

O consentimento informado na relação médico-paciente

Informed consent at medical procedure's

Ana Carolina Moraes Aboin

Lydia Neves Bastos Telles Nunes

RESUMO: O consentimento informado representa o dever médico de informar e o direito do paciente de ser informado acerca dos procedimentos médicos aos quais ele se submeterá. É direito da personalidade, e expressão máxima da autonomia da vontade do indivíduo e do direito à liberdade. Deve ser fruto de verdadeiro processo, no qual cabe ao médico informar amplamente o paciente, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento. É imprescindível para todos os procedimentos realizados, e sua ausência, a prestação de informação incompleta ou incorreta pode ensejar responsabilidade civil. Assim, além de ser um direito do paciente, o consentimento informado é uma garantia para o médico.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento informado. Dever do médico. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: Informed consent means the doctor's duty to inform and the patient's right to be informed about the medical procedures that he will be submitted to. It is a personality right, and ultimate expression of freedom of choice and the individual right to liberty. It must come from a real process, in which the doctor has to fully inform his patient, confirm the explanation and obtain his informed consent. It is essential in order to realize all procedures, and its absence, incorrect or incomplete information may lead to civil liability. Despite being a patient's right, the informed consent is a doctor's assurance.

KEY-WORDS: Informed consent. Doctor's duty. Civil liability.

1. Introdução

Numa primeira análise do juramento de Hipócrates e do princípio da beneficência nele relatado, os profissionais da Medicina deveriam sempre buscar o melhor para o paciente, ainda que isso representasse ir contra a sua vontade. Todavia, em consonância com toda a proteção constitucional aos direitos da personalidade – principalmente o direito à integridade

física e moral – e o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser respeitada a autonomia de vontade do paciente que se concretiza com o consentimento informado.

O princípio da beneficência representa uma posição paternalista, e vem sendo gradativamente substituída pelo princípio do consentimento informado, que abarca o princípio da autonomia da vontade, que parte da premissa de que o indivíduo é capaz de decidir acerca da sua submissão ou não a um tratamento, desde que efetivamente informado. O consentimento informado parte do princípio de que o paciente não possui, na maioria das vezes, conhecimentos técnicos suficientes para entender as consequências da sua escolha, e, portanto, deve ser devidamente informado para que possa manifestar sua vontade livre de vícios.

Além de representar direito do paciente e dever do médico, o consentimento informado funciona também como uma proteção ao exercício da profissão da medicina, uma vez que o médico pode se eximir da responsabilidade por alguns tipos de danos prováveis e possíveis, dos quais o paciente já tinha consciência e conhecimento prévio à submissão àquela intervenção. Por outro lado, o médico que age sem a obtenção desse consentimento de forma informada está sujeito a responsabilização por eventuais danos que sua conduta culposa possa ocasionar.

Entende-se por consentimento informado o direito que tem o paciente de participar das decisões sobre tratamentos e intervenções cirúrgicas que possam afetar sua integridade física e moral. Para que possa dar seu consentimento às práticas consideradas mais adequadas pelo médico, o paciente deve ser devidamente informado e alertado acerca dos riscos e das consequências a que se submete. Uma vez informado, o paciente, supostamente leigo, terá condições de analisar se aquela alternativa lhe parece adequada, e se está disposto a suportar os riscos que aquela escolha lhe traz, com base na premissa de que o próprio ser humano é capaz de escolher o melhor para si.

O que mais se discute em relação ao direito à informação é a maneira mais adequada de atribuir ao paciente que não possui conhecimentos técnicos para avaliar com destreza a situação de saúde em que se encontra, condições de poder decidir sobre a conduta médica à qual irá se submeter.

É essa a maior finalidade do princípio do consentimento informado: atribuir ao paciente informações suficientemente esclarecedoras para que ele possa, conscientemente e imune de qualquer tipo de vício do consentimento, emanar sua vontade, que deve ser acatada e respeitada pelo profissional de saúde. Em outras palavras, consentimento informado nada mais é que direito à informação.

Poder decidir acerca daquilo que irá refletir diretamente na própria vida é a expressão máxima da autonomia da vontade, elemento integrante da autonomia da vontade. E esse direito deve ser garantido, principalmente quando se considerar que aquela escolha poderá trazer consequências permanentes para o indivíduo, consequências estas que, para ele, podem ser insuportáveis.

Ademais, deve-se considerar, quando se trata de consentimento informado, a capacidade de autodeterminação do sujeito, requisito de validade de qualquer ato jurídico, que não ganha destaque nesses casos em que se tem em jogo a saúde e a vida da pessoa, sendo que as consequências destas escolhas são, muitas vezes, irreversíveis.

2. Consentimento informado na relação médico-paciente

2.1. O significado do termo *consentimento*

Em primeiro lugar deve-se atentar para o núcleo do termo, qual seja, o consentimento. Segundo definição trazida pelo Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva¹:

“Derivado do verbo latino consentire (ter o mesmo sentir, estar de acordo, concordar), possui, na terminologia jurídica, a acepção de manifestação de vontade, séria e definitiva, em virtude da qual a pessoa, concordando com os desejos de outrem, vincula-se à obrigação ou obrigações, que servem de objeto ao ato jurídico ou ao contrato firmado entre elas.

