

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO POR AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO DO PACIENTE

THE PHYSICIAN'S CIVIL RESPONSIBILITY FOR THE ABSENCE OF THE PATIENT'S FREE AND INFORMED CONSENT

*Dayane Soares dos Anjos¹
Luís Fernando Moraes de Mello²*

RESUMO: O consentimento livre e informado é um instituto relativamente novo tanto no âmbito da Medicina, quanto no âmbito do Direito. Em síntese, o consentimento livre e informado trata-se de um instrumento de autodeterminação do paciente, uma vez que, a partir dele este decide, voluntariamente, entre consentir ou não com determinado tratamento médico. O consentimento livre e informado é, atualmente, regulado pela Recomendação CFM N° 1/2016 e pelo Código de Defesa do Consumidor. Possui como pressupostos essenciais para a sua validade a capacidade, a voluntariedade e a informação. A informação é essencial no consentimento livre e informado e a sua prestação é de responsabilidade do médico. Registra-se, por importante, que é neste contexto que surge a problemática a ser respondida no presente artigo, o qual tem por objetivo estudar a responsabilidade civil do médico por ausência do consentimento livre e informado do paciente.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade médica. Consentimento do paciente. Informação ao paciente.

ABSTRACT: Free and informed consent is a relatively new institute in both medicine and law. In short, free and informed consent is an instrument of self-determination of the patient, since the patient voluntarily decides whether or not to consent to a certain medical treatment. Free and informed consent is currently regulated by CFM Recommendation N° 1/2016 and the Consumer Protection Code. Its essential prerequisites for its validity are its capacity, willingness and information. Information is essential in free and informed consent and its provision is the responsibility of the physician. Importantly, it is in this context that the problem arises to be answered in this article, which aims to study the physician's civil liability for the absence of free and informed consent of the patient.

KEYWORDS: Medical liability. Patient consent. Patient information.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Abordagem histórica sobre consentimento livre e informado; 2 O consentimento livre e informado; 3 O consentimento livre e informado como instrumento da bioética; 4 A responsabilização civil do médico por ausência do consentimento livre e informado; Conclusão; Referências.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade do Vale do Juruena – AJES. Correio eletrônico: dayane_soares1997@hotmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas e Professor na Faculdade do Vale do Juruena. Correio eletrônico: luisfernandomello@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O consentimento livre e informado é visto nos dias de hoje como um instrumento para a autodeterminação do paciente, haja vista que através dele à pessoa humana, após um processo informativo, decide entre aceitar ou não a se submeter a determinado tratamento clínico, terapêutico ou cirúrgico para a resolução de determinado problema de saúde.

Registra-se, por importante, que consentimento livre e informado é um instituto recente no âmbito da Medicina e, também, do Direito. Na medicina o instituto é regulamentado pela Recomendação CFM Nº 1/2016 e no Direito pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, frisa-se que o consentimento livre e informado é fundamentado na “informação”, vista como dever-obrigação do médico. É, a partir deste contexto que surgirá a problemática do presente artigo, elaborado com o intuito de estudar a responsabilidade civil do médico por ausência do consentimento livre e informado do paciente.

O presente artigo foi dividido em quatro tópicos, são eles: abordagem histórica sobre o consentimento livre e informado; o consentimento livre e informado; o consentimento livre e informado como instrumento da bioética e a responsabilidade civil do médico por ausência do consentimento livre e informado.

Nos três primeiros tópicos será realizada uma abordagem do consentimento livre e informado esclarecendo a sua origem, definição, pressupostos de validade, exceções à sua obtenção e, ainda, a sua relação com a ciência da bioética. Por fim, no último tópico, será demonstrado como ocorre a responsabilização do médico por ausência do consentimento livre e informado do paciente.

1 ABORDAGEM HISTÓRICA SOBRE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

Na medicina antiga, os médicos acreditavam que “quanto menos o paciente soubesse a respeito de seu estado de saúde maior seria a probabilidade de sua cura”³. Desse modo, observa-se que à princípio o médico possuía o poder de decidir entre informar ou não o paciente sobre estado o seu diagnóstico, bem como sobre às técnicas ou procedimentos médicos que seriam adotados em seu tratamento. Portanto, é possível afirmar que, na antiguidade, os profissionais

³ MARTINS, Rafael Dutra Silveria. **O erro médico e a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos: Uma nova análise a respeito do binômio meio versus resultado**. Florianópolis. 2016. Repositório Institucional UFSC. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/171217>>. Acesso em: 16 de out. 2019.

da área em questão não respeitavam a autonomia de decisão conferida nos dias de hoje ao paciente.

