Apelante, desincumbir-se dos ônus da prova de sua não responsabilidade pelo fato do serviço, ante a alegação de que não fora a Apelada suficientemente esclarecida e informada dos riscos da cirurgia a que iria se submeter, bem assim, de quem conduziria o ato cirúrgico.

Ao contrário do que sustenta a Apelante, não incide ao caso a regra do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, mas, sim, a do artigo 14, § 3º, da Lei nº 8.078/90. Logo, o ônus da prova é, *ex vi legis*, da Apelante [hospital]; jamais da Apelada [paciente].

É direito básico do consumidor o acesso à informação completa, adequada, clara e precisa sobre o serviço que está contratando, principalmente nos casos de cirurgia, vez que há potencial comprometimento da saúde e até da vida do paciente. Nenhuma prova fez nos autos a Apelante no sentido de ter prestado os esclarecimentos devidos à Apelada, infringindo, portanto, preceito de ordem pública. Esta conduta, de per si, já seria suficiente para ensejar a responsabilidade civil da Apelante.” (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2001.001.00076, Relator Des. Werson Rêgo, 15ª Câmara Cível, j. 20.06.2001)

“Caberia ao médico provar de que foram feitas as advertências e que a autora tenha assumido o risco de uma cirurgia mal indicada ou apenas de parte do procedimento.” (TJ-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.457859-4/000, Relator Des. José Affonso da Costa Côrtes, 15ª Câmara Cível, j. 12.05.2005)

Como antes mencionado, o reconhecimento dos procedimentos estéticos como ‘obrigações de resultado’ também implica a imputação, ao médico, do ônus de provar que informou o paciente. Nesse sentido, GIOSTRI (2001, p. 183) observa que, nas ‘obrigações de resultado’:

“Caberá ao devedor, então, o ônus de provar que não adimpliu a obrigação por motivo de força maior ou caso fortuito, já que, em uma obrigação de resultado, só o uso da diligência não conta, uma vez que o resultado final e avençado não foi atingido.”

De outra sorte, também foram verificadas decisões em que o ônus da prova permanece com o paciente:

“Nem se comprovou, sequer ligeiramente, tenha o médico fornecido informações insuficientes ao autor.”

(TJ-RJ, Apelação Cível nº 2002.001.17412, Relator Des. Gustavo Adolpho Kuhl Leite, 2ª Câmara Cível, 18.09.2002)

“Argumenta o Apelante que os riscos da cirurgia não lhe teriam sido alertados, mas o fato é que prova não há de tal omissão.”

(TJ-RJ, Apelação Cível nº 2005.001.34032, Relator Des. Caetano E. da Fonseca Costa, 7ª Câmara Cível, j. 11.10.2005)

Cabe observar ainda que algumas decisões obtidas focam no prontuário médico a prova documental do cumprimento dos deveres de obter o consentimento do paciente e de informar, e não no termo de consentimento livre e esclarecido:

“(…) Deflui, claramente, da leitura da inicial, que o facultativo não cientificou a paciente dos riscos da intervenção, inclusive de que as cicatrizes poderiam evoluir para a formação quelóide. Em sua contestação, os demandados, pessoa física e jurídica, em momento algum assinalaram que tal advertência foi transmitida à paciente antes da intervenção. Da ficha médica apreendida nada consta a respeito.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 124.100.4/6-00, Relator Des. Marcus Andrade, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 04.08.2004)

“Portanto, que se estabeleça como premissa do julgamento de que, embora não exista contrato cientificando que as partes combinaram uma cirurgia plástica estética, não há, igualmente, prontuário médico revelador do consentimento do paciente para que seu colo e abdômen sofresse incisão agressiva para outro fim que não a redução do volume das mamas e eliminação de cicatrizes de cesariana.” (TJ-SP, Apelação Cível nº 192.514-4/8-00, Relator Des. Ênio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 28.07.2005)