Este é o sentido em relação aos contratos consensuais, em que o concurso natural da vontade das partes se mostra indispensável para a sua formação e necessário para que uma das partes contratantes se constitua devedora da outra.

Mas, em sentido geral, o consentimento também expressa o significado de aprovação, conseqüente de estar a pessoa de acordo com o ato que se vai praticar, o qual não surtirá efeitos legais sem a satisfação prévia dessa exigência.

Diz-se, mais particularmente, de outorga porque, em verdade, semelhante consentimento não somente revela a condição de estar a pessoa de acordo com o ato que se vai praticar: cabendo-lhe autorizar a execução, dando seu consentimento, confere o poder à pessoa, para que o pratique”.

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2008. p. 353.

O consentimento é a expressão da manifestação de vontade. É, mais especificamente, declaração de vontade, e está intimamente relacionado com a autonomia de vontade, intrínseca ao ser humano. É elemento de validade do negócio jurídico, imprescindível para a sua formação, uma vez que ninguém é obrigado a fazer nada que não esteja obrigado por lei.

O negócio jurídico é um fato social cotidianamente presente na sociedade. É através dele que as pessoas se relacionam. Entende-se por negócio jurídico aqueles atos jurídicos relevantes para o Direito, por produzir efeitos jurídicos.

Antônio Junqueira de Azevedo² assim define negócio jurídico:

“In concreto, portanto, o negócio jurídico pode ser definido como uma declaração de vontade que, acrescida de elementos particulares e, normalmente, também de elementos categoriais, é vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos em nível de igualdade”.

Para que ele se forme, deve estar presente a declaração de vontade – consentimento – dos agentes envolvidos. E o termo correto a ser utilizado no caso seria *declaração de vontade*, por dois motivos: o fato de ela se destinar ao conhecimento do outro, e o fato de que o agente que declara a sua vontade busca com ele a produção de determinados efeitos³.

Para a situação em análise – consentimento informado na relação médico-paciente – importa mais a segunda acepção do termo *consentimento*, que leva em consideração que a expressão do consentimento carrega consigo também a ideia de aprovação de determinada conduta, e submissão a ela.

Para obter os efeitos desejados, deve o agente se comportar da maneira socialmente prevista para atingi-los, ou seja, o comportamento do agente deve atender a um determinado modelo social, e não pode apenas seguir sua vontade. Em outras palavras, tomando como parâmetro determinado modelo social, o agente pode emitir sua declaração de vontade para que obtenha os efeitos *previstos* para aquela determinada declaração.

² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e formação da declaração negocial*. 1986. p. 27.

³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e formação da declaração negocial*. 1986. p. 15.

A partir dessa breve análise acerca do conceito de negócio jurídico, e admitindo-se que o consentimento é um dos seus elementos de validade⁴, cabe analisar a teoria da vontade e a teoria da declaração para que se possa determinar aquilo que interessa para o consentimento.

A discussão que se entrava diz respeito ao conflito entre a vontade verdadeira e a vontade declarada. Segundo a teoria da vontade, proposta por Savigny, deve prevalecer sempre a vontade verdadeira do agente que a emanou, isto é, há predominância da vontade como dogma absoluto, e deve ser essa a vontade apta a produzir efeitos. Por outro lado, a teoria da declaração defende que deve prevalecer sobre a vontade verdadeira aquilo que se pode inferir da declaração de vontade, uma vez que é apenas esta que existe do ponto de vista do Direito, e ela traz segurança jurídica para as relações entre os particulares, uma vez que a outra parte vai se comportar segundo aquilo que foi declarado, já que não tem acesso à vontade interior do declarante.

Para Antônio Junqueira de Azevedo⁵, é a declaração de vontade que deve prevalecer em face da vontade interior do agente. É este também o entendimento predominante no

⁴ Segundo Antônio Junqueira de Azevedo: “*Os elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio. Quais são eles exatamente? A rigor, tomada a palavra elemento, em seu significado já definido, somente aquilo que efetivamente constitui o negócio é que poderia ser considerado elemento, ou seja: a forma, que a declaração toma, isto é, o tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral, mímica, através do silêncio etc.), o objeto, isto é, o seu conteúdo (as diversas cláusulas de um contrato, as disposições testamentárias, o fim que se manifesta na própria declaração etc.) e, finalmente, as circunstâncias negociais, ou seja, o que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto, isto é, aquele quid, irredutível à expressão e ao seu conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos*”.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32.

⁵ “*Dados esses aspectos gerais das duas teorias, passamos a apresentar nossa visão sobre elas. Cremos que tanto uma quanto a outra apresenta um erro na sua formulação inicial: ambas admitem a existência de dois elementos no negócio jurídico: a vontade e a declaração, divergindo somente quanto à prevalência de um e de outro. Ora, não há dois elementos, mas apenas um, e este é a declaração de vontade.*

Uma das grandes vantagens metodológicas da análise do negócio jurídico nos seus três planos é colocar, com precisão, essa questão: no plano da existência, quantos são os elementos intrínsecos do negócio jurídico? Há a declaração, e mais a vontade? Ou somente há a primeira, constituída de objeto, forma e circunstâncias negociais? Por outras palavras, no plano da existência, a vontade (vontade interna) é elemento do negócio jurídico?

A nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. Certamente, a declaração

ordenamento jurídico brasileiro, conforme se percebe pela interpretação do art. 110 do Código Civil Brasileiro de 2002: “Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”. Todavia, no art. 112 do mesmo diploma legal, estabelece-se que as declarações de vontade devem ser interpretadas segundo a real intenção do agente em detrimento do sentido literal da linguagem, dispositivo este fundamentado no princípio da boa-fé que deve reger todas as relações jurídicas: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Este dispositivo é aplicado quando há dificuldade de interpretação exata daquilo que está disposto na declaração de vontade, não representando a prevalência da vontade verdadeira sobre a declaração de vontade manifestada.

No negócio jurídico aqui estudado – relação médico-paciente – essa discussão mostra-se essencial para a solução de possíveis conflitos que possam vir a surgir. O consentimento informado se expressa por uma declaração de vontade, que deve resultar de um processo de informação e esclarecimento, para que a vontade declarada esteja completamente livre de vícios, e corresponde o máximo possível à vontade interna. Todavia, ainda nesses casos em que a vontade interna deve ser considerada por se tratar de práticas que envolvem a própria vida da pessoa, é a declaração de vontade, a manifestação expressa da vontade interior do agente que vai ser elemento constitutivo do negócio jurídico, feitas as ressalvas de que ela deve resultar de um efetivo processo de informação e de esclarecimento.

Retomando o conceito de *consentimento* anteriormente transcrito, na relação médico-paciente deve-se considerar a segunda concepção do conceito: o paciente, ao manifestar seu consentimento informado, cujos requisitos serão analisados posteriormente, autoriza que o

é resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo não é elemento do negócio. A vontade poderá, depois, influenciar a validade do negócio e às vezes também a eficácia, mas, tomada como iter do querer, ela não faz parte, existencialmente, do negócio jurídico; ela fica inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado. O fato de ela poder vir a influenciar a validade ou a eficácia do negócio não a transforma em parte dele, como, aliás, também ocorre com diversos outros requisitos e fatores de eficácia.

Em resumo, analisado o negócio jurídico no plano da existência, vê-se logo que a vontade não faz parte dele; o que ocorre é que a declaração deve resultar de um processo volitivo, sob pena de não valer ou não produzir efeitos (planos da validade e da eficácia). Com esta visão, o problema muda completamente de figura. Será, apenas, uma questão de grau saber até que ponto o direito positivo admite ou até que ponto deve ele de lege ferenda admitir as influências da vontade sobre declaração”.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 82-83.

médico faça o procedimento médico, em outras palavras, o paciente concede poder ao médico para que se realize a intervenção da maneira avençada.

Isto explica porquê a manifestação do consentimento deve ser a última etapa do processo de informação e esclarecimento, o mais completo e pormenorizado possível, que culmina com essa outorga de poder pelo paciente ao médico. E exatamente por isso que essa relação jurídica tem por fundamento a fidúcia, uma vez que ninguém se submete a qualquer tipo de intervenção médica sem que tenha acreditado e confiado naquilo que lhe foi informado pelo médico, sem falar na confiança da aptidão técnica depositada naquele profissional.

Por isso o consentimento informado não pode se reduzir ao *Termo de Consentimento Informado* que é entregue ao paciente para que ele assine. Isso não representa manifestação de vontade, uma vez que, diante da situação de instabilidade emocional, o paciente pode assinar todos os documentos que lhe forem entregues sem que tenha consciência de seu conteúdo, o que poderia ser alegado posteriormente como vício do consentimento, e comprometeria a existência do negócio jurídico. Situação análoga a essa são os contratos de adesão, regrados pelo Direito do Consumidor, cujas cláusulas podem ser declaradas nulas diante da ausência de informação e transparência do contrato, predominando a boa-fé objetiva.

Deve se constituir de verdadeiro processo e não mera formalidade representada pela assinatura do *Termo de consentimento informado*. Esse processo de informação e esclarecimento deve abarcar todos os elementos suficientes de modo a ser o mais completo possível, esgotando todas as questões que possam gerar quaisquer dúvidas.

Segundo preceitua o Código Civil Brasileiro de 2002, nos arts. 138⁶ e 139⁷, os negócios jurídicos que foram celebrados com base em declaração de vontade emanadas de erro substancial são anuláveis. A partir disso, verifica-se a imprescindibilidade da declaração de vontade livre de vícios para a formação dos negócios jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro.

⁶ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

⁷ Art. 139. O erro é substancial quando:

I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Ademais, nos caso de procedimentos médicos complexos, que envolvem riscos maiores aos pacientes, não basta que o consentimento seja presumido, fazendo-se necessário que seja expresso, por ser inequívoco.

2.2. Consentimento informado

O termo *consentimento informado* é um termo difundido e aceito usualmente, é um termo que traz consigo seu significado. Entretanto, há aqueles doutrinadores que o criticam. O termo *consentimento informado* é oriundo da tradução do termo da língua inglesa *informed consent*. Para Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues⁸, esse termo é minimalista e redutor, sendo mais adequada a seguinte tradução: *consentimento esclarecido*, ou ainda, *consentimento livre e esclarecido*, uma vez que não basta uma simples informação, sendo necessário um verdadeiro e completo esclarecimento, decorrente de dever especial e funcional do médico.

