

REVISITANDO “A RESPONSABILIDADE POR CONSELHOS RECOMENDAÇÕES OU INFORMAÇÕES”: TRÊS DÉCADAS DE EVOLUÇÃO DO CONCEITO E SEU IMPACTO NAS ATIVIDADES DE SAÚDE

EDUARDO DANTAS¹

¹ Advogado, inscrito nas Ordens do Brasil e de Portugal; Sócio titular do Escritório Eduardo Dantas Advocacia & Consultoria; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1995); Especialista em Direito de Consumo pela *Universidad de Castilla-La Mancha* (2001); Mestre em Direito Médico pela *University of Glasgow* (2007); Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra; Ex Vice-Presidente e membro do *Board of Governors* da *World Association for Medical Law*; Procurador Jurídico do Conselho Regional de Odontologia de Pernambuco; Autor dos livros *Direito Médico* (Editora GZ, 2009), *Comentários ao Código de Ética Médica* (Editora GZ, 2010), *Droit Médical au Brésil* (Editora GZ, 2013); *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida* (Editora GZ, 2018); e *Contemporary Issues in Medical Law* (Editora GZ, 2018); Coordenador do Livro *Tendências do Direito Médico* (Editora GZ, 2021); Autor de diversos artigos publicados no Brasil, Portugal, Israel, EUA, Polónia, República Checa e França; Membro da Comissão Especial de Direito Médico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Gestões 2013/2015 e 2016/2018); Professor do VI Curso de Pós-Graduação em Bioética do CDIP — Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. (Portugal); Professor

Resumo: O presente artigo busca rememorar conceitos trazidos por ocasião da publicação da tese de doutoramento que investigava o alcance e amplitude das disposições contidas no artigo 485 do Código Civil Português, analisando seus efeitos contratuais e obrigacionais, demonstrando o reflexo deste tema nas relações entre profissionais de saúde e seus pacientes, com o desenvolvimento da doutrina do consentimento informado, do dever de informação clara e adequada, realçando e dando efetividade ao princípio bioético da autonomia.

Palavras-chave: Dever de informar; consentimento; autonomia.

Abstract: This article aims to recall concepts brought up on the occasion of the publication of the doctoral thesis that investigated the scope and breadth of the provisions contained in article 485 of the Portuguese Civil Code, analyzing its contractual and mandatory effects, demonstrating the influence of this theme in the relationship between health professionals and their patients, with the develop-

do Curso de Pós-Graduação em Direito de Família da Universidade Federal de Pernambuco — UFPE (Recife — PE); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Hospitalar da EPD — Escola Paulista de Direito (São Paulo — SP); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico, Odontológico e da Saúde do IGD — Instituto Goiano de Direito (Goiânia — GO); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Saúde Suplementar do Instituto Luiz Mário Moutinho (Recife — PE); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico, da Saúde e Bioética da Faculdade Baiana de Direito (Salvador — BA); Professor do curso de pós-graduação em Direito Médico e Odontológico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética (Brasília — DF); Ex-Presidente da Comissão de Direito e Saúde da OAB/PE; Fundador e Ex-Presidente da Comissão de Direito Médico da OAB/AL; Membro da Comissão. De Direito Médico da OAB/RJ (2021); Membro honorário do Membro honorário do grupo de pesquisas “Direito da Saúde e Empresas Médicas”, do Centro Universitário Curutiba — UNICURITIBA, sob coordenação do professor Miguel Kfourri Neto; Presidente da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde; Vice-Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico; Presidente da ALDIS — Associação Lusófona de Direito da Saúde; Coordenador pedagógico da *Association de Recherche et de Formation en Droit Médical* (Toulouse, França); Membro do International Advisory Board do Observatório de Direitos Humanos: Bioética, Saúde e Ambiente, da Universidade de Salerno, Itália; Vice-Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito do IBD-FAM — Instituto Brasileiro de Direito de Família; Membro do IBERC — Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil; Secretário-Geral da Comissão Nacional de Direito Médico da Associação Brasileira de Advogados; Membro do Conselho Editorial da *Medicine & Law Journal*, revista da *World Association for Medical Law*; Coordenador do Conselho Editorial da Revista de Direito Médico e da Saúde.

E-mail eduardodantas@eduardodantas.adv.br

ment of the doctrine of informed consent, the duty to provide clear and adequate information, thus highlighting and giving effectiveness to the bioethical principle of autonomy.

