

FACULDADES PEQUENO PRÍNCIPE
DIRETORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM ENSINO NAS CIÊNCIAS DA SAÚDE

**PERCEPÇÃO DE MÉDICOS RESIDENTES SOBRE O TERMO DE
CONSENTIMENTO MÉDICO ESCLARECIDO**

CURITIBA

2021

CRISTIANO ROBERTO NAKAGAWA

**PERCEPÇÃO DE MÉDICOS RESIDENTES SOBRE O TERMO DE
CONSENTIMENTO MÉDICO ESCLARECIDO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Mestrado em ensino nas Ciências da Saúde das Faculdades Pequeno Príncipe.

Orientadora: Professora Dra. Elaine Rossi Ribeiro

CURITIBA

2021

i

N163p

Nakagawa, Cristiano Roberto
Percepção de médicos residentes sobre o Termo de
Consentimento Médico Esclarecido / Cristiano Roberto
Nakagawa - Curitiba, 2021.
97f.; 30cm

Orientador: Elaine Rossi Ribeiro

Dissertação (Mestrado em Ensino nas Ciências da Saúde)
– Programa de Pós-Graduação em Ensino nas Ciências da
Saúde, Faculdades Pequeno Príncipe.

1. Consentimento médico. 2. Médico e paciente. 3.
Aprendizagem – Metodologias ativas. 4. Bioética. I. Ribeiro,
Elaine Rossi (orient.). II. Título.

CDD 610.696

CDU 614.253

Ficha elaborada pela bibliotecária Maria Isabel Schiavon Kinasz – CRB9/626

TERMO DE APROVAÇÃO

Cristiano Roberto Nakagawa

"Percepção de Médicos Residentes sobre o Termo de Consentimento Médico
Esclarecido"

Dissertação **aprovada** como requisito parcial para obtenção do grau de
MESTRE (A), no Programa de Pós-Graduação em Ensino nas Ciências da
Saúde da Faculdades Pequeno Príncipe, pela seguinte banca examinadora:



Orientador (a):

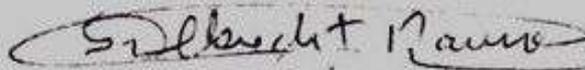
Prof.ª Dr.ª Elaine Rossi Ribeiro

Doutora em Clínica Cirúrgica. Professora e Orientadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado em Ensino nas Ciências da Saúde da Faculdades Pequeno Príncipe..



Prof.ª Dr.ª Leide da Conceição Sanches

Doutora em Sociologia. Professora e Orientadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado em Ensino nas Ciências da Saúde da Faculdades Pequeno Príncipe.



Prof. Dr. Gyl Henrique Albrecht Ramos

Doutor em Cirurgia. Preceptor das Residências Médicas do Hospital Erasto Gaertner (cirurgia oncológica e cirurgia de cabeça e pescoço), do Hospital das Clínicas da UFPR (otorrinolaringologia) e da Santa Casa de Misericórdia de Curitiba (otorrinolaringologia).

Curitiba, 15 de junho de 2021.



Dedico esta obra a Deus em primeiro lugar, à minha família pela compreensão e por compartilhar da realização de mais uma etapa. A esposa Tatiana, filhas Beatriz e Bruna, pais Sussumu e Etelvina, sogros Humberto e Elizete e demais familiares, assim como a todos profissionais de saúde pela fundamental tarefa em salvar vidas

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me proporcionar forças e inspirações, a seguir em frente em minha aprendizagem, e a me proporcionar uma saúde mental, espiritual e corporal a seguir em frente, compartilhando de meu conhecimento com aqueles que virem a ler esta obra.

Agradeço a professora Dra. Elaine Rossi Ribeiro, pela extrema paciência na orientação, pelo rigor na técnica e conteúdo que me proporcionaram um profundo e intenso aprendizado tornando possível a conclusão deste mestrado, meu eterno e admirável reconhecimento por seu academicismo, e seu carinho acolhedor como sempre.

Agradeço aos meus avaliadores na qualificação, que tanto me acrescentaram no conteúdo, na forma e no acolhimento, minha gratidão ao Professor Dr. Gyl H.A. Ramos e a Professora Dra. Leide C. Sanches.

Aos demais professores do mestrado, por proporcionarem uma ótima base nas metodologias de aprendizagem e pesquisa, lecionando aulas de excelência técnica e de aplicação para a vida.

Agradeço aos demais colegas de mestrado e hoje amigos para a vida toda, por todo carinho, trocas de experiências.

E por fim, mas que é a base de tudo assim como Deus em minha vida, a minha família, mãe e pai, por terem me traçado os caminhos da vida a seguir, histórias de vida, exemplos a serem admirados. Obrigado pela vida, pelo amor que me deram e continuam me dando. A minha esposa Tatiana, minhas filhas Beatriz e Bruna, que são minhas joias preciosas confiadas por Deus, que eu possa proporcionar um caminho de amor em seus crescimentos morais e intelectuais. A minha irmã Karla, meus sogros Humberto, Elizete, meus sobrinhos afilados, cunhados, por todo amor e admiração.

SUMÁRIO

LISTA DE QUADROS	vi
LISTA DE SIGLAS	vii
RESUMO	viii
ABSTRACT	x
1 INTRODUÇÃO	12
2 OBJETIVO DA PESQUISA	15
3 REVISÃO DA LITERATURA	16
3.1 Relação médico-paciente e ato médico.....	16
3.2 Natureza jurídica do termo de consentimento para atos médicos.....	25
3.3 Força probatória e cláusulas abusivas do termo de consentimento para atos médicos.....	27
4 TRAJETÓRIA DA PESQUISA	40
4.1 Processo metodológico	40
4.2 Contexto do estudo	41
4.3 Participantes do estudo	41
4.4 Obtenção das informações	42
4.5 Análise das informações	43
4.6 Aspectos éticos.....	44
5 APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS E DISCUSSÃO	45
5.1 ANÁLISE CATEGORIAL	47
5.1.1 Conhecimento e construção do termo de consentimento esclarecido para atos médicos.....	47
5.1.2 Função social e legal do termo de consentimento médico esclarecido para atos médicos.....	64

5.1.3 Relevância da capacidade do paciente e da temporalidade e do fornecimento do termo de consentimento ao paciente.....	71
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS	84
APÊNDICES	
APÊNDICE 1 — INSTRUMENTO DE COLETA DE DADOS.....	90
APÊNDICE 2 — TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO	91
ANEXOS	
ANEXO 1 — PARECER CONSUBSTANCIADO APROVADO DO COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA	95

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Classificação categórica das informações obtidas.....	45
--	----

LISTA DE SIGLAS

CAAE Certificado de Apresentação para Apreciação Ética

CDC Código de Defesa do Consumidor

CEP Comitê de Ética em Pesquisa

CNS Conselho Nacional de Saúde

STJ Superior Tribunal de Justiça

TCLE Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

RESUMO

NAKAGAWA, C.R. **Ensino em saúde**: percepção de médicos residentes sobre o termo de consentimento médicos esclarecido. 2021. 89 p. Dissertação (Mestrado em Ensino nas Ciências da Saúde) – Diretoria de Pesquisa e Pós-Graduação, Faculdades Pequeno Príncipe, Curitiba, 2021.

O direito a informação ao paciente sobre os atos médicos nele praticados, sustentam a boa relação médico paciente, pois não somente o direito, mas também princípios bioéticos advém desse dever de em respeito à autonomia do paciente. No Processo de aprendizagem acadêmica, em sua formação de base, tais temas por vezes pouco atrativos, pelo estudante de medicina, mas fundamentais no exercício da medicina podem estar falhos em muitas instituições de educação médica, o que pode ser fatal na boa relação médico-paciente e ensejar o início de um conflito entre ambos. Qual a percepção dos médicos residentes que acabaram de egressar de sua universidade a respeito do consentimento para atos médicos? O consentimento médico esclarecido é um negócio jurídico que requer alguns requisitos para que seja válido e livres de vícios que possam torná-lo inválido. A relação médico-paciente deve ser concretizada na confiança e no reconhecimento da vulnerabilidade do paciente por parte do profissional médico. O presente estudo constituiu-se em uma pesquisa de cunho descritivo com abordagem qualitativa. Os participantes são médicos residentes do primeiro ano de residência que praticam atos médicos invasivos. Não obstante ao período de pandemia pelo COVID19, a pesquisa foi realizada de forma não presencial em conformidade a legislação vigente nacional. O instrumento de pesquisa foi constituído de uma entrevista individual e semiestruturada, aplicada pela plataforma de pesquisa Google *Forms*®. Em conformidade aos elementos, passos e critérios metodológicos previamente mencionados segundo a proposta metodológica de Bardin (2006) as informações obtidas foram classificadas e dispostas em categorias: Percepção, conhecimento e construção do termo de consentimento esclarecido para atos médicos; Função social e legal do termo de consentimento médico esclarecido para atos médicos; Relevância da capacidade do paciente, da temporalidade e do fornecimento do termo de consentimento ao paciente. Essa análise qualitativa trouxe

à tona importante análise em conjunta aos princípios que envolvem a bioética, a legislação que norteia a elaboração de um consentimento médico, de extrema relevância a fim de se consolidar ainda mais um bom relacionamento médico paciente, fortalecendo esse importante elo de ligação.