Ainda segundo o autor, esse dever especial e funcional do médico deve ser prestado com lealdade, ou seja, o médico – ou qualquer agente da saúde – deve fornecer ao paciente informações em linguagem acessível e apropriada sobre os meios de diagnóstico, os inconvenientes que circundam a questão, o diagnóstico estabelecido, o prognóstico, os tratamentos indicados, as possíveis alternativas terapêuticas, os efeitos colaterais, dentre outras coisas que possam surgir no caso concreto.

Manifestação do direito à saúde, consagrado pelo art. 196⁹ da Constituição Federal de 1988, o consentimento informado é também um direito da personalidade, e, portanto, é inalienável. Representa a expressão fundamental da liberdade, da autonomia e da integridade, e é consequência direta das novas posturas exigidas dos agentes vinculados ao direito à saúde.

O consentimento informado consiste num amplo e geral dever de informar, é verdadeiro dever lateral da relação jurídica na qual são partes o agente da saúde e o paciente. Dever este que se encontra paralelo ao dever de sigilo, dever de comunicação de certas moléstias a órgãos públicos, e da obrigação principal dessa relação jurídica, que é o próprio tratamento que deve ser realizado seguindo sempre a melhor conduta e a organização do processo clínico.

⁸ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Consentimento informado e intervenção médica. In: *Direito da medicina I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 31.

⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Esse amplo e geral dever de informar está presente em diversos ramos do direito, e mostra-se mais forte diante de situações que podem ser prejudiciais ao patrimônio dos indivíduos, patrimônio aqui entendido como o conjunto de bens e de direitos. Tanto é assim que o dever de informar é uma das facetas do princípio da publicidade, que, juntamente com o dever de transparência da atuação da Administração Pública, são bases desta, uma vez que os particulares tem direito à informação, cuja obtenção é facilitada com a publicidade dos atos administrativos. No caso do direito à saúde isso não poderia ser diferente. Se, tratando-se de atos da Administração Pública, onde o que está em jogo, na maioria das vezes, são direitos dos cidadãos, inclusive o direito à liberdade, é exigida a publicidade e transparência, no caso do direito à saúde a informação atua como forma de proteção dos direitos de personalidade envolvidos.

Deve o agente da saúde informar o paciente, confirmar o esclarecimento e obter o seu consentimento para a realização da intervenção médica que se faz necessária. Ensina João Vaz Rodrigues¹⁰ que:

“Na verdade, o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um médico, ou de recusar (dissentir sobre) um tratamento médico indesejado (da manifestação da liberdade como proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana), não constitui mero requisito para libertar os médicos do espectro da negligência, nem deve servir simplesmente para persuadir o paciente a aceitar a intervenção proposta. Esta necessária obtenção do consentimento, expresso ou tácito, deverá ser sempre resultante de um processo dialógico de recíprocas informações e esclarecimentos que a relação entre o médico e o paciente incorporam, para que este, numa tomada de posição racional, autorize ou tolere àquele o exercício da arte de prevenir, detectar, curar, ou, pelo menos, atenuar as doenças”.

Assim, a relação médico-paciente assume um viés negocial, equiparando-se aos negócios jurídicos convencionais. Essas relações têm verdadeira natureza contratual, o que reflete diretamente na responsabilidade que dela pode surgir, questão que será tratada mais adiante.

Dessa forma, o bem jurídico tutelado por essa garantia é a própria dignidade da pessoa humana, podendo-se classificar o consentimento informado como verdadeiro direito da personalidade.

¹⁰ RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português – elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 26-27.

Presume-se, portanto, que, uma vez informado e esclarecido, o paciente tem condições de manifestar sua vontade e de se auto determinar diante de uma situação. Caso ele não concorde com o tratamento, seja por razões éticas, religiosas, por medo das consequências e das sequelas daquela intervenção, ou por qualquer outro motivo não declarado – e que nem precisa ser declarado, bastando que o paciente não concorde com aquilo que lhe foi proposto pelo médico – essa vontade deve ser respeitada. É defeso que o agente da saúde faça um *juízo de admissibilidade* da vontade do paciente e das razões que o levaram a tomar aquela decisão. Em outras palavras, uma vez emanada a declaração de vontade do paciente que recusa a intervenção médica, seja ela de qualquer tipo, motivada ou não, o agente da saúde perde a legitimidade que tinha para realizar determinada conduta médica, e essa declaração de vontade do paciente não pode ser neutralizada nem por força – coação física ou moral –, nem por intervenção judicial.

O consentimento informado é condição necessária para o início do tratamento, e deve ser obtido antes de cada fase do tratamento médico, antes de qualquer procedimento que possa causar resultados colaterais indesejáveis ou sequela relevante para o paciente.

Segundo Fernando Campos Scaff¹¹: “*Representa a obtenção do consentimento informado, portanto, o dever do agente de saúde de informar, confirmar o esclarecimento e de obter o consentimento do paciente para a realização de cada um dos diversos procedimentos indicados para o tratamento em curso*”.

O destinatário desse processo e titular desse direito é o paciente que sofrerá a intervenção, ou seu representante legal, nos casos de incapacidade. Isso porque é requisito essencial de validade do negócio jurídico que o paciente que emana sua vontade tenha plena capacidade civil, caso contrário, essa declaração de vontade não pode produzir efeitos.

