

**CONSENTIMENTO INFORMADO: UM CONCEITO
INCOMPREENDIDO**
**BREVE ENSAIO SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA MEDICINA E SUAS
CONSEQUÊNCIAS NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE**

*INFORMED CONSENT: A MISUNDERSTOOD CONCEPT
SHORT ESSAY ABOUT THE JUDICALIZATION OF THE MEDICINE AND ITS
CONSEQUENCES IN MEDICAL-PATIENT RELATIONSHIP*

Ricardo Cesar Duarte*

Como citar: DUARTE, Ricardo Cesar. Consentimento informado: um conceito incompreendido breve ensaio sobre a judicialização da medicina e suas consequências na relação médico-paciente. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-10, jan.-jul., 2016. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Consentimento informado: conceitos e fundamentos. 2 Consentimento informado no Brasil: legislação. 3 Análise da judicialização: a falta de consentimento informado. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente artigo visa descrever, por meio da análise de doutrina sobre o tema e da jurisprudência pertinente, a forma como, no contexto das relações privadas envolvendo o direito à saúde, o instituto “consentimento informado” vem sendo aplicado pela classe médica e pelo judiciário, de modo a apontar as diferenças de concepção e os efeitos decorrentes dessa discrepância. Entendemos que o consentimento informado é um conceito fundamental do atual direito à saúde (sobretudo em seu aspecto privado) aplicado de forma insatisfatória pela comunidade médica, que, numa atitude receosa, procura apenas documentar seu dever de informar, de modo a evitar uma possível condenação nos tribunais no caso do ajuizamento de uma ação de reparação de danos por má conduta profissional, por exemplo. Pretendemos demonstrar que essa utilização é insatisfatória justamente por não compreender o real sentido do consentimento informado, que, muito mais que um documento, é um instrumento de proteção do paciente, devendo ser adquirido não por uma simples assinatura em um formulário padronizado, mas por meio de um diálogo entre o paciente e o médico. Demonstraremos, ademais, que os Conselhos de Medicina e os tribunais podem ter um papel importante nessa conscientização: o primeiro por orientar os médicos por meio de resoluções e outras normativas e o segundo por decisões de mérito sobre os casos concretos, atuando, sempre que possível, de forma didática e garantindo o respeito efetivo do acesso à informação, que por sua vez deve ser compreendido como um direito fundamental a ser efetivado, também, no plano horizontal, ou seja, entre particulares.

Palavras-chave: Direito à saúde no âmbito privado. Relação médico-paciente. Consentimento informado. Diálogo. Efetivação horizontal dos direitos fundamentais.

ABSTRACT: *This article aims to describe how, in the context of private relations involving the right to health, the institute "informed consent" has been applied by the medical class and the judiciary, in order to point out the differences in the conception of the institute and the effects of this discrepancy. We understand that the informed consent is a fundamental concept of the right to health (especially in its private aspect) which, unfortunately, has been applied in an unsatisfactory manner by the medical community. The medic class, due to some kind of fearful attitude, tends to document their duty to inform only to avoid a possible conviction in the courts, in the case of an action for damages caused by professional misconduct. We intend to demonstrate that such use is unsatisfactory precisely for not understanding the real meaning of the informed consent, which is an instrument to protect the patient, thereby such consent shall not be acquired by a simple signature on a standardized form, but through a process of dialogue between the patient and the doctor. In this sense, we will demonstrate that the medical professional associations and the courts may have a leading role in this process, with the first guiding physicians through resolutions and generic orientations and the second through decisions on the merit of individual cases, punishing didactically and ensuring the effective respect of access to information in the horizontal plane.*

Keywords: *Right to health. Private relations. Informed consent. Human rights. Horizontal effects.*

* Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e servidor público federal lotado na Procuradoria Geral da República. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, Direitos Humanos e Direito do Trabalho.