Entretanto, no decorrer dos anos, surgiu-se o entendimento de que era necessário informar o paciente dos riscos, benefícios e consequências advindos do tratamento médico indicado para a resolução de seu problema de saúde, uma vez que, à prévia informação permitia-lhe, após ponderar os riscos de determinada intervenção médica, decidir entre se submeter ou não ao tratamento proposto pelo profissional de saúde⁴.

Foi a partir desse momento que surgiu, mesmo que superficialmente, a ideia referente a necessidade de “consentimento livre e informado”. De acordo com o disposto na Recomendação CFM Nº 1/2016, a ideia quanto ao termo data-se em meados do século XIX, entretanto, o presente instituto somente passou a ser utilizado na seara médica a partir do século XX⁵.

A doutrina ensina que o primeiro registro histórico quanto à utilização do termo “consentimento livre e informado” ocorreu nos Estados Unidos (EUA), no Estado da Califórnia, no ano de 1957, em uma sentença judicial que julgou o caso conhecido como “Salgo V. Leland Stanford Jr University Board of Trustees”⁶.

O presente caso, em síntese, diz respeito a uma ação judicial, a qual a parte autora alegou que fora submetida à uma cirurgia de aortografia diagnóstica que resultou na paralisia de seus membros inferiores. No mérito, esclareceu que não havia sido informada do referido efeito adverso e que, caso houvesse sido comunicada dos riscos, poderia ter chegado à decisão de recusar o procedimento cirúrgico em comentário⁷.

⁴ ALHO, Clarice. FEIJÓ, Ana Maria. GOLDIM, Gabriel Gauer José R. HAMMES, Érico. PIVATTO, Délio Kipper Pergentino. ZILLES, Paulo Vinicius S. de Souza Urbano. SOUZA, Ricardo Timm de Souza. **Ciência e ética: os grandes desafios**. Ed. 1ª. Editora: Edipucrs. Porto Alegre. 2006. ISBN: 85-7430-548-0. p. 46-47. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Ylkke0nSARkC&oi=fnd&pg=PA45&dq=CONSENTIMENTO+LIVRE+E+INFORMADO&ots=aO3cW9oPRS&sig=Ko9GbYeTV-5pv7GYuWLV3oH0X4w#v=onepage&q=CONSENTIMENTO%20LIVRE%20E%20INFORMADO&f=false>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

⁵ RECOMENDAÇÃO CFM Nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

⁶ ALHO, Clarice. FEIJÓ, Ana Maria. GOLDIM, Gabriel Gauer José R. HAMMES, Érico. PIVATTO, Délio Kipper Pergentino. ZILLES, Paulo Vinicius S. de Souza Urbano. SOUZA, Ricardo Timm de Souza. **Ciência e ética: os grandes desafios**. Ed. 1ª. Editora: Edipucrs. Porto Alegre. 2006. ISBN: 85-7430-548-0. p. 46-47. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Ylkke0nSARkC&oi=fnd&pg=PA45&dq=CONSENTIMENTO+LIVRE+E+INFORMADO&ots=aO3cW9oPRS&sig=Ko9GbYeTV-5pv7GYuWLV3oH0X4w#v=onepage&q=CONSENTIMENTO%20LIVRE%20E%20INFORMADO&f=false>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

⁷ *Ibid.*, p. 48.

Assim, pela primeira vez, a corte julgadora reconheceu que o médico viola o direito de autonomia, isto é, de tomada de decisão do paciente sempre que não o comunica dos possíveis riscos e consequências advindos de tratamentos cirúrgicos, clínicos e terapêuticos e, por essa razão, a orientação era de que a regra, a partir desse momento, fosse à previa obtenção de consentimento livre e informado do paciente, após devidamente cumprido o dever de prestação de informações⁸.

Destaca-se, por importante, que no Brasil a concepção quanto à necessidade de obtenção do consentimento livre e informado do paciente ocorreu somente a partir dos anos de 1970. À priori, exigia-se o consentimento livre e informado apenas daqueles indivíduos que participavam de experiências e pesquisas científicas. Na área da assistência médica, por outro lado, o presente instituto passou a ser exigido somente em meados dos anos de 1980, após determinação expressa do Conselho Federal de Medicina⁹.

