

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E CONSENTIMENTO INFORMADO NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

LIABILITY OF MEDICAL AND INFORMED CONSENT IN THE VIEW OF THE COURT SUPERIOR - STJ

VINICIUS DE NEGREIROS CALADO

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP (2000), com especialização em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (2002). Obteve o primeiro lugar na seleção para o programa de mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP (2010), sendo aprovado com distinção em sua defesa pública (2012). Atua como professor de Direito Civil, Direito do Consumidor e Prática Jurídica na UNICAP (desde 2011). Sócio fundador (2010) e vice-presidente da FEPODI - Federal Nacional dos Pós-graduandos em Direito (2011-2013). Sócio fundador e ex-presidente da APPODI - Associação Pernambucana de Pós-graduandos em Direito (2010-2012). É ainda advogado do Sindicato dos Médicos de Pernambuco, além de sócio do escritório Calado & Souza Advogados Associados. Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE (2013-2015). Atua na área de Direito, com ênfase em Direito Civil/Relações de Consumo.

RESUMO

Este estudo parte da relação privada entre o médico seu paciente considerando-a uma relação de consumo, com a aplicação das regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Caracterizada a informação como direito subjetivo do paciente, analisa-se de que modo pode, e deve, ocorrer a materialização deste dever pelo médico enquanto fornecedor. Assim, busca-se demonstrar que o direito à informação constitui-se como um direito básico do paciente-consumidor, havendo inclusive regras deontológicas que versam sobre a matéria, para, ao final, verificar como deve ser manifestado seu consentimento para que se considere adimplida a obrigação médica informacional segundo a doutrina especializada. Por fim, analisa-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, através de estudo pormenorizado de sua jurisprudência.

PALAVRAS CHAVE: direito à informação; responsabilidade médica; consentimento informado; prova; STJ.

ABSTRACT

This study of the private relationship between doctor his patient considering it a consumer relationship with the application of the rules and principles of the Consumer Protection Code - CDC. Characterized the information as a subjective right of the patient, we analyze how it can, and should, occur the materialization of this duty by the doctor as a supplier. Thus, we seek to demonstrate that the right to information constitutes a basic right patient-consumer and there are even ethical rules that deal with the matter, for in the end, check how it should be expressed their consent to consider adimplida the informational obligation under the specialized medical doctrine. Finally, we analyze the position of the Superior Court of Justice - STJ, through detailed study of its jurisprudence.

KEYWORDS: right to information; medical liability; informed consent; proof; STJ.

1. O DIREITO À INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE

1.1. DIREITO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR

O direito à informação está consagrado no Código de Defesa do Consumidor – CDC, Lei n. 8.078/90, sendo este um direito consumerista básico previsto no art. 6o.,III, além de se fazer presente em inúmeros outros dispositivos. Outrossim, o CDC foi fruto de determinação constante das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT 48¹, onde restou expresso que o “*Congresso Nacional dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”, além de ser um reflexo direto do princípio da igualdade, obrigando o Estado a sua promoção para assegurar a existência digna dos cidadãos brasileiros, numa interpretação sistêmica dos dispositivos constitucionais². Nas palavras para de Cláudia Lima Marques e Antônio Herman Benjamin:

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema, um sistema ordenado de direito positivo. Sob esta ótica sistemática, o direito do consumidor é um reflexo direto do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores (art.5o., XXXII, e art. 170,V, da CF/88; art. 48 do ADCT-

¹ Sobre o processamento legislativo do art. 448 da ADCT, recomenda-se a consulta ao site da Câmara do Deputados, disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/ArtAD3050.htm>. Acesso em 07 de maio de 2011.

² CALADO, Vinicius de Negreiros. **Manual básico de Direito do Consumidor**. Recife: IPEDIC, 2005. p.12.

CEF/88).³

Consoante a doutrina consumerista o direito à informação é um reflexo do princípio da transparência que se apresenta sob nova roupagem: “*Resumindo, como reflexos do princípio da transparência temos o novo dever de informar o consumidor.*”⁴, justamente decorrente do direito básico à informação contido no art. 6º., III e art. 8º., *caput*, do CDC.

Este direito básico do consumidor à informação na forma que está grafado no texto normativo nos remete à necessidade de perquirir o seu efetivo alcance e sentido, numa interpretação que não pode ser dissonante dos princípios constitucionais que o informam, sendo certo que este é um dos pilares que sustenta todo o harmônico sistema de proteção e defesa do consumidor, asseverando Rizzatto Nunes⁵ que é ele principio fundamental do CDC.

A importância da informação para o consumidor é de uma grandiosidade tremenda, pois apenas diante do conhecimento preciso acerca de produtos e serviços poderá o consumidor tomar uma decisão acertada, podendo inclusive deixar de consumir um produto ou serviço em face de alguma característica específica do mesmo, que, casuisticamente, para outro consumidor pouco importaria.

No art. 6º, III do CDC a norma disciplina o direito à informação sobre os produtos e serviços colocados no mercado de consumo, afirmando que esta deve ser adequada e clara. A adequação da informação deve ser compreendida como sendo aquela que seja apropriada para o produto ou serviço conforme as suas próprias características particulares.

Digamos, por exemplo, que alguém queira fazer uma cirurgia eletiva e não possa tomar certos analgésicos. Após a cirurgia o paciente sente fortes dores e o médico afirma que aquilo é normal e que ela tome tais ou quais analgésicos. Ora, se a informação estivesse sido prestada ao consumidor, possivelmente ele não teria realizado a cirurgia, pois saberia que iria sofrer bastante com as dores decorrentes face à impossibilidade de ingerir os analgésicos.

³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 30-31.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 178.

⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 123.

Logo, este tipo de informação é essencial para que o consumidor exerça seu poder de escolha e possa consumir conscientemente o serviço ofertado.

Quanto à clareza da informação, o legislador preocupou-se com a linguagem a ser utilizada, que deve ser acessível ao consumidor, devendo-se evitar uma linguagem excessivamente técnica. Nas palavras de Aguiar Júnior:

Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta.⁶

Assim, desde a simples prescrição de um medicamento até uma cirurgia de maior porte existem riscos, como por exemplo, um certo medicamento não deve ser ingerido se a pessoa precisa trabalhar com máquinas pesadas, ou após uma determinada cirurgia o paciente deve abster-se de tomar sol. Dentro do conceito de riscos estão inseridos os cuidados e condutas a serem adotadas pelo consumidor, cuja ciência deve ser dada pelo fornecedor.