Palavras-chave: Consentimento médico, termo de consentimento médico esclarecido, relação médico-paciente, dever de informação ao paciente, metodologias ativas em aprendizagem, princípios da bioética aplicada ao ato médico

ABSTRACT

NAKAGAWA, C.R. **Health education:** resident physicians' perception of informed medical consent. 2021. 89 p. Dissertation (Master's Degree in Teaching in Health Sciences) – Board of Research and Graduate Studies, Faculdades Pequeno Príncipe, Curitiba, 2021.

The right to information to the patient about the medical acts performed in him, sustains the good doctor-patient relationship, because not only the right, but also bioethical principles comes from this duty of respect for the patient's autonomy. In the academic learning process, in their basic training, such topics are sometimes unattractive for the medical student, but fundamental in the practice of medicine, may be flawed in many medical education institutions, which can be fatal in a good doctor- patient and give rise to a conflict between them. What is the perception of resident physicians who have finished and graduated from their university regarding consent for medical acts? Informed medical consent is a legal business that requires certain requirements for it to be valid and free from vices that could make it invalid. The doctor-patient relationship must be based on trust and recognition of the patient's vulnerability by the medical professional. The present study consisted of a descriptive research with a qualitative approach. Participants are resident physicians in their first year of residency who perform invasive medical procedures. Notwithstanding the period of pandemic by COVID-19, the survey was carried out in person in accordance with current national legislation. The research instrument consisted of an individual and semi-structured interview, applied by the google forms research platform. In accordance with the elements, steps and methodological criteria previously mentioned, according to the methodological proposal of Bardin (2006), the information obtained was classified and arranged into categories: Perception, knowledge and construction of the informed consent form for medical acts; Social and legal function of the informed medical consent form for medical acts; Relevance of the patient's capacity, temporality and provision of the consent form to the patient. This qualitative analysis brought to light an important analysis together with the principles that involve bioethics, the legislation

that guides the elaboration of medical consent, which is extremely important in order to further consolidate a good medical-patient relationship, strengthening this important link.

Keywords: Medical consent, informed medical consent form, doctor-patient relationship, duty to inform the patient, active learning methodologies, principles of bioethics applied to the medical act.

1 INTRODUÇÃO

O consentimento esclarecido é conceituado como um substantivo masculino que expressa a ação de consentir e significa permitir que determinado ato seja praticado ou dar licença, autorização (MICHAELIS, 2019). É uma maneira de concordar e conceder a aprovação ao ato de alguém a quem se confia. Pois se acredita ser este o detentor de uma habilidade e um conhecimento técnico que executará um ato profissional com os resultados mais previsíveis possíveis (CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000).

O consentimento esclarecido para os atos médicos, consiste na exposição pelo profissional de todas as terapêuticas possíveis a que o paciente possa ser submetido, informando os prováveis riscos e benefícios em linguagem acessível, a fim que este possa livremente, escolher se quer ou não se submeter àquele determinado tratamento (DINIZ, 2006). O consentimento deve ser, via de regra, escrito, para a segurança de ambas as partes.

O consentimento deve ser concretizado com a anuência do paciente ou responsável legal, livre de quaisquer vícios, como por exemplo: a coação. Deve ser precedido de esclarecimento exaustivo sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios. Métodos alternativos existentes, também devem ser postos como meio de escolha do paciente, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento (DINIZ, 2006).

O esclarecimento representa um estímulo à construção de uma relação baseada na confiança e na manifestação da vontade do paciente, pois ambas representam os melhores alicerces na construção de uma adequada relação médico-paciente. Compreendendo o paciente as informações fornecidas e demonstrando a vontade de cumprir o tratamento, o consentimento pode ser formalizado por um documento chamado de termo de consentimento esclarecido, devendo ser assinado por ambos.

Alguns requisitos para que o termo de consentimento seja válido, são apontados por Diniz (2006),

O termo de consentimento livre e esclarecido deverá conter em suma, os seguintes elementos essenciais: a) ser feito em linguagem acessível; b) conter: os procedimentos ou terapêuticas que serão utilizados, bem como seus objetivos e justificativas; os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados; métodos alternativos existentes; a liberdade de o paciente recusar ou retirar seu consentimento sem que lhe aplique qualquer sanção punitiva ou sem que haja prejuízo à sua assistência médico-hospitalar; assinatura ou identificação dactiloscópica do paciente ou de seu representante legal.

E ainda,

A obtenção do consentimento do paciente após a informação médica resulta do seu direito de autodeterminação, ou seja, de tomar decisões relativas à sua vida, à sua saúde e à sua integridade físico-psíquica, recusando ou consentindo propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem direito de optar-se a uma terapia, de optar por tratamento mais adequado ou menos rigoroso, de aceitar ou não uma intervenção cirúrgica, de mudar ou não de médico ou de hospital etc.

Muito além da proteção profissional, de que este prestou as informações ao paciente, o termo de consentimento visa esclarecer todas as dúvidas, sanando as inseguranças do paciente perante seu tratamento. Por isso, a informação dada ao paciente ou a quem por ele é responsável deve ser clara, objetiva e compreensível.

O consentimento esclarecido, seja ele oral ou escrito, é a expressão do reconhecimento da autonomia do paciente, em escolher a se submeter ou não a técnicas médicas de pesquisa, prevenção, diagnóstico e tratamento, respeitando suas crenças e valores morais, direitos considerados de personalidade com previsibilidade no artigo 15, do Código Civil. Trata-se de decisão livre, voluntária, refletida, autônoma, não-induzida, tomada após um processo informativo e deliberativo sobre o procedimento ou procedimentos biomédicos a serem adotados nos termos informados.

Alguns autores como Borges (2001), defendem que o paciente não é mais hoje visto como aquele que consente, mas o que solicita, exige e participa na tomada de decisões da sua saúde, sendo o agente de sua própria vontade,

Para que as finalidades do consentimento informado sejam alcançadas, convém cada vez mais abandonar essa expressão e optar pela expressão mais significativa da solicitação de tratamento, ou da decisão de interrupção de tratamento. A solicitação é mais independente que um consentimento, que indica para uma concordância passiva, ou como uma mera não-manifestação: quem cala, consente. Esse tipo de consentimento não pode ser mais admitido. Deve haver vontade, não apenas consentimento ou, pior,

não apenas manifestação de objeção. A manifestação do cliente deve ser expressa.

Importante ressaltar, portanto, que o consentimento esclarecido é o requisito de validade ética e jurídica dos atos médicos capaz de reconhecer a autodeterminação da pessoa como um de seus pilares.

O consentimento, também, não é um ato inexorável e permanente. Havendo mudanças significativas nos procedimentos terapêuticos, deve-se obter o consentimento de forma continuada, pois a permissão dada anteriormente tinha tempo e atos definidos, seguindo o princípio da temporalidade. Admite-se também que, em qualquer momento da relação profissional, o paciente tem o direito de não mais consentir certa prática ou conduta, mesmo já consentida por escrito, revogando assim a permissão outorgada, respeitando o princípio da revogabilidade (FRANÇA, 1994).

Registra-se, portanto, que o primeiro consentimento, chamado de consentimento primário, não exclui a necessidade dos chamados consentimentos secundários. Desse modo, por exemplo, um paciente que permite seu internamento num hospital não está, com isso, autorizando o uso de qualquer meio de tratamento ou de qualquer procedimento que não lhe foi devidamente esclarecido (FRANÇA, 1994).

Todo paciente tem direito a ampla informação sobre toda e qualquer conduta médica em seu sentido amplo. É dever dos profissionais deixar esclarecido todos os benefícios terapêuticos, assim como os riscos previsíveis a respeito de sua patologia.