É de grande valia esclarecer que, atualmente, utiliza-se inúmeras outras expressões para se fazer referência ao termo “consentimento livre e informado”. Segundo a Recomendação CFM N° 1/2016, são utilizados, ainda, os termos: consentimento consciente; consentimento livre e esclarecido; consentimento esclarecido; consentimento pós-informação, etc.¹⁰.

Por fim, registra-se que, no Brasil, o processo de obtenção do consentimento livre e informado do paciente na assistência médica é assunto recente e que, ainda, vem sendo discutido e estudado tanto pela Medicina, como pelo Direito. No entanto, apesar de ser um instituto recente, consigna-se que o presente já vem sendo regulado por ambas as áreas. No âmbito da Medicina, o consentimento livre e informado é regulado pelo Código de Ética Médica e pela Recomendação CFM N° 1/2016. E, na seara do Direito, por outro lado, é regulado pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

2 O CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

O Conselho Federal de Medicina, no ano de 2016, instituiu a Recomendação CFM N° 1/2016 que dispõe sobre o consentimento livre e informado na assistência médica. A presente Recomendação foi elaborada com o intuito de auxiliar os médicos e demais profissionais da área de saúde na obtenção do consentimento livre e informado do paciente antes da execução

⁸ Ibid., p. 48.

⁹ Ibid., p. 49.

¹⁰ RECOMENDAÇÃO CFM N° 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

de qualquer intervenção médica, seja clínica, terapêutica ou cirúrgica. Imperioso destacar que, a referida Recomendação traz em seu bojo um breve esboço sobre o consentimento livre e informado na assistência médica abordando desde à sua origem, definição, pressupostos de validade e exceções à sua obtenção¹¹.

No que diz respeito à definição do termo consentimento livre e informado dispõe a supracitada Recomendação Médica que:

O consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados. [...] As informações e os esclarecimentos dados pelo médico têm de ser substancialmente adequados, ou seja, em quantidade e qualidade suficientes para que o paciente possa tomar sua decisão, ciente do que ocorre e das consequências que dela possam decorrer. O paciente deve ter condições de confrontar as informações e os esclarecimentos recebidos com seus valores, projetos, crenças e experiências, para poder decidir e comunicar essa decisão, de maneira coerente e justificada¹².

Da definição acima, é possível afirmar que o consentimento livre e informado se trata de uma decisão do paciente manifestada após um processo de informação de inteira responsabilidade do profissional de medicina. A decisão a ser tomada pelo paciente, em síntese, diz respeito a aceitação ou não de determinado procedimento ou tratamento médico indicado para a resolução de seu problema de saúde. O médico, no processo de obtenção do consentimento livre e informado, deve comunicar o paciente de todos os riscos, benefícios e consequências do procedimento ou tratamento médico proposto, pois somente após cumprido esse dever que lhe é permitido obter o consentimento do paciente.

Ressalta-se, por outro lado, que consoante o texto da Recomendação Médica retromencionada é obrigação do médico, ainda, prestar informações sobre o procedimento ou tratamento médico proposto de maneira simples e adequada à compreensão do paciente. Além disso, esclarece que o profissional deve respeitar o direito de indagação do paciente, haja vista que o exaurimento de dúvidas é fundamental para que o consentimento livre e informado não se torne inválido ou insuficiente.

Registra-se, por importante, que a obtenção do consentimento livre e informado pode ser realizado de forma verbal ou, então, escrita. O consentimento livre e informado obtido de forma verbal exige que o médico utilize uma linguagem clara, precisa e de fácil compreensão para o paciente no momento de prestar-lhe informações sobre os riscos, benefícios e

¹¹ RECOMENDAÇÃO CFM Nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

¹² Ibid., p. 12-13.

consequências advindos do procedimento ou tratamento médico proposto. E, já o consentimento livre e informado na modalidade escrita é obtido através da assinatura do documento denominado de “termo de consentimento livre e esclarecido”¹³.

Em resumo, o termo de consentimento livre e esclarecido é o documento em que será registrado a decisão do paciente de submeter-se a determinado tratamento clínico, terapêutico ou cirúrgico em prol da manutenção de sua saúde. No que tange a elaboração do termo de consentimento livre e esclarecido consigna-se que a Recomendação nº 1/2016 da CFM exige que o presente documento seja elaborado com letras legíveis e de fácil compreensão, sendo vedadas a utilização de termos técnicos e formais¹⁴.

