

RELAÇÃO MÉDICO- PACIENTE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO



Adriana Maluf

Resumo: As relações entre os profissionais da área da saúde e o paciente e seus familiares, vem tomando novos rumos na atualidade. O paciente, tem o direito de conhecer sua moléstia, prognóstico e alternativas de tratamento, anuindo-o através da manifestação de sua vontade demonstrado no consentimento informado. Desta íntima e delicada relação, entretanto, pode advir a responsabilização civil e/ou criminal quando o tratamento não produz o resultado desejado.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento do tema. 2.1. Do consentimento informado. 2.1.2. Natureza jurídica do consentimento informado 3. O biodireito, a bioética e a responsabilidade civil dos profissionais da área da saúde . 3.1 responsabilidade civil do médico. 3.2. responsabilidade civil do odontólogo

1. Introdução

Na atualidade muito vem se destacando a presença do médico, do odontólogo e dos demais profissionais da área da saúde em sua relação com os pacientes e suas famílias, desde os momentos iniciais quando a primeira consulta é realizada, passando pela apresentação do diagnóstico, pela determinação da terapia clínica ou biotecnológica, instruindo e aplicando a conduta mais conveniente em cada caso, dentro de um amplo e complexo universo que esbarra muitas vezes em crenças religiosas e valores pessoais.

O médico é, amparado por sua equipe, multidisciplinar, o grande agente da pesquisa e da administração das modernas técnicas utilizadas para diagnóstico e tratamento e em biotecnologia disponíveis, cujas práticas envolvem diversas atividades.

Não poderia ser de outra forma, senão permeada por diversos conflitos bioéticos esta relação tão íntima, tão delicada e tão importante que se estabelece entre as partes: médico, odontólogo e corpo clínico de um lado; paciente e sua família de outro, onde o Estado no auge do seu poder regulamentador estabelece os limites, os parâmetros, as normas de conduta para os diversos casos, incidindo a responsabilidade desses profissionais nos casos de conduta delituosa.

Nesse sentido pode-se concluir que as relações médico-paciente devem ser pautadas pelas normas éticas e jurídicas e aos princípios basilares que permeiam essas relações, principalmente no que tange ao diagnóstico e conduta terapêutica a ser apresentada.¹

É de vital importância o respeito aos princípios da autonomia (externado pelo consentimento informado - livre e esclarecido), beneficência, não maleficência e justiça, objetivando o melhor cuidado dedicado ao paciente tendo em vista sua intrínseca dignidade.²

2. Desenvolvimento do tema

Inicialmente, temos que à luz dos princípios fundamentais elencados no Código de Ética Médica, “a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade”.

³

Sua ciência alterou-se radicalmente com o passar dos tempos e o desenvolvimento da técnica.

Assim sendo, em face da importância da relação médico/profissionais da área da saúde-paciente na manutenção da saúde populacional, são deveres inerentes à prática médica e odontológica: a informação detalhada do quadro de saúde do paciente, bem como a explanação do tratamento a ser implantado em face do diagnóstico apresentado, cuidar do paciente com zelo e dedicação utilizando-se de todos os recursos inerentes à sua profissão, respeitar as decisões pessoais dos pacientes no caso de recusa do tratamento oferecido, bem como os limites contratuais estabelecidos em cada caso, preservar o sigilo

¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de Bioética e biodireito, São Paulo:Atlas, 2010, p. 316 e 317.

² Em artigo recém publicado no Jornal o Estado de São Paulo, apontou que os índices brasileiros de confiança no médico ficam acima da média mundial – 67%, sendo que dos entrevistados 44% recomendariam seus serviços profissionais a um amigo. Ainda na pesquisa, apenas 30% dos entrevistados referiram achar boa a comunicação entre médico e paciente. “Escolher um bom médico de confiança é fundamental para a relação médico-paciente”. Jornal OESP 14.11.2010, p.A29.

³ FRANÇA, Genival Veloso – Direito Médico, 10.ed., Rio de Janeiro: gen/Forense, 2010, p.7.

profissional tendo em vista o a intimidade do paciente (observadas as exceções prevista em lei – Resolução n.999/80 do CFM).⁴

O direito à informação é um direito previsto constitucionalmente no art. 5º,XIV da CF. E nesse sentido, mais importante do que a informação é a qualidade da mesma.

Assim sendo, muito se destacou a presença do médico e sua relação com os pacientes e suas famílias, desde os momentos iniciais quando da primeira consulta, passando pela terapia clínica, e demais etapas do tratamento, instruindo o paciente e aplicando-se a terapia mais conveniente em cada caso, mesmo quando esbarram em crenças religiosas ou valores pessoais.

São portanto deveres inerentes à prática médica: a informação detalhada do quadro de saúde do paciente, bem como a explanação do tratamento a ser implantado em face do diagnóstico apresentado, cuidar do paciente com zelo e dedicação utilizando-se de todos os recursos inerentes à sua profissão, respeitar as decisões pessoais dos pacientes no caso de recusa do tratamento oferecido, respeitar os limites contratuais estabelecidos em cada caso, preservar o sigilo profissional tendo em vista o a intimidade do paciente (observadas as exceções prevista em lei – Resolução n.999/80 do CFM).⁵

A relação médico paciente é uma relação baseada principalmente na confiança – o que se vê dificultado na assistência médica da rede pública -, é também uma relação de consumo, onde aplicam-se as normas do CDC.

2.1. O Consentimento informado

O ser humano é dotado de direitos fundamentais, inerentes à sua personalidade, protegidos constitucionalmente. Estes se manifestam em vários ramos de sua existência.

⁴ DINIZ,Maria Helena – O Estado atual do biodireito, 6ºed., São Paulo:Saraiva, 2009,p. 632 a 659; KFOURI Neto, Miguel – Responsabilidade civil do médico, São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 7ºed.,2010,p.34.

⁵ DINIZ,Maria Helena – O Estado atual do biodireito, op.cit.,p. 632 a 659.

Enquanto paciente, esses mesmos direitos lhe são atribuídos, tais como o direito à informação a cerca de sua moléstia – o diagnóstico, prognóstico, duração, custos e riscos do tratamento, ao sigilo, ao tratamento médico e odontológico, ao tratamento humano e paliativo, aos cuidados médicos, à alimentação, o direito de consentir ou não que lhe sejam aplicados determinados procedimentos clínicos os cirúrgicos, além do acesso ao prontuário médico.⁶

O consentimento informado constitui direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicobiofísica, devendo ser alertado pelo médico dos riscos, benefícios, das alternativas envolvidas e possibilidades de cura, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades.⁷

Na concepção de Miguel Kfouri Neto, as ocorrências associadas ao consentimento informado têm assumido grande importância, no que tange à responsabilidade civil na área médica. “Não será em demasia afirmar que, em breve, será o ponto central das discussões acerca do tema”.⁸

⁶ O Código de defesa do consumidor assegura o direito à plena informação sobre os produtos e serviços oferecidos ao público pelos fornecedores, que consequentemente passam a ser responsabilizados em caso da dano causado aos consumidores. O Código de Ética Médica veio também reforçar o direito do paciente de decidir livremente sobre o tratamento que lhe será indicado. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROCEDIMENTO MÉDICO. PREVISÃO CONTRATUAL. TUTELA ANTECIPADA. MULTA. MINORAÇÃO. DECISÃO. ART. 557, §1º- A DO CPC. AGRAVO LEGAL. O art. 15 do novo Código Civil c/c o art. 6, III do CPDC, delimita a responsabilidade do profissional de saúde. Por outro vértice, o Código de Ética Médica há muito já previu o **consentimento informado**. Destaque-se, ainda, que nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal, nos termos do parágrafo único do art. 46 do Código de Ética Médica. Nesta ótica, torna-se imprescindível a concessão da tutela para o tratamento médico, no propósito de proteger a SAÚDE e a VIDA, direitos fundamentais indissociáveis garantidos pela Lei Maior, na perspectiva de realização do princípio fundamental de proteção da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º, CRFB/88), no caso de perigo de morte, conforme declarações médicas. Por outro giro, o valor da multa diária imposta é excessiva merecendo redução de R\$ 2.000,00 para R\$ 100,00. No que diz respeito ao recolhimento de custas, tendo em vista o princípio da acessibilidade inserto na CRFB/88 (art. 5º, XXXV) é possível postergar o recolhimento das custas do processo ou o seu parcelamento, antes da prolação da sentença, como se infere do Enunciado Administrativo nº 27. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO PRINCIPAL. DESPROVIMENTO DO AGRAVO LEGAL. Agr Instr. 0012188-40.2011.8.19.000.TJRS, Nona Câmara Cível, Des Rel Roberto de Abreu e Silva, j. 21.06.11

⁷ VENOSA, Silvio de Salvo - Direito civil, São Paulo:Atlas, 2010,10ºed,v.4, p.147.

⁸ KFOURI Neto, Miguel – Responsabilidade civil do médico, P.40 e 41.

E em contrapartida, quando o médico age sem respeitar a autonomia do paciente, arcará sozinho com todo o ônus de sua intervenção, ao passo que, ao respeitar o direito à autodeterminação do paciente, um direito da personalidade, estará repartindo o risco.

É essa autonomia do paciente, materializada pelo consentimento informado que legitima, tanto do ponto de vista da bioética, quanto do direito, a relação médico ou profissional da área da saúde e paciente.⁹

Concebe Genival Veloso França que o consentimento livre e esclarecido não pode ficar adstrito apenas ao médico e ao paciente, mas também se irradia pela própria instituição de saúde, para a família do paciente e alcança os demais profissionais da saúde.¹⁰

Diversos fatores são evocados quando falamos em consentimento informado, assim o princípio da autonomia, impulsionado pelas revoluções civis, trouxe o homem para o centro do ordenamento, passando este a ser considerado sujeito de direitos e garantias protegido pelo Estado.

Nesse sentido, a autonomia pode ser definida como liberdade dos condicionamentos externos, contrapondo-se ao paternalismo, que se justificaria como medida adotada para se evitar danos ao indivíduo, aqui considerado como incapaz de escolher o melhor para si, em face do seu estado de saúde.¹¹

Em matéria de bioética, tal como aduz Leo Pessini “o autoritarismo do médico para a escolha dos procedimentos a serem aplicados em cada paciente vem dando espaço a um outro paradigma nas ciências médicas, o modelo de parceria, num estilo mais participativo, onde o paciente, esclarecido da peculiaridade de seu quadro clínico, tem autonomia para decidir se vai submeter-se a determinada prática terapêutica ou não”.¹²

⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, São Paulo:Atlas, 2010, p. 32 ; BARROS Jr, Edmilson de Almeida – Direito médico, São Paulo:Atlas, 2011, p.108

¹⁰ FRANÇA, Genival – Direito Médico, op cit.,p.89.

¹¹ DINIZ,Maria Helena – O Estado atual do biodireito, op.cit.,p.661 a 664.

¹² EFICÁCIA AO TRATAMENTO DO AGRAVADO E QUE É DE USO EXPERIMENTAL. Evidencia-se que não se trata de medicamento experimental, pois já vem sendo comercializado e possui registro do órgão competente, não obstante inexistir informações precisas da eficácia no tratamento de papilomatose de laringe. No entanto, deve ser respeitada a prescrição medicamentosa, eis que constitui ato privativo do médico assistente a escolha por determinado medicamento, o que pressupõe o necessário exame do paciente, acompanhamento e evolução do tratamento, sendo de sua inteira responsabilidade a prescrição, notadamente diante do **consentimento informado**, ut art. 15 do Código Civil. Se o médico prescreve determinada medicação, com certeza acredita ser a que melhor atende ao tratamento para restabelecer o

Assim, o paternalismo de outrora, amparado na moral de beneficência vigente desde os tempos de Hipócrates, foi sendo substituído pelo consentimento informado, expressão do reconhecimento da autonomia do paciente, aceitando-se o indivíduo como capaz de decidir, ainda que com auxílio técnico, sobre a submissão a determinado tratamento.