Nos casos em que o paciente concorda com o tratamento, desde que ele não cause grandes consequências e possíveis sequelas, a capacidade muitas vezes pode ser flexibilizada, devendo-se sempre levar em consideração a vontade do paciente, desde que ele tenha condições de emaná-la conscientemente, devendo, todavia, a declaração final emanar do representante legal, em defesa do interesse do incapaz. É o caso da capacidade relativa e da incapacidade devido à idade.

¹¹ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

Todavia, tratando-se de declaração de vontade que recuse a intervenção médica ou que conceda autorização limitada ou condicionada, a capacidade é imprescindível. E cabe ao agente da saúde, num primeiro momento, aferir essa capacidade.

O consentimento informado tem duplo aspecto: é direito do paciente e dever do agente da saúde. Como direito do paciente, ele pode exigir todas as explicações que forem necessárias, quantas vezes achar necessário, pode exigir um lapso temporal para que tome a melhor decisão, ou seja, pode proceder da maneira que melhor lhe convir para obter o seu esclarecimento e dar o seu consentimento. Por outro lado, como dever do agente da saúde, ele deve prestá-lo de maneira completa e efetiva, e o descumprimento importa em culpa, o que dá ensejo a responsabilidade civil. Por se considerar essa relação como contratual, o descumprimento significa inadimplemento das obrigações, dando ensejo a ressarcimento de danos, punição administrativa do agente junto aos órgãos de regulamentação das atividades profissionais, e punição na esfera criminal, se for o caso.

A ausência de informação ou a prestação incompleta e/ou incorreta de informação que resultar em consequências colaterais e indesejadas representam justa pretensão de indenização por parte do paciente.

A indenização, por sua vez, se divide em dois tipos: indenização pela simples ausência de informação e esclarecimento, que dá ensejo a danos morais; e indenização por danos indesejados causados pelo agente da saúde que atuou sem realizar o efetivo consentimento informado. Nesse último caso, para que o paciente faça jus à indenização, deverá ser feita prova inequívoca do dano.

Há algumas exceções à necessidade de realização do processo de consentimento informado, que têm por fundamento a impossibilidade real de obtenção desse consentimento, e o cumprimento de norma jurídica ou de decisão judicial. São três as hipóteses:

- a) os casos de tratamento compulsório, nos quais a intervenção médica é uma imposição da autoridade da saúde: nesses casos, busca-se proteger o direito à saúde da comunidade em detrimento do direito à liberdade do indivíduo (prevalência do interesse coletivo), pois geralmente são casos de moléstias contagiosas cuja comunicação aos órgãos públicos é compulsória;
- b) os casos nos quais os pacientes, de forma voluntária e consciente, concedem plena autonomia e discricionariedade ao agente da saúde para realização das medidas que ele julgar conveniente: são casos em que o paciente não deseja saber detalhes da sua situação de saúde, ou da intervenção que se faz necessária, por

quaisquer motivos, mas deseja que todos os atos necessários sejam realizados, e confia plenamente na conduta do agente da saúde;

- c) os casos de estado de absoluta emergência, nos quais a intervenção é imprescindível e urgente e o paciente não se encontra em condições de manifestar sua vontade consciente: é o caso, por exemplo, de vítimas de acidentes que chegam ao hospital inconscientes e sem nenhum representante legal.

Essas hipóteses visam a preservação da vida, e por isso seriam uma excludente de hipotética ilicitude que poderia vir a ser alegada posteriormente pela parte. Todavia, ainda nesses casos, deve-se buscar o consentimento informado do paciente, se possível.

2.3. A capacidade civil como requisito do consentimento informado

O principal requisito do consentimento informado é a capacidade civil do paciente ao emanar sua declaração de vontade. Partindo do pressuposto de que o consentimento informado visa a proteção da integridade física e moral do paciente, assim como sua autonomia de vontade, o indivíduo deve ser plenamente capaz para que possa compreender exatamente seu estado de saúde, e as implicações desse estado para que possa, de maneira consciente, determinar-se diante da situação de adversidade, uma vez que essa declaração de vontade representa exercício e disposição de direitos.

O art. 3º do Código Civil Brasileiro trata da incapacidade, e o art. 4º da incapacidade relativa. Assim, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos (inciso I), aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (inciso II), e aqueles que, ainda que por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (inciso III). São relativamente incapazes os maiores de dezesseis anos e os menores de dezoito anos (inciso I), os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido (inciso II), os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo (inciso III), os pródigos (inciso IV).

Dessa forma, depara-se com duas situações distintas: a incapacidade absoluta e a relativa, que devem ser analisadas individualmente.

Nos casos de incapacidade absoluta, não surge muita dúvida de que aquele que deve emanar a declaração de vontade é o representante legal do incapaz. Isso, contudo, pode gerar alguns problemas, como por exemplo, o conhecido caso da transfusão de sangue de incapaz testemunha de Jeová, quando os representantes legais optam por não fazer a transfusão e o

agente de saúde, ainda que contrariamente aos representantes, recorre ao Poder Judiciário e, uma vez autorizada a transfusão por decisão judicial, realiza o procedimento.