Ao se debruçar sobre o tema da informação adequada e a periculosidade inerente Hildegard Giostri, conclui que dois critérios devem ser preenchidos na relação médico-fornecedor e paciente-consumidor, qual sejam, o critério objetivo e o critério subjetivo. Entendendo a autora que dentro do critério objetivo “é exigido que a existência da periculosidade esteja de acordo com o tipo específico do produto ou do serviço”, e no que critério subjetivo o paciente-consumidor deve receber a informação acerca do risco e estar preparado para um resultado desfavorável. Ou seja, o paciente-consumidor não será surpreendido com um resultado negativo, concluindo que este é um “importante critério a ser observado pelos médicos.”⁷

Não é desarrazoado mencionar que a medicina é uma ciência inexata, que labora num plano onde nem todo mau resultado pode ser atribuído a uma má prática médica. Contudo, justamente em decorrência deste fato a informação ganha relevo, posto que deve o paciente-consumidor ter exata noção deste potencial de falibilidade da atual estado da arte médica, não devendo o médico-fornecedor eximir-se de informar os riscos previsíveis. Neste contexto, refere Hildegard Giostri que “no

⁶ Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 124. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em 21 de abril de 2011.

⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 109.

exercício da função médica a periculosidade inerente é um fato inegável, já que o profissional trabalha com margens de previsibilidade.⁸

Assim, se a periculosidade é inerente e a margem de previsibilidade conhecida, temos informação de qualidade e específica a ser transmitida ao paciente-consumidor. Em arremate, esclarece-nos a autora:

Dentro dessa perspectiva, é de extrema importância a atenção que o profissional vai dar quanto às informações a serem fornecidas a seu cliente sobre os riscos inerentes à toda atividade humana, e em especial à sua. Deve ele, também, levar em conta o nível de capacidade do paciente em captar e entender tais informações.⁹

Já Carlos Ragazzo conclui pela virtual impossibilidade fática de uniformização textual em face da existência de uma barreira linguística entre o linguajar profissional do médico e o de seus pacientes “levando em consideração os diferentes níveis de educação e de conhecimento médico que cada paciente pode ter.”¹⁰

No tocante a qualidade da informação médica, a doutrina destaca que o médico-fornecedor deve esclarecer a técnica que será utilizada e os riscos dela decorrentes, afirmando Maldonado Carvalho que compete ao profissional médico informar “todos os procedimentos, consequências e opções que podem ser adotados, para que o consumidor tenha pleno conhecimento do que poderá esperar do serviço a ser contratado.”¹¹

A abrangência do conteúdo informacional na relação médico-paciente, a partir deste direito básico à informação, é realçado inclusive pelos autores de manuais que fazem questão de referir-se a peculiar atividade médica.¹²

Em ensaio sobre responsabilidade civil do médico¹³, Aguiar Júnior refere que o dever de informar é abordado com mais frequência do que o consentimento informado nas demandas que envolvem a responsabilidade civil médica, sem, contudo, trazer qualquer dado pertinente à matéria.

No mesmo estudo o ex-ministro do STJ assevera que “a legislação

⁸ Idem, ibidem. p. 111.

⁹ Idem, ibidem. p. 111.

¹⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 91.

¹¹ CARVALHO, José Carlos Maldonado. **latrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.83

¹² DENSA, Roberta. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 71.

¹³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em 29 de abril de 2011.

consumerista não especifica quais são as informações necessárias à compreensão do ‘homem médio’ no contexto médico”, afirmação com a qual concordamos e cujo estudo neste momento realizado visa a fornecer no tópico seguinte, utilizando como parâmetros as regras deontológicas.

Outrossim, em seus estudos Gabriela Guz encontrou vários julgados pátrios que externaram entendimentos no sentido de que o dever de informar deve ser amplo informando-se ao “paciente todo e qualquer tipo de risco”¹⁴, concluindo que “o consentimento livre e esclarecido está ganhando espaço no cenário judicial brasileiro, em função da abordagem da relação médico-paciente como uma relação de consumo.”

Contextualizando as características de adequação e clareza da informação nas relações de consumo ainda adverte Aguiar Júnior que nos procedimentos cirúrgicos a informação deve ser exaustiva¹⁵.

Mariana Oliveira, em dissertação sobre o tema chega à mesma conclusão:

Na cirurgia, porém, conforme elucidado, a informação deve ser o mais completa possível. Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis para o leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois destinam-se a deixar o paciente em condições de ser conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia objetivada.¹⁶

A doutrina sobre a informação na relação médico paciente é enfática ao tratar da consequência direta do direito à informação, qual seja, o direito de escolha, posto que sem informações adequadas não é possível exercer este direito de escolha que para alguns pressupõem uma habilitação¹⁷ à escolha pela informação. Assim, a informação funciona como uma ponte que conduz ao direito de escolha do paciente, consubstanciado na autonomia privada que decorre do direito fundamental à liberdade.

¹⁴ GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**. [online]. 2010, vol.11, n.1, pp. 95-122. ISSN 1516-4179. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v11n1/07.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2011.

¹⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 124. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em 21 de abril de 2011.

¹⁶ OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 129.

¹⁷ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 107.

No próximo tópico abordar-se-á a recomendação de Hildegard Giostri, para quem:

... não só é importante que o paciente seja clara e ostensivamente informado – consoante preveem o Código de Ética Médica e o Código do Consumidor – como é também necessário que o médico se documente de ter fornecido aquelas informações.¹⁸

De acordo com a prescrição da autora, é preciso bem conhecer as regras deontológicas no tocante ao exercício da medicina, posto que ao médico não é escusável desconhecê-las, bem como se documentar acerca do cumprimento da obrigação médica de informar, o que é feito através de termo de consentimento informado.

1.2. O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO PACIENTE NO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA – CEM

O Conselho Federal de Medicina – CFM, através da Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009¹⁹, editou uma nova edição de seu Código de Ética Médica – CEM, vigente a partir de 13 de abril de 2010, do qual são sujeitos passivos os médicos, abrangendo a atividade médica considerada em si mesma, além das atividades de ensino, pesquisa e extensão.

O CEM trata de inúmeras situações que implicam direta e indiretamente pacientes e instituições públicas e privadas, inclusive operadoras de planos de saúde.

Em sua estrutura o Código de Ética Médica – CEM possui princípios, direitos e deveres do profissional médico, elencando 25 princípios, 10 normas relativas a direitos profissionais, 118 relativas a deveres e ainda 4 disposições gerais.

Dessa simples análise de sua estrutura já é possível perceber que os deveres médicos estão na base da construção do Código, encontrando-se entre seus mandamentos principiológicos o respeito à escolha do paciente, em verdade, o dever de respeito à autonomia do paciente, cujo princípio de número XXI de seus princípios fundamentais enuncia:

¹⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica - as obrigações de meio e de resultado**: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2004. p. 83.

¹⁹ Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/download/CODIGO.zip>. Acesso em 19 de setembro de 2011.