Inconteste é, portanto, a importância do consentimento informado na apreciação do caso concreto, passando desde a observação da atuação profissional até a observação da autonomia do paciente.¹³

paciente ou pelo menos evitar o agravamento da moléstia, não podendo ser afastada sua disponibilidade por não constar das listas de medicamentos elaboradas pelo ente público, o que se coaduna com o que dispõe art. 32 da resolução CFM Nº 1.931, de 17.09.2008. Neste contexto, desinfluente a alegação de que o medicamento não é o indicado para o tratamento do agravado. Ressalte-se, que o médico que assiste o agravado é integrante do Hospital Universitário Gaffrée Guinle, vinculado à Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e ao SUS. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Agr Instr – 0051929-24.2010.8.19.0000. TJRS. Des Rel Roberto de Abreu e Silva, Nona Câm Civ., j. 21.06.11

¹³ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR. CIRURGIA DE LIGADURA DE TROMPAS. CONSENTIMENTO INFORMADO. COMPROVAÇÃO. LESÃO DA ALÇA DO INTESTINO. RISCOS QUE SÃO PREVISTOS NA LITERATURA MÉDICA. FATORES DE PREDISPOSIÇÃO DA PACIENTE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA REFORMADA. A responsabilidade do estabelecimento hospitalar, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico, sob pena de não haver erro médico indenizável. O consentimento informado estabelece que o médico deve dar ao paciente informações suficientes sobre o tratamento proposto. O direito de informação contém disposição expressa na Constituição Federal (art. 5º, XIV), constituindo-se num dos direitos do consumidor (art. 6º, inc. III, do CDC). Dever de informação igualmente presente no Código de Ética Médica. Hipótese em que os documentos dos autos comprovam a existência do consentimento informado. Situação em que o profissional adotou o procedimento recomendado para a cirurgia realizada (ligadura de trompas). A lesão da alça do intestino decorreu do risco do procedimento, bem como por fatores de predisposição da própria paciente. Imperícia não verificada. Sequer é possível falar em violação a dever de cuidado objetivo. Sentença de parcial procedência reformada. Precedente da Câmara. APELO DA PARTE RÉ PROVIDO. APELO DA AUTORA PREJUDICADO. Apelação Cível nº 70042026286, Nona Câmara Cível, TJRS, Des Rel: Leonel Pires Ohlweiler, j. 19/10/2011; APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. Consentimento informado. ÔNUS DA PROVA. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO NÃO COMPROVADA. Na hipótese dos autos, o autor moveu a ação contra o Hospital e o médico que lhe prestou os serviços. O autor foi submetido a procedimento cirúrgico de "vagotomia troncular e piloroplastia", e desenvolveu, após a cirurgia, a chamada Síndrome de Dumping. A prova pericial afirmou que o procedimento cirúrgico escolhido pelo médico era a opção adequada para tratar a patologia apresentada pelo paciente. No tocante ao direito à informação, trata-se de um dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, III, do CDC), e tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. O autor não comprovou a falha do dever de informar do médico, ônus que lhe incumbia, a teor do art. 333, I, do CPC. Os elementos dos autos levam a crer que o demandante tinha conhecimento do procedimento a ser realizado, bem como da gravidade de sua doença. Ademais, a prova carreada é segura no sentido de que o procedimento realizado era o indicado para a situação e extremamente necessário, e que a Síndrome de Dumping ocorre em 2 a 5% dos casos de cirurgia do estômago. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA. APELO DO AUTOR PREJUDICADO. Apelação Cível nº 70043775782, Décima Câmara Cível, TJRS, Des. Rel: Túlio de Oliveira Martins, J. em 29/09/2011; APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. HOSPITAL. CIRURGIA CORRETIVA REALIZADA NO JOELHO ESQUERDO SEM A PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DA PACIENTE. CONDUTA CULPOSA. ATO MÉDICO NÃO PRECEDIDO DO CONSENTIMENTO INFORMADO. PREJUÍZOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Illegitimidade passiva ad causam do hospital, na medida em que a

A discussão em matéria de bioética, pauta-se na possibilidade da intervenção do paciente na escolha do tratamento a ser-lhe designado, podendo este adotá-lo ou não, ainda que tal decisão coloque em risco a sua própria vida ou saúde.

A finalidade principal do consentimento informado é munir o paciente de informações esclarecedoras para que ele próprio possa decidir, conscientemente, sobre a adoção de eventual tratamento médico.

Não se deve afastar o direito do paciente decidir, esclarecidamente, sobre os tratamentos a que se submeterá, principalmente considerando que poderão ocorrer consequências permanentes, mesmo com possibilidade de que a decisão compartilhada venha a ser pior do que a decisão puramente técnica, que também não está isenta de erros.

“Respeitar a autonomia é a expressão do reconhecimento de que cabe ao paciente decidir sobre o próprio corpo, segundo sua visão de vida, fundada em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando divergentes dos dominantes na sociedade ou dos defendidos pelos médicos”.¹⁴

Tal como leciona Edmilson de Almeida Barros Jr “respeitar a autonomia é muito mais do que um direito do paciente, é um dever médico. E ainda assim, a autonomia do paciente

autora foi internada no nosocômio, mediante a autorização do IPE, de modo que o hospital apenas disponibilizou suas dependências para a realização da intervenção cirúrgica. Os procedimentos médicos feitos na autora foram de competência exclusiva do médico demandado, o qual não mantém vínculo empregatício com o nosocômio. Mantida a exclusão do hospital do polo passivo da relação jurídico-processual. 2. Como a responsabilidade civil do médico é subjetiva (art. 14, § 4º, do CDC), pelo contexto probatório, verifica-se que a autora logrou comprovar o agir culposo do demandado, na medida em que este modificou o procedimento sem o prévio consentimento da paciente ou de seus familiares, pois realizou por iniciativa própria a cirurgia no joelho esquerdo, quando os exames apontavam o direito, o que impõe o dever de indenizar, uma vez configurado o dano moral. 3. Quantum indenizatório. Majoração. Valor da condenação majorado, diante das peculiaridades do caso concreto e da observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação. 4. Juros legais. Termo inicial. Em se tratando a espécie de reparação por danos morais, o termo inicial para fluência dos juros se dá a partir da fixação do quantum indenizatório, é dizer, a contar do julgamento no qual foi arbitrado o valor da condenação, sendo que, no caso concreto, é desde a data deste julgamento, pois já sopesadas todas as variáveis capazes de influírem no arbitramento, de modo a permitir uma idéia exata e sem distorção por acréscimo de consectários do valor correto da indenização. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. UNÂNIME. Apelação Cível nº 70035084128, Nona Câmara Cível, TJRS, Des Rel: Tasso Caubi Soares Delabary, J. em 04/08/2010

¹⁴ PESSINI, Leo – Distanásia – até quando prolongar a vida, op.cit.,p.22; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos – O Equilíbrio do pêndulo – a bioética e a lei, op.cit.,p.90

não é absoluta, está limitada por outros critérios que protegem valores superiores, como a vida e a saúde, elevados à categoria de bens jurídicos de interesse público”.¹⁵

A informação necessária para o consentimento é aquela necessária à tomada consciente de uma decisão, ou seja: deve o paciente ter informação suficiente sobre seu caso, compreensão adequada da informação, liberdade para decidir segundo os próprios valores, capacidade para decidir.

Constitui uma exigência ética e um direito que vem sendo reconhecido pela legislação dos países mais avançados. Aparece como um novo ideal de autonomia e racionalidade. Tal deliberação vem presente no Código de Ética Médica.¹⁶

“Com o fortalecimento do princípio da autonomia, estabeleceu-se como requisito da intervenção do médico sobre o corpo do paciente, o consentimento deste, sem o qual a atuação médica constituiria uma agressão. Foi com base no princípio da autonomia que se desenvolveu o conceito de consentimento informado, que veio preconizar inicialmente no campo da pesquisa e posteriormente no da clínica médica e odontológica, o direito de a pessoa não ser submetida a nenhum procedimento ou intervenção em seu corpo sem que antes lhe fossem fornecidos os devidos esclarecimentos acerca da natureza, finalidade, consequências, benefícios, riscos e alternativas envolvidas, e sobretudo, sem que o indivíduo desse seu livre consentimento.”¹⁷

Outro princípio a ser considerado é o princípio da beneficência, que consiste na busca implacável do "melhor" resultado para a saúde do paciente, independentemente da sua concordância. Representa a manifestação mais clara do paternalismo, pois retira do paciente o poder de procurar ou recusar um determinado tratamento, transferindo-o ao médico. Pondera Leo Pessini, que se deve ponderar três critérios: o da eficácia, o do benefício e o da onerosidade.¹⁸

Aos olhos da lei, a capacidade de autodeterminação é requisito de validade do consentimento informado. Ainda que do ponto de vista ético-filosófico possamos

¹⁵ BARROS Jr, Edmilson de Almeida – Código de Ética Médica comentado e interpretado, São Paulo:Atlas, 2011, p.95.

¹⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos – O Equilíbrio do pêndulo – a bioética e a lei, op.cit.,p.90 e 99.

¹⁷ LIGIERA, Wilson Ricardo -A Responsabilidade civil do médico e o consentimento informado.

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da FADUSP, 2009, p.119.

¹⁸ PESSINI,Leo – Distanásia – até quando prolongar a vida, op.cit.,p.22

reconhecer a capacidade de autodeterminação dos civilmente incapazes, não terá validade jurídica o consentimento manifestado por quem não tenha capacidade civil, ou venha este eivado de vícios do consentimento, podendo nesta hipótese o consentimento ser considerado inválido.

Pode ainda o consentimento ser **total** ou **parcial**. Assim, nada impede que a concordância do paciente seja apenas para o diagnóstico, não podendo, dessa forma, o médico aproveitar o estado do paciente para realizar cirurgia que não estava autorizada.

A necessidade do médico e demais profissionais da área da saúde de obter o consentimento informado antes da adoção de qualquer prática profissional relevante constitui dever ético dos mesmos, e cuja ausência pode importar na aferição de responsabilidade civil, penal e administrativa desses profissionais.

O consentimento informado pode, entretanto, ser revogável, não devendo o profissional continuar o tratamento contra a vontade do paciente, exceto nos casos em que a interrupção coloque, pelas novas circunstâncias, em grave risco à vida do paciente, pois do contrário estaríamos admitindo em algumas circunstâncias um grave comprometimento da saúde do paciente, ou mesmo praticando a eutanásia passiva, que é vedada no nosso ordenamento jurídico.