INTRODUÇÃO

Objetivamos, neste artigo, apontar elementos que demonstrem uma confusão conceitual do profissional médico sobre o instituto do “consentimento informado”, no contexto da chamada “medicina defensiva”, fenômeno que pode ser definido, de forma concisa, como uma prática “médica que prioriza condutas e estratégias diagnósticas e/ou terapêuticas e que têm como objetivo evitar demandas nos tribunais” (MINOSSI e SILVA, 2013, p. 494).

Nosso argumento demonstra que, na ânsia de se proteger documentalmente, o profissional médico acaba por se municiar de termos de “consentimento informado” que não passam de formulários padronizados, incapazes de provar que o dever de informar foi realizado, justamente por não poderem comprovar a manifestação de uma vontade esclarecida pelo paciente.

Neste passo, entendemos que para compreender o significado do instituto do “consentimento informado”, sua importância e seu alcance no direito à saúde, devemos, antes, contextualizar a forma do exercício da medicina contemporânea.

Nesse sentido, verificamos que GOLDIM e FRANCISCONI (2000), ao analisarem os diversos tipos de relação entre o profissional médico e o paciente, propuseram uma classificação que indicou diversos modelos de relação, dentre eles o “sacerdotal”, que por sua vez seria a forma de exercício da medicina tradicional (hipocrática), no qual a decisão do médico, que por ser uma figura de autoridade e detentor do conhecimento, não consideraria a vontade do paciente.

Ocorre que diante das mudanças sociais ocorridas com a Revolução Industrial e do racionalismo filosófico, a arte médica foi paulatinamente perdendo seu caráter “divino” e se tornando uma técnica. O médico se transformou em um profissional como outro qualquer (DANTAS, 2009), sem poder de autoridade e a medicina se tornou uma relação de prestação de serviços mais banalizada.

Verificamos, assim, uma massificação e uma despersonalização (mercantilização) do atendimento médico. Do mesmo modo, verificamos também a inserção de conceitos de como a da responsabilidade ética, civil e penal do médico. Temos, também, uma clara mudança do papel do paciente, que deixa de ter uma posição submissa diante do médico e assume uma postura mais participativa, na qual sua vontade deve ser respeitada diante do tratamento médico.

Desse modo, a prática da medicina foi se alterando, com uma mudança do viés autoritário, no qual o médico, por seus conhecimentos específicos, tinha o total controle sobre o tratamento, para uma postura mais aberta e participativa, na qual o paciente tem ciência de seus direitos e maior autonomia. Temos, então, a ascensão de um modelo de prática médica contratualista (GOLDIM E FRANCISCONI, 2000), no qual o poder de decisão é compartilhado entre médico e paciente.

Em suma, podemos afirmar que a atual prática médica é moldada pelo dever geral do médico de informar o seu paciente de todas as circunstâncias relacionadas ao seu tratamento, dever que, em última análise, visa proteger o direito de escolha do paciente.

A partir dessa contextualização da prática da medicina, podemos descrever uma nova realidade, que é fruto dessa nova postura do paciente, que, ciente de seus direitos, busca reparação, pela via judicial, de eventuais danos causados pela má conduta médica. Trata-se da “judicialização da medicina”, que afeta profundamente a prática médica, sobretudo em relação aos seus custos, seja na forma de uma maior realização de exames, de modo a municiar a classe médica de provas documentais, seja na forma do aumento da busca de uma proteção securitária.

Asseveramos que o aumento desses custos é compensado, em grande parte, pelo maior cuidado e maior atenção no modo de proceder ao tratamento médico, ademais entendemos que:

[...] a constatação de que, para o médico ou para outro agente de saúde negligente, imperito ou imprudente, existe o risco real de ser obrigado a ressarcir a vítima de uma conduta inadequada, *representam um avanço concreto no sentido de se alcançar real equilíbrio nas relações contratuais mantidas entre o agente de saúde e o paciente.* (SCAFF, 2010, p. 114-115, grifos nossos)

E é justamente no aspecto do equilíbrio da relação contratual entre médico e paciente, conforme apontado por SCAFF, que se insere o problema apresentado neste artigo, a saber, a “incompreensão” do instituto “consentimento informado” como ferramenta facilitadora do diálogo e da troca clara de informações. Dada a importância do problema, pretendemos apontar alternativas para mitigar esse cenário, no qual há uma desigualdade contratual persistente, que pode incentivar a uma judicialização que, em última análise, afasta e contrapõe o médico e o paciente.