No passado, a relação médico-paciente era fortalecida por uma maior proximidade do médico com seu paciente e familiares. Criavam uma relação de amizade, ou seja, sua conduta era posta e aceita sem questionamentos.

Atualmente, a autonomia da vontade do enfermo é garantida e regulamentada por normas éticas e de Direito, respeitando alguns princípios como: o da veracidade, o da privacidade, o da fidelidade e transparência, o da confiança, o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade de escolha (RIVABEM, 2012).

Sendo o médico, o detentor do conhecimento da ciência que estudou, cabe a ele prestar todas as informações necessárias e ter o profissional uma consciência moral de que a compreensão do paciente lhe permitiu um consentimento pleno.

A carência de um consentimento esclarecido ao paciente, no entanto, tem feito com que processos contra médicos aumentem, independentemente, de ter ou não havido o erro médico.

Ressalta-se também que, infelizmente, muitos médicos não o fornecem em tempo adequado para que este se torne efetivamente esclarecido ao paciente. A negligência do ato de informar, de suma importância ao paciente, pode ser resultante da pouca ênfase ao preparo dos estudantes de medicina, focados tão somente no desenvolvimento de competências clínicas, sem se preocupar com as repercussões sociais, éticas e jurídicas resultantes dos atos médicos.

Neste contexto, ao refletir sobre a temática em questão, busca-se entender qual a percepção que os médicos em especialização têm sobre o consentimento esclarecido para atos médicos?

2 OBJETIVO DA PESQUISA

OBJETIVO GERAL

Conhecer a percepção dos médicos residentes do primeiro ano sobre o consentimento esclarecido para atos médicos.

3 REVISÃO DA LITERATURA

3.1 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E ATO MÉDICO

A relação médico-paciente, nos primórdios da medicina, era regido por um caráter sobrenatural, que tornava indiscutíveis os atos médicos, pois acreditava-se que as doenças eram uma forma de intervenção divina, configurando um caráter punitivo aos indivíduos. Portanto, a cura não era questionada, muito menos os direitos dos pacientes, os quais foram surgindo no transcorrer do tempo (ROBERTO, 2005).

Entretanto, diante da amplitude do desenvolvimento humano, a arte da cura cedeu seu espaço para a ciência ou técnica de curar. O ser humano passa a ser o fim, e não o meio, nos processos de desenvolvimento científico, e com isso o termo de consentimento informado começa a ser visto em algumas sentenças e documentos ao redor do mundo (BARBOZA, 2008). Na Inglaterra, por exemplo,

Em 1767, verificou-se a primeira questão envolvendo a necessidade do termo de consentimento informado no mundo jurídico. Nessa decisão, um juiz inglês condenou dois médicos por condutas impróprias, pois estes, ao retirar a bandagem do paciente, desuniram o calo ósseo propositadamente, com o objetivo de utilizar um aparelho, de uso não convencional, para provocar tração durante o processo de consolidação (CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000)¹.

Torna-se claro que o fundamento do juiz na sentença foi a falta tanto do consentimento do paciente para o procedimento como a de informação.

Após esse marco no mundo jurídico, o consentimento esclarecido foi estudado em 1830, pelo advogado inglês John William Wilcock, que, em Londres, publicou um livro sobre a legislação e o exercício profissional da Medicina. A obra abordava a necessidade do consentimento do paciente, depois de ter recebido todas as informações a respeito do tratamento, da forma mais esclarecida possível, a fim de que o médico não respondesse pelos danos. Entretanto, se o tratamento fosse

¹ Sentença - Em resposta a isto, aparece desde as evidências dos cirurgiões, que foi impróprio desunir o calo (material ósseo em processo de cura) sem consentimento; isto é usual e norma dos cirurgiões: assim foi ignorância e imperícia neste particular, fazer o contrário que a regra da profissão, que deve ser dito ao paciente o que será feito com ele, para que tome coragem e se coloque em tal situação que se disponha para se submeter à operação.

realizado sem o consentimento do submetido, o médico deveria compensar qualquer lesão decorrente do tratamento (WILCOCK, 2000).

Portanto, a informação consolidada com o consentimento do paciente passa a ser imprescindível para o ato médico, uma vez que este ato é regulamentado por lei específica e por regras deontológicas bem claras no respeito ao direito de decisão do paciente.

O paciente consente em ser tratado por seu médico, pois todo ato médico, sustenta-se no princípio da confiança, em que o exercício executado pelo profissional é baseado em um conhecimento técnico adequado para a doença que lhe perturba. Para tanto, é importante explicar o que a doutrina, assim como Conselhos profissionais entendem ser ato médico.

A profissão médica brasileira é regulamentada pela Resolução n. 1.627/2001, do Conselho Federal de Medicina, que tem por finalidade definir o alcance do ato médico².

O artigo 1º dessa resolução, define que o ato médico é ato privativo dos profissionais médicos devidamente inscritos em seus órgãos de classe, que envolvam procedimentos diagnósticos ou impliquem indicação terapêutica quando dirigidos,

- 1- a promoção de saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária);
- 2- a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária);
- 3- a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária). As ações médicas, via de regra, devem estar voltadas para a promoção do bem-estar das pessoas aqui entendidas como: a profilaxia ou o diagnóstico de enfermidades; indicação e implementação de tratamento ou reabilitação; criação e aprimoramento de procedimentos técnicos; desenvolvimento recursos confiáveis para a identificação e tratamento de doenças. Portanto, atos que exigem a proximidade do doente com o médico, o que não significa, como se viu no capítulo anterior, que devam estar fisicamente presentes. Dessa forma, é atividade cujo exercício exige para além da coleta de diversos dados pessoais e clínicos, um diálogo participativo que deve levar em consideração a especial vulnerabilidade do enfermo em face do profissional, admitindo sua qualidade de paciente, identificando-o como um ser autônomo, capaz de tomar decisões e realizar suas próprias escolhas, bem como, aceitando que em inúmeras vezes haverá incerteza do

² BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.627/2001, de 23 de outubro de 2001. Define o ato profissional de médico. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm>. Acesso em: 28 de out. de 2018.

médico em face dos possíveis resultados de diagnósticos e medidas terapêuticas³.

O ato médico de maneira rigorosamente científica, é toda a ação, todo procedimento ou atividade que a legislação regulamentadora de uma profissão atribua aos profissionais de sua categoria profissional, mesmo que esta não seja exclusiva ou seja privativa dos profissionais médicos⁴.

O médico que pratica o ato profissional deve estar adequadamente preparado, e habilitado a fim de que exerça legalmente a sua profissão. Os atos profissionais privativos ou exclusivos de uma profissão, como a Medicina, configuram o que se denomina o monopólio profissional, que decorre principalmente da necessidade que as pessoas têm daquele serviço e da importância que lhe atribui.

Os médicos, devidamente registrados, são considerados peritos naquela ação ou atividade e podem atuar de forma livre no mercado de empregos ou de locação de serviços. No entanto, respondem por dolo e mediante comprovação de culpa, pelos danos que causarem e prejuízos que gerarem por imperícia, imprudência ou negligência (SCHAEFER, 2006). Assim explica o Conselho Federal de Medicina que,

Além de estarem comprometidos com uma instituição denominada *munus* público, que configura certos deveres com a sociedade e com o Estado - tudo isso, como compensação por se lhes assegurar o monopólio do mercado daquele serviço. Qualquer profissional, de qualquer profissão, que causar dano a um cliente por negligência, imperícia ou imprudência comete um erro profissional e responderá por conduta culposa⁵.

Os atos profissionais podem ser atribuídos de maneira privativa aos agentes de uma profissão, caso em que só podem ser executados por um agente profissional legalmente habilitado daquela categoria profissional. Ou podem ser típicos de uma profissão ou mesmo específicos dela, mas sendo compartilhados com agentes de outra categoria profissional, como as atividades exercidas por profissionais que

³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.627/2001, de 23 de outubro de 2001. Define o ato profissional de médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm Acesso em: 28 de out. de 2018.

⁴ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.627/2001, de 23 de outubro de 2001. Define o ato profissional de médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm Acesso em: 28 de out. de 2018.

⁵ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.627/2001, de 23 de outubro de 2001. Define o ato profissional de médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm Acesso em: 28 de out. de 2018.

trabalham em conjunto com o médico, tais como enfermagem, fisioterapia, etc. Quando um procedimento é privativo de uma profissão deve ser chamado ato privativo profissional⁶.