O caso de transfusão de sangue em menores testemunhas de Jeová, cujos pais, como representantes legais, ao emanar a declaração de vontade, negam a transfusão de sangue, causou muita polêmica devido a recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que enviou a júri popular um casal e um médico, os três testemunhas de Jeová, por não permitirem a transfusão de sangue na filha do casal, Juliana Bonfim da Silva, que, na época – julho de 2003 – tinha apenas 13 anos, e, por não ter sido realizada a transfusão, a criança morreu. O caso foi amplamente divulgado pela mídia. Segundo Desembargadores da 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, os pais, Hélio Vitória dos Santos e Idelmir Bonfim de Souza, e o médico, José Augusto Diniz, teriam assumido o risco ao impedir que fosse realizada a transfusão de sangue por motivos religiosos. A defesa, por sua vez, alega que era dever dos médicos, ainda que contrariamente à vontade dos representantes legais, salvar a vida da criança. Assim, por maioria dos votos, eles foram mandados a júri popular. Essa decisão acaba por relativizar o poder de representação do representante legal, que, em tese, age como se fosse o próprio indivíduo incapaz, uma vez que condena o casal por exercer um direito que cabe ao representante legal. Teoricamente, eles não violaram nenhuma norma, todavia, percebe-se claramente a prevalência do direito à vida, fortemente defendido pelo ordenamento jurídico brasileiro¹².

Assim, depara-se com uma situação na qual o Poder Judiciário, representante do Estado, vem a suprimir a declaração de vontade do representante legal do incapaz.

Outra situação é a do absolutamente incapaz por idade, que se assemelha à situação dos relativamente incapazes. Nesses casos, ainda que a declaração de vontade deva, juridicamente, emanar do representante legal, pode o agente de saúde considerar a vontade do indivíduo propriamente dita, desde que ele a emane de maneira consciente, depois de ter sido devidamente informado e efetivamente esclarecido. Na verdade, essa alternativa representaria a verdadeira obtenção do consentimento, pois envolve o indivíduo diretamente afetado pela intervenção médica na tomada de decisões, ainda que, juridicamente ele não esteja apto a tomar aquela decisão.

Apesar de toda essa construção jurídica acerca da capacidade civil ser relevante para o consentimento informado, na relação médico-paciente há outras questões que devem ser

¹² Para acessar a notícia na íntegra: Revista ISTO É - Independente

consideradas além desses parâmetros jurídicos. Sob a perspectiva médica, pode-se dizer que é capaz aquele indivíduo que toma uma decisão que é a expressão real de sua identidade pessoal, isto é, de sua autonomia de vontade. Assim sendo, nem sempre esse conceito de capacidade vai de acordo com aquilo que determina o ordenamento jurídico a respeito da capacidade civil, o que representa mais um caso no qual a lei não é suficiente para regular com exatidão a situação fática.

Essa capacidade, então, deve ser aferida pelo agente de saúde destinatário da declaração de vontade, e podem ser estabelecidos *graus* de capacidade segundo a intervenção que será realizada. Conclui-se, portanto, que essa análise deve ser feita segundo o caso concreto.

Ensina João Vaz Rodrigues¹³:

“Os modelos fornecidos pela ciência psiquiátrica e pela ciência neurológica não parecem esgotar as questões que se levantam aos médicos, muito embora de completem tendencialmente e forneçam tópicos para uma actuação. Na verdade, desde pelo menos a década de setenta que inúmeros testes de capacidade foram sendo sucessivamente construídos e apresentados para auxiliar a determinação da avaliação da capacidade para tomar decisões em termos médicos. Os vários modelos revelam os factores associados que, medidos e relacionados com a intervenção pretendida, se mostram adequados a uma aferição atendível. Entre estes factores, assumem importância especial a compreensão, a memória, o raciocínio, a comparação, a avaliação, a projecção, a opção, a expressão e a decisão. Os graus de capacidade que se pretendem fixar variam consoante a complexidade da intervenção e a relação com o perfil do paciente. Realidade e perspectiva, adaptação e mobilidade, são planos-chave que as diferentes correntes, tendencialmente mais autonomistas ou mais paternalistas, esgrimem em favor da maior ou menor aceitação do paciente como responsável pela sua decisão”.

3. A responsabilidade civil do agente da saúde

3.1. Aspectos gerais da responsabilidade civil

A responsabilidade civil vincula-se à ideia de ressarcimento de um dano causado a outrem. Do latim *respondere*, que, na sua origem etimológica, engloba os conceitos de

¹³ RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português – elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 200-201.

obrigação, encargo, contraprestação, responsabilidade civil é a obrigação que surge de indenizar, ressarcir outra pessoa quando há a ocorrência de um dano, seja ele moral ou material. O objetivo principal do instituto é reequilibrar a situação jurídica da pessoa que se encontra abalada diante do fato danoso¹⁴, trazendo-a de volta ao estado anterior no qual se encontrava.

Muito se discute na doutrina acerca da definição do instituto *responsabilidade civil*, que, muitas vezes, confunde-se com a ideia de reparação do dano. Refuta essa confusão dos termos aqueles adeptos da teoria da culpa, que entendem que responsabilidade civil é só aquela fundada na culpa, enquanto que nos outros casos se está diante de obrigação de indenizar. Acertado é o ensinamento de José de Aguiar Dias¹⁵, que entende que o mais racional seria sistematizar todos os casos como sendo reparação do dano, cujo nome é, agrade ou não, responsabilidade civil. Segundo o autor,

“Não vemos utilidade em continuar a dissimular esse desencontro entre a denominação e o conteúdo da responsabilidade civil. Já não é só o leigo que amplia a significação do instituto a plano muito mais vasto do que o que estava contido na ideia primitiva. São os próprios juristas, e dos mais insígnies, que prestigiam essa noção, reconhecendo que a ideia do ressarcimento prima sobre a da responsabilidade”.