Capítulo I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Assim, o Código de Ética Médica – CEM, ao prescrever que “o médico aceitará as escolhas de seus pacientes” trouxe uma nítida preocupação com a autonomia do paciente, contextualizando o exercício da sua vontade com recebimento de informações adequadas e claras, como adiante se observará, na mesma linha principiológica do Código de Defesa do Consumidor – CDC e das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Segundo Eduardo Dantas e Marcos Coltri passou o CEM “... ao paciente ou seu representante legal parcela de responsabilidade quanto às decisões e consequências de seu tratamento.”²⁰

O reconhecimento do direito do paciente a sua autonomia no contexto deontológico tem um significado contextual de relevo, posto que no passado a relação médico paciente era vista como vertical, onde o médico decidia por ser detentor do conhecimento, como se o paciente fosse um incapaz diante do acometimento da doença. Aliás, esta perda de autonomia privada (ou da vontade) é fácil de ser percebida por qualquer pessoa que se interne para um tratamento médico, uma vez que você deixa de ser uma pessoa (Antônio, Carlos ou João) e passa a ser “o paciente” e, como tal, tem que forçosamente ajustar-se às regras nosocomiais.

Atualmente, a relação médico-paciente passou a ser horizontal, inexistindo qualquer hierarquia entre as partes, devendo o profissional aceitar as escolhas do paciente, sendo necessário para tanto que o paciente seja adequadamente informado.

Esta informação, em regra, era (e ainda é de fato) verbal o que trazia (e traz) dificuldade probatória acerca da comunicação.

Assim, mesmo antes da vigência do novo CEM já havia certo consenso na doutrina de que em qualquer atividade médica dever-se-ia realizar o dever de informar, documentando-se²¹, solicitando ao paciente que assinasse um termo de

²⁰ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 34.

²¹ “E ainda: não só é importante que o paciente seja clara e ostensivamente informado –

consentimento para a realização do ato onde constem todas as informações prestadas, o assim chamado "termo de consentimento informado" ou "termo de consentimento livre e esclarecido", cujo estudo aprofundado será realizado oportunamente.

Este consenso decorre, inclusive, dos próprios posicionamentos e resoluções anteriores ao CEM de 2009, posto que inúmeras são as resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM e dos Conselhos Regionais estaduais sobre a matéria do consentimento esclarecido. Eduardo Dantas e Marcos Coltri em sua obra²² fizeram um levantamento das normas esparsas do CFM que versam sobre a matéria, encontrando um total de vinte, sendo a mais antiga datada de 1975, cujo conteúdo versa sobre o consentimento em pesquisa clínica (Resolução CFM n. 671/1975).

Outrossim, entre as suas 118 regras relativas a deveres profissionais, o Código de Ética Médica – CEM, enuncia 4 artigos específicos sobre o direito à informação/dever de informar, quais sejam, artigos 22, 24, 31 e 34, entre outras de caráter informacional mais geral.

Em seu artigo 22 o CEM veda ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

Este artigo revela, em verdade, uma proibição que contém duas imposições implícitas: primeiro o dever de esclarecimento do procedimento a ser realizado e a segunda o dever de obter o consentimento.

Desta feita, este artigo consagra o princípio da autonomia da vontade esculpido no princípio de número XXI já referido linhas atrás. Ao cumprir o dever de obter o consentimento já deve ter cumprido o dever de informa, asseverando Eduardo Dantas e Marcos Coltri que “... a informação é pressuposto da autonomia.”²³

Como já aduzido quando tratamos a questão da informação, apenas o consumidor esclarecido poderá tomar uma decisão ou fazer uma escolha

consoante prevêm o Código de Ética Médica e o Código do Consumidor – como é também necessário que o médico se documente de ter fornecido aquelas informações.” GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica - as obrigações de meio e de resultado:** avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2004. p. 83.

²² DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica:** Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 35-39.

²³ Idem, ibidem. p. 105.

conscientemente, sob pena, inclusive de considerar-se sua vontade viciada. Neste sentido Eduardo Dantas e Marcos Coltri asseveram que “... o consentimento do paciente só será válido, ao ponto de permitir o efetivo exercício de sua autonomia, se as informações e os esclarecimentos dados pelo profissional forem adequados.”

Já em seu artigo 24 o CEM veda ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”, demonstrando claramente que deseja e quer romper com a visão de mundo pretérita onde o médico estava posicionado hierarquicamente acima do paciente.

Contudo, em que pese formalmente estarmos diante de uma relação contratual (contrato de prestação de serviço médico), na prática há certa sujeição do paciente ao médico, notadamente quando o paciente se encontra desacordado em cirurgia, nem por isso tem o médico direito de agir sem o consentimento do paciente, não ser que haja risco de morte, tendo o paciente de realizar suas escolhas, consoante a orientação do médico dada a limitação técnica do mesmo²⁴.

Este poder decisório do paciente (autonomia da vontade) veda ainda ao médico intervir nas decisões do paciente ou de seu representante legal, ressalvando-se apenas, como já retromencionado o risco de morte, consoante o art. 31 do CEM: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.”

Eduardo Dantas e Marcos Coltri ao comentar este artigo do CEM referem o princípio da beneficência, posto que impossibilitado o paciente (ou seus parentes) de manifestar sua vontade “poderá o médico intervir para adotar as práticas diagnósticas, terapêuticas ou cirúrgicas que entenda necessárias, em benefício da preservação da vida.”²⁵

O art. 34 veda ao médico:

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 legal.

A informação tratada neste artigo é uma informação qualificada, qual seja,

²⁴ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 115.

²⁵ Idem, ibidem. p. 146.

aquela que trata da situação atual do paciente (diagnóstico), tendo direito o paciente de saber qual a doença que o acomete, bem como tem o paciente de direito de saber qual é o seu provável futuro (prognóstico), revestindo-se no dever do médico de prestar esclarecimento com base no estado atual da ciência médica, nas estatísticas e conseqüentemente as chances que possui o paciente de reverter a situação atual. Outrossim, a regra deontológica também determina que o paciente tenha conhecimento do tratamento proposto, nem sentido, indo além da mera escolha pelo médico do tratamento, mas dos tratamentos possíveis e viáveis, para que o paciente possa sopesar os benefícios e malefícios (riscos) de cada um dos tratamentos possíveis, para só aí, tomar uma decisão e realizar uma escolha. Neste momento, após esta escolha esclarecida é que deve o médico colher o consentimento do paciente, cujo estudo será realizado na seqüência. Comentando este dispositivo do CEM, Eduardo Dantas e Marcos Coltri observam:

Amparado não apenas na bioética, mas também no ordenamento jurídico, notadamente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, este direito do paciente se converte em uma obrigação para o médico, um dever objetivo de informar, de maneira clara, adequada, pertinente e compreensível, sendo-lhe proibido omitir informações relevantes, distorcê-las ou manipulá-las, de modo a comprometer a capacidade decisória do paciente²⁶

Desta análise, percebe-se que o CEM, agasalhando a doutrina e a jurisprudência sobre o direito à informação e conseqüente dever de informar, consagrou o direito fundamental do paciente à informação, trazendo princípios e regras que devem ser observadas pelos médicos nas relações com paciente e familiares, objetivando assim a preservação de sua autonomia.

2. O TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

O termo “consentimento informado” surgiu nos Estados Unidos através de precedente judicial em caso patrocinado pelo advogado Paul G. Gebhard²⁷, a quem se atribui a paternidade do mesmo, no famoso caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University*, no ano de 1957.

²⁶ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Rio de Janeiro: GZ ed., 2010. p. 150.