A execução do ato médico, assim como de qualquer outro ato profissional, presume a existência de um contrato entre o cliente e o prestador do serviço. E que tal contrato pode ser explícito ou implícito. Alguns admitem que o contrato de assistência médica é uma prestação de serviços. Outros, que a forma correta é considerá-lo um contrato *sui generis*, em virtude da especificidade e da delicadeza mais singular entre o profissional e o seu paciente, como ensina Dias (1979). Dependendo de diversos fatores, dentre eles o tipo de atividade ou costume na qual aquela relação está sendo realizada.

O benefício ao paciente deve sempre ser prioridade no ato médico. A desobediência ao princípio de beneficência motiva grande parte dos desvios éticos, assim como, infrações civis e penais no âmbito do exercício da Medicina e, mais ainda, os transtornos das relações profissional-cliente (KFOURI NETO, 2001).

O ato médico ou ato profissional de médico é uma categoria particular de ato profissional. Analogamente, deve-se atentar que a expressão erro médico, muito usada pela sociedade nos dias atuais, especialmente pela mídia, é uma contração da expressão erro profissional de médico. Assim conforme o Conselho Federal de Medicina,

Não é restrito aos profissionais médicos, ainda que estes sejam muito mais cobrados por sua prática. A expressão erro médico tem sido empregada com propósitos antimédicos. Não deve ser usada por quem não se solidarize com esse propósito, a não ser que também fale (e, até, escreva) erro odontológico, erro advocatício, erro engenheiral e outros semelhantes. Curiosamente, nota-se que muitos médicos cultivam essa denominação, ao invés de preferir erro profissional de médico, o que conceitualmente seria melhor e politicamente mais correto⁷.

Ainda conceitua que,

⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.627/2001, de 23 de outubro de 2001.

Define o ato profissional de médico. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm Acesso em: 28 de out. de 2018.

⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.627/2001, de 23 de outubro de 2001. Define o ato profissional de médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm Acesso em: 28 de out. de 2018.

Ato médico ou ato profissional de médico, que também pode ser denominado procedimento médico ou procedimento técnico específico de profissional da Medicina, é a ação ou o procedimento profissional praticado por um médico com os objetivos gerais de prestar assistência médica, investigar as enfermidades ou a condição de enfermo ou ensinar disciplinas médicas.

Seja qual for o propósito do ato em si, sendo ele para o diagnóstico, o tratamento ou o ensino médico, é sempre exercido em favor de paciente que solicitou ou necessita de ajuda, mediante contrato implícito ou explícito, utilizando os recursos e meios disponíveis nos limites da previsão legal, da codificação ética, da possibilidade técnico-científica, da moralidade do consentimento do paciente. Assim sendo, por exemplo dentro de uma escola de Medicina, o respeito ético e individual perante o paciente deve estar à frente do aprendizado em si, haveria uma total inversão de valores se este estivesse à frente daqueles. A ação ou procedimento devem estar voltados, prioritariamente, ao bem-estar dos pacientes, à profilaxia de doenças em sentido amplificado ou ao diagnóstico de enfermidades, a terapêutica ou a reabilitação de enfermos (DIAS, 1979).

Visando sempre o melhor tratamento aos pacientes, este deve estar baseado em níveis de evidência que fundamentem o ato médico, normalmente orientados por meio de consensos e protocolos instituídos por suas respectivas especialidades. Entretanto, pelo fato de nem sempre as ciências médicas oferecem solução para todas as necessidades dos enfermos, o ato médico pode estar fundamentado em conhecimento aceito por sua comunidade profissional, cientificamente embasado na informação mais atual e ter como objetivo fomentar a saúde, evitar e diagnosticar as enfermidades, assim como tratar ou reabilitar os doentes.

A prática de atos médicos é um exercício que cabe a quem é formado em Medicina em estabelecimento educacional oficial ou oficialmente reconhecido, estando, portanto, legalmente capacitado. Mas também, a médicos formados em instituições estrangeiras que tiveram seu diploma revalidado conforme a legislação brasileira. Exige-se para tanto, que o profissional esteja formalmente habilitado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado em que exerce a atividade, e registrado no organismo competente de vigilância sanitária do sistema de saúde a que estiver vinculado⁸.

⁸ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.627/2001, de 23 de outubro de 2001. Define o ato profissional de médico. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm Acesso em: 28 de out. de 2018.

Com advento das especialidades médicas, dentro de critérios rigorosos de formação de especialistas por meio da residência médica, houve um enriquecimento da capacidade profissional em áreas de atuação específica e com isso a exigência de se exercer uma Medicina com a máxima perícia possível (KFOURI NETO, 2001).

A responsabilização médica por seus atos pode decorrer de duas formas: obrigação de meio e de resultado. Na primeira, existe o compromisso da utilização de todos os recursos, terapêuticos e diagnósticos disponíveis, para se ter um resultado, sem, no entanto, a obrigação de prometer um resultado. Busca-se que o resultado seja o melhor possível, mas ele inexistindo, com ausência de culpa do devedor, não há o que se cobrar. Na obrigação de resultado, ao contrário, a prestação do serviço tem um fim definido e se não se alcançar o resultado esperado, o devedor passa a ser inadimplente, pois assumiu o ônus de satisfazer a obrigação que comprometeu (KFOURI NETO, 2001).

Na obrigação de meio, o resultado que se promete na assistência médica não é a cura do paciente, mas a forma orientada para esse fim, desde que ele tenha empregado o melhor de sua capacidade e o que lhe é disponível. Portanto, é razoável que aqui possa haver a inversão do ônus da prova, haja visto que o médico pode ter melhor capacidade de provar dos meios que se utilizou. Kfouri Neto, citando os irmãos Mazeaud, afirma que,

O credor não tem, então, que provar que o devedor tenha sido negligente, é ao devedor que incumbe estabelecer que obrou com toda prudência desejável e esperada. Na prática ter-se-ia o seguinte: o paciente afirma que não foi curado. O médico não pode, então, permanecer numa posição de negativa, pura e simples, dizendo: prove minha imprudência, pois do fato de não haver atingido o resultado a que, sem dúvida, não se obrigou a alcançar, mas para o atingimento do qual havia prometido empenhar-se, resulta uma presunção de negligência contra ele. O médico tem, portanto, que provar necessariamente a prudência e a diligência com que se houve. Por isso, conforma-se aos princípios da obrigação de meios obrigar os médicos a estabelecerem a certeza de que não atuaram com culpa.

Na obrigação de meio, o objeto do contrato, é a própria assistência ao paciente, quando o médico se compromete empregar todos os recursos ao seu alcance a fim de alcançar o melhor resultado possível, sem, no entanto, garantir sempre um único resultado. Portanto, só poderá ser considerado culpado se o médico procedeu sem os devidos cuidados, agindo com descaso, impulsividade ou falta de observância às

regras técnicas (FRANÇA, 1994). Não poderá ser culpado se chegar à conclusão de que todo empenho foi inútil em face da inexorabilidade do caso, quando o especialista agiu em conformidade com o que a Medicina prescreve e não contraindica. Seria injusto punir o profissional alegando que este deveria garantir um resultado.

Portanto, o que se afirma não é que o médico não cometa erros, tais como de diagnóstico, de terapêutica e de técnicas, mas, que o ato médico não pode constituir um contrato de resultado, mas, sim de meios ou de diligência, embora em casos de manifesta negligência, imprudência ou imperícia venha se ampliar sua responsabilidade quanto aos métodos usados ou à terapêutica escolhida. Nos casos em que o ato médico resultou em danos, em que se procura comprovar um erro médico, o que se deve considerar, antes de mais nada, além do nexo causal e do tamanho do dano, é o grau da previsibilidade do autor em produzir o resultado danoso e a culpa suficientemente demonstrada, dentro das espécies negligência, imprudência e imperícia. Kfoury Neto (2001) explica quanto a obrigação de meio,

Assim entendendo, existe na responsabilidade contratual civil do médico uma obrigação de meios ou de diligências, onde o próprio empenho do profissional é o objeto do contrato, sem compromisso de resultado. Cabe-lhe, todavia, dedicar-se da melhor maneira e usar de todos os recursos necessários e disponíveis. Isso também não quer dizer que ele esteja imune à culpa.

Na obrigação de resultado a prestação do serviço tem um fim definido. Se não houver o resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu.