“Não existe nos autos qualquer notícia ou documentação, no caso o prontuário médico, consignando que a apelada tenha sido alertada de que a obesidade apresentada seria resolvida com o procedimento escolhido ou determinado, como também, que para atingir um melhor contorno corporal seria necessário uma seqüência de procedimentos.” (TJ-MG, Apelação Cível nº 2.0000.00.457859-4/000, Relator Des. José Affonso da Costa Côrtes, 15ª Câmara Cível, j. 12.05.2005)

KUCZEWSKI e MEISEL (2000, p. 2) observam que, atualmente, nos Estados Unidos, “instituições mais progressistas aboliram os termos de consentimento padronizados, de tal sorte que requerem aos médicos que documentem o conteúdo de suas conversações com os pacientes nos respectivos prontuários médicos”.

Por fim, ressalta-se que também foram verificadas algumas decisões em que foi afastada a necessidade de apresentação de prova documental sobre o cumprimento do dever de informar e de obter o consentimento do paciente:

“Exigir do médico que prove o consentimento da mulher para a laqueadura de trompas quando há acerto verbal sobre o procedimento seria exigir-lhe uma prova que dificilmente poderia fazer, pois é sabido que tais acertos são feitos dentro de consultórios, no mais das vezes, sem a presença de testemunhas.” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70006929640, Relatora Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, 10ª Câmara Cível, j. 29.04.2004)

“No caso em questão, em que pese tratar-se de prova de difícil produção, não restou caracterizada a falha do médico quanto ao dever de informar à paciente acerca dos riscos de uma nova gravidez. Isso porque, conforme prova coligida aos autos, o demandado tinha como procedimento padrão, sistematicamente, advertir todas as suas pacientes sobre a possibilidade de uma nova gestação após a realização da laqueadura de trompas. De mais a mais, segundo a narrativa testemunhal vinda aos autos, o réu alertava suas pacientes de que o método não era 100% seguro, além disso, na recepção de seu consultório havia inúmeros *folders* e folhetos, os quais informavam sobre a falibilidade do método (fls. 111/115).” (TJ-RS, Apelação Cível nº 70007971294, Relatora Des. Marta Borges Ortiz, 9ª Câmara Cível, j. 23.02.2005)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O questionamento sobre o direito do paciente à informação, impulsionado pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, revela-se como 'porta de entrada' para a discussão sobre o consentimento livre e esclarecido nos tribunais brasileiros.

Dessa forma, as decisões judiciais objeto da presente pesquisa, proferidas entre os anos de 2000 e 2005, revelam que, a despeito da ausência de estruturação enquanto instituto jurídico no Brasil, o consentimento livre e esclarecido está ganhando espaço no cenário judicial brasileiro, em função da abordagem da relação médico-paciente como uma relação de consumo.

Entretanto, o fato de o delineamento do consentimento livre e esclarecido nos tribunais brasileiros estar sendo guiado pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pode apresentar conflitos com a originária concepção do tema.

Isso porque o fundamento do 'direito à informação' estabelecido pela legislação consumerista constitui a proteção do consumidor vulnerável, enquanto que, originariamente, o consentimento livre e esclarecido está fundamentado no respeito à autonomia do paciente.

A questão da recusa à informação bem exemplifica o conflito que se instaura. De um lado, tem-se que a situação de não desejar receber informações pode ser entendida como uma aceitável recusa livre e

esclarecida - desde que, evidentemente, seja resultado de um processo de decisão livre e esclarecida.

De outra sorte, a recusa ao recebimento de informações é vista como um ato de renúncia ao direito à informação no contexto consumerista, o que, por sua vez, revela-se inviável, como observado por RIZZATTO NUNES (2000, p. 76), posto que as normas do Código de Defesa do Consumidor "(...) se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo".

A legislação consumerista também admite a padronização das informações a serem prestadas ao 'consumidor médio' - o que, no caso do consentimento livre e esclarecido, propicia o afastamento da concepção de informação individualizada e de comunicação entre médico e paciente.