O consentimento pode ainda ser presumido, sendo a conduta do profissional da área da saúde baseada nos históricos de concordância para idênticas situações vividas em situações anteriores.¹⁹

Como exceções ao dever de obtenção do consentimento informado, leciona Maria Helena Diniz : a necessidade da prática médica de urgência, privilégio terapêutico (pode o médico privar o paciente de informação quando esta constituir ameaça ao seu bem-estar geral), renuncia ao direito de ser informado – no caso do paciente se recusar a receber a informação biomédica.²⁰

À luz dos princípios bioéticos o consentimento informado é um direito do paciente, enquadrado entre os direitos da personalidade, representando a autonomia do paciente

¹⁹ VIEIRA, Terez Rodrigues- Bioética e direito, São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003, p.44

²⁰ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, op.cit., p.665 e 666.

sobre sua integridade física e psicológica, consistente no poder de decidir esclarecidamente sobre eventual submissão ao tratamento ou diagnóstico médico, constitui garantia da proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana. Cerne da prática bioética apresenta um sentido ético-jurídico, sociocultural, que evoca um sentimento ou vivência confirmados pelo costume ou tradição, um sentido humanista-personalista que promove o ser humano.²¹

Representa, outrossim, um direito do paciente e uma salvaguarda do profissional, pois apresenta estes sérios reflexos na aferição da responsabilidade do médico, inclusive com repercussão na esfera penal. Só deve ser afastado nas hipóteses restritas à impossibilidade de fornecimento ou risco concreto à vida, à integridade física ou à saúde, caracterizado pelo atendimento emergencial dos profissionais da área da saúde aos pacientes impossibilitados de externar sua vontade.²²

Tal como prevê Engelhard a permissão é o princípio moral crucial para a bioética contemporânea, pois deriva da autoridade moral individual, tendo no seu centro a valorização do individualismo autônomo. Aduz que na busca de uma fonte de valores, a permissão torna-se um objeto de valor: a pessoa como agente da escolha. Surge assim, uma visão idealizada da dignidade pessoal e da autonomia, representando os pacientes como indivíduos que se encontram fora dos limites de qualquer comunidade particular.²³

2.1.2. Natureza jurídica do consentimento informado

²¹ NEVES,M Patrão – Contexto cultural e consentimento – uma perspectiva antropológica. In. GARRAFA,Volnei;PESSINI,Leo (Org.) – Bioética: poder e injustiça, São Paulo:ed.Loyola/São Camilo, 2003, p.487 a 497.

²² APELAÇÃO CIVEL - ERRO MÉDICO - Dano moral - Ocorrência – Prova nos autos indica que o erro de diagnóstico perpetrado pelo médico impediu o tratamento adequado da paciente, que sofreu dores por tempo demasiado, sendo efetivamente tratada após três meses de dores - Ademais, o erro de diagnóstico decorreu de negligência e imperícia médica, não se tratando de mera imprecisão da arte médica. (TJSP - Apelação c/ Revisão n° 151.649.4/3-00 – 3º Câm Dir.Priv. Des.Rel.Andrea Haenel).

²³ ENGELHARDT Jr.,H Tristam – Fundamentos da bioética cristã ortodoxa, São Paulo:Ed.Loyola, 2003,p.441 a 443.

A importância da definição do consentimento informado é relevante para que se possa traçar suas características próprias.

Determinar sua natureza jurídica é importante para contextualizá-lo no mundo jurídico. Pode ser entendido como “um acordo entre pessoas, para que se permita a realização de atos determinados baseados na completa revelação de circunstâncias determinadas, de fatos determinados que permita a tomada de resoluções de maneira mais segura e inteligente possível, observados os riscos envolvidos, as alternativas médicas, entre outros.

Seria portanto, um acordo de vontades celebrado entre as partes, onde se visa a consecução de um objetivo comum.

Assim sendo, desde que devidamente instruído, em cima da verdade, o ser humano capaz goza de total possibilidade e direito de decidir o que é melhor para si. Atente-se, entretanto, que autonomia não significa solidão, mas por outro lado, decidir, significa, pensar em conjunto, amparado nos ditames prestabelecidos pela atuação médica. E por outro lado, pode-se entender que onde não houve consentimento, há a suspeita de uma manipulação arbitrária por parte do médico.

Desta forma, dada a relevância do tema na atualidade, a jurisprudência pátria e a internacional colocam a ausência do consentimento informado, dá ensejo à responsabilização civil independente do sucesso ou não do tratamento adotado.

Entende a literatura jurídica portanto, de não ser a natureza jurídica do consentimento informado de um simples contrato de prestação de serviços de saúde, mas um ato jurídico voluntário com consequências decorrentes da determinação legal, como o direito à autodeterminação e o direito de disposição do próprio corpo à luz dos artigos 13 e 15 do Código Civil. O Código Civil, não regula expressamente os contratos de prestação de serviços de saúde, mas sim dos contratos de prestação de serviços em geral nos seus artigos 593 a 609.

No que concerne à determinação do consentimento informado como um ato jurídico em sentido estrito, relevante é a distinção efetuada pela jurisprudência francesa desde a decisão da Cour de Cassation francesa de 29.5.51, entre o consentimento inicial,

concomitante com o contrato de prestação de serviços médicos e a necessidade de antes de cada intervenção ou tratamento de o médico obter o consentimento do paciente.

O consentimento informado concedido pelo paciente na esfera médica é duplo. Num primeiro momento, há o consentimento-aceitação, que permite a conclusão de um contrato-médico, que pressupõe o consentimento válido das partes. Num segundo momento, há o consentimento para o tratamento praticado, que representa o corolário do direito do paciente para fazer respeitar sua integridade física, como aduz André Gonçalo Dias Pereira.

Pode assim ser considerado um **ato jurídico em sentido estrito**, pois diferente do **negócio jurídico**, não gera direitos para a outra parte. Desta forma, se o paciente revogar o consentimento, nenhum direito terá o profissional de saúde quanto ao ato jurídico, tão somente quanto ao contrato de prestação se serviços que mesmo rescindido unilateralmente pelo paciente, gera direito ao fornecedor de cobrar honorários – um vez que a relação médico-paciente é antes de mais nada uma relação de consumo.

A prática médica sugere a regra norteadora do bem, desejando a proteção e bem-estar do paciente.

Com Moore, nesse sentido, perguntamos: O que é bom? O que é mau? Definir o bom é uma das questões mais relevantes da ética.

Aos princípios introduzidos por Hipócrates no final do séc V, beneficência, não maleficência e justiça, junta-se modernamente o da autonomia, que representa o apogeu da dignidade humana, tendo em vista sua liberdade e integridade psicobiofísica.

Mais ainda, como lecionou John Stuart Mill, “dois são os pressupostos para legitimar a intervenção médica: que se leve a termo de acordo com as regras da *lex artis* e que seja consentida pelo paciente”.

Assim, o exercício do ato médico insere-se no marco dos critérios e procedimentos admitidos em um determinado tempo ou lugar.

A *lex artis* se coaduna com o dever de informação do paciente. É válido ressaltar, que o consentimento informado, deve retratar a **devida compreensão** da situação clínica do

paciente, do tratamento a ser desenvolvido, dos riscos presentes, do prognóstico, **e não a simples informação.**

Notadamente após a II Guerra Mundial, o consentimento informado culmina em exigência para levar a termo a atividade médica, que a seu turno distingue e estabelece a dignidade humana como pressuposto da sua autonomia moral e portanto da sua liberdade ou princípio de autonomia frente ao médico. Tendo sido levado a termo pelo Código de Nuremberg de 1947, pela Declaração de Helsinque 60 – 2000, marcos históricos em ética e pesquisa e pela Resolução 196/96 do CNS.

Na relação médico-paciente, o consentimento informado representa um direito inalienável para o paciente e um dever inescusável para o médico, previsto nos arts. 22, 24, 31 do NCEM, cap IV.

Assim, sendo, em face da importância do consentimento informado nas práticas médicas e odontológicas, pode-se questionar:

Há limites para o consentimento informado ou ele é absoluto?

Em meu entendimento, penso que não se tem como dizer que o consentimento informado seja absoluto, mas o que rege a princípio da relação médico paciente é a confiança; esta no entanto vem posta de lado em face da massificação da saúde (que envolve pressões do plano de saúde, aumento dos exames complementares e mesmo medicina defensiva “resguardo-me de um processo”).

O consentimento informado, com base no princípio da informação é válido para a proteção de alguns direitos da personalidade, até os limites legais. (como no que tange à integridade física)

O código Civil, nos artigos 13 a 15 recepciona o princípio da autonomia, demonstrando que a falta de sua observância acarretará em reparação própria. Podendo responder o médico ou profissional da saúde que no exercício de sua profissão exceder os limites interpostos pelo consentimento informado.²⁴

²⁴ Entretanto, podemos elencar alguns elementos que atuam como exceção ao consentimento informado: o grave perigo para a saúde pública, a ocorrência de emergência, o privilégio terapêutico, o direito de recusa do paciente e o direito do paciente de não receber informações – quando este fato concorrer para a

A finalidade principal do consentimento informado é munir o paciente de informações esclarecedoras para que ele próprio possa decidir, conscientemente, sobre a adoção de eventual tratamento médico. Não se deve afastar o direito do paciente decidir, esclarecidamente, sobre os tratamentos a que se submeterá, principalmente considerando que poderão ocorrer consequências permanentes, mesmo com possibilidade de que a decisão compartilhada venha a ser pior do que a decisão puramente técnica, que também não está isenta de erros.

O inciso XXI do NCEM, otimizou a autonomia do pacte e do médico fortalecendo a relação existente entre ambos.

A autonomia do pacte entretanto, não é absoluta, nem tampouco a autonomia profissional do médico, pois ambos estão limitados por critérios que protegem à vida e à saúde, bens indisponíveis à luz do art. 5º da CF.

De que maneira ele é obtido?

O consentimento se dará quando o paciente decidir pela autorização à terapêutica aconselhada pelo profissional. Somente depois desse processo é que se dará a assinatura do Termo de Consentimento Informado, que documentará toda a informação fornecida pelo profissional e a autorização dada pelo paciente.

Ou seja, pela informação, a validade da informação está ligada a qualidade da técnica a ser utilizada, e que envolve o esclarecimento (sobre a doença); conselho (opções) e advertência (risco).

A informação necessária para o consentimento é aquela necessária à tomada consciente de uma decisão, ou seja: deve o paciente ter informações suficientes, compreensão adequada da informação, liberdade para decidir segundo os próprios valores, capacidade para decidir. Constitui uma exigência ética e um direito que vem sendo reconhecido pela

manutenção ou melhora do seu quadro clínico (que no entanto observa limitações como a existência de moléstias infecto-contagiosas que põem em risco a saúde da coletividade em face do contágio de terceiros).

legislação dos países mais avançados. Aparece como um novo ideal de autonomia e racionalidade. Tal deliberação vem presente no Código de Ética Médica, em seu inciso XXI.²⁵

Aborda o diagnóstico – e as alternativas de diagnóstico; o prognóstico; os riscos; e as alternativas de tratamento.

Na prática fala-se numa sucessão de consentimentos.

Utilizam-se critérios para que a informação esteja suficientemente embasada. Para que tenha eficácia - > necessidade; > informação; < a urgência.

Ou seja, temos que o consentimento informado é obrigatório, sendo dispensável somente em casos de urgência médica ou atuação compulsória. Nesses casos o processo de informação deve ocorrer após o procedimento explicando ao paciente sobre os procedimentos a que foi submetido.

Complicações oriundas do comportamento do paciente – modulação do consumir (nível de risco).

Quais seriam então os riscos que se deve informar ao paciente? Os riscos típicos, que ao tb os mais freqüentes, á luz da lei Espanhola de 2004; e da lei Francesa de 2002; ou como se prevê a lei alemã – qualquer risco.

Como a responsabilidade civil é subjetiva – baseada na culpa, há a inversão do ônus da prova.

O CDC nos arts. 2º, 3º, 4º, 7º, 17,29 dispõe sobre o direito de informação do consumidor, a fim de que tenha condições para realizar a aceitação ou a rejeição do tto disponibilizado.