Além disso, exige-se, ainda, o preenchimento de outros requisitos fundamentais como nome completo do paciente; descrição do procedimento ou tratamento médico de que será submetido o paciente; documento descrevendo os riscos, benefícios e consequências advindos do tratamento clínico, terapêutico ou cirúrgico proposto; declaração atestando que o paciente fora devidamente comunicado pelo profissional, etc.¹⁵.

Seguindo esse contexto, importa salientar que para o consentimento livre e informado ser válido, seja na modalidade verbal ou escrita, é necessário o preenchimento de três requisitos fundamentais são eles, capacidade, informação e voluntariedade¹⁶. Entende-se que a ausência de um desses pressupostos torna o consentimento livre e informado do paciente ineficiente e inválido tanto no âmbito da Medicina, quanto do Direito.

O primeiro requisito exigível para a validação do consentimento livre e informado, como alinhavado anteriormente, diz respeito à capacidade. A capacidade, em síntese, consiste na aptidão do paciente para compreender os riscos, benefícios e consequências de determinado procedimento ou tratamento médico. Tendo em vista que a Medicina se utiliza dos mandamentos do Código Civil Brasileiro entende-se que o paciente “capaz” será aquele que possuir maioridade civil, ou seja, que possuir 18 (dezoito) anos completos ou mais¹⁷.

No que tange aos menores de idade e aos indivíduos que, por alguma razão, se encontrem temporariamente ou absolutamente incapazes, o consentimento livre e informado será obtido de seus representantes legais. De grande valia esclarecer que havendo divergência

¹³ Ibid., p. 23-24.

¹⁴ Ibid., p. 25.

¹⁵ Ibid., p. 26.

¹⁶ SILVA, Milton Rodrigues de. PETRY, Alexandre Torres. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico**. Revista Justiça & Sociedade. V. 3, n. 1. 2018. ISSN: 2525-3883. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/692>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

¹⁷ RECOMENDAÇÃO CFM Nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

entre os representantes legais do menor de idade referente a autorização ou não para o início do tratamento médico à decisão ficará a encargo do juiz que decidirá o caso levando em consideração a opinião de ambos os pais¹⁸.

Por outro lado, no que diz respeito aos incapazes consigna-se que não havendo representante legal, o consentimento livre e informado será obtido do cônjuge e, na sua falta, dos familiares do doente. Em último caso, quando não há quaisquer responsáveis pela pessoa incapacitada, o médico possuirá duas alternativas, em primeiro momento poderá demandar em juízo pleiteando autorização para iniciar determinado tratamento médico em benefício da saúde e da vida do paciente e, em segundo caso, poderá solicitar nomeação de representante legal em favor do incapaz para posterior obtenção do consentimento livre e informado¹⁹.

À informação, no processo de consentimento livre e informado, constitui dever-obrigação imposto ao médico e o seu descumprimento por parte do profissional caracteriza violação do direito de autonomia do paciente. Isso ocorre porque entende-se que a não prestação de informações sobre determinada técnica médica retira do paciente à possibilidade de ponderação de riscos, isto é, de decidir entre aceitar ou não determinada proposta médica mesmo tendo conhecimento de seus benefícios e malefícios²⁰.

O dever de informação exige que o médico comunique expressamente o paciente, através de uma linguagem simples e clara, o seu diagnóstico, as possíveis propostas de tratamentos, procedimentos e intervenções médicas, bem como todos os riscos, benefícios e consequências advindos de possível técnica médica proposta para a resolução de seu problema de saúde²¹.

Como último requisito para a validação do consentimento livre e informado tem-se a voluntariedade que, em síntese, dispõe que o consentimento do paciente deve ser livre de vícios de fraude, coação, dolo ou simulação²².

¹⁸ VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

¹⁹ Ibid., p. 498.

²⁰ SCHAEFER, Fernanda apud VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

²¹ BORGES, Gustavo apud SILVA, Milton Rodrigues de. PETRY, Alexandre Torres. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico**. Revista Justiça & Sociedade. V. 3, n. 1. 2018. ISSN: 2525-3883. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/692>>. Acesso em: 28 de out. 2019.

²² RECOMENDAÇÃO CFM Nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

Para encerrar o presente tópico, não se pode olvidar de abordar às três exceções à obtenção do consentimento livre e informado na assistência médica, ou seja, as situações em que a Recomendação nº 1/2016, entende ser dispensável a autorização do paciente. Essas três hipóteses são, privilégio terapêutico, casos de tratamento compulsório e renúncia do paciente de ser informado.