Nesse ponto, cabe salientar que, salvo em alguns poucos julgados, a informação não é tratada como questão inerente ao contexto da tomada de decisão, de tal forma que a sua finalidade freqüentemente deixa de ser associada à tomada de decisão livre e esclarecida.

Dessa forma, o foco dos tribunais parece estar mais no cumprimento do dever de informar pelo médico, enquanto prestação das informações padronizadas ao consumidor, e menos na troca de informações entre médico e paciente e na compreensão de tais informações pelo paciente.

Assim, a despeito de entendermos como positivo o reconhecimento, pelos tribunais, do direito do paciente à informação, temos que a forma com

que o cumprimento do correspondente 'dever de informar' do médico é exigido afasta-se da idéia de processo de decisão livre e esclarecida.

A própria determinação amplamente verificada nos julgados estudados, no sentido de que o médico comprove ter cumprido os seus deveres de informar e de obter o consentimento através de um formulário padrão assinado pelo paciente, revela uma preocupante equiparação entre o 'consentimento livre e esclarecido' e o 'termo de consentimento livre e esclarecido'. Como antes verificado, o 'termo' é fruto da 'medicina defensiva', que enxerga em tal documento uma hábil ferramenta à comprovação dos deveres médicos de informar e de obter o consentimento do paciente.

Ressaltamos que a abordagem dos tribunais sobre a função dos formulários padronizados tem influência direta na prática médica. Dessa forma, a sua livre aceitação - ou até mesmo a sua exigência, como verificado em diversas decisões - pode reforçar o entendimento, pelo profissional médico, de que o consentimento livre e esclarecido consiste no ato de obter a assinatura do paciente em um formulário contendo informações padronizadas, afastando a concepção de um processo compartilhado de decisão livre e esclarecida, que pressupõe a troca de informações entre o médico e o paciente.

Similar entendimento foi verificado entre os médicos estadunidenses em pesquisas realizadas no início da década de 1980, quando o 'consentimento informado' (*informed consent*) desenvolvido pelos tribunais

dos Estados Unidos passou a significar para os médicos o cumprimento dos deveres de informar e de obter o consentimento do paciente.

Assim, a abordagem do 'consentimento informado' enquanto obtenção da assinatura do paciente em um formulário padrão perpetuou, entre os médicos estadunidenses, a visão do 'consentimento informado' enquanto uma imposição legal externa e desconectada da relação médico-paciente (APPELBAUM e col., 1987).

Prestes a completar meio século de existência, desde a sua criação pelos tribunais estadunidenses no ano de 1957, o 'consentimento informado' (*informed consent*) permanece, nos Estados Unidos, muito mais relacionado ao 'termo' assinado do que ao processo de decisão livre e esclarecida. Nesse sentido, ALI (2003) salienta a não concretização dos objetivos do 'consentimento informado' naquele país, em função da prevalência da abordagem do tema enquanto instrumento de exclusão de responsabilidade médica.

Observa-se ainda que, em recente pesquisa, verificou-se que 46% (quarenta e seis por cento) dos pacientes entrevistados em um hospital-escola da Inglaterra acreditavam que a função primordial do 'consentimento informado' (*informed consent*) era a de proteger o hospital, e não a de servir como um instrumento para facilitar a decisão do paciente. Revelou-se ainda que 69% (sessenta e nove por cento) dos pacientes manifestaram que o

'consentimento informado' autorizava os médicos a assumir o controle (AKKAD e col., 2006).

Verifica-se, pois, que a abordagem do consentimento livre e esclarecido enquanto mera assinatura em formulário padrão cria obstáculos ao desenvolvimento do consentimento livre e esclarecido enquanto um processo de decisão livre e esclarecida. Dessa forma, perpetua-se a limitada participação do paciente no processo de tomada de decisão, no contexto da assistência médica (SCHUCK, 1994; Braddock e col. apud ALI, 2003).