O princípio da autonomia vem consignado nos arts 13 e 14 do Código Civil.

Do consentimento informado pode derivar a perda de uma chance, devido a uma decisão de natureza individual, onde abre-se mão do exercício de um direito. O meio de informação pode ser verbal ou misto.

²⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos – O Equilíbrio do pêndulo – a bioética e a lei, op.cit.,p.90 e 99.

Entretanto, a autonomia do paciente via de regra é posta de lado quando se estiver na iminência do risco de morte.

Se a omissão por parte dos médicos ou hospital implica em consequências civis?

Sim, em consequências civis e até penais, pois a inobservância do consentimento informado imputa ao médico unilateralmente a responsabilidade por quaisquer riscos próprios da intervenção, mesmo que não tenha havido culpa na produção do dano. O desrespeito à autonomia representa uma violação aos direitos do paciente, configurando hipóteses de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do CP (salvo nos casos de iminente risco de vida, à luz do art. 146, § 3º, I do CP).

Caso o profissional da área da saúde não informe adequadamente o paciente sobre todos os riscos do procedimento que irá adotar e vier a ocorrer alguma intercorrência em consequência deste, incidirá a responsabilidade de indenizar o paciente sobre os danos causados.

Ou seja, quando o médico age sem respeitar a autonomia do paciente, arcará sozinho com todo o ônus de sua intervenção, ao passo que, em se observando a autodeterminação do enfermo, há uma repartição do risco.

O dever de indenizar pela falta de consentimento informado tem lugar se ficar caracterizado o nexo causal entre o dano sofrido e a falta da informação que deveria ter sido feita pelo profissional responsável pelo procedimento (ou seus prepostos).

O processo de informação, pois caso contrário poderá constituir prática defensiva do médico ou hospital prestador de serviço, desviando o objetivo real do procedimento. Por essa razão o Termo de Consentimento Informado segue regras específicas para sua formulação, como por exemplo, linguagem acessível, sem termos técnicos que dificultem a compreensão do paciente.

Contudo, o paciente ao buscar atendimento médico deposita nos profissionais da saúde ou entidades assistenciais a expectativa de que estes poderão ajudá-lo. Esta relação que se forma é desigual, visto que o paciente encontra-se em uma posição de maior fragilidade.

Em contra partida, a prática da Medicina Defensiva consiste, entre outras condutas, no uso do Termo de Consentimento Informado como um documento que supostamente isentaria o profissional de qualquer erro decorrente do tratamento por ele proposto. Esta prática tem como objetivo equiparar o Termo de Consentimento Informado à mesma natureza jurídica de um contrato, o que, segundo entendemos, não procede.

Neste sentido, o incentivo a práticas defensivas decorre do medo da responsabilização civil. Assim, a fim de se evitarem problemas dessa natureza, o médico utiliza todos os meios disponíveis a seu alcance, visando a sua salvaguarda, inclusive pedindo uma gama muito ampla de exames complementares, nem sempre necessários.

Entretanto, o fornecimento de serviços médicos e hospitalares estão submetidos as regras de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

Os artigos 186 e 187 do Código Civil dispõem sobre a responsabilidade civil e mesmo a prática de ato ilícito, que por ação ou omissão, negligência ou imprudência venha a causar dano à outra pessoa.

Também o seu artigo 927 prevê a reparação de danos causados por ato ilícito.

O médico, segundo o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, tem responsabilidade subjetiva, ou seja, responde pelo ato ou omissão que causar dano a outrem decorrente de culpa. Esta afirmação depreende-se da disposição de artigo de lei do Código de Defesa do Consumidor que dispõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Sendo o médico profissional liberal, terá responsabilidade subjetiva.

Já o médico chefe de equipe médica terá responsabilidade solidária com sua equipe e o hospital. Esta solidariedade diz respeito à qualidade do serviço prestado pela equipe médica.

A relação que se estabelece entre o médico/hospital e paciente é uma obrigação de meio, e é através dela que se determina a quem cabe a prova da culpa. Neste caso caberá ao paciente provar a imprudência, imperícia ou negligência do profissional. Porém, têm-se admitido nos tribunais a inversão do ônus da prova, em vista de se tratar de relação de consumo. Caso ocorra, ao invés de o paciente provar a culpa do profissional, será o profissional que terá que provar que agiu com diligência.

Porém, como já referido, a prática da medicina defensiva incentiva os profissionais e estabelecimentos da área da saúde a munirem-se de termos de consentimento informado para que em eventuais ações de reparação de danos possam servir como meio probatório para defesa.

Ter um prontuário médico bem elaborado, que contenha todo o histórico da internação e assistência prestada ao paciente servirá como prova em eventual defesa. Em determinadas situações, onde não ocorreu um devido processo informativo, ou ainda, quando o termo assinado foi mal elaborado, a utilização do prontuário como meio de defesa será mais benéfica do que a utilização do termo de consentimento informado.

A família do paciente pode exigir que o médico deixe de dar ao paciente as informações a respeito de seu real estado de saúde?

Entendo que não, pois à luz do inciso VII, Cap I do Código de Ética Médica “ o médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou que não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em casos de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”.

Entretanto, à luz do art. 34, cap V do Novo Código de Ética Médica - NCEM - 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 provocar dano, devendo neste caso fazer a comunicação a seu representante legal”.

2.1.3. A Diferença entre Contrato de Adesão e Termo de Consentimento Informado

O Contrato de Adesão surgiu num contexto socioeconômico e político marcado pelo desenvolvimento industrial no final do século XIX, início do século XX. O novo tráfico mercantil, as contratações em massa e as necessidades da vida contemporânea, colaboraram para a adoção de uma nova forma de contratação que fosse mais eficaz e ágil. O surgimento desta nova modalidade de contratação modificou a estrutura jurídica contratual moderna.

Na lição de Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf, enquanto nas modalidades tradicionais de contrato as partes discutem livremente suas cláusulas aceitando-as ou não, nos contratos de adesão, devido à preponderância de uma das partes que impõe ao outro a sua vontade, não ocorre tal liberdade. Estes são conhecidos por contratos de adesão.²⁶

Assim o Contrato de Adesão é “o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas”.

Ou seja, as partes, ou uma delas “se subordina a cláusulas estandardizadas, sem poder influenciá-las”.²⁷

Assim, as características formais do Contrato de Adesão são: bilateralidade, capacidade civil das partes, predisposição de cláusulas pelo predisponente, adesão pela parte aderente.

Como todo negócio jurídico bilateral, forma-se pela convergência de vontades das partes que pretendem o resultado contratual. A particularidade do Contrato de Adesão encontra-se no modo de formação, visto que uma das partes, a predisponente, preestabelece

²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus – Curso de direito civil, 39.ed., São Paulo:Saraiva, 2012, v.5, p.50.

²⁷ NADER, Paulo – Curso de direito civil, Rio de Janeiro;Gen/Forense, 2010, v.3, p.48.

cláusulas que deverão ser aderidas pela outra parte, o aderente. Deste modo, não se presencia em sua confecção a fase das negociações preliminares.

Esta espécie contratual tem como características materiais a generalidade das cláusulas e a extinção da fase de negociações preliminares. As cláusulas pré-dispostas deverão ser gerais, uniformes e abstratas. Isto quer dizer que o Contrato de Adesão é feito de maneira a repetir-se e assim facilitar as relações jurídicas contraídas em série.

Portanto, um dos sujeitos redige-as antecipadamente para sua utilização nas eventuais relações jurídicas que travará com pessoas indeterminadas.

No Contrato de Adesão, tanto a proposta quanto a aceitação se dão de outra maneira. Quanto à proposta pode-se afirmar que o predisponente tem como objetivo um número indeterminado de aderentes bem como a aceitação passiva dos mesmos às cláusulas. Para isso serve a uniformidade das cláusulas, visto que facilita ao predisponente uma maior agilidade nas relações jurídicas que pretende.

Depreende-se de tal comportamento, que a relação jurídica pretendida resulta de uma atividade continuada. No entanto, para que a atividade continuada tenha desenvolvimento satisfatório é que tem relevância o Contrato de Adesão.

A uniformidade é uma exigência da racionalização da atividade econômica que ele se propõe a desenvolver.

A parte aderente não poderá discutir as cláusulas, ou seja, terá que apenas aceitar o disposto ou ficar sem o serviço. Não há negociações a cerca do seu conteúdo. Neste momento, o livre consentimento é substituído pela adesão. Ou seja, o que ocorre é uma situação de desequilíbrio entre as partes, visto que a vontade de uma estará se sobrepondo a vontade da outra, haverá uma imposição de vontade.

Já que o contratante não contribui para a formação das cláusulas do contrato, apenas aceita suas disposições. Como o aderente pretende aquele serviço ofertado pelo contratante, submete-se à aceitação em bloco do contrato predisposto.

É por esta situação que o Estado se insurge na relação jurídica formada de modo a intervir na autonomia privada a fim de evitar contratos com conteúdo e cláusulas abusivas.

Os sujeitos do Contrato de Adesão são: o predisponente no pólo ativo, que será o que estabelece o conteúdo das condições preestabelecidas e, nas relações de consumo será o fornecedor de serviço; e o aderente no pólo passivo, que será quem adere as cláusulas preestabelecidas pelo outro, será aquele que ficará “subordinado às condições gerais de contratação estabelecidas pelo predisponente, devendo aceitá-las ou rechaçá-las”, e nas relações de consumo será o consumidor, de acordo com os artigos 2 e 3 do Código do Consumidor.

Desta forma, segundo o Código de Defesa do Consumidor o paciente estabelece uma relação de consumo com o profissional da saúde. E no tocante ao contrato de adesão, em seu art 54 preconiza que “as cláusulas duvidosas devem ser interpretadas em favor do aderente”.²⁸

O paciente é o destinatário final do serviço e o médico ou hospital são os fornecedores do serviço. É neste momento que se faz necessário o exame jurídico dessas relações.

Sabe-se que no ambiente hospitalar têm-se aconselhado a utilização da Medicina Defensiva como prática habitual nas relações entre médico-paciente. Esta prática consiste na assinatura pelo paciente de um documento que expõe de uma forma genérica e padronizada as contra-indicações do tratamento, possíveis reações fisiológicas e riscos inerentes, como já referido anteriormente. Ocorre que as situações descritas são as mesmas para todos os pacientes que assinam o termo, pois este se apresenta com o texto pré-definido, ou seja, o mesmo conteúdo, para diversas pessoas que se submetem a tratamentos semelhantes.

Portanto, o Termo de Consentimento Informado vem sendo utilizado como um contrato com a finalidade de alcançar os mesmos efeitos jurídicos. O Termo de Consentimento Informado, da forma como tem sido utilizado na área assistencial, pode ser comparado a um Contrato de Adesão, visto que possuem características semelhantes, quais sejam:

²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus - Curso de direito civil, op.cit, p.50 e 51.

sujeito ativo e sujeito passivo na relação; capacidade civil das partes; ausência de coerção ou liberdade de aceitação; pré-disposição das cláusulas pelo fornecedor do serviço (médico ou hospital) a serem aderidas pelo paciente; manifestação de vontade do aderente (paciente) sumamente reduzida; uma parte predisponente, considerada forte, e outra aderente, considerada fraca; comprometimento da liberdade contratual.