Keywords: Duty to inform; consent; autonomy.

No já distante ano de 1989, o Professor Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro apresentava mais um de seus diversos e importantes contributos à ciência do Direito ao publicar sua tese de doutoramento, intitulada *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, onde discutia a fundo as implicações e interpretações do art. 485² do Código Civil Português, investigando o relevo jurídico do problema específico da responsabilidade civil por informações.

À época, ainda se mostravam embrionárias — ou ao menos sem a relevância atual em termos de apreciação pelos tribunais — as questões relativas ao dever de indenizar em virtude do incorreto cumprimento do dever de informar, em específico nos temas afeitos à relação dos profissionais de saúde (com ênfase na medicina e na odontologia), nas questões em que a informação necessária a ser transmitida ao utente ou utilizador dos serviços de saúde se mostrasse equivocada ou incompleta, impedindo uma adequada tomada de decisão informada por parte do paciente ou seu representante legal.

Ali já se estabelecia que a atividade em saúde, e a médica em especial, carecia de disciplinamento relativo não apenas ao serviço prestado, mas também no que pertine à responsabilidade em cumprir com o dever (profissional) de informar, tendo como contraparte o direito do paciente à transparência e à informação adequada, como forma de lhe permitir

² Art. 485º (Conselhos, recomendações ou informações). 1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte. 2. A obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua *facto punível*. (Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202008151153/73747667/diploma/indice>) Acesso em 12/02/2021.

exercer autonomia, consubstanciada em um processo de escolha esclarecida, ainda hoje muitas vezes confundida com o ato de consentir³⁴:

“Em primeiro lugar, uma informação pode ser prestada no cumprimento de um contrato justamente com esse objecto, isto é, dirigido directa e exclusivamente a esse fim. É inequivocamente o que acontece quando alguém se dirige a uma agência de informações ou procura um médico, advogado ou conselheiro fiscal apenas com o objetivo de pedir determinado conselho ou informação.”⁵

“Dos mais diversos tipos de contratos podem resultar deveres acessórios ou laterais de conselho, aviso ou informação, seja com base em acordo expresso, numa interpretação contratual integradora ou numa norma legal, especialmente do princípio da boa fé.”⁶

A discussão ganhou novos contornos desde então, inclusive em razão de seus aspectos econômicos⁷, sendo aprofundado nas últimas três

³ Adriano Marteleto Godinho complementa (*In* Direito ao próprio corpo. Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Juruá, 1ª edição, 2ª impressão, Curitiba, 2015, pág. 111): “O postulado acabado de referir é imprescindível para estabelecer que o consentimento somente será como válido se as informações transmitidas aos pacientes forem bastantes para a formação da sua convicção. À míngua de informação, ou sendo ela incompleta ou imprecisa para sustentar um consentimento devidamente esclarecido, poder-se-á afirmar que, ainda que o paciente tenha apostado sua assinatura no Termo que lhe tiver sido apresentado, o consentimento obtido será considerado inválido, passando a conduta médica a ser tratada como um ato não autorizado, incidindo, a partir daí, as regras que imputem a ele a responsabilidade civil e criminal pela intervenção não permitida sobre a integridade física de terceiros.”

⁴ Ainda a respeito do mesmo tema, Guilherme de Oliveira, em seu artigo “Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica” *In* Temas de Direito da Medicina. Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 63, assim leciona: “O dever de obter o consentimento informado do doente funda-se num direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se praticou o ato médico.”

⁵ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *in* Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações. Almedina, Coimbra, 1989, Pág 20

⁶ Jorge Ferreira Sinde Monteiro. Op. Cit. Pág 47

⁷ A propósito, recomenda-se a leitura da tese de Miguel Carlos Teixeira Patrício, *Análise Económica da Responsabilidade Médica*. (AAFIDL Editora, Lisboa, 2017), da qual. Se extrai o seguinte trecho contido em sua página 150: “Neste sentido,

décadas o conceito de dano informacional aplicado às relações de saúde. Vale, portanto, analisar a evolução do pensamento, a partir daquele contributo em específico, que serviu para alicerçar e fundamentar conceitos hoje essenciais no âmbito do atendimento em saúde.

A aplicabilidade da tese apresentada nos parece plenamente adaptada à atividade em saúde, especialmente na formulação de diagnósticos, ao estabelecer que uma informação, um conselho, ou mesmo um parecer que estejam “objectivamente incorrectos”⁸ não podem servir de fundamento para o surgimento de um dever de indenizar, uma vez que no seio daquela relação não se pode exigir “uma absoluta exactidão, estando em causa uma obrigação de meios”⁹.