1 CONSENTIMENTO INFORMADO: CONCEITOS E FUNDAMENTOS

Conforme afirmamos anteriormente, a prática da medicina foi se alterando no decorrer do tempo. Ela passou de uma relação historicamente marcada pelo poder decisório do médico sobre o paciente, e, por conseguinte, pela desconsideração da vontade do último no processo de tomada de decisão sobre a sua própria saúde, para uma relação pautada pelo dever de informação, que pode ser definido como a obrigação do médico de prestar ao seu paciente todos os dados sobre sua condição e todas as opções terapêuticas, em benefício da autonomia.

Vimos também que se trata de uma mudança de paradigma na medicina, que passa a ser uma atividade que respeita a autonomia privada do paciente e que passa a se realizar por meio na tomada de decisões livres e conscientes. Assim, podemos afirmar que, no âmbito das relações entre o médico e o paciente, o consentimento informado é a própria expressão dessa autonomia, pois é por meio do consentimento que o paciente manifesta sua vontade, aceitando ou recusando determinados tratamentos ou intervenções médicas.

A propósito, conforme relatado por Miguel Kfourri, temos que a primeira referência histórica ao consentimento informado se deu em um julgamento ocorrido na Inglaterra em 1767, no qual:

[...] um paciente, Sr. Slater, procurou o Dr. Blaker, que atuava junto com o Dr. Stapleton, para dar continuidade ao tratamento de uma fratura óssea em sua perna. Os dois médicos, sem consultar o paciente, ao retirarem a bandagem, desuniram o calo ósseo, propositalmente, com o objetivo de utilizar um aparelho, de uso não convencional, para provocar tração durante o processo de consolidação. O paciente foi à Justiça acusando os médicos de terem provocado por ‘ignorância e imperícia’ nova fratura, causando danos desnecessários, além de não terem informado ou consultado sobre o procedimento que seria realizado. [...] A Corte condenou os médicos por quebra do contrato na relação assistencial com o paciente. [...] *Na sentença ficou claro que o juiz estava preocupado tanto com a falta de consentimento quanto com a falta de informação* (KFOURI, 2002, p. 37-38 – grifos nossos)

Ainda no campo histórico, temos outro julgamento que balizou a importância da autonomia do paciente: o caso *Schoendorff v. Society of New York Hospitals*¹, que tratava de um dano que o autor sofrera ao se submeter a intervenção cirúrgica, sem seu consentimento prévio. No caso, ficaram famosas as palavras do juiz Benjamin Cardozo, que afirmou: “Todo ser humano adulto e em pleno gozo de suas faculdades mentais, tem o direito de determinar o que será feito com o seu próprio corpo”². É nesse contexto que o consentimento informado, como desdobramento da concepção de respeito à autonomia do paciente, representa o rompimento com o tradicional poder decisório do médico.

Verificamos, então, um novo modelo de tomada de decisão no contexto da saúde individual, que se fundamenta no respeito à autodeterminação do paciente. Nesse sentido, passa a ser fundamental para a tomada de decisão sobre o tratamento a ser aplicado, não apenas as informações técnicas detidas pelo profissional médico, mas também a consideração dos valores, expectativas, desejos e crenças do próprio paciente. É por essa razão que a obtenção do consentimento livre e esclarecido pressupõe a troca de informações entre o profissional e o paciente.

Desse modo, verificamos que torna-se essencial ao médico não apenas transmitir a informação ao paciente, mas também certificar-se de que o paciente entendeu o que foi transmitido, para que, a partir do esclarecimento, possa ocorrer um diálogo completo.

Observamos, assim, que o processo de diálogo entre o médico e o paciente é muito mais que uma ferramenta de equilíbrio contratual entre as partes. Ele é a personificação da própria eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito à saúde, uma vez que permite ao paciente a possibilidade de compreender suas opções, de modo a mitigar a distância que o conhecimento técnico do médico provoca nessa relação.