Ocorre que, desta maneira, não se desenvolverá o Processo de Consentimento Informado. Para que este seja válido é necessário, entre outros, a comunicação eficaz entre o médico e o paciente, onde aquele explicará a este o procedimento a que irá submetê-lo, riscos e benefícios do tratamento com uma linguagem acessível e da forma mais didática possível, e somente depois dessa etapa emitir um Termo de Consentimento que contenha todo o processo realizado de forma escrita.

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.

O paciente assinará o documento com o intuito de obter o serviço (procedimento assistencial) porém sem estar suficientemente informado do mesmo. Na visão do médico ou estabelecimento, aquele documento servirá de prova em eventual processo interposto pelo paciente, comprovando que o mesmo quando assinou tinha ciência do procedimento pois estava descrito naquele documento.

Entretanto, por ser a responsabilidade civil do médico subjetiva, de nada adiantará um Termo, habitualmente mal elaborado, como meio probatório, sendo que para a mesma finalidade servirá um prontuário bem feito, onde estejam registrados todos os atos realizados durante o procedimento.

Em suma, a Medicina Defensiva colaborou para o desvirtuamento do Processo de Consentimento Informado, reduzindo-o a simples confecção de um Termo que tem por objetivo isentar o profissional de culpa em caso de eventual erro médico. Porém, de nada adianta o profissional munir-se de Termo de Consentimento Informado visando desatrelar-se de responsabilização civil por erro, pois terá responsabilidade subjetiva e, em certas ocasiões, essa responsabilidade será solidária com o Hospital prestador do serviço.

Além disto, o Termo de Consentimento Informado não consiste no único meio probatório para eventual ação por erro médico, porquanto o prontuário médico poderá alcançar melhor efeito, caso esteja corretamente preenchido.

Na síntese de Miguel Kfouri neto “o consentimento informado representa mais do que uma mera faculdade de escolha do médico, de recusa de um tratamento, ou mero requisito para afastar o espectro da negligência médica. A obtenção do consentimento representará o corolário do processo de dialogo entre as partes – ou seja, o médico e o paciente, a fim de que o tratamento possa ter inicio”.²⁹

3. O biodireito, a bioética e a responsabilidade civil dos profissionais da área da saúde

A saúde pode ser entendida como o bem-estar físico e psíquico, relevante para o ser humano individualmente considerado e para a coletividade em geral, tanto que recebe tutela constitucional no art. 196 da Constituição Federal.

Assim sendo, as atividades profissionais ligadas à área da saúde são suscetíveis de danos morais e materiais ao paciente ou cliente, pois atenta contra os direitos personalíssimos da pessoa humana bem como o seu patrimônio.³⁰

Basicamente, como aduz Regina Beatriz Tavares da Silva “ a responsabilidade civil na área da saúde exige atenção à distinção entre as obrigações de meio e de resultado e à obrigação do dever- direito de informação sobre os riscos do procedimento a serem utilizados”.³¹

O estabelecimento da natureza jurídica da relação dos profissionais da área da saúde com os pacientes, não parece pacificada. Poderia ser definida como uma relação

²⁹ KFOURY Neto, Miguel – Responsabilidade civil do médico, op.cit.,p.41.

³⁰ NADER,Paulo – Curso de direito civil – responsabilidade civil, op.cit.,p.401.

³¹ SILVA,Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na odontologia. In. SILVA,Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na área da saúde. Série GVlaw, São Paulo:Saraiva/Fundação Getúlio Vargas, p.4.

contratual permeada por valores éticos, extraídos do Código de Ética Médica e expostos como metajurídicos – baseados nos princípios da boa fé contratual, da justiça e da autonomia da vontade, onde o aspecto patrimonial submeter-se-ia ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a relação jurídica que se estabelece entre os profissionais da área da saúde – paciente, mais do que patrimonial é uma relação que objetiva um valor existencial e por isso, tem como objetivo maior o comprometimento para com a saúde, o bem - estar e a dignidade do paciente.³²

O vínculo contratual estabelecido entre os profissionais da área da saúde e o paciente pode ser de resultado ou de meio e pode ainda como aduz Silvio Venosa “ ser alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor”.³³

3.1. A responsabilidade civil do médico

Diversas são as especialidades médicas presentes na atualidade, e desta forma, sob o enfoque da responsabilidade civil, a relação médico-paciente é contratual, e visa não somente a cura do paciente, mas visa sobretudo, a prestação de cuidados conscienciosos, atentos à ética profissional e às prescrições deontológicas, no limite do exercício profissional, observados ainda os ditamentos bioéticos.

Concebe Arnaldo Rizzato que embora a natureza do trabalho do médico seja contratual, decorrente das obrigações contratadas, não dominam os princípios da responsabilidade objetiva, porque nem sempre é possível a obtenção do êxito na execução de seu trabalho.³⁴

³² NAVES,Bruno Torquato de Oliveira;SÁ, Maria de Fátima Freire de -,Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In. Biodireito, op.cit.,p.113 a 115.

³³ VENOSA,Silvio de Salvo – Direito Civil – responsabilidade civil, op.cit.,p.147.

³⁴ Completa Arnaldo Rizzato que “ Nos casos em que o médico é contratado para a prestação de serviços na área médica por instituições públicas ou privadas, ou faz parte dos quadros dos planos de saúde, o contrato vincula-lhe com o empregador”. RIZZARDO, Arnaldo – Responsabilidade civil, Rio de Janeiro: Forense, 2009, 4^oed, p.329.

Há ainda o dever de informar, previsto no art.6º ,III do CDC, diretamente ligado ao princípio da transparência e obriga o prestador de serviço a fornecer todos os detalhes – riscos e prognósticos- dos tratamentos a serem empregados, cuja ausência – excluídos os casos especiais de emergência médica - caracterizar um agir culposo do médico no atendimento a um paciente.

Entendemos preponderantemente, com Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves que os serviços médicos representam uma obrigação de meio e não de resultado, sendo estes pois responsabilizados no âmbito cível quando de seu exercício decorrer alguma das modalidades de culpa – negligência, imprudência ou imperícia- , daí o rigor da jurisprudência na exigência da produção dessa prova, no mesmo sentido é a aplicação do art.14 do CDC. ³⁵

O médico responde não somente por fato próprio como também por fato danoso praticado por terceiros que estejam diretamente sob suas ordens, como enfermeiros e demais profissionais da saúde.³⁶

³⁵DINIZ, Maria Helena Diniz – O Estado atual do biodireito, op.cit.,p.p.548 e 549;GONÇALVES,Carlos Roberto – Direito civil brasileiro – responsabilidade civil, op.cit.,p256 e 257.

³⁶ APELAÇÃO CIVEL. Ação de indenização por danos materiais e morais Utilização do medicamento ?Hidental Fenitoína? Efeitos colaterais gerados pelo uso do medicamento, culminando no diagnóstico de Síndrome de Stevens-Johnson Agravo retido já apreciado no V. Acórdão de fls. 985/989 Laudos periciais que não permitem estabelecer o nexo de causalidade seguro entre o uso do medicamento e a síndrome Utilização do medicamento Antak, cujo componente ranitidina é apontado esporadicamente como associado à Síndrome de Stevens-Johnson, no mesmo período em que foi a autora medicada com Hidental Fenitoína Inexistência de sequelas permanentes Manutenção da sentença de improcedência. Nega-se provimento ao recurso. APELAÇÃO CIV. n. 0022639-34.2002.8.26.0554. TJSP. Des Rel Christine Santini, 5º Câm Dir Priv, j. 01.02.12; AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Plano de saúde. Transplante de rim. Rejeição. Quadro que evoluiu para internação, com prescrição medicamentosa [plasmaferese, imunoglobulina humana e rituximab]. Cobertura pela seguradora que se impõe. Custeio de tratamento devido. Alegação de violação de cláusula contratual que prevê o pagamento somente em casos urgência-emergência que não prospera. Típica relação de consumo, observada a função social do presente contrato e seu objeto. Sentença mantida. Recurso não provido. APELAÇÃO CIV n. 0119886-04.2011.8.26.0100. TJSP. Des Rel Edson Luiz de Queiroz, j. 03.03.12; APELAÇÃO CIVEL. Responsabilidade civil. Ação de Reparação de danos materiais e morais. Paciente atendido em hospital público municipal. Falecimento posterior. Alegação de omissão e negligência do médico. Ação julgada improcedente na origem. Sentença mantida. Prova pericial que infirma as alegações e demonstra que a vítima recebeu diagnóstico e tratamento adequados, segundo as circunstâncias identificadas. Distinção entre erro profissional e imperícia que se mostra relevante para o desate da causa. Recurso não provido. APELAÇÃO n. 0027228-21.2004.8.26.0224. TJSP, Des Rel Rui Stocco, 4º Câm Dir Públ, j.27.02.12; APELAÇÃO CIVEL. Responsabilidade Civil. Ação de compensação do dano moral. Falecimento de menor dias após atendimento em hospital público. Alegação de culpa do profissional médico que atendeu a criança. Prova constante dos autos, inclusive manifestação das Comissões de Ética da Secretaria Municipal de Saúde e do Hospital que infirma as alegações da inicial. Prova pericial conclusiva no sentido de afastar a responsabilidade do médico que prestou atendimento. Ação julgada improcedente na origem. Sentença mantida. Recurso não provido. APELAÇÃO CIVEL n. 0018279-35.2006.8.26.0451, TJSP, 4º Câm Dir Públ, Des Rel Rui Stocco, j. 27.02.12; APELAÇÃO CIVEL. PLANO DE SAÚDE. Material utilizado em ato cirúrgico Recusa de

E nesse sentido, a responsabilidade médica decorre do inadimplemento obrigacional entre as partes – médico e paciente – da prestação inicialmente acordada.³⁷

Não se tem entretanto considerado como culpável o erro profissional que advém da incerteza da arte médica, como aduz Carlos Roberto Gonçalves, pois “ a imperfeição da ciência é uma realidade”, do erro de diagnóstico ou da iatrogenia (dano causado pelo ato médico em pessoas sadias ou doentes).

As diversas modalidades médicas observam diferentes formas de responsabilização no âmbito cível. Obrigaçāo de resultado para os cirurgiões plásticos, donde o direito à indenização decorre da cirurgia malsucedida; o anestesista possui responsabilidade autônoma, salvo quando participa conjuntamente ao cirurgião nos procedimentos cirúrgicos e sob seu comando, podendo neste caso a culpa ser concorrente.³⁸

Com grande repercussão no campo da bioética, temos as práticas médicas atinentes à reprodução humana assistida, que além da solução do problema da infertilidade ou esterilidade do casal, fornece possibilidade de diminuição da transmissão de doenças infecto-contagiosas ou genéticas na prática reprodutiva.

Tal como concebe Regina Beatriz Tavares da Silva “ essas técnicas têm repercussões biológicas, psicológicas, eugênicas, sociais, religiosas e jurídicas”.³⁹

A falta de previsão legal para as práticas de reprodução assistida pode engendrar o desrespeito à dignidade da pessoa humana prevista no art.1º,III da Constituição Federal, e também dos direitos humanos e direitos da personalidade, mormente no que abrange o respeito à vida humana em todas as suas fases, a integridade física, psíquica, a proteção

fornecimento, por parte da seguradora - Inadmissibilidade Materiais que se apresentam como essenciais para o sucesso da cirurgia, mostrando-se indissociável da intervenção médica. Condenação mantida Recurso da ré não provido. Apelação n. 0170028-46.2010.8.26.0100. Des Rel Helio Faria, 8º Câm Dir Priv, j. 29.02.12.

³⁷ BARROS Jr., Edmilson de Almeida Barros – Direito médico – abordagem constitucional da responsabilidade médica, 2º ed., São Paulo:Atlas, 2011, p.45.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro, op.cit, p.256 e ss.

³⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na reprodução assistida. In. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.) – Responsabilidade civil na área da saúde, São Paulo:Saraiva – Fundação Getulio Vargas, 2007, p.237.

do patrimônio genético, da biodiversidade, do sigilo médico e pessoal, o direito ao *status familiae*, o direito à biparentalidade biológica entre outros.

Também deve ser avaliado o cuidado com a higidez do material genético a ser utilizado, tendo em vista o risco de contaminação e consequente transmissão de doenças, a compatibilidade dos grupos sanguíneos e dos gametas, pois um dano causado pela prática incorreta na manipulação, escolha ou seleção destes materiais acarretará a responsabilização civil subjetiva do autor do dano.

No que tange à reprodução assistida a obrigação do médico será de meio quanto ao êxito do procedimento, e além do diagnóstico prévio de esterilidade ou infertilidade, apresenta esta como requisito essencial o consentimento informado, previsto no art.6º do CDC e no art. 59 do Código de Ética Médica observados os ditames da Resolução n.1358/92,I,3 do CFM, através deste instrumento as partes ficam esclarecidas sobre os aspectos globais que a técnica encerra, notadamente quanto aos riscos a serem assumidos, o custo-benefício e a probabilidade de sucesso.⁴⁰

Em matéria de transplantes, dentre as obrigações contraídas pelo médico, especificamente no que tange aos procedimentos de remoção de órgãos, partes ou tecidos humanos, não se inclui a de curar o paciente, não tendo por conta disso o profissional compromisso com a efetiva obtenção do resultado final almejado pelo paciente, posto que sua obrigação consiste em conduzir com diligência o conhecimento científico permitindo a cura do paciente.⁴¹

É inoperante a cláusula de não indenizar nos contratos de prestação de serviços médicos para exonerar-se de danos patrimoniais ou morais que vier a causar ao paciente, somente poderá se admitir como excludentes o caso fortuito e a força maior, competindo à vítima a prova do dano e do seu montante, apesar de que como sabe-se muito difícil é estabelecer quantitativamente o valor econômico de fato oriundo de culpa médica, o que no entanto não constitui motivo para se eximir o ofensor da reparação.

⁴⁰ SILVA,Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na reprodução assistida. In. SILVA,Regina Beatriz Tavares da (Coord.) – Responsabilidade civil na área da saúde, op.cit.p.242, 252 e 253.

⁴¹CARDOSO, Alaercio – Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes, Minas Gerais;Del Rey,2002,p.347

O sujeito ativo, credor da obrigação de indenizar, na hipótese de doação *inter vivos*, será o doador ou o receptor, vítima de ato culposo do médico que lhe causou o dano, em relação à doação *post mortem*, o sujeito ativo, credor da obrigação de indenizar, no caso de desrespeito ao cadáver, ou desconsideração à sua vontade manifestada em vida serão os parentes do falecido, na ordem de sucessão prevista pelo novo diploma legal. Se o dano for ocasionado ao receptor, será este o credor da obrigação de indenizar.

O sujeito passivo da obrigação de indenizar seria o médico e sua equipe solidariamente, ou mesmo o médico e o estabelecimento hospitalar aonde preste serviços dada a solidariedade passiva, do mesmo, à luz do artigo 932,III do CC em vigor. “Entende-se portanto na existência de um laime jurídico entre o médico e a entidade hospitalar, de modo a autorizar a responsabilização objetiva desta última, sem prejuízo de um eventual direito de regresso contra o médico.”

A responsabilidade civil do médico decorre de culpa comprovada instituindo uma espécie particular de culpa, sendo comprovada a imprudência, imperícia ou negligência, ou erro grosseiro. Havendo dano decorrente de atividade médica oriunda de obrigação contratual surge o dever de indenizar, se for uma equipe a responsabilidade será solidária, sendo esta responsabilidade extensiva a todos os profissionais da área da saúde.

Vê-se assim, que o ato médico fundamenta-se numa relação de confiança estabelecida entre as partes, que muito reflete a consciência e a ética do profissional envolvido, seja médico, dentista ou outro. Daí advém a sua responsabilização.

Além destes, a doutrina reconhece também o defeito de informação (deficiente), ou vício.⁴²

A responsabilidade civil dos médicos que atuam no processo de remoção e transplante de tecidos não e órgãos do corpo humano, não difere substancialmente daquela dos demais procedimentos médicos. Como aduz Alaércio Cardoso, “não há diferença no

⁴² BARROS Jr, Edmilson de Almeida – Direito médico, op.cit.,p.52.

plano jurídico, mas apenas no plano fático, decorrente da natureza especial da atividade”.⁴³

Entende-se contratual o vínculo jurídico que se estabelece entre o médico e o paciente, pois a relação entre ambos é proveniente de um contrato de locação de serviços,, configurando por outro lado uma exceção a essa regra a hipótese em que o médico atenda uma pessoa desmaiada no meio da rua, em cuja hipótese não se configura nenhuma espécie de contrato.

No que tange à remoção de transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo, viola o contrato o médico que deixa de orientar ou o faz de forma inadequada o paciente frente aos riscos que vai enfrentar numa cirurgia desse porte.

Dentre os fatos que podem ensejar a responsabilidade civil do médico na Lei de Transplantes, podem ser destacados: a ausência de prova incontestável de morte encefálica, o que configuraria homicídio; a não obtenção do consentimento prévio do doador e do receptor, a remoção de órgão que não seja duplo, a remoção de órgãos de pessoa juridicamente incapaz ou de gestante, a demora na realização do transplante que uma vez efetuada a remoção prévia de órgão comprometeria o material que constitui objeto do transplante, efetivação de transplante sem a realização dos exames prévio necessários , ocasionando transmissão de doenças ao receptor, o estado de necessidade entretanto eximiria a responsabilidade se o profissional provar no caso concreto que não havia tempo suficiente de realizá-los sem que ocorresse a morte do receptor, ausência e notificação de diagnóstico de morte encefálica às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos.⁴⁴

No campo da cirurgia plástica, importante ramo da medicina que visa restabelecer a saúde psicofísica do ser humano, aplicam-se os princípios gerais que regem a responsabilidade civil médica.

⁴³CARDOSO, Alaércio – Responsabilidade civil e penal dos médicos no caso de transplantes, op.cit.,p.265

⁴⁴ CARDOSO, Alaércio - Responsabilidade civil e penal dos médicos no caso de transplantes, op.cit.,p.349

Diferencia a doutrina duas modalidades de cirurgia plástica: a estética e a reparadora, visando a primeira modalidade o aprimoramento da aparência pessoal do indivíduo, e na segunda a correção de qualquer lesão adquirida - fruto por exemplo de acidente -, ou congênita. Neste caso a obrigação do médico cirurgião plástico será de meio e não de resultado, em face das intrínsecas peculiaridades que pode apresentar o paciente quanto à sua estrutura orgânica. Entretanto, no que tange à cirurgia estética, a obrigação será de resultado, respondendo o cirurgião pela não obtenção do resultado almejado, ou seja, pelo insucesso da atuação cirúrgica.⁴⁵

Há nesse sentido, no campo da cirurgia estética, uma tendência a presumir-se a culpa pela não obtenção do resultado, diferenciando-se assim esta, da cirurgia geral.⁴⁶

O ramo da anestesiologia é bastante destacado em matéria de responsabilidade civil em decorrência dos graves danos ao paciente que o erro médico pode acarretar nesse campo.

Para a aplicação do processo anestésico é imprescindível que o paciente seja previamente esclarecido, sobre sua patologia, os limites do tratamento proposto e eventuais reações adversas, além das possíveis complicações.

Também é imperativo que se proceda ao exame das condições clínicas e psíquicas do paciente antes de submetê-lo ao processo cirúrgico, que logicamente inclui a prática da anestesia.

Em síntese conclusiva podemos ver que diversas são as práticas médicas que podem se sujeitar à responsabilização civil.

Destaca Teresa Ancona Lopez exemplos de sua ocorrência: “negar-se a prestar socorro, o fornecimento de atestados falsos, a falta de vigilância sobre o doente, que pode vir a causar dano a outrem”.⁴⁷

⁴⁵ Como direitos do paciente, surge a obrigação de indenizar quando o resultado obtido não se coadunar com o esperado, sendo que esta indenização abrange o montante das despesas efetuadas pelo paciente, os danos morais decorrentes do prejuízo estético, bem como verbas para futuro tratamento e realização de nova cirurgia.

⁴⁶ KFOURI Neto, Miguel – Responsabilidade civil do médico, op.cit.,p.194.

⁴⁷ LOPEZ, Teresa Ancona – O Dano estético, São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais,3ºed,2004, p.110.

Há muitas fontes de iatrogenia na literatura médica. Entre elas podemos destacar: o erro médico, a negligência, o suicídio assistido, a interacção medicamentosa, os efeitos adversos dos medicamentos, a má utilização dos antibióticos, os erros de diagnóstico, a infecção hospitalar e a transfusão de sangue.

Entretanto, é válido ressaltar que as condições iatrogênicas não resultam necessariamente de erros médicos, tais como falhas durante uma cirurgia, ou a prescrição do medicamento errado. Muitos efeitos coleterais resultantes do tratamento médico como a radioterapia ou quimioterapia, devido à agressividade necessária dos agentes terapêuticos, causam efeitos iatrogênicos.

Quanto aos efeitos adversos decorrentes da iatrogenia, a interação medicamentosa representa um papel de destaque. Esta ocorre quando um ou mais medicamentos alteram os efeitos de outros que estão sendo administrados ao paciente, potencializando ou diminuindo a sua ação, ou mesmo gerando reações alérgicas a estes.⁴⁸

3.2. Responsabilidade civil do odontólogo

A odontologia tem autonomia própria, não sendo desta forma considerada como parte da medicina, como ocorre em outros países. O exercício da odontologia é regulado em nosso direito pátrio pela lei n.5081 de 24.8.66; e a profissão, apresenta na atualidade diversas especialidades, que são regulamentadas pela resolução CFO-185/93: cirurgia e

⁴⁸ A iatrogenia é um fenômeno importante, e um risco severo para os pacientes. Um estudo realizado nos USA recentemente, aponta para o fato de que um terço das doenças ocorrentes em um conhecido hospital universitário eram de causa iatrogênica, levando a óbito cerca de 2% dos pacientes. As complicações estavam mais fortemente associadas à prescrição medicamentosa. Nos Estados Unidos, registaram-se no ano 2000: 12 000 mortes em cirurgias desnecessárias, 7 000 mortes por erros de medicação em hospitais, 20 000 mortes por outros erros hospitalares, 80 000 mortes por infecções hospitalares e 106 000 mortes por efeitos laterais dos medicamentos. Estes números, que totalizam 225 000 mortes por ano, colocam a iatrogenia como terceira causa de morte nos Estados Unidos, após a doença cardíaca e o cancro, e a uma grande distância da causa seguinte, a doença cerebrovascular. Fonte: Journal of The American Medical Association, ano 2000. In. <http://www.taps.org.br/medartigos.09.html>.

traumatologia bucomaxilofacial, dentística restauradora, endodontia, odontologia legal, odontologia em saúde coletiva, odontopediatria, ortodontia, patologia bucal, periodontia, prótese bucomaxilofacial, prótese dentária, radiologia, implantodontia e estomatologia.⁴⁹

Embora as especialidades odontológicas difiram-se muito entre si, sempre que o profissional assegurar o resultado e este não for atingido, responderá objetivamente pelos danos causados ao paciente.⁵⁰