A responsabilidade civil é um fenômeno complexo através do qual se pode ver concretizado o sentimento de *justiça*, já que o agente causador do dano é obrigado a repará-lo com o escopo de restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anterior ao dano. Segundo Carlos Roberto Gonçalves¹⁶, *“indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o statu quo ante, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito”*. Vigora o princípio *restitutio in integrum*, que determina que a vítima deve ser reposta à situação em que se encontrava antes da lesão, o que pode ser facilmente averiguado quando se trata de danos materiais, devendo ser respeitada a proporcionalidade entre o prejuízo sofrido e o montante da indenização. O devido respeito a essa proporcionalidade é de extrema importância para que o instituto não perca seu real caráter indenizatório e não se desvirtue para se tornar um verdadeiro *negócio lucrativo*.

¹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55.

¹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23-24.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 588.

Entende-se por responsabilidade civil o dever jurídico de reparar um dano causado a outrem devido a uma violação a um dever jurídico preexistente que ocorreu através de uma ação voluntária. Essa violação consiste em ato ilícito, que quase sempre gera dano a outrem, fazendo surgir, assim, um novo dever: o dever de indenizar. O dever jurídico preexistente violado é dever originário, enquanto o dever jurídico de indenizar é sucessivo, e corresponde à responsabilidade civil. Dessa forma, tem-se que toda conduta voluntária que, ao violar um dever jurídico preexistente, cause dano a outra pessoa é fonte geradora de obrigação de indenizar, isto é, de responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, de maneira geral, necessita de alguns elementos para que seja caracterizada. São eles: a ocorrência de um dano e o nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado. Há quem considera que o elemento *culpa* também é um dos elementos caracterizadores da responsabilidade. No entanto, tendo em vista que a culpa não está presente em todas as modalidades de responsabilidade – diferentemente do dano e do nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado –, não há que se falar em culpa como elemento da responsabilidade civil de maneira geral, sendo uma particularidade da responsabilidade civil subjetiva.

O dano é o desencadeador de toda a responsabilidade civil. Assim, prevalece o entendimento de que, ainda que haja um ato ilícito, contrário à norma, e que viole um dever jurídico preexistente, se não houver dano não há responsabilização no âmbito civil, isto é, não há dever de indenizar porque não há prejuízo, não há razão para se indenizar¹⁷. Essa questão se torna um pouco delicada quando se trata de um dano moral, mas, ainda nesses casos, deve-se ficar provado que houve um dano para a vítima, embora não se trate de dano patrimonial e de fácil aferição de valores. Além disso, o prejuízo sofrido pela vítima deve ser significativo. A verificação da ocorrência do dano se faz necessária para haja a indenização e para que se possa determinar o montante da indenização, que deve ser proporcional ao prejuízo causado, uma vez que o objetivo desse instituto é reequilibrar a situação jurídico-econômica da vítima, o que não pode causar um prejuízo para o agente causador do dano, que deve responder nos limites da sua culpa.

O nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado deve ser observado para que aquele que efetivamente causou o dano seja responsabilizado nos limites de sua culpa, ou de sua obrigação legal.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 589.

O elemento *culpa* é determinante para que se saiba qual a modalidade de responsabilidade em questão. Na responsabilidade civil subjetiva, a culpa, entendida aqui como culpa *lato sensu*, deve estar presente para que o agente seja responsável. Assim, responde subjetivamente o causador do dano por toda espécie de comportamento contrário ao Direito, intencional ou não, imputável a ele.

3.2. A responsabilidade civil do agente da saúde

A partir do conceito de responsabilidade civil acima desenvolvido, conclui-se que a modalidade de responsabilidade que se tem aqui é a responsabilidade subjetiva, o que faz com que seja essencial que se verifique a atuação culposa por parte do agente de saúde, sendo que, geralmente, a culpa vai se verificar na forma de negligência por parte do agente da saúde que deixou de informar e esclarecer o paciente e, conseqüentemente, deixou de obter seu consentimento livre e esclarecido.

Há duas situações que podem ensejar responsabilização do agente da saúde: erro médico e ausência de obtenção de consentimento ou prestação de informação incompleta ou incorreta. Essas duas situações podem apresentar-se tanto separadamente, como conjuntamente, sem que isso faça com que as considerações sejam diversas das que serão feitas a seguir.

No caso de erro médico¹⁸, a presença da culpa pode se verificar sob qualquer modalidade, quais sejam: dolo, negligência, imprudência e imperícia. É essencial, nesses casos, que se faça prova inequívoca do dano causado ao paciente, ou seja, deve haver um prejuízo efetivo ao paciente para que o agente da saúde possa ser responsabilizado, sob pena de enriquecimento ilícito.