A exceção do privilégio terapêutico está relacionada a situações de urgência ou emergência médica. Caracteriza-se uma situação de privilégio terapêutico quando o profissional constata que não há tempo suficiente para obtenção de consentimento sem que reste prejudicado à saúde ou, até mesmo, à vida do paciente. Exemplos tradicionais de hipóteses de privilégio terapêutico são acidentes automobilísticos²³.

Na hipótese de tratamento compulsório entende-se, também, que não é necessário a obtenção do consentimento livre e informado do paciente. Existe esse entendimento porque, nesses casos, os pacientes são portadores de doenças transmissíveis e, mesmo cientes de seu diagnóstico, negam consentimento para eventual tratamento. Dessa maneira, visando a tutela da saúde pública firma-se o entendimento de que o consentimento desses pacientes é dispensável²⁴.

E, como última exceção destaca-se a recusa do paciente de ser informado. Nesses casos, o profissional atuará com base no Princípio da Beneficência, isto é, exercendo a medicina para o benefício e jamais malefício do paciente, já que a sua decisão de não ser informado deve ser respeitada. Todavia, importante esclarecer que a presente exceção somente é admitida nas hipóteses em que o médico concluir que realmente às informações seriam prejudiciais à saúde física e psíquica do paciente²⁵.

3 O CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO COMO INSTRUMENTO DA BIOÉTICA

O consentimento livre e informado é considerado, nos dias de hoje, um instrumento da bioética, haja vista que assegura ao paciente o direito de autonomia o qual lhe permite decidir, por si próprio, entre se submeter ou não à determinado procedimento ou tratamento médico ao longo da vida. À priori, registra-se, por importante, que a bioética é a ciência que busca, através

²³ VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

²⁴ *Ibid.*, p. 504.

²⁵ *Ibid.*, p. 504-505.

da imposição de regras voltadas à proteção da dignidade humana, proteger à vida e a saúde do paciente diante às práticas médicas²⁶.

A autonomia, na bioética, é vista como um princípio basilar que se complementa ao Princípio da Beneficência ou Não-Maleficência e ao Princípio da Justiça. Os presentes princípios atuam como diretrizes reguladoras das ações exercidas pelos profissionais de saúde e, ainda, como instrumentos de garantia à dignidade humana dos pacientes²⁷.

Em sucinta síntese, esclarece-se que o princípio da autonomia, na seara da assistência médica, assegura ao paciente o direito de decisão entre consentir ou não com determinado tratamento médico, independentemente da orientação do profissional. Já, o princípio da beneficência ou maleficência esclarece que o médico deve exercer a medicina visando benefícios e evitando malefícios ao paciente. E o princípio da justiça, por fim, diz que o paciente deve ter assegurado pelo Estado, sempre que necessitar, devido tratamento médico para a manutenção de sua saúde. Demais disso, esse princípio estabelece que o Estado deve garantir, por outro lado, a destinação de verbas para à saúde pública, pesquisa científica e prevenção²⁸.

Neste contexto, ao encontro com o exposto à princípio neste tópico, frisa-se que a bioética dispõe que o consentimento livre e informado corresponde a instrumento fundamental e garantidor do direito de autonomia do paciente, no processo de comunicação, entendido hoje como um requisito exigível na relação médico-paciente, uma vez que, através dele o paciente se “autogoverna” no que se refere a decisão entre aceitar ou não determinado tratamento clínico, terapêutico ou cirúrgico disponibilizado pela Medicina²⁹.

Hoje, o processo de obtenção do consentimento livre e informado, na assistência médica, é obrigatório devendo o médico informar o paciente de todos e quaisquer riscos, benefícios e consequências da atividade médica, sob pena de responsabilização civil, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Prescinde-se que a referida responsabilização ocorre pela ausência ou insuficiência da prestação de informações e, por essa razão, deve o médico ser claro, sucinto e eficaz no momento de explicar ao paciente sobre o tratamento proposto, além de ter o cuidado de perceber que o paciente realmente compreendeu as informações que lhe foram transmitidas.

²⁶ CLOTET, Joaquim. **Bioética uma aproximação**. Editora: Edipucrs. 2ª Ed. Porto Alegre. 2006. p. 15.

²⁷ GASPAR, Gisele de Lourdes Friso Santos. **A bioética e as pesquisas com seres humanos: uma análise sob a ótica dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae8e20f2c7accb99>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

²⁸ *Ibid.*, p. 10-12.