Segue o Professor Sinde Monteiro ressaltando que:

“mais concretamente, o conselheiro deve informar-se com exactidão dos elementos de direito e de facto necessários à formalização de uma opinião, e fazer em seguida uma aplicação técnica exacta dos mesmos, de acordo com as *leges artis*, sendo nesta dupla perspectiva que se analisa a exactidão, a apreciar com referência ao. Momento em que é dado, segundo informações mais recentes então disponíveis.

É claro que o conselho também pode ser inexacto em razão do raciocínio em que se apoia; mas, como tem sido posto em relevo sobretudo em matéria de responsabilidade médica, um erro de opinião tem de ser manifesto, saliente, para poder gerar responsabilidade”¹⁰.

notam-se, em seguida, sem pretensões de exaustividade, algumas das dificuldades detectadas naquela contratualização — as quais podem, de algum modo, ser transponíveis, a uma outra escala, para a pura contratualização:

- a) Deve ser prestada informação sobre as consequências possíveis ou prováveis daquilo que, de forma negociada, se está a dispensar (p. ex., alternativas terapêuticas)?
- b) Onde situar o *esclarecimento terapêutico*, nas *leges artis* ou no contrato?
- c) Os efeitos secundários de muito rara frequência, decorrentes de tratamentos, devem ser comunicados? Será que a gravidade dos mesmos deve ser obrigatoriamente comunicada, apesar da baixíssima probabilidade? Para efeitos litigiosos, não será difícil ter que distinguir um *risco raro improvável* de um *risco raro normalmente previsível*?

Finalmente, um derradeiro obstáculo: para a parte que está menos informada, como detectar e avaliar contratualmente algo que se quer, ou quereria, desconhecer...?”

⁸ Jorge Ferreira Sinde Monteiro. Op. Cit. Pág 387

⁹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro. Op. Cit. Pág 387

¹⁰ Jorge Ferreira Sinde Monteiro. Op. Cit. Pág 388/389

Há que se entender, portanto, que a responsabilidade por informações neste campo específico do conhecimento humano, dadas as suas e especificidades, e em especial a ausência de garantia de sucesso, cura ou absoluta segurança em qualquer procedimento ou intervenção de saúde, traz particularidades intransponíveis, mas mesmo estas não afastam (ao contrário, reforçam) os deveres de informação.

Adriano Marteleto Godinho¹¹ assim dispõe sobre o tema:

“Só cabe falar em consentimento esclarecido se o paciente puder absorver as informações que lhe forem transmitidas, sendo imprescindível, assim, a *compreensão*. É inegável que o paciente ocupa posição desfavorável nas relações travadas com os médicos, por ser ele presumivelmente leigo. Entra em cena a noção de *hipossuficiência*, referida pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 6º, inc. III, enuncia que a informação a ser prestada ao consumidor deve ser adequada e clara, além de especificar os riscos que os serviços apresentem. Portanto, apenas haverá manifestação deliberada de vontade se houver, por parte do paciente, o devido entendimento acerca dos termos contidos no Termo de Consentimento Informado, que devem se revestir da máxima transparência possível.

O vocabulário utilizado no Termo de Consentimento Informado, próprio da área médica, deve ser suficientemente preciso e compreensível ao paciente, para que proporcione completo entendimento sobre seus termos. Assim, a informação fornecida ao paciente não pode admitir o uso de palavras abreviadas, a não ser que se forneça o seu real significado, nem de terminologia científica cujo conteúdo não seja cabalmente esclarecido. É necessário, pois, que o médico promova uma efetiva interação com seus pacientes, observando as condições e as limitações concretas de cada um, explicando-lhes cada aspecto do conteúdo do Termo, para que este possa ser uma fonte de segurança para ambos.”

Cabe aqui examinar a questão sob dois tipos de prismas diferentes: o deontológico e o legal. E também sob dois pontos de vista distintos: o dos ordenamentos português e brasileiro.

¹¹ Op. Cit. pág. 111.