No caso específico da relação médico-paciente, o consentimento informado seria, melhor dizendo, uma ferramenta de empoderamento do paciente frente ao conhecimento técnico do médico, capaz de garantir uma espécie de “publicidade” na relação, por obrigar o médico a esclarecer todo o tratamento/operação.

Temos assim, a realização de um dos aspectos da “constitucionalização” do direito, que nas palavras de Virgílio Afonso da Silva seria a:

[...] irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação [...] revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais. *Como se sabe, ainda que com relativizações, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado e os particulares. Essa visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que [...] nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico* (SILVA, 2014, p. 18 – grifos nossos)

Vale dizer, ao defendermos o consentimento informado como um instituto que privilegia a autonomia privada do paciente, estamos, em verdade, fortalecendo a visão de que a violação aos direitos fundamentais também pode ocorrer nas relações

¹ Conforme *Schoendorff v. Society of New York Hospital*, 106 N.E. 93 (N.Y. 1914). Disponível em: <<http://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/Schoendorff.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

² Tradução livre do inglês: “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body”.

entre particulares, o que implica reconhecer a ocorrência de uma verdadeira mudança de paradigma, responsável pelo “rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais” e, conseqüentemente, pela superação da “tradicional visão de que somente o Estado poderia ameaçar os direitos fundamentais” (SILVA, 2014, p. 52 e 53).

2 O CONSENTIMENTO INFORMADO NO BRASIL: LEGISLAÇÃO

Após as considerações a respeito dos fundamentos e do alcance do instituto do consentimento informado e da conclusão apresentada, de que o respeito ao instrumento representaria uma verdadeira mudança de paradigma na prática médica e seria um reflexo da própria efetividade horizontal dos direitos humanos, convém analisar como o conceito foi tratado pela legislação brasileira.

Verifica-se que, no Brasil, a temática do consentimento livre e esclarecido foi introduzida no início da década de 1980, sobretudo no campo da pesquisa e da bioética. Em 1981, temos a institucionalização do uso do “Termo de Conhecimento de Risco para todos os projetos de pesquisa com drogas não registradas”, por meio da Portaria 16/1981³ da Divisão de Vigilância Sanitária de Medicamentos (DIMED), um documento genérico e padronizado que visava “apenas informar ao participante sobre as características experimentais da utilização do fármaco” sem menção a critérios de capacidade do indivíduo para consentir (GOLDIM, 1997). Por sua vez, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1081, de 1982⁴, “estabeleceu que todas as provas necessárias para o diagnóstico e terapêutica deverão ser realizadas apenas com o consentimento do paciente” (GOLDIM, 1997).

Podemos observar, ainda, que a temática do consentimento informado vem sendo inserida na legislação brasileira de forma esparsa, sem regulamentação específica. O instituto é mencionado na Lei nº 9.263/96, que trata do planejamento familiar; na Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre o transplante de órgãos e na Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida (GUZ, 2010).

Por fim, podemos destacar que o “consentimento informado” é mencionado na Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde⁵. Ocorre que a instrumentalização do instituto na referida resolução ocorreu em um contexto de respeito à dignidade humana no âmbito das pesquisas científicas, e não necessariamente na relação entre médico-paciente.

Desse modo, podemos afirmar que não existe no Brasil, uma previsão legal que conceitue o “consentimento informado” no âmbito da relação da médico-paciente, o que torna o instituto extremamente flexível. Essa flexibilidade é, no nosso entender, uma das causas responsáveis pela confusão conceitual que acentua as dificuldades decorrentes de uma eventual judicialização da relação médico-paciente e incentiva a prática de uma conduta “defensiva” por parte dos médicos.