²⁷ Disponível em <http://www.nytimes.com/1997/08/26/us/p-g-gebhard-69-developer-of-the-term-informed-consent.html>. Acesso em 07 de maio de 2011.

Para a doutrina americana²⁸ do consentimento informado, existem dois deveres legais impostos aos médicos, o dever de informar aos pacientes sobre o tratamento e obter deles o consentimento, tendo a grande maioria das cortes americanas a adotado como lei, e de modo isolado o estado da Georgia não a aceita.

Entre nós, a terminologia “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” aparece na legislação pátria na Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996 do CNS - Conselho Nacional de Saúde, ao tratar da pesquisa com seres humanos. Contudo, a utilização deste termo não se restringe a pesquisa, sendo comumente chamado de “Consentimento Informado”, “Consentimento Esclarecido”, “Consentimento Pós-Informado”, entre outros, esclarecendo o professor José Roberto Goldim que a normatização se iniciara na década de oitenta, com “... dois documentos, um do Ministério da Saúde e outro do Conselho Federal de Medicina”, o quais, por sua vez, “estabeleceram as bases para o uso, respectivamente, em pesquisa e assistência.”²⁹ As normas referidas são a Resolução 1081, de 12 de março de 1982, do Conselho Federal de Medicina, publicada na DOU em 23/03/1982 e a Portaria n.: 16, de 27 de novembro de 1981, do Ministério da Saúde, publicada no DOU 14/12/1981.

Alguns estudiosos de Direito Médico chegam a asseverar que o Termo de Consentimento Informado – TCI é indispensável no atual estágio do exercício da medicina no contexto sócio-jurídico, como forma de uma chamada “Medicina Defensiva”, enquanto outros aduzem que de nada (ou muito pouco) adianta a utilização do instrumento, vez que seriam vistos como simples contratos de adesão onde o consumidor/paciente não se vincularia ao seu conteúdo dadas as suas peculiaridades.

De modo ilustrativo eis uma opinião das mais críticas ao uso indiscriminado do Termo: “Porém, se for fornecido ao paciente um documento pré-formatado pelo estabelecimento hospitalar, com texto genérico e de linguagem inacessível não se concretizará o Processo de Consentimento Informado.”³⁰

²⁸ LIDZ, Charles W. (et alli). **Informed consent**. New York: The Guilford Press, 1984. p.11.

²⁹ GOLDIM, José Roberto. **Consentimento Informado no Brasil: Primeiras Normas**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm>. Acesso em 19.12.2009.

³⁰ FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O CONSENTIMENTO INFORMADO NA ASSISTÊNCIA MÉDICA E O CONTRATO DE ADESÃO: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA E BIOÉTICA. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/>

Diante da controvérsia e da relevância do tema é preciso aprofundar a discussão ampliando as lentes que estão direcionadas para o problema, notadamente em relação à visão do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o dever de informar consubstanciado no uso do TCI, que é o objeto final deste estudo.

Ainda para demonstrar a complexidade e relevância do tema, o Hospital Samaritano de São Paulo possui 16 (dezesesseis) tipos de Termos de Consentimento Informado disponíveis em seu sítio na internet³¹.

O Termo de Consentimento Informado – TCI reflete um processo comunicacional entre o médico e o paciente, onde o primeiro presta informações e o segundo, compreendendo-as externa sua vontade em realizar o procedimento médico proposto. Segundo a doutrina médica, em artigo recente, encontramos a seguinte definição:

Consentimento informado é o registro em prontuário de uma decisão voluntária, por parte do paciente ou de seus responsáveis legais, tomada após um processo informativo e esclarecedor, para autorizar um tratamento ou procedimento médico específico, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências.³²

Já para o professor da Universidade de Évora, João Vaz Rodrigues, o dever de respeitar o paciente possui tríplice escopo, quais sejam, o de informar, confirmar e, por fim, obter o consentimento³³, restando claro que o consentimento informado é um processo complexo e não tão simples quanto se pensa ordinariamente, e, conseqüentemente, sujeito à falhas.

Na mesma esteira de raciocínio labora Gabriela Guz para quem o consentimento é verdadeiro processo e não uma mera obtenção de um “ciente” ou “de acordo”, aduzindo ainda que “*o processo contínuo de decisão pode acarretar diversas formas de ‘consentimentos livres e esclarecidos’ e ‘recusas livres e esclarecidas’, de tal sorte que, em verdade, trata-se, de uma decisão livre e esclarecida*³⁴”.

index.php/hcpa/article/viewFile/2568/1226. Acesso em 19.12.2009.

³¹ <http://www.samaritano.com.br/pt/interna.asp?page=1&idpagina=75>. Acesso em 19.12.2009.

³² HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. **Consentimento informado no atendimento pediátrico**. Revista Paulista de Pediatria 2010; 28(2): 128-33. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rpp/v28n2/v28n2a01.pdf>. Acesso em 06 de agosto de 2010.

³³ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 24.

³⁴ GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**. [online]. 2010, vol.11, n.1, pp. 95-122. ISSN 1516-4179. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v11n1/07.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2011.

Nesta visão, até mesmo o uso da palavra “termo” por si só já caracterizaria um equívoco, vez que não traria a carga dinâmica necessária ao processo que envolve a tomada de decisão, afinal o paciente recebe informações do médico, processa-as, pode não aceitá-las de imediato (recusa) e posteriormente vir a tirar outras dúvidas, ouvir familiares e por, fim concordar com este ou aquele tratamento. Um simples e único “termo” não supriria nem materializaria a processo dinâmico, tanto que para Gabriela Guz:

O consentimento livre e esclarecido corresponde, essencialmente, a um novo modelo de tomada de decisão no contexto da saúde individual que, ao fundamentar-se no respeito à autodeterminação do paciente, traz profundas alterações à própria dinâmica da relação médico-paciente, tradicionalmente pautada no poder de decisão do médico.³⁵

Desta feita, esta obrigação de bem informar do médico é justamente o cerne da questão fático-jurídica implicada, pois se liga fortemente a qualidade da interação discursiva entre enunciador (médico) e receptor (paciente). Em outras palavras, se o que foi dito, foi compreendido por quem deveria do modo como o enunciador esperava que fosse. Logo, esta comunicação deve ter instrumentos que permitam a checagem do dito e do compreendido como forma de aferir a conclusão do processo comunicacional, incorrendo o médico em responsabilidade civil acaso exista falha neste processo.

Dito de outra forma, o uso do instrumento escrito não dispensa o diálogo com o paciente, o que, de fato, ocorre mais frequentemente³⁶, e sendo discursivo o processo que visa a atender a tríplice finalidade do dever (informar, confirmar e obter o consentimento) seria este impossível de ser realizado por simples entrega de documento escrito como fora bem observado no estudo de fôlego do professor André Pereira³⁷:

O consentimento passou a ser visto por parte de alguns médicos como um mero requisito, um dos documentos para ter um ‘dossier’ clínico bem organizado e rapidamente as administrações hospitalares começaram a redigir formulários nos quais impõem cláusulas que visam proteger a instituição em caso de conflitos judiciais. Mais ainda é prática comum que esses formulários sejam entregues por funcionários administrativos, absolutamente desligados do acto médico, não tendo o paciente a possibilidade de obter informações adequadas sobre o seu conteúdo.