O princípio da autonomia é muito bem demonstrado no sistema jurídico brasileiro, a começar pelas disposições do artigo 5º¹², inciso II¹³ da Constituição Federal, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

A autonomia, no tocante ao tratamento médico, tem sua expressão máxima no direito à recusa de tratamento. Neste sentido, também encontra abrigo constitucional, especialmente nos incisos VI¹⁴ e VIII¹⁵ do mesmo artigo, ao instituir como garantia o direito à recusa em respeito às convicções morais, filosóficas ou religiosas. Em outras palavras, é assegurado ao paciente o direito de que sua vontade prevaleça sobre a opção terapêutica escolhida pelo médico, ainda que ignorando argumentos técnicos e científicos, desde que esta seja uma decisão consciente, tomada por pessoa competente, e após apropriada informação.

A terminologia, em nosso ver, é inapropriada, uma vez que o dever de informação previsto pela legislação — notadamente o Código de Defesa do Consumidor, fala em dever de esclarecimento, e para isso, não apenas as modalidades “adequadas” deveriam ser expostas, mas todas aquelas efetivamente existentes, permitindo assim, não apenas a compreensão do problema, mas todas as alternativas possíveis, garantindo — aí sim — o direito à escolha esclarecida.

Referências a esta autonomia estão dispostas de forma esparsa por toda a legislação brasileira. O Código Civil de 2002, em seu artigo 15, dispõe expressamente que “ninguém pode ser constrangido a submeter-

¹² “Constituição Federal: Artigo 5 — Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

¹³ Artigo 5, II — Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁴ “Artigo 5, VI — É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

¹⁵ “Artigo 5, VIII — Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”

-se, sem risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Apesar de impreciso (uma vez que a expressão “risco de vida” possa dar a falsa conotação de que, sem tal risco, o paciente possa ser coagido a aceitar tratamento ou intervenção) o espírito da lei, a intenção do legislador é clara, ao garantir ao paciente que este não poderá ser coagido.

Tal atitude representa uma grande mudança na maneira de encarar o papel do médico — salvar vidas humanas a qualquer custo — passando a atribuir ao paciente ou seu representante legal parcela de responsabilidade quanto às decisões e consequências de seu tratamento.

Seguindo este mesmo espírito, o Estatuto do Idoso¹⁶, em seu artigo 17, garante a pessoas com mais de 65 anos que estejam no domínio pleno de suas faculdades mentais, o direito de escolher o tratamento de saúde que considere mais favorável, mais apropriado. (Em verdade, este direito à autodeterminação é garantido a todos, ainda que o legislador tenha optado pela redundância da exposição em lei específica de caráter protetivo a cidadãos de idade avançada).

O dispositivo mencionado não faz nenhuma referência ao risco de morte como condição para assegurar o direito à escolha da opção terapêutica. A única possibilidade para tal restrição seria a insanidade ou falta de integridade mental, independentemente da condição clínica do paciente. Nesta situação, pode o médico proceder com sua própria escolha terapêutica se a) o paciente não puder expressar sua vontade; b) os parentes ou representantes legais não puderem ser contatados e c) houver risco iminente de morte.

Outra expressão da autonomia do paciente no direito brasileiro está contida no artigo 10 da Lei de Transplante de Órgãos¹⁷, que favorece a

¹⁶ Lei n. 10.741/2003 — Estatuto do Idoso — “Artigo 17 — Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”.

¹⁷ Lei n. 9.434/1997 — Lei de Transplante de Órgãos

Artigo 10 — O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Parágrafo único. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

escolha do paciente em qualquer situação, prevalecendo inclusive sobre a opinião médica, ao demandar o expresso consentimento do receptor, após aconselhamento sobre os riscos do procedimento de transplante. Significa que, mesmo sob risco iminente de morte, é o paciente quem deve decidir sobre submeter-se ou não aos riscos inerentes ao procedimento.

Cabível mencionar também aqui a Lei Estadual nº 10.241/1999 de São Paulo, que reconheceu como um direito aos usuários do sistema de saúde, o direito a receber informação clara e adequada sobre terapias e procedimentos terapêuticos, respeitando valores éticos e culturais.

Outros Estados também aprovaram leis semelhantes¹⁸ para os seus serviços públicos de saúde, reforçando o direito à autonomia do paciente como um princípio a ser respeitado.

Ainda no mesmo sentido, importante contribuição é trazida ainda por Paulo Fortes¹⁹, ao anotar que:

“A Lei 10.241/99 incorporou o princípio do “consentimento livre e esclarecido” que poucos anos antes de sua promulgação havia sido proposto para a regulamentação ética de pesquisas envolvendo seres humanos, por meio da *Resolução do Conselho Nacional de Saúde CNS 196/96*²⁰. O artigo 2º, VII, da Resolução, afirma que o paciente tem o direito de consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, a procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem nele realizados.