Podemos apontar, contudo, que, no ordenamento brasileiro, verifica-se uma clara defesa da autonomia privada, autonomia que integra o conceito do consentimento

³ Termo de Conhecimento de Risco, nos termos da Portaria 16/81, de 27/11/1981 (publicada em 14/12/1981 - DOU). Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/por16-81.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁴ Resolução 1081/82 do Conselho Federal de Medicina (publicada em 23/03/1982 - DOU). Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/cfm1081.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁵ Resolução nº 466/2012 do Conselho Nacional da Saúde (publicada em 12/06/2013 – DOU). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>. Acesso em: 28 abr. 2016.

informado, pois, como visto anteriormente, esse consentimento nada mais é que a própria manifestação da autonomia. Do mesmo modo, podemos afirmar que o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), garante a proteção dos direitos de personalidade do paciente, conforme disposto em seu artigo 15:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

3 ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO: A FALTA DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Conforme visto na seção anterior, a exigência do termo de consentimento informado não é obrigatória no ordenamento pátrio. Contudo, em função da conscientização do paciente em relação aos seus direitos e do reconhecimento pelos tribunais⁶ da importância do direito à informação, verificamos que a classe médica passou a adotar medidas visando a sua defesa em eventuais processos judiciais.

Nesse contexto, percebemos a proliferação de diversos sítios eletrônicos que disponibilizam aos médicos modelos de termos de consentimento a serem utilizados em sua atividade profissional⁷, com o propósito de propiciar maior segurança. Essa proliferação reflete, no nosso entender, uma das faces da “medicina receosa” (defensiva).

Nosso argumento é que a proliferação de modelos de “termos de consentimento” prejudica a plena compreensão do instituto do “consentimento informado”, pois, como visto anteriormente, para que o instituto cumpra plenamente seu papel, é preciso respeitar a importância da autonomia do paciente, o que implica em compreender que o consentimento é um processo, e não uma forma.

O consentimento tem de ser adquirido por um diálogo entre o doente e o médico, por meio do qual ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente, culminando, assim, na concordância ou não do paciente doente quanto à realização de um certo tratamento ou de certa intervenção. Por isso, é inconcebível que um formulário genérico de consentimento assinado pelo doente possa se sobrepor à troca recíproca de informações, dado que, afinal, a autonomia do paciente só pode ser respeitada com uma manifestação da vontade livre e esclarecida.

A propósito, se analisarmos a jurisprudência recente, veremos que há uma nítida tendência em destacar que o paciente deve receber informações objetivas, que esclareçam todas as suas dúvidas, como podemos verificar em trecho do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no já citado RESP nº 436827/SP⁸:

“Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia, o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria difícil e demorado, nada esclarecendo sobre a conveniência da

⁶ Nesse sentido: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (RESP 436827/SP, julgado em 01/10/2002, relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, (DJ 18/11/2002)”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200258595&dt_publicacao=18/11/2002>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁷ Ver, por exemplo, os termos disponíveis em: <http://www.unimed.coop.br/pct/index.jsp?cd_canal=52220&cd_secao=60595&cd_materia=303077> e <<http://www.biocor.com.br/novo/consent.php>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

⁸ Ver nota 6.

intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento do quadro”. (grifos nossos)

No mesmo sentido:

Responsabilidade civil. Indenização por danos morais e materiais. Cirurgia oftalmológica. Complicações não científicas à paciente. Falta de termo de consentimento informado. Cirurgia Experimental.

*Não se viu nos autos qualquer advertência à autora da gravidade de sua doença. Tampouco foi alertada, pormenorizadamente, dos riscos da cirurgia. Como visto, tampouco o informativo, supostamente entregue à autora, supriria a falta de informações. Ainda que não se possa apontar erro no uso da técnica e nos cuidados do réu com a autora, não pode o médico submeter o paciente ao risco de procedimento e técnica ainda não consagrados, e consequentemente de todas as complicações decorrentes, sem bem informar a respeito o paciente. Reside neste ponto, destarte, a responsabilidade do réu pelo sofrimento imposto à autora em razão de todas as complicações comprovadas nos autos e igualmente pela quebra da forte expectativa que criou para a correção da acuidade visual. Nesse passo, tem-se que o réu, como *fornecedor de serviço* e sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, *tinha a obrigação legal de bem informar a paciente* acerca dos serviços médicos que lhe seriam prestados, assim como todas as intercorrências da cirurgia, o que não ocorreu. O réu violou norma ética e, esta conduta, por si só, acarreta o dever de indenizar. À falta da prestação de informações adequadas, previamente à autora, não se pode afastar a responsabilidade do profissional pelas complicações sofridas pela autora. Percebe-se que o réu assumiu o risco do resultado, dirigindo sua ação de forma a expor a autora, insciente, aos riscos da cirurgia. [...]. Considerando as diversas complicações sofridas e também a falta de cuidado do réu, profissional renomado, na fase pré-contratual, justifica-se a concessão de reparação por danos morais. Recurso parcialmente provido para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais.* (grifos nossos)⁹