³⁵ Idem, ibidem.

³⁶ Conforme observação de Matielo: “Seria interessante que todas as autorizações para cirurgias e procedimentos de vulto fossem tomadas por escrito, mas, como é cediço, a regra é que a concordância é verbal.” MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001. p.116-117.

³⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 549-550.

Outra não foi a conclusão da análise desenvolvida por Miguel Kfourri Neto³⁸, vez que há clara dificuldade no uso de formulários, notadamente porque, sendo o formulário genérico, não há a adequação e clareza que se espera para cada caso, consoante já analisado em momento anterior, afirmando o autor: “tanto a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados. A adoção de formulários é difícil, dadas as peculiaridades de cada caso.”

A realidade brasileira não discrepa neste particular da realidade portuguesa abordada por André Pereira, mas entre o dever ser, almejado como conduta ideal, e a realidade cotidiana há um grande hiato, notadamente porque no trato médico, em regra, estão presentes apenas o médico e o paciente, daí porque, segundo Consuelo Salamacha, é fundamental o TCI:

No que tange à relação entre médico e paciente, sendo ela estritamente confidencial, não há testemunhas nem documentos para comprovar uma possível advertência do profissional sobre os riscos de uma intervenção cirúrgica por ele aconselhada. Daí, uma vez mais, assevere-se a fundamental importância do termo de consentimento informado.³⁹

Aguiar Júnior também concorda com a utilização do documento escrito como ideal para fins de prova no processo judicial, sendo mais cauteloso e admitindo a prova indireta realizada ao longo da instrução processual, notadamente porque, como já mencionado, a realidade cotidiana demonstra que as informações são prestadas pelo médico, em regra, mas normalmente não são documentadas muito menos reduzidas a termo e subscrita pelo paciente, sustentando que “a conclusão sobre o âmbito da informação e da existência do consentimento deve ser extraída, pelo juiz, do conjunto dos fatos provados, e mais precavido será o médico que obtiver declaração escrita do paciente ou de seu representante.”⁴⁰

Nos Estados Unidos, onde o consentimento informado é obrigatório na maioria dos estados, Charles Lidz⁴¹ realizou estudo e concluiu afirmando que a compreensão do paciente é tipicamente incompleta e ocasionalmente ocorrem mal-entendidos; os entendimentos dos pacientes não só eram muitas vezes

³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 2001. p. 173

³⁹ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 112.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 124. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em 21 de abril de 2011.

⁴¹ LIDZ, Charles W. (et alli). **Informed consent**. New York: The Guilford Press, 1984. p. 317.

idiossincráticos (condição única, relacionada com cada paciente), mas também tecnicamente limitados; o processo de compreensão não é instantâneo (ou seja, o reconhece o processo a que nos reportamos neste estudo).

Em estudos mais atuais a doutrina americana do consentimento informado é repensada, notadamente quando alguns autores⁴² afirmam que o consentimento informado não tem condições de ser totalmente específico e totalmente completo, bem como que um consentimento específico não é eticamente melhor.

Eis o impasse: o documento genérico não atende aos critérios de adequação e clareza da nossa legislação e o documento específico demais não é eticamente indicado, podendo até mesmo causar um dano ao paciente.

Como se as circunstâncias já não fossem complexas o bastante há ainda a possibilidade de sonegação de informações pelo paciente, seja por medo, por vergonha ou até mesmo má fé. Neste sentido, leciona Hildegard Giostri:

Entendemos ser importante, também, que o paciente, neste momento, tome conhecimento do fato de que a sonegação de informações claras e amplas pode resultar em risco de vida para ele próprio. Ou, em uma menor proporção pode, sua postura de mal informar, vir a se constituir em hipótese de liberação de responsabilidade para o anestesiológico, em caso de um processo judicial.⁴³

Contudo, o médico precisa antever esta possibilidade e expressamente afirmar ao paciente que ele poderá colocar a sua própria vida em risco caso não responda de forma verdadeira as indagações que lhe estão sendo dirigidas, notadamente quando se trata de procedimentos invasivos, cujos riscos já são elevados por natureza.

Assim, a emissão de vontade do paciente deve ser considerada após todo o processo comunicacional, resultado da escolha do paciente orientada pelos esclarecimentos adequados do médico, sem que existam omissões ou exageros por parte do médico, vez que a “falha na informação ou na comunicação é considerada defeito no produto ou serviço, ensejando a responsabilização civil, se produzir dano.”⁴⁴

Destarte, havendo a falha comunicacional é ainda preciso que exista a figura

⁴² MANSON Neil C.; O'NEILL Onora. **Rethinking Informed Consent in Bioethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Disponível em <http://books.google.com/books?id=kM3li88222kC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 07 de maio de 2011.

⁴³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. 1ª ed. (ano 2003), 4ª tir./ Curitiba: Juruá. 2004. p. 170.

⁴⁴ DENSA, Roberta. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009. p.34.

do dano para que haja o dever de indenizar, não bastando para tanto, pois, apenas a falha no processo de comunicação.

Nesta mesma esteira de raciocínio, conclui-se que não é toda falha de comunicação que é capaz de provocar um dano, bem como que a inexistência de consentimento informado não gera de modo direto o dever de indenizar.

Não é sem razão que os estudiosos do consentimento informado reputam enganosa a visão de que o TCI é capaz de afastar a caracterização de erro médico. Contudo, não podemos ser maniqueístas, pois como a ausência do TCI pode não gerar o dever de indenizar e mesmo com a existência dele, restar caracterizado o dever de indenizar do médico. Conforme afirma Eduardo Dantas:

É um engano pensar que a obtenção do simples consentimento informado, nos termos como é conhecido e vem sendo praticado, pode representar uma excludente de responsabilidade civil, ou mesmo eximente de culpabilidade, no caso de ocorrer um resultado não desejado ao longo do tratamento.⁴⁵

Relevante para o campo da aplicação prática do estudo é a observação de Brunello Stancioli, em sua dissertação de mestrado:

Primeiramente, a informação deve ser fornecida, preferencialmente, de forma oral. A oralidade da comunicação, em regra, facilita o entendimento do paciente /.../ É certo que o registro gráfico do consentimento informado deve ser feito (por vários motivos, inclusive para efeitos probatórios), mas o *medium* comunicativo deve ser, sempre que possível, oral.⁴⁶

Dito de outra forma, o uso do instrumento escrito não dispensa o diálogo com o paciente, o que, de fato, ocorre mais frequentemente⁴⁷, e sendo discursivo o processo que visa a atender a tríplice finalidade do dever (informar, confirmar e obter o consentimento) seria este impossível de ser realizado por simples entrega de documento escrito⁴⁸, muito menos por formulários⁴⁹.