Entende-se que para que o consentimento seja esclarecido, as informações devem ser compreendidas pelos pacientes. Assim, deve-se distinguir entre o consentimento informado ou pós-informado e o consentimento esclarecido. Uma pessoa pode ser informada, mas isso

¹⁸ Lei Estadual nº 3.613/2001 (Rio de Janeiro); Lei Distrital nº 2.804/2001 (Distrito Federal); Lei Estadual nº 14.254/2003 (Paraná); Lei Estadual nº 12.770/2005 (Pernambuco); Lei Estadual nº 8.855/2008 (Espírito Santo); Lei Complementar nº 283/2007 (Mato Grosso); Lei Estadual nº 6.340/2013 (Piauí) e Lei Estadual nº 10.584/2017 (Maranhão).

¹⁹ In “Um olhar bioético sobre as legislações brasileira e francesa relativas aos direitos dos pacientes à informação e ao consentimento”, Revista Brasileira de Bioética, Vol. 3, n. 01, Sociedade Brasileira de Bioética, Brasília, 2007, p. 23/24)

²⁰ Brasil, Ministério da Saúde, Secretaria de Assistência à Saúde. *Conselho Nacional de Saúde. Diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília: Ministério da Saúde/Conselho Nacional de Saúde; 1997*

não significa que esteja esclarecida, caso ela não compreenda o sentido das informações e, principalmente, se estas não forem adaptadas às suas circunstâncias culturais e ao momento psicológico que está vivenciando.”

É interessante perceber que, apesar de todo um arcabouço legal existente, questões relativas à autonomia apenas agora começam a ser discutidas nos tribunais brasileiros com a mesma frequência de suas contrapartes francesa e norte-americana, por exemplo²¹.

A razão para tanto pode estar no desestímulo causado pela demora na entrega da prestação jurisdicional, no alto custo de um processo, ou mesmo no fato de que consentimento informado, escolha esclarecida e direito à recusa de tratamento sejam encaradas mais como uma questão ética que uma possibilidade juridicamente tutelada.

Ainda no Brasil, o Código de Ética Médica é bastante claro ao proibir a prática de atos que limitem o direito do paciente em conhecer sua situação clínica, ou que venham a restringir o seu direito de livre escolha terapêutica:

Art. 12 — [É vedado ao médico] Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Art. 13 — [É vedado ao médico] Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 22 — [É vedado 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.

²¹ Sílvio Romero Beltrão, em seu livro *Direitos da Personalidade* (2ª edição, Atlas, São Paulo, 2005, pág. 173, aborda o tema sob escrutínio, acrescentando que “Concretamente, quanto aos deveres de informação em sentido lato, cumpre assinalar que a tendência atual é no sentido de uma crescente intensificação de tais deveres, particularmente sob a influência do direito ao desenvolvimento da personalidade e da defesa e proteção do paciente. Evidentemente que o exato alcance da informação dependerá do caso em concreto, em relação ao tipo de tratamento ao qual será submetido o paciente. Para esses fins, não há uma forma geral prescrita em lei para a prestação da informação e para a manifestação da vontade do paciente, pelo contrário, o Código Civil dispõe em seu artigo 107 que: “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Art. 24 — [É vedado 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.

Art. 26 — [É vedado ao médico] Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 31 — [É vedado ao médico] 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.

Art. 34 — [É vedado ao médico] Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 42 — [É vedado ao médico] Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

As disposições acima transcritas reforçam o posicionamento anteriormente esposado, no sentido de que todo o cuidado com o dever de informação, e com o direito à autonomia por parte do paciente, não podem se esgotar em um procedimento tão hermético e falho quanto o da obtenção do consentimento informado.

Hermético, por não permitir ao enfermo (usuário, utente do serviço de saúde, e consumidor em última análise), uma visão mais abrangente de seu quadro, restringindo seu papel ao ato de consentir ou não com o tratamento proposto. Justamente por isso, falho, já que impede o exercício da escolha esclarecida, que pressupõe não somente o conhecimento de todas as alternativas, mas também a compreensão do que cada uma delas pode representar²².

