

Moreira: A responsabilidade médica na falha do dever de informação

O fenômeno da judicialização da Medicina — como uma subespécie da judicialização da saúde — trouxe novos contornos à relação do médico com o paciente e uma nova importância aos documentos médicos. Se em momento anterior a relação médico-paciente possuía uma índole paternalista, hipocrática, pautada na confiança e na submissão do paciente às recomendações e prescrições do "médico da família", o florescer da bioética na segunda metade do século 20 permitiu equalizar essa relação, tornando-a mais equilibrada, com o princípio de atuação na saúde.



Essa evolução, contudo, ainda permite a atuação médica com

resquício sacerdotal, sobretudo quando se privilegia o princípio da beneficência. Nos Estados Unidos, por exemplo, berço da bioética, alguns estados permitem os tratamentos clínicos compulsórios, especialmente em casos de doenças psiquiátricas, sexualmente transmissíveis e dependência química, justificando-se o benefício ao paciente e o risco de dano à sociedade.

Mas, ainda nessas hipóteses, já se discute que os tratamentos compulsórios possuem um maior índice de abandono e baixa eficácia do que aqueles tratamentos realizados de forma voluntária [1], evidenciando a importância de uma comunicação clara, direta e compreensível entre médico e paciente.

No atual Direito brasileiro, o dever do médico de prestar todas as informações ao paciente é extraído do Código Civil [2], ao tratar sobre os atos de disposição do próprio corpo, e do Código de Defesa do Consumidor [3]. Além disso, o Código de Ética Médica também exige que o médico obtenha o consentimento do paciente para que seja realizado qualquer procedimento [4].

Logo, a responsabilidade médica, além do exame da culpa apta a configurar negligência, imprudência ou imperícia, também pode surgir por uma deficiência ao prestar informações adequadas e suficientes acerca dos procedimentos e suas consequências.

No atual contexto, em que a Medicina precisa lidar com o paciente que possui acesso instantâneo à informação (não necessariamente correta, v.g., "Dr. Google") e de fácil acesso à Justiça, os documentos médicos tiveram sua função de registro histórico e de progressão terapêutica do paciente com novos contornos de documentos jurídicos e prova judicial.

No processo judicial, pelo princípio da colaboração processual, trazido no §1º do artigo 373 do Código



de Processo Civil (CPC) [5], cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente podem ser exigidos. Igualmente, mas sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade subjetiva do médico como profissional liberal também não exclui a possibilidade da inversão do ônus da prova, se houver no processo a demonstração de verossimilhança e identificada a hipossuficiência para produção da prova.

De toda sorte, pôr sobre o paciente o ônus da prova de que o médico não lhe deu a necessária informação, ou mesmo de que não outorgou o respectivo consentimento informado, é lhe impor o que a doutrina chamou de prova diabólica, ou seja, fazer prova de um fato que não aconteceu, um fato negativo.

Assim, caberá ao médico comprovar que o paciente exerceu sua autonomia e consentiu com a intervenção médica. Mas a comprovação do consentimento vai além de apresentar o termo de consentimento com a assinatura do paciente: é necessário que o médico também comprove ter prestado todas as informações devidas.

Na medida em que o consentimento informado é o exercício da autonomia pelo paciente, este deve estar revestido de todas as informações relativas à intervenção médica, viabilizando que o consentimento seja realizado de forma livre, consciente e esclarecido; é a informação um pressuposto do consentimento [6].

E justamente pelo requisito prévio da completa informação é que o termo de consentimento, mesmo que por escrito e assinado, não é o suficiente para o afastamento de responsabilidade diante das eventuais demandas que ocorram diante de um mau resultado. Não é incomum que o termo de consentimento seja entregue ao paciente instantes antes da intervenção, contendo diversas páginas, sem oportunizar a prévia leitura e esclarecimento e com um X no local onde o paciente deve assinar para "consentir".

É nesse contexto que Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves trazem importante reflexão [7]:

"No Brasil, infelizmente, o consentimento livre e esclarecido tem-se convertido em mais um documento a ser assinado pelo paciente, sem real preocupação de verificar sua compreensão de riscos e demais opções de tratamento".

E atento a essa recorrência de desvirtuamento da finalidade do termo de consentimento como apenas *mais um documento médico*, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.540.580 [8], foi exigente e preciso com a observância da preservação da autonomia do paciente.



"3) O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal. [...]

5) Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado".

Também merece destaque a recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo [9] que, apesar de afastar a culpa do médico nos danos sofridos pelo paciente, reconheceu a responsabilidade civil pela omissão de informação.

"(...) Existência de lesão estética. Perícia médica que concluiu que não houve conduta culposa do réu, apesar de danos evidenciados. Complicações passíveis de ocorrência, conforme esclarecimento do perito. Negligência ou imperícia não verifica nos procedimentos médicos propriamente ditos. Termo de Consentimento Esclarecido que é genérico. Falha na prestação de serviços por violação do dever de bem informar. Responsabilidade civil do réu caracterizada pela omissão do dever de informação (...)"

Como forma de superar a dificuldade do médico em produzir uma prova de que prestou todas as informações ao paciente, o Conselho Federal de Medicina (CFM) dá as pistas para a obtenção de um consentimento hígido através da Recomendação 01/2016 [10], que prevê como algum dos requisitos a descrição sucinta, clara, objetiva e acessível do procedimento, descrição de eventuais desconfortos, benefícios e riscos e cuidados pós-procedimento.

Um documento escrito que contenha de forma satisfatória os itens recomendados pelo CFM facilita a comprovação do cumprimento do dever médico e o afastamento da responsabilidade pela falha na informação, e bem por isso um bom termo de consentimento sempre será acompanhado de uma boa prática médica.

[1] Disponível em <<https://www.sciencedirect.com/topics/social-sciences/compulsory-treatment>>. Acesso em 5 de maio de 2021.

[2] Código Civil. "Artigo 13 – Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. artigo 14. É válido, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte".



[3] Código de Defesa do Consumidor. "Artigo 6º – São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem".

[4] Código de Ética Médica. "Artigo 22 – 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".

[5] CPC. "Artigo 373, §1º – Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído".

[6] FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 277.

[7] SÁ, Maria de Fátima Freire. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. 5 ed. Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021, p.26.

[8] REsp 1540580/DF, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

[9] AC 1004227-13.2017.8.26.0457, Relator Angela Lopes, 09ª Câmara de Direito Privado, julgado em 15/12/2020, DJe 16/12/2020.

[10] Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2021.

Date Created

19/05/2021