²⁹ BORGES, Gustavo Silveira. MOTTIN, Roberta Weirich. **Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ**. Revista do Direito Público. V. 12. N. 1. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/24122/20906>>. Acesso em: 28. de nov. 2019.

Ante o exposto, é possível compreender que a intermediação da bioética com a Medicina, e, ainda, com o Direito no processo de obtenção do consentimento livre e informado permite que o paciente tenha assegurado e respeitado o seu direito à autonomia que, até então, os pacientes não possuíam. Ademais, entende-se que são assegurados, também, por outro lado, o respeito à liberdade, à integridade e à dignidade da pessoa humana.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO POR AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

Do exposto até o momento, restou evidente que o processo de obtenção do consentimento livre e informado depende exclusivamente do cumprimento do dever de informação. Registra-se, por importante, que o cumprimento do dever de informação, nos casos de obtenção de consentimento informado, como descrito nos tópicos anteriores, é exclusivo do médico, haja vista que somente o profissional detém conhecimentos técnicos suficientes para compreender possíveis riscos, benefícios e consequências que podem sobrevir de determinada intervenção médica.

Não sendo cumprido o presente dever ou sendo à informação insuficiente para posterior obtenção de consentimento livre e informado do paciente entende-se que é caracterizada a responsabilidade civil do médico, por negligência médica, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e, ainda, a responsabilidade ética do profissional nos termos do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09).

Os dispositivos legais que regulam a presente questão são os artigos 6º, inciso III e 14, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor e o dispositivo ético trata-se do artigo 34 do Código de Ética Médica, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal³⁰.

Como visto, o descumprimento do dever de informação pelo médico gera responsabilidade civil, por negligência, perante os dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor. Diz-se que há essa possibilidade porque, nos dias de hoje, a relação médico-paciente é entendida como uma relação contratual, onde o médico é visto como fornecedor de serviços e o paciente como consumidor. E, por ser uma relação contratual o descumprimento de deveres por uma das partes gera responsabilidade civil.

Todavia, retornando ao texto dos artigos supracitados, é importante destacar que o CDC estabelece que por ser o médico um profissional liberal não basta a constatação da violação do dever de informar, é necessário, ainda, a comprovação da culpa do profissional, neste caso por negligência do dever de informar.

Neste contexto, cabe ressaltar, ainda, que o ônus de comprovar a culpa, na responsabilidade civil por descumprimento do dever de informar, diferentemente do que exige o Código Civil Brasileiro, será do médico. Demais disso, registra-se que a violação do dever de informação no processo de obtenção do consentimento livre e informado constitui “lesão autônoma”, haja vista que além de ferir o direito de autonomia do paciente, também infringi os seus direitos de personalidade³¹.

Havendo a comprovação da culpa do médico, por negligência do dever de informar e, desde que preenchidos os demais requisitos exigidos para a caracterização da responsabilidade civil, isto é, o autor, o ato médico, o dano e o nexos de causalidade, será o médico obrigado a indenizar o paciente, cuja indenização será realizada à título de danos morais³².

Registra-se, por importante, que nos casos que envolvem violação do dever de informar, no processo de obtenção do consentimento livre e informado, o dano será sempre de natureza extrapatrimonial, uma vez que, a conduta do médico causa lesão somente aos direitos de personalidade, portanto, não há que se falar em danos patrimoniais.

Nesta linha de pensamento, vem julgado os Tribunais brasileiros, veja-se:

³⁰ Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

³¹ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar. Ed. 1ª. Editora: Hoffmann. Itaperuna/RJ. 2011. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirCivil/artigos/consentimento.informado.e.tutela.dos.direitos.existenciais.pdf>>. Acesso em: 28 de nov. 2019.

³² FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 254-255.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DO PLANO DE SAÚDE E DO MÉDICO. REALIZAÇÃO DE POSTECTOMIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PLANO DE SAÚDE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. 1. Cuida-se de ação indenizatória, na qual a autora pretende indenização por dano moral em virtude de alegado erro médico. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. 2. O caso dos autos trata de responsabilidade subjetiva do médico, segundo réu. Por sua vez, com relação ao primeiro réu, o plano de saúde, há responsabilidade objetiva pelos danos causados pelo profissional credenciado. 3. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Ausência de designação de AIJ e realização de prova oral, nada obstante deferida na decisão saneadora, ou mesmo de oitiva da perita, caracteriza cerceamento de defesa, apto a ensejar a nulidade da sentença. Ao juízo cabe, de ofício ou a requerimento da parte, identificar as provas necessárias ao julgamento adequado da lide (art. 370, CPC/2015), sendo dele a aferição quanto à relevância e à pertinência de sua produção. 4. Ausência de motivo que justifique a realização de nova perícia. 5. O momento adequado para impugnar as qualidades da especialidade do perito é o da sua nomeação, restando precluso o direito se o reclama depois que a perícia é realizada. 6. A prova pericial realizada, por perito capacitado, obedeceu, regidamente, as disposições do diploma processual civil, com claras oportunidades às partes, oferta livre de quesitos, e acesso à ampla defesa e ao contraditório, todos devidamente respondidos, inclusive em esclarecimentos complementares (sobre os quais manifestou-se a destempo, sem comprovar a alegada ausência de intimação para de manifestar), não sendo a irrisignação com as conclusões e respostas aos quesitos suficientes à realização de nova perícia. 7. Laudo pericial que, apesar de atestar complicações, conclui não ter havido negligência, imprudência ou imperícia na realização do ato cirúrgico, nem falha na indicação do procedimento, destacando-se a predisposição do autor a complicações pós-cirúrgicas, e que as apresentadas podem ocorrer após a postectomia mesmo tendo sido a cirurgia realizada de acordo com a boa prática médica. 8. Contudo, não se verifica, nos autos, Termo de Consentimento Informado assinado pelo autor relativo a nenhuma das duas cirurgias de postectomia, como consta do laudo em mais de uma oportunidade. 9. O réu faltou com o dever de informação, direito básico e fundamental de todos os consumidores (art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor). 10. A falta de informação pelo médico ao paciente é considerada ilícito contratual, configurado culpa dos profissionais, na modalidade de negligência (omissão no dever de informar), a ensejar o dever de reparar os danos. 11. Plano de saúde que responde solidariamente por eventuais danos, haja vista que a fornecedora dos serviços responde objetivamente pelos danos causados pelos médicos a ela vinculados que tenham, no exercício de sua profissão, procedido de forma inadequada. 12. Dano moral in re ipsa. 13. Valor arbitrado em R\$ 15.000,00, com correção do julgado e juros da citação. 14. Reforma da sentença. 15. Ônus da sucumbência invertido. 16. Provimento do recurso. (TJ-RJ-APL: 00006961420088190014 RIO DE JANEIRO CAMPOS DOS GOYTACAZES 1º VARA CIVIL, Relator: Des (a). MÔNICA MARIA CONSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 02/10/2018, OITAVA CÂMARA CÍVEL)³³.

Verifica-se do julgado acima que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ), em decisão do ano de 2018, reconheceu que a ausência de consentimento livre e informado do paciente gera, por si só, à reponsabilidade civil do médico e o conseqüente dever de indenizar,

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação:** APL 000696-14.2008.8.19.0014. Relator (a): Des (a) Mônica Maria Costa Di Piero. Oitava Câmara Cível. Julgamento em 02/10/2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657531631/apelacao-apl-6961420088190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goitacazes-1-vara-civil?ref=serp>>. Acesso em: 29 de nov. 2019.

haja vista que, nos termos do art. 6º, III do CDC, o dever de informação corresponde a dever contratual e, uma vez, descumprido caracteriza a responsabilidade do profissional, por negligência, independentemente da ocorrência de erros médicos.

Outrossim, importante não olvidar que o profissional que descumprir o dever de informação será sujeito, ainda, às sanções disciplinares aplicadas pelo Conselho Regional de Medicina da região ao qual estiver legalmente habilitado. Havendo a absolvição do médico não haverá a imposição de qualquer sanção, mas havendo a sua condenação aplicar-se-á as penas disciplinares previstas no artigo 22 da Lei nº 3.268/57³⁴.

CONCLUSÃO

No presente artigo, buscou-se estudar a forma como ocorre a responsabilização do médico por ausência do consentimento livre e informado, entendido, nos dias de hoje, como um instrumento para a autodeterminação do paciente. No entanto, como exposto nos tópicos alhures, para que o consentimento livre e informado seja válido tanto para a Medicina, como para o Direito se faz necessário o preenchimento de três requisitos, são eles: capacidade, voluntariedade e informação.