²² Tom Beauchamp, em seu artigo *Autonomy and Consent* (*in* *The Ethics of Consent — Theory and Practice*. Oxford University Press, 2010. Pág 68) assim discorreu a respeito: “At a minimum, persons understand only if they have acquired pertinent information and have relevant beliefs about the nature and consequences of their actions. Their understanding need not to be complete, because a grasp of the

Entender este processo de consentimento como um fim em si mesmo não atende aos princípios espalhados por todo o ordenamento jurídico brasileiro, criando uma falha no cumprimento do dever de informação. É um engano pensar que a obtenção do simples consentimento informado, nos termos como é conhecido e vem sendo praticado, pode representar um excludente de responsabilidade civil, ou mesmo um eximente de culpabilidade, no caso de ocorrer um resultado não desejado ao longo do tratamento.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico português, o tema perpassa outras áreas incontornáveis, uma vez que entendemos indissociável a responsabilidade por informações, e o dever de informar e esclarecer como pressupostos do ato válido de consentir, possibilitando o pleno exercício da autonomia.

Impossível deixar de mencionar aqui a influência do art. 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina²³ e os arts. 156º e 157º do Código Penal Português²⁴⁻²⁵.

material facts is generally sufficient, but in some cases a person's lack of awareness of even a single risk or missing fact can deprive him or her of adequate understanding. There are several reasons why limited understanding can occur in a process of deliberative choice and consent. Some patients and subjects are calm, attentive, and eager for dialogue, whereas others are nervous or distracted in ways that impair or block understanding. Conditions that limit their understanding include illness, irrationality, and immaturity. Deficiencies in the communication process also often hamper understanding. A breakdown in a person's ability to accept information as true or untainted, even if he or she adequately comprehends the information, can compromise decision making"

²³ Convenção de Oviedo — Art. 5º Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

²⁴ Art. 156º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários) — 1. As pessoas [profissionais de saúde] que [...] realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

²⁵ Art. 157º (Dever de esclarecimento) — [...] o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento [...].

No próprio Código de Deontologia Médica, o dever de esclarecimento e o direito ao consentimento informado caminham juntos, como se percebe nos dispositivos consubstanciados nos artigos 19º e 20º daquele diploma:

Artigo 19º — Esclarecimento do médico ao doente

1 — O doente tem direito a receber e o médico o dever de prestar esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença.

2 — O esclarecimento deve ser prestado previamente e incidir sobre os aspetos relevantes de atos e práticas, dos seus objetivos e consequências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência.

3 — O esclarecimento deve ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente.

4 — O esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural.

5 — O esclarecimento deve ser feito, sempre que possível, em função dos dados probabilísticos e facultando ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e tomar uma decisão consciente.

Artigo 20º — Consentimento do doente

1 — O consentimento do doente só é válido se este, no momento em que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais.

2 — Entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar-se.

3 — O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver riscos significativos ou graves consequências para a sua saúde e vida.

Mesmo um resultado satisfatório do ponto de vista clínico, pode mais tarde vir a ser interpretado como falho, se confrontado com outros possíveis desfechos esperados a partir de outros métodos terapêuticos não informados ao paciente.

Esta ausência de informação não significa necessariamente uma atitude negligente, mas sim a expressão da convicção do médico, baseado em sua própria experiência ou na literatura especializada, de que o tra-

tamento proposto era o mais adequado ao caso concreto²⁶. Ocorre que tal não é suficiente para suprir, de maneira completa, os princípios éticos e jurídicos que o obrigam a apresentar toda a informação disponível ao paciente. A não indicação de todas as alternativas possíveis pode ser entendida, em um eventual procedimento disciplinar, ou mesmo jurídico, como indução ao tratamento através de omissão de informações, o que contraria os princípios da autonomia e da boa-fé objetiva.

Esta noção não é diferente em outras jurisdições. Aliás, é uma tendência de pensamento que começa a ganhar corpo, como se depreende das palavras de André Pereira²⁷:

Mais recentemente, alguns autores vêm propondo um conceito mais abrangente. Assim, na doutrina anglo-saxónica critica-se a expressão *informed consent*, visto que a informação é apenas um aspecto do consentimento esclarecido (“*comprehensive or enlightened consent*”). Assim, vem sendo proposta a utilização da expressão *informed choice*. Este conceito teria a virtude de abranger, entre outros aspectos, a informação sobre as conseqüências da recusa ou revogação do consentimento, as alternativas terapêuticas, a escolha dos medicamentos (o que implica alterações à regulamentação da publicidade dos medicamentos, a escolha do estabelecimento de saúde, etc.