No entanto, mesmo em especialidades consideradas como obrigação de resultado, como na cirurgia puramente estética, o conceito tão radical de êxito absoluto, é questionável, pois o correto é decidir pelas circunstâncias de cada caso (KFOURI NETO, 2002). Exigir um resultado absoluto em todos os casos concretos, seria contrariar a própria natureza da Medicina. Por exemplo, há situações em que o resultado não foi alcançado, em virtude de uma intercorrência que não se poderia prever ou evitar, como são aqueles casos em que o paciente após ter feito uma cirurgia plástica embelezadora, desenvolveu um queloide, ou seja, era impossível se prever ou garantir que esse resultado ruim não acontecesse, pois ocorreu devido a um fato que se denominam de iatrogenia (KFOURI NETO, 2002).

Portanto, qualquer que seja a forma de obrigação, de meio ou de resultado, diante do dano, o relevante é a responsabilidade, levando em conta principalmente o grau de culpabilidade, o nexo de causalidade e a dimensão do dano ocorrido (KFOURI NETO, 2002).

As discussões sobre a responsabilidade civil do médico, também giram em torno da teoria subjetiva e da objetiva. A teoria subjetiva, em que se enquadra a responsabilidade médica, tem na culpa seu fundamento de base. No âmbito do Direito Civil, a expressão culpa tem um sentido muito amplo, tendo entendimento desde a culpa *stricto sensu* ao dolo (DINIZ, 2002). Diniz (2002) ensina que,

A culpa não é definida e nem conceituada na legislação pátria. A regra geral do Código Civil Brasileiro para caracterizar o ato ilícito, contida no artigo 186, estabelece que este somente se materializará se o comportamento for culposo. Neste artigo está presente a culpa *lato sensu*, que abrange tanto a dolo quanto a culpa em sentido estrito. Por dolo entende-se, em síntese, a conduta intencional, na qual o agente atua conscientemente de forma que deseja que ocorra o resultado antijurídico ou assume o risco de produzi-lo. Já na culpa *stricto sensu* não existe a intenção de lesar. A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia.

Na teoria subjetiva, a culpa pode decorrer de a ação ou a omissão que levam à existência de um dano, devendo existir obrigatoriamente o nexo causa entre este e o ato praticado pelo médico (KFOURI NETO, 2002).

Exemplo de nexo de causa, seria um paciente que após uma cirurgia, devido a não prescrição de antibiótico, evoluiu com infecção do ferimento cirúrgico e dias após veio a falecer. Nesse caso, houve omissão por parte do médico, que deveria seguir os protocolos de cuidados para evitar o resultado indesejado. Como há nexo de causa entre negligência médica e a infecção que o levou a morte, há uma responsabilidade subjetiva por parte do profissional. Mas supondo por exemplo, que este paciente após a cirurgia evoluiu com infarto agudo do miocárdio, que não tem nexo de causa com o fato de o médico não ter prescrito antibiótico, o profissional não responderia pela negligência de não ter prescrito o antibiótico. Não há nexo de causa entre o infarto agudo do miocárdio e a ausência de prescrição de antibiótico.

Ainda dentro da necessidade de se imputar a responsabilidade, há de se avaliar também a participação da equipe, haja visto que, os atos médicos podem ser privativos de profissional médico ou podem ser compartilhados com outros profissionais, caso a legislação que regulamentou aquela profissão assim o determine.

Relevante também, avaliar as condições de trabalho, a existência de fatores impossíveis de evitar o mau resultado, a ação de terceiros estranhos à relação médico-paciente, e ainda a própria culpa do paciente, uma vez que, pode ser o paciente o autor de seu próprio dano, negligenciando uma orientação profissional de cuidado.

Mas independente do agente causador do dano, a averiguação da responsabilidade, seja ela objetiva ou subjetiva, é relevante para o equilíbrio social, disciplinando o ato médico a ser exercido de forma mais ética, com preceitos técnicos aceitos pela comunidade científica médica, atendendo, por conseguinte, os quatro objetos fundamentais e essenciais do ato médico que são: o enfermo, a enfermidade, o indivíduo e a coletividade. França explica que,

O fundamento da responsabilidade civil, aqui mais especificamente na área médica, está na alteração do equilíbrio social, produzida por um prejuízo causado a um dos seus membros. O dano sofrido por um indivíduo preocupa todo o grupo porque, egoisticamente, todos se sentem ameaçados pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos, menores, iguais e até maiores.

Portanto o ato médico, regulamentado pela Lei 12.842/2013, deve ser exercido sempre com boa-fé e em benefício de quem dele necessita, baseado em evidências científicas, protocolos de tratamento instituídos por sociedades de especialidades e limitados pela lei, pelos Códigos de Ética e pela moralidade⁹. O respeito à individualidade do ser humano, suas particularidades e sua autonomia em consentir ou não com o ato ao qual será submetido devem ser postos à frente de qualquer ato.

⁹ BRASIL. Lei 12842/13, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Brasília, DF: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12842.htm . Acesso em: 10 de jan. de 2019.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE CONSENTIMENTO PARA ATOS MÉDICOS

O profissional da saúde, ao solicitar que o paciente assine o termo de consentimento previamente pronto, de uma determinada terapêutica, está fornecendo um contrato de adesão. O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 54, define este contrato como um negócio jurídico com cláusulas estabelecidas de maneira unilateral pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo¹⁰.

A grande maioria dos hospitais, clínicas, consultórios, assim como algumas associações de especialidades médicas, têm confeccionados termos de consentimento para as mais diversas terapias. Neles estão postos os riscos e benefícios de determinada terapia em forma de cláusulas fixas e rígidas sem possibilidade de mudanças. Portanto, no termo de consentimento, nesses moldes, é um exemplo clássico de contrato de adesão. Sobre esta modalidade contratual, Fernandes (2007) afirma que,

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 a sua utilização nas eventuais relações jurídicas que trará com pessoas indeterminadas.

Essa espécie contratual, desta forma, tem como característica essencial, a simples adesão ou não do paciente, uma vez que ele não poderá discutir os termos contratuais, ou seja, ou aceita o disposto ou fica sem a prestação do serviço.

O consentimento esclarecido visa garantir a autonomia do paciente, portanto deve o médico expor em uma linguagem clara e acessível o seu quadro clínico e as

¹⁰ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 de jan. de 2019.

possibilidades terapêuticas. Assim, após as informações o indivíduo consciente estará apto a manifestar o seu consentimento.

No entanto, em respeito aos já explicados princípios bioéticos da autonomia e da beneficência, os objetivos do consentimento são incompatíveis com um termo de adesão, pois este não apresenta um conteúdo específico, próprio para o tratamento de um paciente em sua individualidade. Sendo um contrato de adesão, apresenta condições gerais sendo elaborado para diversas pessoas que passarão por procedimentos e tratamentos semelhantes (KFOURI NETO, 2001).

Fernandes afirma que no ambiente hospitalar é comum a utilização de termos de consentimento esclarecido como um documento padronizado e elaborado de forma genérica, com único propósito de se adotar uma Medicina Defensiva¹¹. Estes termos, em sua maior parte, contém as informações básicas e genéricas do tratamento, tais como as suas contraindicações, possíveis riscos (FERNANDES; PITHAN, 2007).

Desta forma, embora o objetivo principal do consentimento esclarecido, seja ofertar todas as informações essenciais e necessárias ao paciente sobre sua terapêutica individualizada, atualmente este vem sendo descaracterizado pela Medicina Defensiva, sendo utilizado como mero contrato de adesão. Fernandes alerta que,

O contrato de adesão e o Termo Consentimento Esclarecido tem objetivos distintos, o que impossibilitaria a manutenção da prática adotada pela medicina defensiva. Esta prática não corresponde a uma atitude eticamente adequada, pois fere o princípio da autonomia e da beneficência; e em um segundo momento ofende ao ordenamento jurídico, especificamente o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. No âmbito do Direito Civil, fala-se em dever de informar que, por sua vez, consiste no dever que o prestador do serviço médico tem para com o paciente de informá-lo sobre o serviço que lhe será prestado de forma clara e específica. Esta conduta resulta do princípio da boa-fé objetiva nas relações de confiança. Cabe ressaltar que o termo só deve ser redigido após o processo de informação, pois caso contrário poderá constituir prática defensiva do médico ou hospital prestador de serviço, desviando do objetivo real do procedimento. Por essa

¹¹ O termo Medicina Defensiva, surgiu nos Estados Unidos nos anos 90 e se refere a um conjunto de práticas de defesa para evitar processos na justiça, como: abusar dos pedidos de exame, prescrever medicamentos não justificados, encaminhar pacientes para outros médicos sem necessidade, entre outros. As consequências dessa prática podem ser graves para o paciente e o sistema de saúde. Exames desnecessários, prescrição de medicamentos sem valor real para o tratamento, internações por medo de erro, encaminhamento para outros médicos. SEKHAR, M. S.; VYAS, N. **Defensive Medicine: A Bane to Healthcare**. Ann Med Health Sci Res. 2013. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3728884/>>. Acesso em: 10 de fev. de 2019.

razão o Termo do Consentimento Esclarecido segue regras específicas para a sua formulação, como por exemplo, linguagem acessível, sem termos técnicos que dificultem a compreensão do paciente.