A capacidade diz respeito à aptidão do paciente para compreender o tratamento médico que está sendo proposto pelo profissional de medicina para a resolução de seu problema de saúde. Será capaz, consoante dispositivos do Código Civil Brasileiro, o paciente que possuir maioridade, isto é, 18 (dezoito) anos completos. A voluntariedade, por outro lado, é quando o consentimento do paciente é realizado sem vícios de dolo, coação, simulação ou fraude. E, por fim, a informação entendida como o pressuposto essencial para a validação do consentimento livre e informado do paciente.

O dever de prestação de informações é exclusivo do médico, pois entende-se que somente o profissional é capaz de esclarecer para o paciente os riscos, benefícios e consequências advindos de determinado tratamento médico, seja clínico, terapêutico ou cirúrgico.

Entende-se que é somente após o esclarecimento de informações pelo médico que o paciente estará apto para decidir entre consentir ou não com o tratamento proposto. Após

³⁴ Lei Nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 24 de out. 2019.

cumprido o processo de informação, cabe ao médico obter o consentimento livre e informado do paciente.

O médico que cumpre o dever de informação não responderá por eventuais efeitos adversos (erros médicos) que vierem a insurgir à saúde do paciente. No entanto, respondendo à pergunta lançada por este artigo, registra-se que o médico que deixar de informar o paciente e conseqüentemente não obter o seu consentimento livre e informado será responsabilizado por violação do dever de informação, na modalidade negligência, independentemente da ocorrência de erro médico.

Isso ocorre porque entende-se que a relação médico-paciente é uma relação contratual, onde o médico é visto como fornecedor de serviços e o paciente como consumidor. Dessa maneira, havendo o descumprimento do dever contratual de informação será o médico responsabilizado civilmente, com fundamento no artigo 6º, III e 14, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Registra-se, por fim, que a responsabilização civil por descumprimento do dever de informação gera indenização somente à títulos de danos morais, portanto, o montante da indenização será menor que aquela resultante de erro médico.

REFERÊNCIAS

ALHO, Clarice. FEIJÓ, Ana Maria. GOLDIM, Gabriel Gauer José R. HAMMES, Érico. PIVATTO, Délio Kipper Pergentino. ZILLES, Paulo Vinicius S. de Souza Urbano. SOUZA, Ricardo Timm de Souza. **Ciência e ética: os grandes desafios**. Ed. 1ª. Editora: Edipucrs. Porto Alegre. 2006. ISBN: 85-7430-548-0. p. 46-47. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Ylkke0nSARkC&oi=fnd&pg=PA45&dq=CONSENTIMENTO+LIVRE+E+INFORMADO&ots=aO3cW9oPRS&sig=Ko9GbYeTV-5pv7GYuWLV3oH0X4w#v=onepage&q=CONSENTIMENTO%20LIVRE%20E%20INFORMADO&f=false>>.

BORGES, Gustavo apud SILVA, Milton Rodrigues de. PETRY, Alexandre Torres. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico**. Revista Justiça & Sociedade. V. 3, n. 1. 2018. ISSN: 2525-3883. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/692>>.

BORGES, Gustavo Silveira. MOTTIN, Roberta Weirich. **Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ**. Revista do Direito Público. V. 12. N. 1. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/24122/20906>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação: APL 000696-14.2008.8.19.0014**. Relator (a): Des (a) Mônica Maria Costa Di Piero. Oitava Câmara Cível. Julgamento em

02/10/2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657531631/apelacao-apl-6961420088190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goytacazes-1-vara-civel?ref=serp>>.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar. Ed. 1ª. Editora: Hoffmann. Itaperuna/RJ. 2011. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirCivil/artigos/consentimento.informado.e.tutela.do.s.direitos.existenciais.pdf>>.

CLOTET, Joaquim. **Bioética uma aproximação**. Editora: Edipucrs. 2. ed. Porto Alegre. 2006.

Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12. ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013.

GASPAR, Gisele de Lourdes Friso Santos. **A bioética e as pesquisas com seres humanos**: uma análise sob a ótica dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae8e20f2c7accb99>>. Lei Nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>.

MARTINS, Rafael Dutra Silveria. **O erro médico e a responsabilidade civil dos cirurgiões plásticos estéticos**: Uma nova análise a respeito do binômio meio versus resultado. Florianópolis. 2016. Repositório Institucional UFSC. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/171217>>.

RECOMENDAÇÃO CFM Nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>.

SCHAEFER, Fernanda apud VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>.

SILVA, Milton Rodrigues de. PETRY, Alexandre Torres. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico**. Revista Justiça & Sociedade. V. 3, n. 1. 2018. ISSN: 2525-3883. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/692>>.

VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>.