No direito português encontramos consagrado o direito à “*informação sobre os serviços de saúde existentes*” e o “*direito à livre escolha do médico*”, e ainda o direito à “*segunda opinião*”. Tudo aspectos que vão para além do simples consentimento livre e esclarecido. São expressões avançadas do direito ao consentimento informado, na sua vertente mais moderna de *informed choice*: a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, não só que o paciente consinta ou recuse

²⁶ Steven Joffé e Robert D. Truog, em seu artigo “Consent to Medical Care: The importance of fiduciary context” (The Ethics of Consent — Theory and Practice. Oxford University Press, 2010. Pág. 355), assim complementam: “Perhaps more important, during the course of complex medical care, physicians must inevitably make many choices about lesser issues on the basis of an implicit grant of authority from the patient rather than on the basis of explicit consent for each choice. Although these choices may relate to the “routine and low-risk aspects of the patient’s medical treatment” noted by Faden and Beauchamp, it nevertheless seems evident that when making such choices physicians unavoidably step out of their advisory roles”.

²⁷ In O Consentimento Informado na relação médico-paciente. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 74

uma (heteronomamente) determinada intervenção, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico e farmacêutico.

Em outras palavras, mesmo com a obtenção do válido e regular consentimento informado, se este não é resultante de uma escolha esclarecida, está sujeito aos riscos decorrentes da própria imprevisibilidade inerente à atividade médica.

Uma palavra-chave surge então, como caminho para a resposta: transparência. Transparência na quantidade, na qualidade da informação transmitida pelo médico ao seu paciente, de modo a não apenas cumprir um dever mecânico, mas, sim, permitir a exata compreensão necessária ao ato de assentir com a intervenção proposta, sabendo o motivo e podendo justificar — dentro de suas limitações cognitivas e culturais — o motivo da escolha de tal ou qual linha terapêutica de tratamento adotada.

O esclarecimento vai além da informação, porque a pessoa pode ter sido informada e não obstante não ter sido esclarecida; não ter compreendido perfeitamente as informações que lhe foram prestadas, seja porque não foram claras o suficiente, seja porque não tenham sido adequadas à sua linguagem, às suas características culturais, psicológicas ou ainda porque foram insuficientes, etc. Neste sentido, é de bom alvitre pontuar que para esclarecer não é preciso, aliás, tampouco aconselhável que o médico forneça ao paciente um manual completo de anatomia ou outro qualquer em linguagem técnica e ininteligível por quem não seja do mesmo meio que ele, médico. Excesso de informação e esclarecimento, não são sinônimos e esclarecer não é nem de longe, cumprir o protocolo. É antes disso, a base da relação médico e paciente e o que se exige é a qualidade da informação, que não tem, necessariamente relação com a quantidade.

Por isso, para que se dê por cumprido o dever de esclarecimento é preciso atenção, cuidado, paciência e lealdade: atenção porque o esclarecimento pressupõe o diálogo mais do que a transmissão de palavras; pressupõe a capacidade que deve ter o médico de perceber o eco produzido no paciente pelas informações por ele prestadas, necessita da presença de todos os sentidos em alerta para a interpretação dos sinais corporais que são transmitidos pelo paciente quanto ao assentimento, entendimento, incompreensão, desconforto, etc; precisa de cuidado para saber escolher o que dizer e como dizer, nada significando que deva ser omitido do paciente informação relevante para sua escolha, mas também não importando dizer-lhe nua e cruamente aquilo para o qual ele — paciente,

leigo e vulnerável — não esteja preparado para ouvir sem uma dose de sensibilidade; é preciso paciência para saber que, por não ser o paciente, em regra, letrado nas *leges artis* talvez seja preciso repetir várias vezes e de diversas formas a mesma informação até que tenha sido ela efetivamente compreendida, ou ainda, para responder aos questionamentos do paciente — nem sempre pertinentes aos seus olhos de profissional — com simplicidade e veracidade.

A lealdade acima mencionada pressupõe a boa-fé, elemento que servirá de elo entre os deveres deontológicos de informar, e os deveres jurídicos de esclarecimento, como bem sintetizado por Flora Margarida Clock Schier²⁸:

“A essência do dever de informar, conforme ficou estabelecido, está em proporcionar ao consumidor a verdade sobre todo o produto durante a relação negocial que inicialmente é determinante de seu consentimento e contribui para que este consentimento seja mais reflexivo, consciente, protegido e livre. Considera-se que o dever de informar é um meio de proteção ao consentimento, devendo ser observado em todas as fases negociais (antes, durante e depois)”.