⁴⁵ DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 95.

⁴⁶ STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 65.

⁴⁷ Conforme observação de Matielo: “Seria interessante que todas as autorizações para cirurgias e procedimentos de vulto fossem tomadas por escrito, mas, como é cediço, a regra é que a concordância é verbal.” MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001. p.116-117.

⁴⁸ “O consentimento passou a ser visto por parte de alguns médicos como um mero requisito, um dos documentos para ter um ‘dossier’ clínico bem organizado e rapidamente as administrações hospitalares começaram a redigir formulários nos quais impõem cláusulas que visam proteger a instituição em caso de conflitos judiciais. Mais ainda é prática comum que esses formulários sejam entregues por funcionários administrativos, absolutamente desligados do acto médico, não tendo o paciente a possibilidade de obter informações adequadas sobre o seu conteúdo.” PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 549-550.

⁴⁹ “Tanto a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e

O uso do TCI é tido como eficaz para a produção de prova da informação ao paciente dos riscos inerentes ao procedimento médico. Outrossim, quando fatores de risco são notórios é desnecessária a sua formalização.

Logo, é deveras importante a formalização de TCI, posto que o médico uma vez acionado poderá colacioná-lo aos autos de modo a produzir a prova que cumpriu o seu dever de informar, esclarecendo o paciente acerca dos riscos inerentes ao procedimento que veio a ser realizado, isentando-o da responsabilidade civil.

3. A COLETA DE DADOS E SUA ANÁLISE

Apoiando-se nas lições de Bauer e Gaskell para quem “toda pesquisa social empírica seleciona evidência para argumentar e necessita justificar a seleção da base de investigação, descrição, demonstração, prova ou refutação de uma afirmação específica”⁵⁰ a presente pesquisa procura construir a sua base de investigação a partir de decisões judiciais selecionadas que compõem seu *corpus*.

Dada a importância e influência de suas decisões a escolha recaiu sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, realizando-se a seleção dos julgados a partir de critérios objetivos através do mecanismo de busca informatizado da própria instituição que possibilitou realizar filtros com precisão.

Segundo Bauer e Gaskell “a palavra corpus (latim; plural corpora) significa simplesmente corpo. Nas ciências históricas, ela se refere a uma coleção de textos”⁵¹.

Selecionada a base de dados a ser pesquisada, procedeu-se então com a construção do *corpus* a partir do sistema informatizado de busca na jurisprudência do STJ constante de seu *site* na internet.

Indagam, e ao mesmo tempo respondem, Bauer e Gaskell:

Como lidam os pesquisadores no emprego de um *corpus*? E o que eles investigam? Obviamente isto depende de seus objetivos de pesquisa. De qualquer modo é necessário um programa de computador que possa fazer buscas inteligentes. O tipo mais simples de busca é para se encontrar um

testemunhados. A adoção de formulários é difícil, dadas as peculiaridades de cada caso.” KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 2001. p. 173

⁵⁰ BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002. p.39.

⁵¹ BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 44.

item léxico, digamos, a palavra “o”.⁵²

Justamente este tipo simples de busca é desenvolvido na pesquisa, vez que o primeiro filtro objetivo adotou a “pesquisa livre” (terminologia do *site*) contendo a seguinte expressão: [(responsabilidade civil medico) ou (responsabilidade civil medica)]. Ou seja, o sistema informatizado de busca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ procurou em todos os julgados⁵³ disponíveis pelas palavras (responsabilidade civil medico) ou (responsabilidade civil medica), de modo que retornou como resultado da busca todas as decisões que continham ao mesmo tempo as palavras responsabilidade, civil e médico ou responsabilidade, civil e médica⁵⁴. Posteriormente foram aplicados um segundo e terceiro filtros, com certo grau de objetividade dentro de um número bem maior de julgados.

Com essa busca foram “fisgados” pelo critério especificado 321 (trezentos e vinte e um) acórdãos do STJ, sobre os quais foi aplicado o segundo filtro que consistiu na análise de cada julgado (manualmente pelo pesquisador) para a verificação do seu conteúdo, de modo a verificar quais versam efetivamente acerca da responsabilidade civil do médico, através da leitura da sua ementa, vez que algumas decisões poderiam tratar de aspectos outros (como por exemplo: responsabilidade criminal, tributária etc.).

Após a aplicação do segundo filtro, foram encontradas 148 (cento e quarenta e oito) decisões que versam sobre a responsabilidade civil do médico, cujos acórdãos foram analisados para verificar se foram enfrentadas questões relativas à responsabilidade médica em decorrência da violação do dever de informar.

Em relação ao corte temporal foram consideradas todas⁵⁵ as decisões da Corte contidas no seu repositório oficial eletrônico de jurisprudência até o dia 31 de março de 2011. Contudo, não se pode afirmar categoricamente que todos os julgados pertinentes foram analisados, uma vez que algum julgado pode não ter sido “fisgado” pelo mecanismo de busca.

⁵² Idem, ibidem. p. 48.

⁵³ Esclarece o pesquisador que a pesquisa desenvolve-se a partir das decisões colegiadas (acórdãos) não sendo consideradas as decisões singulares (monocráticas).

⁵⁴ Esse tipo de pesquisa é chamada pesquisa Booleana, onde o sistema utiliza o operador AND (significando soma, acréscimo) e OR (significando alternativa, ou). Para maiores detalhes sobre os operadores lógicos booleanos vide: <http://www.ibisweb.it/bcpb/pt-br/pages/help2.htm> Acesso em: 20 jan. 2012.

⁵⁵ A decisão mais antiga localizada com o critério de busca utilizado é datada de 28.11.1990 (REsp 6078/SP), destacando-se que o STJ começou a funcionar em abril de 1989, conforme informações contidas em seu próprio *site*, na seção reservada para a história do tribunal, no seguinte endereço http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=698. Acesso em: 17 fev. 2012.

No gráfico abaixo (Gráfico 01) confrontam-se os resultados da busca informatizada (booleana) com os critérios definidos com a verificação feita pelo pesquisador (manual), concluindo-se que da totalidade dos achados, 321 acórdãos (100%), 173 deles (53,9%) versavam sobre assuntos correlatos e 148 deles (46,1%) versavam efetivamente sobre responsabilidade civil médica.