⁴⁹ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. IMPLANTES DENTAIS. QUEDA. PERDA DE SENSIBILIDADE EM PEQUENA REGIÃO FACIAL. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO DENTISTA. A obrigação assumida pelo cirurgião dentista, em regra, é de resultado, e sua responsabilidade é subjetiva, com culpa presumida, sendo do profissional o ônus de comprovar que não agiu com culpa em qualquer das modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Entendimento doutrinário e jurisprudencial. Aplicação do art. 14, § 4º, do CDC. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA CLÍNICA. É cediço que as clínicas, na qualidade de prestadores de serviços, respondem independente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, responsabilidade que é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, ex vi do art. 14, § 3º do CDC. DO TRATAMENTO DISPENSADO AO CONSUMIDOR. Assente nos autos, mormente na prova técnica, a correção no tratamento dispensado pelos profissionais demandados à autora, nas dependências da clínica co-demandada, ao implantarem próteses dentárias na paciente, sendo a queda de uma destas e o contato de implante com nervo alveolar riscos inerentes ao procedimento, inviável o reconhecimento do dever de indenizar dos demandados. Dever de informar cumprido. Ausência de falha na prestação de serviço comprovada pelos réus. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70042284901, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 29/09/2011); APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DEMONSTRADA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. INÉPCIA DA INICIAL INOCORRENTE. SENTENÇA MANTIDA. 1. A responsabilidade do dentista é de ordem subjetiva, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC. Obrigação de resultado, e não de meio, porquanto presente a finalidade estética na prestação de serviços contratada. 2. Hipótese em que o réu empregou técnica equivocada para o tratamento da paciente, determinando a extração de dentes além do necessário. Culpa comprovada. Indenização devida. 3. Ausente prova de qualquer das excludentes de responsabilidade previstas no §3º do referido dispositivo legal, há o dever do demandado de reparar os danos causados à autora. Precedentes. AFASTADA A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70044744399, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 21/09/2011)

⁵⁰ APELAÇÃO CÍVEL. Responsabilidade Civil. Erro odontológico Efeitos negativos do tratamento Problemas clínicos e estéticos Ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos Sentença de parcial procedência Condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais Apelação da ré Intempestividade afastada Preliminar rejeitada Tratamento odontológico não concluído e existência anterior de desvio de linha mediana Equívoco não evidenciado Dever de indenizar não configurado Apelação provida. APELAÇÃO CÍVEL n. 0031021-53.2007.8.26.000, TJSP. Des Rel Carlos Henrique Trevisan, 4º Câm Dir Prov, j.16.02.12; APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. IMPLANTES DENTÁRIOS PROVISÓRIOS. NÃO CONTINUIDADE DO TRATAMENTO POR PARTE DA AUTORA. SUPOSTA FALHA POR PARTE DO DENTISTA QUANTO AOS SERVIÇOS PRESTADOS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. DANOS NÃO CARACTERIZADOS. Preliminar. Não há falar em desconstituição da sentença para a realização de prova pericial, pois que sendo o magistrado o destinatário final da prova, pode ele dispensar a realização de provas nos casos em que já formada sua livre convicção, consoante parte final do artigo 130 do CPC, ainda mais no caso concreto, onde a parte autora não se manifestou em momento apropriado. Mérito. O conjunto fático-probatório da demanda apontou que a autora não alcançou o resultado desejado para o procedimento de implantes dentários por sua culpa exclusiva, haja vista que além de abandonar o tratamento pela metade, apresentava problemas de higiene bucal, permanecendo com os implantes provisórios por tempo superior ao recomendado pelo demandado, não vindo a trocar os implantes para a prótese definitiva. PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO,

No ato em que o cirurgião-dentista aceita alguém como paciente, estabelece-se entre as duas partes um contrato de prestação de serviços, que deve ser entendido como obrigação de resultado ou obrigação de meio, dependendo da natureza do serviço a ser prestado no caso concreto.⁵¹

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, enquanto, na obrigação de meio, o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certos serviços para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo.

No entanto, entendemos que nem sempre a obrigação do odontólogo será (ou poderá ser) de resultado, dado o grande número de diferentes especialidades que a profissão conhece na atualidade, além da consideração das intrínsecas peculiaridades clínicas dos pacientes submetidos ao tratamento odontológico, como o estado clínico, a resposta biológica e a cooperação do paciente frente ao tratamento. Entretanto, o cirurgião-dentista, apresenta uma responsabilidade subjetiva para com seu paciente, e fique obrigado a responder por seus atos profissionais e todas às consequências que estes possam causar.⁵²

APELO DESPROVIDO. Apelação Cível N° 70039523543, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, J. em 23/11/2011

⁵¹ NADER,Paulo – Curso de direito civil – responsabilidade civil, op.cit.,p.423 e 424.

⁵² Havendo o dano e estando o cirurgião-dentista poderá ser responsabilizado civilmente. Portanto, é vital que o profissional possa dispor de um prontuário odontológico bem elaborado sobre seus pacientes relatando todas as ocorrências, suas consequências verificadas ao longo do atendimento, bem como todas as providências tomadas, já que a falta ou falhas nessa documentação comprometerão a sua validade sob o aspecto legal. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. PRÓTESE DENTÁRIA. FALTA DE CONTINUIDADE DO TRATAMENTO POR PARTE DA AUTORA. SUPOSTA FALHA POR PARTE DO DENTISTA QUANTO AOS SERVIÇOS PRESTADOS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. DANOS NÃO CARACTERIZADOS. O conjunto fático-probatório da demanda apontou que a autora não alcançou o resultado desejado para o procedimento de colocação de prótese dentária por sua culpa exclusiva, haja vista que mesmo diante da sua precária saúde bucal, onde debilitados os elementos sustentadores da prótese, deixou de comparecer as consultas para a realização dos ajustes necessários da prótese, descumprindo com as recomendações dos demandados. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível N° 70040732562, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 23/11/2011)

A responsabilidade civil do odontólogo é eminentemente contratual e traduz uma obrigação de resultado, principalmente nos tratamentos de rotina como obturações e profilaxias, podendo eventualmente abandonar o aspecto contratual, quando se tratar de intervenção de urgência, sem a existência do negócio jurídico prévio ou até mesmo sem o consentimento do paciente ou de seu responsável.⁵³

Para Regina Beatriz Tavares da Silva aplica-se a responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa, ao profissional odontólogo, nos termos do art. 951 do Código Civil.⁵⁴

Pode-se apontar como procedimentos odontológicos que constituem claramente obrigações de resultado a restauração de dentes, a odontologia preventiva, a prótese dental e a radiologia, e por outro lado constituem obrigação de meio a traumatologia buco-maxilo facial, a endodontia, a periodontia, a odontopediatria, a ortodontia, entre outras, que merecem exame casuístico frente às suas peculiaridades. Cabendo à jurisprudência, como dispõe Silvio Venosa, a definição dos contornos da atuação culposa do profissional odontólogo.⁵⁵

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro, v.4, op. Cit. p.269 e 270; VENOSA, Silvio de Salvo – Direito Civil – responsabilidade civil, op.cit., p.171 e 172.

⁵⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na odontologia. In. SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na área da saúde. Série GVlaw, p.199.

⁵⁵ VENOSA, Silvio de Salvo – Direito Civil – responsabilidade civil, op.cit., p.173. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO ODONTOLÓGICO. REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA. APLICAÇÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SITUAÇÃO CONCRETA DOS AUTOS. COMPROVAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ARBITRAMENTO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil do Cirurgião-Dentista O artigo 14 do CDC regula a responsabilidade civil dos profissionais liberais. Aplicação dos princípios da responsabilidade subjetiva ao cirurgião-dentista. Debate doutrinário e jurisprudencial sobre a caracterização da responsabilidade como de meio ou de resultado. Adoção da tese, no caso concreto, de que a obrigação é de meio. Em que pese seguir esta orientação, o moderno processo civil impõe às partes, especialmente na área da responsabilidade médica, incluída a dos dentistas, adotarem conduta processual de colaboração processual. Dever de levar para os autos do processo os respectivos elementos de prova ao seu alcance e úteis para o melhor julgamento. A Situação Concreta dos Autos e a Caracterização do Erro Odontológico. Tese da paciente de que houve indevida extração de dente, sem a realização de exames. Configurada a violação do artigo 5º do Código de Ética Odontológica. Caracterização do contrato entre dentista e paciente como contrato de empenho, pois as obrigações ultrapassam a órbita do consultório, pois normatizam a dignidade da profissão. Caracterização da culpa, nas modalidades negligência e imprudência, configurada a partir do exame do laudo pericial. Serviço defeituoso comprovado nos autos, incidindo o dever de indenizar. Danos Extrapatrimoniais Os danos extrapatrimoniais também se referem à esfera existencial da pessoa humana, impondo-se o dever de indenizar quando houver ofensa aos direitos da personalidade. Compreensão a partir do artigo 1º, III, CF, princípio da dignidade da pessoa humana. Indenização fixada considerando a prática de ofensa à saúde do paciente e que afetou a sua subjetividade. Condenação ao Pagamento de Valor Referente à Colocação de Prótese Dentária Acolhimento dos embargos infringentes no ponto, considerando a análise do laudo pericial que indicou restrições à colocação de prótese. Impossibilidade de condenação de valor referente ao implante dentário, substituindo o dente indevidamente extraído. EMBARGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE

Podemos assim concluir que garantir a saúde bucal não é tarefa fácil, pois abrange uma gama enorme de meandros e áreas de atuação do profissional odontólogo, para quem é vital para a interposição de tratamento adequado, seja clínico ou medicamentoso, conhecer – através da investigação pertinente – o estado de saúde dos seus pacientes (aqui entendido como clínico e psíquico).

O procedimento da anestesia deve observar os preceitos técnicos correspondentes, pois a presença de negligência, imprudência ou imperícia em seu procedimento ligado ao nexo causal poderá acarretar a responsabilização do profissional, devido a presença de culpa do agente.

É válido ressaltar que no que tange ao uso dos anestésicos locais, rígidas normas técnicas de aplicação bem como o conhecimento de seu princípio ativo e a posologia a ser administrada variará consideravelmente em função da saúde geral do paciente.⁵⁶

Em matéria de biotecnologia, novas experiências com utilização de células-tronco, para tratamentos odontológicos envolvendo a reconstrução óssea das arcadas maxilares ou mesmo a produção de biodentes, requerem um exame mais cauteloso no que tange à obtenção de resultados, devido o estágio de desenvolvimento das pesquisas da matéria, não devendo a responsabilidade do profissional odontólogo ser de resultado e sim de meio neste caso.

Para que seja averiguada a responsabilidade civil do odontólogo junto ao paciente, devem ocorrer alguns fatores concomitantemente, como: a existência de um agente, no caso o cirurgião dentista legalmente habilitado; o ato profissional realizado, a ausência de dolo no exercício da profissão, a existência de dano (prejuízo, lesão ou perda – física, psicológica, funcional, patrimonial ou moral) causada ao paciente fruto da prática profissional permeada por negligência, imprudência ou imperícia e o nexo causal, constatada uma relação direta ou indireta entre o ato profissional e o dano produzido,

ACOLHIDOS. UNÂNIME. (Embargos Infringentes Nº 70044303543, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 18/11/2011)

⁵⁶ ARMONIA, Paschoal Laércio; ROCHA, Rodney Garcia – Como prescrever em odontologia, op.cit., p.58 a 64.

estando o profissional sujeito às sanções impostas pelo Código de Ética Profissional, Código Civil, Penal e Código de Defesa do Consumidor ⁵⁷.