O consentimento esclarecido não deveria ser um procedimento burocrático de mera formalidade. Não há uma forma correta, podendo ser realizado tanto pela forma oral como pela escrita. Nos casos realizados na forma oral é relevante a presença de uma testemunha, para confirmar que o ato foi devidamente satisfatório. Porém a doutrina aconselha que, nos casos em que há grandes margens para danos corporais, não seja adotada a utilização do termo de consentimento esclarecido oral. A restrição quanto a forma também deve ser aplicada aos analfabetos e juridicamente incapazes, pois nesses casos, faz-se necessário que haja uma avaliação de compreensão, além da concordância do representante legal no termo escrito (CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000).

Desta forma, o termo deve ser o mais pessoal possível, direcionando as cláusulas conforme as especificidades do caso do paciente, respeitados os princípios da boa-fé objetiva através do esclarecimento, do diálogo e da informação. Portanto, não pode ser pré-redigido ou já estar confeccionado antes que o diálogo sobre a conduta terapêutica ocorra com o paciente (BORGES, 2010)

3.3 FORÇA PROBATÓRIA E CLÁUSULAS ABUSIVAS DO TERMO DE CONSENTIMENTO PARA ATOS MÉDICOS

O consentimento esclarecido tem como propósito principal informar o paciente dos benefícios e adversidades do tratamento proposto. Mas, sendo ele devidamente esclarecedor e assinado pelo paciente, sem quaisquer vícios de consentimento, é, também, uma importante prova documental. Desta forma, ele salvaguarda, o cumprimento do dever de informar pelo profissional da saúde (KFOURI NETO, 2001).

Infelizmente muitos médicos ainda não reconhecem a necessidade da produção de um termo de consentimento escrito. Às vezes, por achar que uma adversidade em sua terapêutica jamais ocorreria, outras vezes, por não querer causar medo ao seu paciente. Para alguns, no entanto, falta a empatia em reconhecer que a

informação é um direito de qualquer pessoa que recebe uma prestação de serviço. Portanto, o exercício do consentimento envolve em primeiro lugar, uma relação humana dialogada, o que elimina uma atitude arbitrária ou prepotente do médico. O entendimento de que o termo de consentimento é desnecessário ou pouco importante, pode acarretar na responsabilidade do profissional.

Dada a importância do dever de informar, destaca-se que em outros países, da Europa e nos Estados Unidos da América, verifica-se um grande crescimento de processos contra médicos, destacando-se nas estatísticas a responsabilidade por violação do dever de informar e do consentimento esclarecido (PITHAN, 2012). Aqui no Brasil, pode-se afirmar que a jurisprudência sobre consentimento esclarecido é recente se considerada em comparação a outros países, notadamente nos EUA.

Pithan (2012) destaca o primeiro julgado brasileiro específico sobre o tema,

No Brasil, somente no ano de 2002 a expressão consentimento esclarecido é utilizada em uma decisão judicial. Em acórdão pioneiro, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirma-se a responsabilidade civil do médico e da instituição hospitalar pelos danos causados em uma paciente que se submeteu a um procedimento cirúrgico oftalmológico, sem ter sido informada devidamente de risco de cegueira, que acabou por ocorrer, gerando dano. Considerou-se a falta de informação como violadora das regras éticas que cercam a relação médico-paciente. Esta decisão é diferenciada em relação as que a sucedem sobre o tema, em especial por um aspecto: considera o consentimento informado derivado de uma exigência ética e não somente de uma regra de consumo. Posteriormente, vários tribunais estaduais passaram a julgar demandas similares.

Apesar do processo de consentimento poder ser verbal ou escrito, cabe ao médico a prova de que o dever de informar foi cumprido, assim cabe ao profissional gerenciar sua atividade com base neste dever, o qual se comprova, muitas vezes, com o termo escrito de forma coerente ao entendimento do paciente que o assina.

O médico que falta com o dever de informar estará cometendo ato ilícito, independente, de ter ocorrido erro médico em sua conduta terapêutica, pois a falta de informação pode resultar em ausência de cuidado involuntário do próprio paciente (KFOURI NETO, 2001). Por exemplo: uma paciente que foi submetida a uma cirurgia de prótese mamária e não foi orientada que era necessário fazer repouso e não erguer peso. Por conta da falta dessa relevante informação a paciente por achar

que está apta, ergue peso e isso fez com que sua prótese mamária saia do lugar. O dano aqui resultou da ausência de informação, que poderia ter evitado uma nova cirurgia.

O consentimento escrito garante mais segurança ao médico demonstrando que cumpriu o ônus de esclarecer sobre todos os riscos e benéficos da conduta terapêutica previsíveis. Mas ressalta-se, que muitos termos de consentimento, como os adotados por muitos médicos não são considerados como adimplemento do dever de informar pelos tribunais, pois têm como objetivo tão somente de resguardar uma prova documental perante uma demanda por erro médico (KFOURI NETO, 2001).

O consentimento é um processo que deve ser especificado a cada paciente conforme o seu caso concreto e respeitando a individualidade tanto do paciente quanto da doença que sofre, portanto não se confunde com um documento abstrato e genérico empregado por alguns profissionais (NUNES, 2007). Termos gerais diminuem a força probatória do documento, isso quando se comprova ele não ter nenhuma eficácia por conter vícios de consentimento. Portanto, estes documentos ambíguos e abrangentes podem se tornar um fator contrário aos interesses do profissional, pois demonstra-se que o objetivo principal era ter um documento probatório, retirando a principal função de informação específica para cada paciente em seu caso concreto.

O dever de informar é um processo de diálogo, que deve ser feito com a maior antecedência possível à data do procedimento. O dever de informar deve ser feito em todos os encontros do médico com seu paciente, uma vez que, a maioria dos tratamentos são prolongados, e a mudança na conduta médica visando um melhor resultado ao paciente pode ocorrer. Para isso é importante que o paciente tome ciência das novas intercorrências que podem surgir com a mudança na terapêutica, afim de que concorde ou discorde. França (2014) afirma que,

Quando no transcurso de uma cirurgia surge nova situação que exige do médico uma conduta emergencial ante a gravidade do caso, porém não conhecida pela paciente, tendo em vista o indiscutível interesse da paciente, deveria este intervir, amparado pelo exercício regular do direito e estado de necessidade, além do princípio bioético da beneficência, assim, estaria o médico legitimado a intervir, todavia, cita que a solução em tais casos é sempre casuística.

Genival sugere que no primeiro termo de consentimento já haja uma cláusula especificando que mudanças na conduta médica sempre serão informadas ao paciente, já que a doença pode se comportar de forma diversa de paciente para paciente (FRANÇA, 2010). Por exemplo: um paciente, com um determinado tipo de câncer, que está em tratamento quimioterápico que traz como efeitos adversos somente náuseas, perda de apetite e tonturas. No transcurso do tratamento, o câncer desse paciente se mostra resistente ao tratamento com aquele quimioterápico que estava sendo tratado, e o oncologista decide mudar o fármaco, mas que este trará efeitos adversos diferentes do primeiro. As informações sobre tais mudanças devem ser fornecidas ao paciente e documentadas no termo de consentimento, demonstrando que o paciente entendeu a necessidade da mudança terapêutica e que estivesse preparado aceitando os efeitos adversos novos. A simples mudança de conduta do médico, seguidor de um protocolo de tratamento atualizado, sem ter prova que compartilhou os motivos que alteraram a conduta, apesar de cumprir com seu dever empregando os melhores meios terapêuticos, descumpra com o seu dever de informar ao paciente.