No caso de ausência de obtenção de consentimento ou de prestação de informação incompleta ou incorreta, a modalidade de culpa que geralmente se verifica é a negligência do agente da saúde no cumprimento de seus deveres, no caso, o dever de informar, de confirmar o esclarecimento e de obter o consentimento. Essa atitude negligente configura ato ilícito, uma vez que é violação desse dever funcional próprio do exercício da profissão. Todavia, uma vez que existe a possibilidade dessa violação existir independentemente de conseqüências danosas para a parte, apenas há danos morais a serem pleiteados.

¹⁸ Em que pese a relevância desse tema para as relações médico-pacientes, as questões atinentes a responsabilidade civil do agente da saúde por erro médico não serão analisadas no presente estudo.

Segundo Humberto Theodoro Júnior¹⁹, o dano moral pode ser assim conceituado:

“De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da intimidade e da consideração pessoal”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da reputação ou da consideração social”).”

Após estas breves considerações acerca das hipóteses de responsabilidade civil do agente da saúde, cabe analisar a natureza jurídica dessa responsabilidade.

Discute-se se a responsabilidade civil do agente da saúde teria natureza contratual ou delitual. A dúvida decorre do fato de que o Código Civil Brasileiro de 2002 não trata dessa modalidade de responsabilidade civil na parte destinada à regulamentação dos contratos, fazendo menção a ela apenas no art. 951:

“Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

Isso, todavia, não é suficiente para determinar a natureza jurídica desse instituto, uma vez que a relação jurídica deve ser analisada segundo todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, hoje, não restam dúvidas acerca da natureza contratual da relação médico-paciente, o que faz com que a responsabilidade civil também seja contratual. Isso se aplica aos casos convencionais de responsabilidade por erro médico. Na hipótese aqui analisada de ausência ou vícios do consentimento do paciente, trata-se de responsabilidade extracontratual, cujo fundamento é o ato ilícito – violação de dever jurídico preexistente, consistindo esse dever no dever de informação que é inerente ao exercício da medicina.

4. Considerações finais

O consentimento informado representa a mais profunda expressão da autonomia da vontade do indivíduo. É direito de personalidade, e, portanto, inalienável, e decorre do direito à saúde, do direito à liberdade, à intimidade e à integridade.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 02-03.

Essa autonomia de vontade do paciente que pode se posicionar segundo sua individualidade diante de uma situação de adversidade relacionada à sua própria saúde e ao seu corpo, é expressão do reconhecimento de que o ser humano plenamente capaz é a pessoa mais indicada para decidir acerca de seu próprio corpo.

Todavia, considerando que a grande maioria da população não possui conhecimentos técnicos médicos suficientes para entender quais as reais implicações do seu estado de saúde e quais as possíveis consequências de determinadas intervenções médicas que são as adequadas ao seu estado, é dever do médico prestar todas as informações relevantes ao paciente, buscando informar e esclarecer tais questões para que ele possa conscientemente decidir e escolher aquilo que melhor lhe convém. Assim, após informar, cabe ao médico confirmar o esclarecimento, para não restar dúvidas de que o paciente efetivamente compreendeu e assimilou aquelas informações que lhes foram prestadas, para que, somente assim, possa o médico obter o seu consentimento para realizar a intervenção necessária.

Ademais, a violação a esse dever funcional próprio do exercício da profissão dos agentes da saúde pode ensejar responsabilização para o agente da saúde por ter atuado com negligência ao não prestar os devidos esclarecimentos e por atuar sem o consentimento do paciente, ainda que apenas se verifique a existência de danos morais.

A imprescindibilidade do consentimento informado representa, além de direito do paciente, verdadeira garantia para o agente da saúde. Estando o paciente ciente de tudo aquilo que lhe pode acontecer como reação adversa da intervenção médica, o agente da saúde exime-se de responsabilidade caso ocorra qualquer uma das hipóteses por ele previstas e previamente informadas ao paciente.

Levando em consideração a natureza das prestações relacionadas à saúde, entra-se num campo muito delicado e de difícil previsão, uma vez que cada organismo, cada ser humano pode ter uma resposta diversa do outro, uma reação única, nunca antes analisada pela literatura médica, o que pode causar conflitos entre o agente da saúde e o paciente. Dessa forma, os Tribunais vêm tratando essas questões com uma atenção especial, e se busca sempre a verificação de efetiva culpa na conduta do agente de saúde, não bastando que haja um dano. Tanto é verdade que as prestações médicas são obrigações de meio, e não de resultado, obrigando-se o agente da saúde apenas a prestar o serviço, obviamente, da melhor maneira possível, com cautela, utilizando-se da melhor técnica, sendo zeloso, mas não se obriga ao resultado daquela prestação justamente pelo fato de que ele não é totalmente previsível.

Aquele agente de saúde que exercita sua profissão de maneira ética, com lealdade para com seus pacientes, e com responsabilidade, que faz do consentimento informado um

verdadeiro processo de informação e esclarecimento, dificilmente será condenado pelo Poder Judiciário por um dano incidentalmente causado que não poderia ter sido previsto por ele, uma vez que sua conduta está isenta de culpa. Mais ainda, dificilmente esse profissional será processado por seu paciente por tais razões.

5. Referências Bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e formação da declaração negocial*. 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na relação médico-paciente – estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. Consentimento informado e intervenção médica. *In: Direito da medicina I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português – elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.