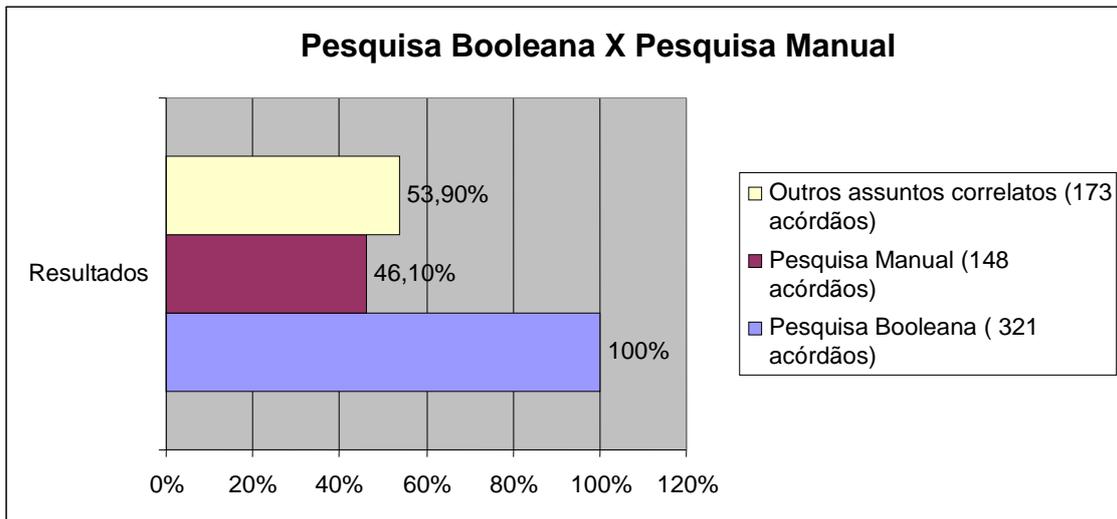


Gráfico 01

Por fim, foi aplicado o último filtro (pesquisa manual), que na verdade reveste-se numa decisão metodológica do pesquisador decorrente do objetivo da pesquisa, de modo a delimitar o tema a ser aprofundado, qual seja, a responsabilidade médica no tocante a violação do dever de informar e sua apreciação pelo STJ.

No gráfico abaixo (Gráfico 02), verifica-se que da totalidade dos acórdãos que versam sobre responsabilidade civil médica, apenas 8 (oito) deles, o equivalente a 5,4% tratam da questão da informação na relação médico-paciente.

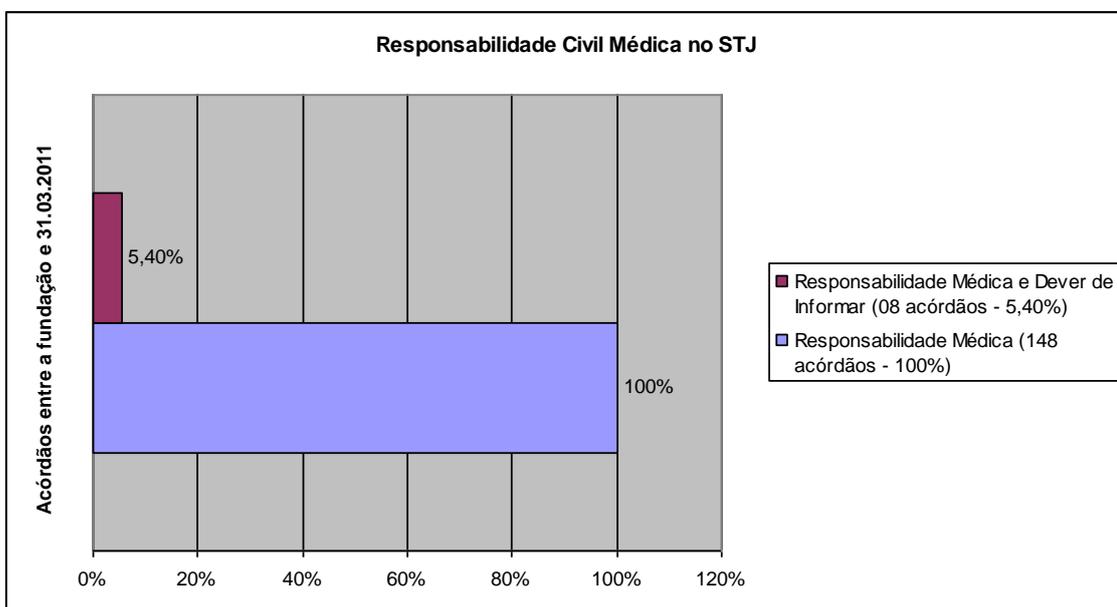


Gráfico 02

Os julgados, todos unânimes, são apresentados conforme tabela abaixo:

Referência	Acórdão	Decisão
Caso 01	REsp 326014/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 29/10/2001, p. 212	Não conhecido
Caso 02	REsp 332025/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 332	Parcialmente conhecido e provido
Caso 03	REsp 436827/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 228	Parcialmente conhecido e provido
Caso 04	REsp 467878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003, p. 222	Não conhecido
Caso 05	REsp 707541/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 30/04/2007, p. 323	Parcialmente conhecido e provido
Caso 06	AgRg no Ag 818144/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 264	Conhecido e não provido
Caso 07	REsp 1051674/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 24/04/2009	Não conhecido
Caso 08	REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010	Conhecido e não provido

Tabela 01

No Caso 1 o médico realizou uma operação (cirurgia plástica de rosto e mamas) de resultado absolutamente inconfiável, sendo certo que houve a assunção de risco, posto que o mesmo não cumpriu seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente. Ou seja, o médico deixou de cumprir (omissão) o dever de informar, reconhecendo o STJ a responsabilidade civil médica.

No Caso 2 “médico faltou com o dever de informação sobre os riscos da cirurgia” (cirurgia plástica de mamas e paciente obesa). Novamente, um médico deixou de cumprir (omissão) o dever de informar, reconhecendo o STJ a responsabilidade civil médica.

No Caso 3 a paciente não recebeu informações suficientes acerca do prognóstico da cirurgia oftalmológica a que se submeteu, tendo havido consulta com um médico e procedimento realizado por outro, sendo certo que os médicos não cumpriram seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com a

paciente. Ou seja, reconheceu o STJ a responsabilidade civil médica.

No Caso 4 uma paciente postulou indenização contra um hospital (Santa Casa de Misericórdia) e um médico, em razão de erro médico decorrente de cirurgia oftalmológica na qual a mesma perdeu a visão, sem que tivesse sido informada que a cirurgia apresentava risco de perda total da visão. Ou seja, reconheceu o STJ a responsabilidade civil médica.

No Caso 5 reconheceu-se que o laboratório “tinha o dever de informar o paciente do resultado de sua sorologia anti-HIV, ressaltando inclusive a possibilidade do resultado se mostrar equivocado, bem como de realizar novos exames, uma vez ciente de que o exame realizado não era conclusivo.” Houve o reconhecimento da responsabilidade civil do laboratório por negligência, ainda que com base no CDC tenha o laboratório responsabilidade objetiva.

No Caso 6 uma paciente submeteu-se a uma cirurgia para retirada de bolsa palpebral com médico oftalmologista, tendo o mesmo descumprido seu dever de informar acerca dos riscos. A decisão fundamentou-se no art. 8º. do CDC, chamando atenção o depoimento do médico demandado em juízo, que asseverou ‘mas não disse que ficariam tais como de fl. 19, porquanto se falar ninguém faz’. Destaca-se do voto do relator: “Nas circunstâncias dos autos, o dever do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia foi descumprido, o que caracteriza a negligência no exercício profissional”. Ou seja, reconheceu o STJ a responsabilidade civil médica.