Vale destacar que termos de consentimento assinados no dia da cirurgia não são considerados pelos tribunais como prova do dever de informar do médico, o termo nestas condições é tido como inválido, pois estaria eivado do vício de consentimento, qual seja, a coação. Isso porque, o termo de consentimento nesse caso seria um simples papel, desprovido da função informativa a que se destina, uma vez que o paciente muitas vezes, não teve tempo suficiente para entender e sanar eventuais dúvidas de algumas cláusulas, seja por conterem um conteúdo técnico de difícil compreensão, seja por conterem um conteúdo genérico pouco informativo, seja por falta de tempo para ler. Assim, por exemplo, um paciente que se programou para ser internado, afastando de seus afazeres diários, atividades laborais; acaba assinando o termo de consentimento, muitas vezes, sem se quer ter lido todas as cláusulas, ou se leu e não compreendeu, acaba concordando em assinar para que não tenha sua cirurgia cancelada, como ocorre em muitos hospitais. Portanto, muitos tribunais levam em consideração se a data em que o termo de consentimento assinado foi na mesma

data da realização da cirurgia, para considerar ou não o valor do documento como meio de prova do dever de informar.

Em casos de emergência e urgência, os termos podem ser explicados e assinados, no momento da intervenção se o paciente tiver acordado, ou por meio de seu representante legal (SCHAEFER, 2006). Pode nem mesmo haver o consentimento, pois a Medicina rege-se pelo princípio bioético da beneficência, assim cabe ao médico assegurar a vida e a saúde do paciente em detrimento de sua autonomia¹². Como já mencionado anteriormente, aqui não significa que o dever de informar, não tenha relevância, mas sim, que em decorrência da necessidade urgente do ato médico em salvar a vida do paciente ou lhe evitando uma sequela grave, sobrepõe-se a necessidade antecipada de informar sua conduta terapêutica. o Código de Ética Médica, Resolução nº 2.217/2018 em seu artigo 22 salvaguarda a exceção do fornecimento do consentimento em caso de risco iminente de morte,

Artigo 22: “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”¹³.

Defendido também pelo doutrinador Rui, que reforça ao afirmar que,

Outro aspecto importante a ser evidenciado é que a intervenção médica há, sempre, de estar precedida do consentimento do paciente ou de seu responsável, salvo, evidentemente, o caos de atendimento de emergência, quando haja risco de vida ou de dano físico irreversível ou quando, durante a intervenção cirúrgica, surge um fato novo, a exigir imediata providência, sem tempo para interrompê-la e consultar os familiares (STOCO, 2007).

¹² O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo destaca que o princípio da beneficência refere-se à obrigação ética de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo. O profissional deve ter a maior convicção e informação técnica possíveis que assegurem ser o ato médico benéfico ao paciente em detrimento de outros princípios como o da autonomia. CREMESP. [s.d.]. Disponível em:

<https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53>. Acesso em: 10 de jan. de 2019.

¹³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.217/2018, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

Portanto, nesses casos de risco iminente de vida o médico deve se antecipar ao consentimento do paciente que está sendo assistido. Assim exemplificando com um caso concreto: se um paciente dá entrada num pronto socorro, inconsciente, vítima de acidente automobilístico, apresentando sua perna com uma grave fratura comprometimento da sua circulação e devido ao sangramento intenso, a amputação se torna necessária para preservar a vida do acidentado. O profissional deve atuar com a máxima tranquilidade ética, pois apesar de não ter dito tempo de obter a autorização, o bem jurídico maior que é a vida do paciente estará sendo salva pelo profissional.

Na carência de um consentimento, o paciente que sentir lesado seu direito à autonomia, poderá ir ao Judiciário reivindicar sua reparação. Porém para ensejar responsabilidade civil do médico é necessário os mesmos elementos da responsabilidade civil estejam presentes, devendo o paciente comprovar a atitude negligente do médico, caracterizada pela falha ou ausência de informação, dano e o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano sofrido (KFOURI NETO, 2002).

Pode-se pegar como exemplo um paciente que após ter sido submetido a uma cirurgia abdominal, não lhe foi informado devidamente, quantos dias deveria se manter em ausência de esforço físico. E este acaba, sem saber que estaria prejudicando o bom resultado de sua cirurgia, realizando esforços físicos resultando-lhe o que a Medicina chama de deiscência da ferida cirúrgica, e necessidade de nova cirurgia para reparar o dano sofrido. Nesse exemplo percebe-se que houve nexo de causa, ou seja, caso o paciente tivesse sido previamente comunicado de quantos dias deveria manter-se em repouso, evitando esforços físicos danosos, o resultado ruim não existiria.

Por outro lado, caso o cirurgião tivesse fornecido e explicado o tempo de consentimento, especificando que os esforços físicos estariam proibidos por um determinado tempo, mas mesmo assim o paciente não obedecesse, a culpa subjetiva seria retirada do médico e atribuída a atitude negligente da paciente. Portanto, é importante ressaltar que o dano deve decorrer da falha ou falta do dever de informar,

e não resultante de outro motivo. Pegando-se o mesmo exemplo, suponha-se que o paciente submetido a cirurgia abdominal, sofreu deiscência do ferimento cirúrgico por uma infecção oportunista, mas em decorrência ao dano sofrido, resolve processar o médico pois acha que a complicação da abertura do ferimento cirúrgico não decorreu da infecção em si, mas pelo fato de ter feito esforço físico. Nesse caso mesmo que o médico tivesse deixado de informar ao paciente quantos dias deveria se manter em repouso, a causa do dano não decorreu do esforço em si, mas sim do fato de ter sido vítima de uma infecção no foco cirúrgico. Neste último exemplo, comprova-se que há falta de nexos entre a falta de informação específica reclamada pelo paciente e carência da informação de quantos dias deveria se manter em repouso.

Morais (2010) caracteriza a obrigação de informar do médico como de resultado, outros discordam veementemente desta conceituação, pois o dever de informar é exposto aos mesmos fatores aleatórios da atividade principal médica. Certo é que nem mesmo os profissionais tem respostas para tudo, o organismo humano e a doença são ainda muitas vezes incompreensíveis, assim como cada indivíduo pode responder de forma diversa a uma mesma terapêutica. Portanto, atribuir uma responsabilidade, pela falta de informação, sem averiguação de culpa, seria transformar a Medicina em uma ciência exata. O dever de informar deve ser exigido, ao que a ciência já conhece como previsto de ocorrer. Aquilo que não há evidências na própria literatura médica como risco possível, não há que se exigir um dever de informar sobre um resultado que nenhum médico poderia prever. Assim certo é os que conceituam a obrigação de informar como de meios, pois o médico também é vulnerável diante da ciência (SCHAEFER, 2006).

Nos processos judiciais, é ônus do paciente comprovar os fatos que constituem o seu direito, ou seja, comprovar os elementos caracterizadores da falha no dever de informar. Utilizando-se do termo de consentimento, do prontuário médico, receituários, testemunhas, que o médico deixou de prestar informações essenciais para evitar o dano sofrido. Contudo é de praxe com a aplicação irrestrita e abstrata do Código de Defesa do Consumidor à relação médico e paciente, que o juízo conceda ao paciente hipossuficientes a inversão do ônus da prova. Neste caso, caberá ao médico comprovar sua não-culpa, ou seja, comprovar que informou devidamente o paciente, e que este negligenciou as orientações prestadas, ou até mesmo por má-fé, mesmo

tendo sido adequadamente informado o paciente não confiou ou desafiou, fazendo justamente o contrário daquilo que lhe foi prescrito (NUNES, 2007). Nos casos de inversão do ônus da prova, o termo de consentimento adequadamente coerente e assinado pelo paciente, torna-se ainda mais essencial, pois é a chance do profissional assistente provar que cumpriu com seu dever de informação. Pereira (2004) afirma que,

Na França, um dos berços do direito médico que tem grande influência no Brasil, o ônus quanto ao dever de informação é do médico, contudo, admite-se presunções em favor do médico, evitando, assim situações excessivas.

Segundo o Código de Processo Civil Brasileiro, os juízes poderão requisitar provas de ofício ou a requerimento de uma das partes, requerer que a outra produza as provas necessárias na busca da verdade real, a fim de firmar sua convicção.

Art. 370 CPC. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias¹⁴.