O considerável número de decisões judiciais encontradas envolvendo procedimentos médicos como laqueadura e vasectomia - situações em que, legalmente, é exigida a obtenção de termo de consentimento livre e esclarecido no Brasil -, deixa claro que a exigência do 'termo' não melhora a comunicação entre médico e paciente, nem propicia, necessariamente, uma maior participação do paciente na tomada de decisão.

Consideramos, então, que, no estágio embrionário em que se encontra a abordagem jurídica do consentimento livre e esclarecido no Brasil, revela-se essencial uma maior interação entre a Bioética e o Direito, de tal sorte que não se concretize, aqui, o descompasso entre as abordagens ética e jurídica sobre o tema, como ocorrido nos Estados Unidos, ao longo dos cinquenta anos de existência do *informed consent*, conforme salientado por ALI (2003).

Nesse contexto, os tribunais brasileiros têm papel fundamental, à medida que, no caso concreto, a eles caberá delinear o consentimento livre e esclarecido enquanto questão existencial da tomada de decisão, ressaltando menos a mera transmissão de informações e a assinatura de papéis, e mais a participação do paciente, a troca de informações, e a qualidade da relação entre médico e paciente.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR, R.R. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, S.F. (Coord.). **Direito e medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 133-180.

AKKAD, A. et al. Patients' perceptions of written consent: questionnaire study. **British Medical Journal**, [S.l.], jul. 2000. Disponível em: <<http://www.bmj.com/cgi/content/full/333/7567/528>>. Acesso em 8 novembro 2006.

ALI, V. Consent forms as part of the informed consent process: moving away from "medical Miranda". **Hastings Law Journal**, San Francisco, jul. 2003.

ALMEIDA, J.L.T. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente**. 1999. 129 p. Tese (Doutorado em Ciências) - Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro.

ALVES, R. **O médico**. Campinas: Papyrus, 2002.

APPELBAUM, P.; LIDZ, C.W.; MEISEL, A. **Informed consent: legal theory and clinical practice**. New York: Oxford University Press; 1987.

ARNOLD, R.M.; LIDZ, C.W. Informed consent - Clinical aspects of consent in healthcare. In: POST, S.G. **Encyclopedia of Bioethics**. 3ª ed. Macmillan Reference. New York, 2003. v. 3, p. 1290-1296.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Tradução de L.A. Reto e A. Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 2002.

BASTOS, C. **Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas: parecer**. São Paulo, 2000, 31 p.

BEAUCHAMP, T.L.; CHILDRESS, J.F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de L. Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BEAUCHAMP T.L.; FADEN, R.R. Informed consent - meaning and elements. In: POST, S.G. (Ed.). **Encyclopedia of Bioethics**. 3ª ed. Macmillan Reference. New York, 2003. v. 3, p. 1277-1280.

BORGES, R.C.B. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BEECHER, H.K. Ethics and clinical research. **New England Journal of Medicine**, v. 274, p. 1354-1360, 1966.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 16 mai. 2006.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 16 mai. 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Carta dos direitos dos usuários da saúde**. Brasília, DF, 2006.

CALLAHAN, D. Bioethics and the culture wars. **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**. New York: Cambridge University Press, v. 14, nº 4, 2005.

CASABONA, C.M.R. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, C.N.R.; QUEIROZ, J.F. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte. Del Rey, 2005, p. 128-172.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.246, de 8 de janeiro de 1988. Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jan. 1988. Seção 1, p. 1574-1577.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.358, de 11 de novembro de 1992. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 16 mai. 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Total de inscritos e ativos no Brasil**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/index.asp?opcao=estatisticas&portal=>. Acesso em: 17 abr. 2006.

CREMESP - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **O médico e a justiça**: um estudo sobre ações judiciais relacionadas ao exercício profissional da medicina. São Paulo, 2006.