As condutas culposas, por outro lado, podem ocorrer na anestesia local, no diagnóstico, na prescrição medicamentosa, no tratamento, no prognóstico e na higiene (assepsia).⁵⁸

A prescrição de medicamentos pelo odontólogo foi regulamentada pela Lei nº 5.081, de 24/08/1966 do Ministério da Saúde, e segundo seu artigo 6º, II lhe é possível prescrever e aplicar especialidades farmacêuticas de uso interno e externo: aplicar anestesia local e troncular; empregar a analgesia e hipnose, desde que comprovadamente habilitado, quando constituírem meios eficazes para o tratamento; manter, anexo ao consultório, laboratório de prótese, aparelhagem e instalação adequadas para pesquisas e análises clínicas, relacionadas com os casos específicos de sua especialidade, bem como aparelhos de Raios X, para diagnóstico, e aparelhagem de fisioterapia; prescrever e aplicar medicação de urgência no caso de acidentes graves que comprometam a vida e a saúde do paciente; utilizar, no exercício da função de perito-odontólogo, em casos de necropsia, as vias de acesso do pescoço e da cabeça.⁵⁹

Entretanto, a anestesia geral somente poderá ser realizada por médico anestesista, segundo a resolução CFM-852/78, o que não impede de o cirurgião-dentista operar o paciente por ela submetido. Destarte, a utilização de anestesia geral constituiu um ponto de atrito entre a odontologia e a medicina, tendo em vista a definição das áreas de competência da cirurgia bucomaxilofacial.

⁵⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – Curso de bioética e biodireito, op.cit.,p. 188 a 191 e 327.

⁵⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na odontologia. In. SILVA, Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na área da saúde. Série GVlaw, op.cit.,p.203.

⁵⁹ A Lei 5.081 de 24/08/1966, que regula o exercício da Odontologia, determina no art. 6, item II: "Compete ao Cirurgião-Dentista prescrever e aplicar especialidades farmacêuticas de uso interno e externo, indicadas em Odontologia". No mesmo artigo, item VIII, acrescenta: "compete ao Cirurgião-Dentista prescrever e aplicar medicação de urgência no caso de acidentes graves que comprometam a vida e a saúde do paciente". MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. In. <http://www.anvisa.gov.br/legis/consolidada/index.htm> ; www.anvisa.gov.br ; www.saude.gov.br < acesso em 15.10.10 >

O emprego de analgesia e hipnose também podem ser utilizados pelo cirurgião dentista, que pode no exercício de sua profissão realizar o diagnóstico competente e eleger a terapêutica a ser utilizada.⁶⁰

Podemos ver à luz do exposto que a prescrição é parte importante no tratamento e deve merecer toda a atenção do profissional, sendo que a negligência com a mesma pode gerar a responsabilização cível para o mesmo.

Ao realizar a prescrição, o cirurgião dentista deve conhecer muito bem a medicação indicada, bem como seus efeitos farmacológicos e adversos (interação medicamentosa), suas indicações em odontologia, suas contra-indicações, vias de administração, formas farmacêuticas (comprimidos, ampolas, drágeas, xarope etc.), doses usuais e a posologia, além do estado clínico de seus pacientes (que envolve idade, estado nutricional, presença ou não de patologias sistêmicas, hipertensão, entre outros), que fará com que a propedêutica a ser utilizada no tratamento odontológico respeite essas características basilares. Ainda não se deve esquecer que, muitas vezes, os pacientes estão em tratamento médico ou fazendo automedicação, o que poderá interferir na terapêutica medicamentosa proposta pelo cirurgião-dentista. A terapêutica odontológica engloba a aplicação de uma série de conhecimentos técnicos para a restituição da saúde bucal.

As drogas são substâncias de origens variadas que quando administradas, podem possibilitar alterações somáticas, funcionais ou estruturais, no organismo do paciente, podendo despertar ou mesmo modificar as funções orgânicas, mas nunca criar uma nova. Pode ainda apresentar efeitos colaterais, intolerância e idiossincrasia (resposta inesperada frente a doses normais da droga, geralmente é de origem genética).⁶¹

Pode-se entender nesse sentido que muitas vezes os antibióticos prescritos em tratamentos odontológicos são de eficácia questionável devido aos riscos que apresentam,

⁶⁰ TORTAMANO, N. & ARMONIA, P. L. Guia Terapêutico Odontológico. São Paulo: Editora Santos, 14^a ed., 2000, p.200.

⁶¹ TORTAMANO, N. & ARMONIA, P. L. Guia Terapêutico Odontológico. Op.cit., p.200; ARMONIA, Paschoal Laércio; ROCHA, Rodney Garcia – Como prescrever em odontologia, São Paulo:Gen/Santos Editora, 9^ºed.,2010, p.83 a 92.

como grau de toxicidade e efeitos colaterais que por sua natureza podem impor sérias consequências ou até mesmo levar à morte do paciente.⁶²

A iatrogenia, tal como já exposto anteriormente, pode ser entendida como um estado de doença, complicações ou efeitos adversos causados por um tratamento médico, ou no caso, odontológico. Pode ser causada por imperícia, negligência, imprudência, ou mesmo ser fruto de efeitos colaterais ou interações medicamentosas decorrentes do tratamento odontológico ou mesmo decorrente de uso de procedimentos odontológicos não provados cientificamente.

Deve-se ressaltar, como leciona Elaine Gomes dos Reis Alves “ que o universo onde o cirurgião dentista trabalha é a face, que a seu turno representa a identidade da pessoa humana, a forma como esta se apresenta no mundo e interage com seus semelhantes. Logo, um ato de imperícia, um “erro odontológico”, pode alterar essa identidade e a relação visual dos pacientes, pois a estética dentária influí na representação social e psicológica dos seres humanos, Este é o rosto humano, que se sobressai no conjunto harmonioso do corpo, influenciando e/ou interferindo diretamente nos relacionamentos interpessoais. O rosto e suas expressões têm a capacidade de denunciar nossos sentimentos e emoções”.⁶³

Nesse sentido, entendemos que tal como ocorre na responsabilidade médica, no universo odontológico, a iatrogênica como resultado de atuação culposa do profissional, provado o nexo causal entre a conduta do agente e o dano caracteriza ato ilícito punível nos termos do artigo 186 do Código Civil brasileiro.

Todavia, além dos requisitos legais para o exercício da Odontologia, não se deve perder de vista os princípios éticos que norteiam a profissão, estes elencados na resolução 179/91, que institui o Código de Ética Odontológica.

⁶² TORTAMANO, Isabel Peixoto; HORLIANA, Anna Carolina R T; COSTA, Carina Gisele; ROMANO, Marcelo Munhões; SOARES, Mário Sérgio; ROCHA, Rodney Garcia – Antibioticoterapia no tratamento de abscessos periapicais agudos: quando indicar e como proceder? In. Revista Odonto – ano 16, n.32, jul/dez 2008, São Bernardo do Campo, São Paulo, Metodista, p.91.

⁶³ ALVES, Elaine Gomes dos Reis – Representação psicológica do campo de trabalho do cirurgião dentista: face, boca, língua e dentes. In. <http://jornaldosite.com.br/arquivo/arteliane83htm> < acesso em 11.11.10>

Para que seja averiguada esta responsabilidade para com o paciente, deve-se ocorrer os seguintes fatores concomitantes:existência de um agente - no caso o cirurgião dentista legalmente habilitado, não ficando entretanto isentos de penas, aqueles que participam de práticas ilegais; o ato profissional realizado; a ausência de dolo no exercício da profissão; a existência de dano (prejuízo, lesão ou perda, seja ela física, psicológica, funcional, patrimonial ou moral, imputada ao paciente fruto de prática profissional) e o nexo causal (constatada uma relação direta ou indireta entre o ato profissional e o dano produzido).

64

Leciona Paulo Nader que “ a dentição saudável é um valioso fator da saúde integral”, podendo em contrapartida, oriundo de um tratamento defeituoso acarretar-se diversos efeitos nocivos ao paciente, que vão desde os defeitos estéticos até uma infecção generalizada, comprometendo a saúde vital do paciente. ⁶⁵

Além da atividade profissional da odontologia em si, inúmeros outros profissionais auxiliam o odontólogo e a responsabilidade por sua atividade complementar também deve ser considerada. Aqui se inserem o protético e o técnico de higiene bucal.

Considerando que a responsabilidade final é do odontólogo, responderão estes, solidariamente, com o odontólogo. Eventualmente, pode ser requerida a responsabilidade regressiva do odontólogo contra esses profissionais auxiliares.⁶⁶

As diversas especialidades odontológicas podem levar, em alguns casos, à interdependência de profissionais à plena execução de um determinado serviço, o que pode dificultar a revelação da verdadeira causa de um dano gerado a um paciente em especial.Tal como aduz Paulo Nader nesses casos é possível a identificação da origem do ato danoso, mediante exame pericial.⁶⁷

⁶⁴ É válido ressaltar que o profissional odontólogo, está sujeito às sanções ditadas pelo Código de Ética Profissional, Código Civil, Penal e do Código de Defesa do Consumidor. Os descumprimentos das normas legais, podem acarretar, processos éticos, administrativos, civis e criminais.

⁶⁵ NADER,Paulo – Curso de direito civil – responsabilidade civil,op.cit.,p.423.

⁶⁶ VENOSA,Silvio de Salvo – Direito Civil – responsabilidade civil, op.cit.,p.173.

⁶⁷ NADER,Paulo – Curso de direito civil- responsabilidade civil, São Paulo:Forense, 3ºed, v.7, 2010,p.422.

A reparação do dano causado na prática odontológica, este consistirá no ressarcimento da vítima quanto aos prejuízos causados, buscando o seu restabelecimento e procurando reconduzi-la para uma situação idêntica ou a mais próxima possível, daquela preexistente ao dano lesão causados.

À luz do art.14 § 4º do CDC “ a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”. Tal previsão somente alcança o odontólogo se prestar o serviço na condição de profissional liberal, em sua clinica particular.Neste, haverá contrato de prestação de serviços.

Se por outro lado o odontólogo atender por força de convênio com sindicato ou associação, quem responderá será uma dessas pessoas jurídicas e objetivamente, podendo ser ele acionado regressivamente.

O consentimento do paciente é necessário para o inicio do tratamento, sob pena de o profissional,nas obrigações de meio ou de resultado, responder por eventual dano. O direito do paciente à informação e o dever do prestador de serviços de informar estão previstos no art.6º, III do CDC, que o determina como direito básico do consumidor.⁶⁸

Podemos assim concluir quão importante é a observância das normas éticas, morais, civis, penais e deontológicas para o bom desempenho profissional na área da saúde, tendo em vista o respeito aos princípios bioéticos e os ideais preconizados pelos Trados e Convenções internacionais em matéria de direitos humanos, além da legislação nacional.

No mundo contemporâneo, o desenvolvimento cultural, econômico e biotecnológico trouxe melhores condições para o trabalho do médico e dos demais profissionais da área da saúde, ampliando o número de especializações e sofisticando os recursos médicos para diagnóstico, tratamento e aplicação de cuidados paliativos visando o melhor atendimento dos pacientes, procurando diminuir a margem de erro no exercício profissional na área da saúde.

⁶⁸ SILVA,Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na odontologia. In. SILVA,Regina Beatriz Tavares da – Responsabilidade civil na área da saúde. Série GVlaw, op.cit.,p.209.