

RELAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE E PACIENTE



Adriana Maluf

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 que envolvem a reprodução assistida, a clonagem, a manipulação de células-tronco; são agentes que ajudam a designar o correto sexo dos pacientes portadores de pseudo-hermafroditismo e de transsexualismo, através da cirurgia redesignatória; realizar os procedimentos cirúrgicos gerais, envolvendo as cirurgias plásticas, reconstrutivas, os transplantes, as transfusões, além de, valendo-se de todos os recursos que dispõe, tratar o paciente em seus momentos finais, decidindo muitas vezes sobre o momento da morte bem como indicando os cuidados especiais ou paliativos aos seus pacientes conforme o caso.

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, mormente no que tange ao diagnóstico e conduta terapêutica a ser apresentada.¹

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

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

São portanto 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 profissional tendo em vista a intimidade do paciente (observadas as exceções prevista em lei – Resolução n.999/80 do CFM).³

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, em todos os temas bioéticos analisados 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, pelo mapeamento genético e experimentação em seres humanos, pela manipulação do embrião, pela aplicação das técnicas de reprodução assistida, instruindo e aplicando a mais conveniente em cada caso, seja no universo complexo dos transplantes e das transfusões sanguíneas que esbarram em crenças religiosas e valores pessoais.

O médico é, amparado por sua equipe, multidisciplinar, o grande agente da pesquisa e administração de técnicas médicas modernas, em biotecnologia, que incluem a clonagem, a manipulação de células tronco; são agentes que ajudam a designar o correto sexo dos pacientes portadores de pseudo-hermafroditismo e de transexualismo, através da cirurgia redesignatória; além de, valendo-se de todos os recursos que dispõe tratar o paciente em

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

seus momentos finais, decidindo muitas vezes sobre o momento da morte bem como indicando os cuidados especiais ou paliativos aos seus pacientes conforme o caso.

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.

Nesse sentido pode-se concluir que as relações médico-paciente – assim como dos odontólogos e demais profissionais da área da saúde –, devem ser pautadas pelas normas éticas e jurídicas e aos princípios basilares que permeiam essas relações, mormente no que tange ao diagnóstico e conduta terapêutica a ser apresentada.

É de vital importância o respeito aos princípios bioéticos de autonomia (externado pelo consentimento livre e esclarecido), beneficência, não maleficência e justiça, objetivando o melhor cuidado dedicado ao paciente tendo em vista sua intrínseca dignidade.⁴

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 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

O Consentimento informado

⁴ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, op.cit.,p.632.

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

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

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 Kfoury 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

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.

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 de 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.

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

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

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.⁹

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.

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.

Incontestável 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.

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.

⁹ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, op.cit., p.661 a 664.

“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”.¹⁰

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.¹¹

“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, conseqüências, benefícios, riscos e alternativas envolvidas, e sobretudo, sem que o indivíduo desse seu livre consentimento.”¹²

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 deve-se ponderar três critérios: o da eficácia, o do benefício e o da onerosidade.¹³

¹⁰ 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

¹¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos – O Equilíbrio do pêndulo – a bioética e a lei, op.cit., p.90 e 99.

¹² 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.

¹³ PESSINI, Leo – Distanásia – até quando prolongar a vida, op.cit., p.22

Aos olhos da lei, a capacidade de autodeterminação é requisito de validade do consentimento informado. Ainda que do ponto de vista ético-filosófico possamos reconhecer a capacidade de autodeterminação dos civilmente incapazes, não terá validade jurídica o consentimento manifestado por quem não tenha capacidade civil, ou venha este afetado de vícios 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, do odontólogo 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.¹⁴

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), renúncia ao direito de ser informado – no caso do paciente se recusar a receber a informação biomédica.¹⁵

À luz dos princípios bioéticos o consentimento informado é um direito do paciente, enquadrado entre os direitos da personalidade, representando a autonomia do paciente sobre sua integridade física e psicológica, consistente no poder de decidir

¹⁴ VIEIRA, Terez Rodrigues - Bioética e direito, São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003, p.44

¹⁵ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, op.cit., p.665 e 666.

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, um sentido sociocultural, que evoca um sentimento ou vivência confirmados pelo costume ou tradição, um sentido humanista-personalista que promove o ser humano.¹⁶

Representa, outrossim, um direito do paciente e uma salvaguarda do médico, do odontólogo e demais profissionais autônomos da área da saúde, 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.

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.¹⁷

Natureza jurídica do consentimento informado

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

¹⁶ 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.

¹⁷ ENGELHARDT Jr., H Tristram – Fundamentos da bioética cristã ortodoxa, São Paulo: Ed. Loyola, 2003, p.441 a 443.

atos determinados baseados na completa revelação de circunstâncias determinadas, de fatos determinados que permita a tomada de decisões 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 conseqüências 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. Em segundo lugar, 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.

O consentimento informado 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 de 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.

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, questiona-se:

1. 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.¹⁸

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

¹⁸ 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 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).

que poderão ocorrer conseqüências 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 paciente e do médico fortalecendo a relação existente entre ambos.

A autonomia do paciente 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.

2. 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 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.¹⁹

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 frequentes, 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.

¹⁹ 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.

3. 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 á 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, á 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 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 Orlando Gomes, 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”.

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 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 trará 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.

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: 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.

Porém, 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.

4. 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 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”.

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.

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.²⁰

²⁰ NADER, Paulo – Curso de direito civil – responsabilidade civil, op.cit.,p.401.

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”.²¹

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 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.

Assim, a relação jurídica que se estabelece entre os profissionais da área da saúde – paciente (basicamente médicos e odontólogos), 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.²²

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”.²³

A responsabilidade civil do médico

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

²¹ 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.

²² 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.

²³ VENOSA, Silvio de Salvo – Direito Civil – responsabilidade civil, op.cit., p.147.

consciosos, atentos à ética profissional e às prescrições deontológicas, no limite do exercício profissional, observados ainda os ditames bioéticos.

Concebe Arnaldo Rizzardo 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.²⁴

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 culposos 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. ²⁵

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.

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).

²⁴ Completa Arnaldo rizzardo 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, 4ªed, p.329.

²⁵DINIZ, 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.

As diversas modalidades médicas observam diferentes formas de responsabilização no âmbito cível. Obrigação 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.²⁶

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”.²⁷

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 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 conseqüente transmissão de doenças, a compatibilidade dos grupos sanguíneos e dos gametas, pois um dano causado pela prática incorreta na manipulação, escoça ou seleção destes materiais engendrará na 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

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito civil brasileiro, op.cit, p.256 e ss.

²⁷ 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 Getúlio Vargas, 2007, p.237.

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.²⁸

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.²⁹

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.

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

²⁸ 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.

²⁹CARDOSO, Alaercio – Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes, Minas Gerais;Del Rey,2002,p.347

portanto na existência de um liame 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.

Para Antonio Chaves, o ato médico se resumia na relação entre a confiança alçada pelo paciente e a consciência do profissional da saúde, o médico. Advinha daí a sua responsabilização.

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 plano jurídico,mas apenas no plano fático, decorrente da natureza especial da atividade”.³⁰

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

³⁰CARDOSO, Alaércio – Responsabilidade civil e penal dos médicos no caso de transplantes, op.cit.,p.265

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.³¹

Diversas são as práticas médicas que podem ser sujeitas 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.³²

³¹ CARDOSO, Aláercio - Responsabilidade civil e penal dos médicos no caso de transplantes, op.cit., p.349

³² LOPEZ, Teresa Ancona – O Dano estético, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed, 2004, p.110.