CULVER, C.M. Competência do Paciente. In: SEGRE, M.; COHEN, C. **Bioética**. São Paulo: Edusp, 1999, p. 63-73.

EM DEFESA de quem? **Ser Médico** (Revista do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo), São Paulo, n. 21, p. 24-32, out./dez. 2002.

DENARI, Z. Da proteção à saúde e segurança. In: GRINOVER, A.P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 140-150.

DENÚNCIAS e processos contra médicos no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. CREMESP (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo), 2006. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Salalmprensa&id=131>>. Acesso em: 05 fev. 2007.

DINIZ, D.; GUILHEM, D. **O que é Bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

DINIZ, M.H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, M.H. **O estado atual do biodireito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DRANE, J.; PESSINI, L. **Bioética, medicina e tecnologia: desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. São Paulo: Loyola, 2005.

ETCHELLS, E. et al. Consent. In: SINGER, P.A. (Ed.). **Bioethics at the bedside**. Ottawa: Canadian Medical Association, 1999a, p. 1-7.

ETCHELLS, E. et al. Disclosure. In: SINGER, P.A. (Ed.). **Bioethics at the bedside**. Ottawa: Canadian Medical Association, 1999b, p. 9-16.

FABIAN, C. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FADEN, R.R; BEAUCHAMP, T.L. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986.

FERRAZ JUNIOR, T.S. **Estudos de Filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JUNIOR, T.S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILOMENO, J.G.B. Dos direitos básicos do Consumidor. In: GRINOVER, A.P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 116-139.

FORTES, P.A.C. **A responsabilidade médica nos tribunais**. 1994a. 199 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FORTES, P.A.C. Reflexões sobre a Bioética e o consentimento esclarecido. **Bioética**, Brasília, v. 2, nº 2, 1994b. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/ind2v2.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2006.

FORTES, P.A.C. O consentimento informado na atividade médica e a resposta dos tribunais. **Justiça e Democracia**, São Paulo, nº 2, p. 185-197, 1996.

FORTES, P.A.C. **Ética e saúde**. São Paulo: EPU, 1998.

FOUCAULT, M. **O nascimento da clínica**. Tradução de Roberto Machado. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

GIOSTRI, H.T. **Responsabilidade médica**: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2001.

GRINOVER, A.P.; BENJAMIN, A.H.V. Visão geral do Código. In GRINOVER, A.P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 6-11.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Contas nacionais nº 17 - Contas Regionais do Brasil 2004**. Rio de Janeiro: IBGE, 2006.

KATZ, J. **The silent world of doctor and patient**. New York: Free Press, 1984.

KATZ, J. **El médico y el paciente: su mundo silencioso**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1989.

KFOURI NETO, M. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KUCZEWSKI, M.; MEISEL, A. Demystifying myths about informed consent. **Forum - Risk Management Foundation of the Harvard Medical institutions**, Cambridge, v. 20, n. 4, p. 1-3, summer 2000.

LAVILLE, C.; DIONNE, J. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas**. Tradução de H. Monteiro e F. Settineri. Porto Alegre: Artes Médicas; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

LIMA, J.L.B. de **O consentimento informado e seu amparo constitucional**. 2005. 305 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

LÔBO, P.L.N. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 37, ano 10, p. 59-76, jan./mar. 2001.

LORENZETTI, R.L. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 1996.

LOTT, J. Populações especiais e vulneráveis. In: DINIZ, D.; GUILHEM, D., SCÜKLENK, U. (Eds.) **Ética na pesquisa: experiência de treinamento em países sul-africanos**. Brasília, DF: Editora UnB, 2005, p. 70-102.

MANTOVANI, F.; OLIVEIRA, A.P. Cresce número de médicos que divide com paciente escolha do tratamento. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 28 abr. 2005. Caderno Equilíbrio, p. 6-9.

MARQUES, C.L. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 93, v. 827, p. 11-48, set. 2004.