E:

Apelação cível. Ação de indenização de dano material, moral e estético. Cirurgia exclusivamente embelezadora. Correção de ptose e aumento de mama. Obrigação de resultado. Presunção de culpa. *Médico que não esclarece à paciente o fato de não possuir título de cirurgia plástica, além de não comprovar ter tomado os cuidados exigidos tanto no pré como no pós-operatório. Falta do dever de informação. Documento padrão que não configura consentimento informado. [...] 1. O direito à informação, materializado pelo consentimento informado, é uma garantia consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, além de um importante instrumento no equilíbrio da relação médico-paciente, conforme se extrai do disposto no artigo 6º, inciso III, da referida legislação. Serve, inclusive, para a minoração da vulnerabilidade do paciente que deve possuir todas as informações possíveis à formação do seu convencimento, sobretudo no que concerne a um procedimento eletivo, de cunho estritamente estético. [...]* (grifos nossos)¹⁰.

⁹Apelação Cível nº 01034565020068260100 SP 0103456-50.2006.8.26.0100, rel. Carlos Alberto Garbi, julgado em 29/04/2014. Inteiro teor disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120417048/apelacao-apl-1034565020068260100-sp-0103456-5020068260100>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁰Apelação Cível n. 2008.023951-9/SC rel. Des. Ronei Danielli, julgada em 02/09/2011. Inteiro teor disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20313684/apelacao-civel-ac-239519-sc-2008023951-9>. Acesso em: 23 jun. 2015.

Desse modo, podemos concluir que ao adotar formulários genéricos, a classe médica está apenas aumentando seus riscos, pois os referidos formulários são incapazes de comprovar que o consentimento do paciente foi livre e esclarecido, conforme asseverado por Lívia Haygert Pitan:

[...] não basta existir termo de consentimento informado para haver prova do cumprimento dos deveres informativos pelos médicos. Ao contrário do que se pretende, ao formular documentos vagos, imprecisos ou incompreensíveis, pode-se constituir um indício probatório de que o paciente não foi adequadamente informado (PITHAN, 2012, p. 91).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, podemos verificar, enfim, que a abordagem do instituto “consentimento informado” como mera assinatura em formulário-padrão cria obstáculos ao desenvolvimento do consentimento como um processo de decisão livre e esclarecida. No limite do argumento, essa atitude colabora para perpetuar a limitação da participação do paciente no processo de tomada de decisão e, conseqüentemente, impossibilita a efetividade horizontal do direito fundamental do paciente de acesso à informação.

Nesse sentido, vale destacar que KUCZEWSKI e MEISEL (2000) apontaram que o consentimento informado representado por um formulário assinado tem pouquíssimo valor para a defesa de médicos e hospitais. Tanto é assim que as “instituições mais progressistas *aboliram os termos de consentimento padronizados*, de tal sorte que requerem aos médicos que documentem o conteúdo de suas *conversações* com os pacientes nos respectivos prontuários médicos” (grifos nossos)¹¹.

Diante de todo o exposto, acreditamos que os tribunais brasileiros têm um papel fundamental nesse processo de qualificação do consentimento, na medida em que, ao analisar o caso concreto, caberá ao juiz delinear a ocorrência do consentimento livre e esclarecido na tomada de decisões. Do mesmo modo, caberá ao juiz aferir se houve o respeito e a completa efetivação do direito fundamental à informação no plano horizontal entre médico e paciente.