No Caso 7 a ação foi ajuizada por um paciente contra um médico alegando erro médico em decorrência de cirurgia de vasectomia, pelo fato de mesmo ter sido pai após dez anos da data da cirurgia. A ação foi julgada improcedente e mantida a decisão em segundo grau. Como o REsp não foi conhecido, a decisão foi mantida. Uma peculiaridade fática é que o acórdão de origem, mantido pelo STJ, admitiu a prova testemunhal e indireta do dever de informar do médico, nos seguintes termos: “com base na confiança depositada no réu decorrente de ser médico da família e com base nas declarações de outros pacientes que também realizaram o mesmo procedimento cirúrgico, conclui-se que não pode ser imputado ao réu a responsabilidade civil, pois não houve inobservância do dever de informar”. Ou seja, reconheceu o STJ que não houve responsabilidade civil médica porque o médico cumpriu o dever de informar.

No Caso 8 uma paciente acionou um cirurgião plástico em virtude do aparecimento de quelóide no local do corte cirúrgico (mamoplastia de aumento e lipoaspiração). A sentença julgou procedente o pedido da autora, condenando o médico em R\$ 10.000,00 por danos morais e ainda a custear cirurgia reparadora. O TJMG deu provimento ao apelo do médico e reformou integralmente a sentença, afastando a culpa do médico por caso fortuito, tendo em vista que o médico informou a paciente acerca dos riscos cirúrgicos. O REsp foi conhecido e não provido por restar caracterizada a atuação regular do médico, inclusive com o cumprimento do dever de informar através do uso do TCI, pelo que não teria havido ofensa aos artigos 186/927 do CC e 14 do CDC. Ou seja, reconheceu o STJ que não houve responsabilidade civil médica, porque o médico cumpriu bem e fielmente o seu dever de informar.

4. CONCLUSÕES

A relação jurídica privada médico-paciente encerra uma relação de consumo, pois o médico enquadra-se como fornecedor ao realizar uma prestação de serviços ao seu paciente que é considerado consumidor e como decorrência do enquadramento da relação privada médico-paciente como uma relação jurídica de consumo, reconhece-se o paciente titular de um direito subjetivo básico à informação.

O Código de Ética Médica – CEM estabelece uma série de deveres para o médico, obrigando-o a respeitar a autonomia do paciente, compreendida como o direito à sua autodeterminação, bem como a só atuar após o consentimento esclarecido do paciente, informando-o sobre o prognóstico, riscos e objetivos do tratamento médico proposto, realizando o preenchimento material do conteúdo da prestação informacional médica (quanto à adequação, clareza, riscos e insuficiência da informação).

Em virtude desse dever ético-jurídico de informar, o Termo de Consentimento Informado – TCI é um instrumento eficaz para a produção da prova da prestação da informação pelo médico, devendo o mesmo refletir um processo comunicacional entre o médico e o paciente, onde o primeiro presta informações e o segundo, compreendendo-as externa sua vontade em realizar o procedimento médico proposto. Tal processo obrigacional exige uma tríplice atuação do médico que se

reveste nos deveres de informar, confirmar e, por fim, obter o consentimento do paciente.

O estudo do dever de informar está intimamente ligado à produção da prova da prestação da informação/esclarecimento, checagem de compreensão do paciente e obtenção do seu consentimento para a realização da intervenção médica, materializando-se o Termo de Consentimento Informado – TCI em instrumento de relevo para tal desiderato.

No presente estudo foram analisados oito julgados do STJ versando sobre o dever de informar do médico, constando-se que **(1)** se o médico não cumpre o seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente haverá responsabilidade civil médica; **(2)** se o médico cumpre o seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente, mas se essa informação não se mostra suficiente e adequada, haverá responsabilidade civil médica; **(3)** admite-se a prova testemunhal e indireta do dever de informar do médico e **(4)** não se configura a responsabilidade civil do médico quando é afastada a sua culpa por caso fortuito, tendo o médico informado ao paciente acerca dos riscos cirúrgicos, através do cumprimento do dever de informar com a utilização do TCI.

Dos oito julgados estudados cinco versam sobre a ausência de informação sobre os riscos cirúrgicos, um sobre informação insuficiente e inadequada e outros dois sobre o cumprimento do dever de informar, admitindo-se no Caso 07 a prova indireta do cumprimento do dever de informar (testemunhas) e no Caso 08 a prova do cumprimento realizou-se através da utilização do termo de consentimento informado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 124. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6>. Acesso em 21 de abril de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set.1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 326014/RJ, da Quarta Turma, Brasília, DF, julgado em 28 de agosto de 2001, publicado no **Diário da Justiça** de 29 out. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 332025/MG, da Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 28 de maio de 2002, publicado no **Diário da Justiça** de 05 ago. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 436827/SP, da Quarta Turma, Brasília, DF, julgado em 01 de outubro de 2002, publicado no **Diário da Justiça** de 18 nov. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 467878/RJ, da Quarta Turma, Brasília, DF, julgado em 05 de dezembro de 2002, publicado no **Diário da Justiça** de 10 fev. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 707541/RJ, da Quarta Turma, Brasília, DF, julgado em 12 de dezembro de 2006, 12/12/2006, publicado no **Diário da Justiça** de 30 abr. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Agravo Regimental no Agravo - AgRg no Ag 818144/SP, da Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 09 de outubro de 2007, publicado no **Diário da Justiça** de 05 nov. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 1051674/RS, da Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 03/02/2009, publicado no **Diário da Justiça (eletrônico)** de 24 abr. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 1180815/MG, da Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 19/08/2010, publicado no **Diário da Justiça (eletrônico)** de 26 ago. 2010.

CALADO, Vinicius de Negreiros. **Manual básico de Direito do Consumidor**. Recife: IPEDIC, 2005.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Introgénia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

DENSA, Roberta. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. **O Consentimento Informado na Assistência Médica e o Contrato de Adesão: Uma Perspectiva Jurídica E Bioética**. Disponível em <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/hcpa/article/viewFile/2568/1226>>. Acesso em 19.12.2009.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **Responsabilidade Médica - as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2004.

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento Informado no Brasil: Primeiras Normas**. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm>>. Acesso em 19.12.2009.

GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**. [online]. 2010, vol.11, n.1, pp. 95-122. ISSN 1516-4179. Disponível em <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v11n1/07.pdf>>. Acesso em 21 de abril de 2011.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 2001.

HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento informado no atendimento pediátrico. **Revista Paulista de Pediatria** 2010; 28(2): 128-33. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rpp/v28n2/v28n2a01.pdf>>. Acesso em 06 de agosto de 2010.

LIDZ, Charles W. (et alli). **Informed consent**. New York: The Guilford Press, 1984.

MANSON Neil C.; O'NEILL Onora. **Rethinking Informed Consent in Bioethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=kM3li88222kC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em 07 de maio de 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

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

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico:** inversão do ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2008.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.