MARQUES, C.L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996. Aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília: Disponível em <<http://conselho.saude.gov.br/comissao/conep/resolucao.html>>. Acesso em 14 mar. 2006.

MUÑOZ, D.R.; FORTES, P.A.C. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, S.I.F.; OSELKA, G; GARRAFA, V. **Iniciação à Bioética**. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina; 1998, p. 53-70.

NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. **The Belmont Report**: ethical principles and guidelines for the protection of humans subjects of research. Office of the Secretary, Department of Health, Education, and Welfare, 18 abr. 1979. Disponível em: <<http://ohsr.od.nih.gov/guidelines/belmont.html> >. Acesso em: 18 mai. 2006.

NERY JÚNIOR, N. Da proteção contratual. In: GRINOVER, A.P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 429-555.

PESSINI, L. Bioética: das origens à prospecção de alguns desafios contemporâneos. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 29, n. 3, p. 305-324, jul./set. 2005.

PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. **Making health care decisions**: the ethical and legal implications of informed consent in the patient-practitioner relationship. Washington, 1982. 3v.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIZZATTO NUNES, L.A. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZATTO NUNES, L.A. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SABINO, P.A.L. Notas acerca do valor metodológico do estudo jurisprudencial. **Jus Navigandi**: Teresina, a. 8, n. 352, 24 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5382>>. Acesso em: 02 dez. 2005.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 18 mar. 1999. Seção 1, p. 1.

SCHRAIBER, L.B. **Medicina tecnológica e prática profissional contemporânea: novos desafios, outros dilemas**. 1997. 205 p. Tese (Livre Docência - Departamento de Medicina Preventiva) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SCHUCK, P.H. Rethinking informed consent. **Yale Law Journal**, v. 103, p. 900-959, jan. 1994.

SERÓDIO, A.M.B. **Concepções e práticas dos profissionais que exercem atividade docente sobre seu papel na formação ético-moral do estudante de medicina da Unifesp**. 2006. 143 p. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo.

SERRÃO, D. Ser informado antes e consentir depois. **Revista Ordem dos Médicos**, p. 26-27, jul./ago. 2004.

SIEGLER, M.; COLLINS, M.E.; CRONIN, D.C. Special challenges to the informed consent doctrine in the United States. **The Journal of Clinical Ethics**, v. 15, nº 1, p. 38-47, spring 2004.

SIQUEIRA, J.E. A arte perdida de cuidar. **Bioética**. Brasília, v. 10, nº 2, p. 89-106, 2002.

SOTTO, D. O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente. Medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, nº 178, 31 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4635>>. Acesso em: 12 dez. 2004.

SZTAJN, R. A responsabilidade civil do médico: visão bioética. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 108, p. 7-15, out./dez. 1997.

SZTAJN, R. Consentimento informado e o projeto de Código Civil. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 109, p. 93-97, jan./mar. 1998.

TEIXEIRA, S.F. A responsabilidade civil do médico. In: _____. **Direito e medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 181-207.

TERMO de autorização para cirurgias é tema de debate no Cremesp. **Jornal do Cremesp**, São Paulo, n. 198, p. 10, fev. 2004.

THEODORO JR., H. A responsabilidade civil por erro médico. In: TEIXEIRA, S.F. (Coord.). **Direito e medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 111-132.

TRIVIÑOS, A.N.S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1995.

VIEIRA, S; HOSSNE, W.S. **Experimentação com seres humanos**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1987.

WEIJER, C.; DICKENS, B.M.; MESLIN, E.M. Research ethics. In: SINGER, P.A. (Ed.). **Bioethics at the bedside**. Ottawa: Canadian Medical Association, 1999, p. 89-97.

ZOBOLI, E.L.C.P.; MASSAROLLO, M.C.K.B. Bioética e consentimento: uma reflexão para a prática da enfermagem. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, ano 26, v. 26, n. 1, jan./mar. 2002.