Em momento algum se pretende convencer que esta é uma tarefa fácil. Os percalços do cotidiano, a crônica falta de tempo dos profissionais médicos, a inadequada capacidade das instalações físicas dos serviços de saúde, a incapacidade do paciente leigo em compreender as informações, ou mesmo em querer recebê-las, a elevada demanda por serviços médicos e o número reduzido de profissionais parecem justificativas perfeitas para que se transfira a um segundo (ou terceiro) plano a transmissão adequada, transparente e completa das informações necessárias à obtenção do consentimento através da escolha esclarecida.

Entretanto, diminuir a importância deste ato é expor-se em demasia a um risco desnecessário. É possível, sim, questionar o senso de justiça imbuído nos textos legais acima mencionados. O que não se pode, entretanto, é retirar-lhes por vontade individual o seu valor e efetividade enquanto força normativa. Assim, é preciso ter a consciência de que os preceitos legais relativos ao dever de prestar informação correta, com-

²⁸ A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar. Juruá Editora, Curitiba, 2009, pág. 121.

pleta e adequada, e à autonomia do paciente, precisam ser observados e respeitados.

Ironicamente, após eleger o princípio da autonomia como pilar do consentimento informado, percebemos que apenas este não é suficiente para enfrentar um sistema legal que falha ao promover os valores pessoais de individualidade do paciente. Para proteger a autodeterminação, precisamos estabelecer um sistema que permita ao paciente ter acesso às informações pertinentes aos seus valores e crenças pessoais, de modo a lhe permitir tomar uma decisão informada e esclarecida.

Por outro lado, promover a autonomia do paciente não pode significar que a *expertise* médica seja desconsiderada, ou mesmo ignorada. Pacientes e médicos devem comunicar-se buscando opções terapêuticas que definam o melhor caminho, se não o mais adequado, mas o que melhor atinja os objetivos propostos. E os atuais parâmetros legislativos inibem tal discussão. Não há, por exemplo, norma jurídica alguma que padronize, ou mesmo defina, como deve ser este processo de esclarecimento, fornecendo apenas parâmetros balizadores, mas deixando-o à sensibilidade — por vezes, inexistente — de cada profissional.

Ou ainda, voltando às palavras do Professor Jorge Ferreira Sinde Monteiro²⁹ “as informações dadas por profissionais, que são ou aparecem publicamente como competentes, suscitam um elevado grau de confiança e as próprias necessidades do comércio jurídico falam no mesmo sentido”.

Mais que lançar pacientes e profissionais de saúde uns contra os outros, pedindo aos pacientes para confiar cegamente em seus médicos, ou pedindo aos médicos que forneçam dados estatísticos sem emitir opinião profissional, um procedimento de obtenção de escolha esclarecida que fortaleça o diálogo aberto, permitindo a divisão de corresponsabilidades entre o médico e o paciente, restabelecendo esta tão desgastada relação. Um processo de decisão compartilhada, amparado pela escolha esclarecida, pode atingir estes objetivos.

²⁹ Op. Cit, pág 587.

Referências Bibliográficas

- AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e informação. Efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- BEAUCHAMP, Tom L. *Autonomy and Consent. In The Ethics of Consent — Theory and Practice*. Oxford University Press, 2010. P. 55-78.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da Personalidade*. 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2005.
- BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018, de 27/09/2018).
- FORTES, Paulo. *Um olhar bioético sobre as legislações brasileira e francesa relativas aos direitos dos pacientes à informação e ao consentimento*, in Revista Brasileira de Bioética, Vol. 3, no. 01, Sociedade Brasileira de Bioética, Brasília, 2007.
- JOFFE, Steven, TRUOG, Robert D. *Consent to Medical Care: The importance of fiduciary context. In The Ethics of Consent — Theory and Practice*. Oxford University Press, 2010. P. 347-376.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*. Almedina, Coimbra, 1989.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, in Temas de Direito da Medicina. Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Responsabilidade Médica*. AAFDL Editora, Lisboa, 2017.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- PORTUGAL. ORDEM DOS MÉDICOS DE PORTUGAL. Código de Deontologia Médica (Regulamento nº 707/2016, de 21/07/2016)
- SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Juruá Editora, Curitiba, 2009.