Convém asseverarmos que nessa análise judicial, é possível identificar e diferenciar os casos em que há a mera transmissão de informações e a assinatura de documentos daqueles casos em que ocorre uma efetiva participação do paciente, por meio de diálogo realmente “esclarecido”.

Já em relação aos Conselhos de Medicina, entendemos que eles podem ter um papel de conscientização, na medida em que podem informar a classe médica sobre

¹¹ Tradução livre do inglês: “*Demystifying Myths About Informed Consent: Myth #1: ‘A Signed Consent Form is Informed Consent’*. Nothing could be further from the truth, as many courts have pointed out to physicians who were only too willing to believe this myth. Consent forms are used as a matter of routine in both treatment and research settings because many hospital administrators, physicians, and their attorneys see these forms as providing protection against liability, despite the fact that they provide little protection. Consent forms can have some value. They create an inference that the patient at least had an opportunity to read the information on it. If the information presented in the consent form is adequate for a patient to make a decision, it will probably be helpful in the defense of a malpractice lawsuit. Contemporary forms are often optimistically referred to as “informed consent forms”—as if wishing would make it so. Under this guise, they provide a false sense of security to physicians and hospital administrators who are led to believe that a signed consent form constitutes informed consent. As a result, more progressive institutions are often doing away with standardized consent forms and require that physicians document the content of their conversations with patients in their patient’s medical records. This may facilitate a more intimate and patient-centered consent process that does not rely on the jargon and out-of-context information of standardized forms”.

como proceder para garantir que o paciente tenha sua autonomia respeitada. Eles também podem desestimular a adoção de termos genéricos e incentivar que o médico efetivamente informe o paciente de maneira clara, respeitando um processo de diálogo que culminará na manifestação de uma vontade livre e esclarecida por parte do paciente, a ser, apenas nesse caso, documentada.

Por todo o exposto, podemos concluir que a utilização do instituto do “consentimento informado” representa a efetivação de um modelo de prática da medicina que privilegia a efetivação dos direitos fundamentais no plano horizontal, em que a prestação do serviço médico deixa de ser representada por uma relação médico-paciente pautada na autoridade do primeiro, para uma relação mais equilibrada, capaz de produzir um resultado alcançado por meio do diálogo.

Nesse sentido, entendemos que as decisões de tratamentos médicos alcançadas por meio deste diálogo, são decisões que tendem a serem menos judicializadas, visto que são decisões mais aptas a respeitarem as garantias individuais.

REFERÊNCIAS

DANTAS, Eduardo. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão**, in Rev. HCPA 2007 n° 27, volume 2, pgs. 78-82. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/2568>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento informado no brasil – primeiras normas**. 1997. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

_____; FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Modelos de relação médico-paciente**. 2000. Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/relacao.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

GUZ, Gabriela. **O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros**, in Revista de Direito Sanitário, n° 1, volume 11. São Paulo, junho de 2010. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13197>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

KFOURI, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KUCZEWSKI, Mark; MEISEL, Alan. *Demystifying myths about informed consent*, in *Risk Management Foundation of the Harvard Medical Institutions*.

Disponível em:

<http://www.rmhf.harvard.edu/~media/Files/_Global/KC/Forums/2000/ForumAug2000.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

MINOSSI, J.G.; SILVA, A. L. **Medicina defensiva: uma prática necessária?** Rev Col Bras Cir. [periódico na Internet] 2013;40(6). Disponível em: <<http://www.scielo.br/rcbc>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

PANISA, Patrícia. **O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica e a responsabilidade civil médica.** São Paulo: RCS Editora, 2006.

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

PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado no Poder Judiciário brasileiro,** in Revista da AMRIGS, Porto Alegre, nº 56, volume 1, pgs. 87-92.
Disponível em: <http://www.amrigs.com.br/revista/56-1/0000095683-17_1000.pdf >.
Acesso em: 23 jun. 2015.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no âmbito Privado – Contratos de adesão, planos de saúde e seguro saúde.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros Editora, 2014.