Desta forma, pode o juiz presumir ou reduzir as exigências de provas em determinadas situações. É certo que o médico assistente, com a inversão do ônus da prova, encontrar-se-á em situação muitas vezes desfavorável em alguns processos, especialmente se não tiver prova material que forneceu as informações e que estas foram de livre aceite pelo paciente, desprovidas de quaisquer vícios de entendimento. Stoco (2007) afirma que,

Ao revés da inversão do ônus da prova e conseqüentemente a presunção de culpa do profissional, deve-se utilizar nestes casos complexos por natureza a teoria da carga dinâmica probatória (GONÇALVES, 2011). Ora, sabe-se que o Código de Processo Civil adotou a teoria estática, mas não se olvida que a teoria dinâmica é legítima quando a teoria estática se revela em

¹⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 22 de ago. de 2018.

desconformidade com os direitos fundamentais do contraditório, presunção de inocência e ampla defesa tipificados pela Constituição Federal.

Conclui-se que, o ônus da prova do consentimento foi fornecido e devidamente aceito pelo paciente pode variar conforme o caso concreto, e a hipossuficiência do paciente. Para tanto, como medida protetiva, todo profissional médico deve fornecer ao seu paciente, com a antecedência adequada ao fim que se destina, todas as informações postas nesse importante documento, uma vez que ele possa ser o único meio de prova da ciência do paciente sobre os riscos de dano, especialmente aqueles raros clientes que manifestem má-fé em um processo futuro.

Em muitos consultórios, clínicas e hospitais, o termo de consentimento como o contrato paritário, em que se discutem as cláusulas, são pouco utilizados devido sua pouca celeridade. Portanto, apesar de gerar uma completa impessoalidade, o que se predomina é uma produção de termos de consentimento conforme a patologia, sem se considerar que a doença pode se manifestar de forma diversa e individualizada em cada paciente. O termo de consentimento, desta forma, torna-se um contrato de adesão, em que cláusulas abusivas podem surgir, inevitavelmente.

Primeiramente é pertinente analisar o significado do termo abusividade, Marques (2006) ensina que,

A atual tendência é conectar a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial, ao princípio da boa-fé objetiva; observar mais seu efeito, seu resultado, e não tanto repreender uma situação maliciosa ou não subjetiva. Infere-se que, com base na boa-fé objetiva, o abuso nas cláusulas contratuais é determinado pelo desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação do contrato, capaz de gerar prejuízo ou onerosidade excessiva para o consumidor. Este vínculo lógico entre o abuso do direito e a vulnerabilidade do consumidor no CDC é que resulta o caráter abusivo de determinadas condutas do fornecedor e, da mesma forma, cláusulas abusivas que – observada a desigualdade fática entre os sujeitos contratuais – coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada em relação ao fornecedor. A abusividade, dessa forma, confunde-se com a boa-fé objetiva. Esta, por sua vez, encontra-se expressamente disciplinada no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, como princípio norteador das relações de consumo, uma vez que representa o padrão ético de *confiança* e *lealdade* indispensável para a convivência social. As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação.

Para que seja caracterizada a abusividade de determinada cláusula, é necessário observá-la sob o ângulo da boa-fé objetiva, não havendo espaço para a sua aceção subjetiva, já que a sua caracterização independe de análise subjetiva da conduta do fornecedor, se houve ou não malícia, intuito de obter vantagem indevida ou exagerada. Em nenhum momento o Código do Consumidor exige a má-fé, o dolo do fornecedor para caracterização da abusividade da cláusula (MARQUES; MIRAGEM, 2006).

Num comportamento de confiança e lealdade entre os contratantes, a boa-fé objetiva é um princípio fundamental, impondo às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser atendidos a fim de permitir a realização das justas expectativas. Portanto, as cláusulas são consideradas abusivas quando afrontam a boa-fé objetiva, princípio que permeia todas as relações de consumo e prima pelo comportamento leal e de confiança recíproca entre as partes contratantes. Aguiar Jr. ensina que,

São cláusulas abusivas as que caracterizam lesão enorme ou violação ao princípio da boa-fé objetiva, funcionando estes dois princípios como cláusulas gerais do Direito, a atingir situações não reguladas expressamente na lei ou no contrato. Norma de Direito Judicial impõe aos juízes torná-las operativas, fixando a cada caso a regra de conduta devida (MARQUES; MIRAGEM, 2006).

Uma vez presentes as cláusulas abusivas no termo de consentimento, estas serão consideradas nulas, não produzindo quaisquer efeitos no campo prático jurídico, conforme art. 51, *caput* da Lei 8.078/90 (CDC)¹⁵. Nessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor estabelece proteção contra eventuais abusividades, promovendo o equilíbrio entre as partes integrantes da relação jurídica entre o médico e o paciente. Porém quando não há uma relação de consumo como ocorre com serviço público de saúde, deve-se recorrer ao Código Civil para proteção do usuário contra cláusulas com vícios de consentimento (BENJAMIN; MARQUES, BESSA, 2010).

¹⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 de jan. de 2019.

O paciente que venha a assinar um termo de consentimento nos moldes de um contrato de adesão não possuindo o condão de alterar profundamente o seu conteúdo, pode ter seu direito de vontade violado, pois apenas lhe cabe preencher dados pessoais, datar e assinar (BENJAMIN; MARQUES, BESSA, 2010).

Inexiste, portanto uma discussão para elaboração do termo de consentimento. O médico ao inserir cláusulas abusivas, como por exemplo, dizendo que o profissional se isenta de responsabilidade caso o paciente sofra uma hemorragia e venha a óbito, além de fugir com propósito do dever de informar, ainda impõe a uma norma nula, pois a responsabilidade pelo ato médico sempre existirá a partir do momento em que este é praticado e não poderá ser transferida a um terceiro¹⁶. Conforme prevê no artigo 51, III do CDC e explica Benjamin (2010),

O inciso III retrata a proibição, quanto aos fornecedores, de incluírem nos contratos de consumo, cláusulas que isentem a sua responsabilidade, ou seja, é proibido que o fornecedor, independentemente da relação que possua com terceiros, transferir a estes a sua responsabilidade no que se refere aos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo. Portanto, se verifica, de acordo com o CDC, a proibição de imposição de cláusulas contratual, na qual o fornecedor tenha o interesse de se eximir de sua responsabilidade, transferindo-a a terceiros, devendo este ser obrigado a se manter na responsabilidade, em relação as suas ofertas.

Outro exemplo de cláusula abusiva que constam em termos de adenoidectomia: “após adenoidectomia será realizada a meringotomia e avaliado a necessidade da colocação do tubo de ventilação”¹⁷. Terminologias técnicas sem um esclarecimento em linguajar apropriado ao paciente leigo, dificultam e impossibilitam a compreensão pelo paciente, que não sabe que o termo técnico meringotomia é perfurar o tímpano a fim de se introduzir um dreno. A falta do uso de vocabulários apropriados, pode induzir o paciente a um erro.

O *caput* do artigo 51 do CDC descreve que as cláusulas consideradas abusivas são nulas de pleno direito. Portanto, o Código é bastante claro ao definir as sanções das cláusulas abusivas é a nulidade de pleno direito ou nulidade absoluta, nos termos do Código Civil. Bonatto (2004) ensina que,

¹⁶ UNIMED. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.unimed.coop.br/web/regionalsulgoias/servicos/hospital-unimed/termo-de-consentimento/termos-de-consentimento-informado>>. Acesso em: 19 de jan. de 2019.

¹⁷ UNIMED. [s.d.] Disponível em: <http://www.unimeditumbiara.com.br/download/Termo_Consentimento/OTORRINO/Adenoidectomia_Colocacao_Tubo_Ventilacao.pdf>. Acesso em: 19 de jan. de 2019.

A nulidade de pleno direito é aquela cominada a vício descrito com precisão matemática pela lei, ou seja, de vício manifesto, visível pelo próprio instrumento ou por prova literal; por essa razão, ao juiz é admitido dela conhecer independentemente de provocação. No mesmo sentido, explica o significado da expressão pleno direito: diz-se da nulidade derivada de vício manifesto, de defeito comprovado, visível pelo próprio instrumento ou prova literal; por isso, ao juiz é admitido dela conhecer se absoluta, independentemente de provocação da parte.

Portanto, tendo em vista que a sanção imposta à cláusula abusiva é a nulidade absoluta, não se pode falar em cláusula abusiva passível de se tornar válida, pois ela sempre nasce nula, ou seja, apesar de estar escrita e posta no contrato, será nula desde sempre (BONATTO, 2004).

A cláusula declarada abusiva no termo de consentimento sofre a sanção de nulidade absoluta, assim como o fato de que a abusividade nela imposta contraria as normas protetivas do consumidor, que são de ordem pública e interesse social, cabendo ao magistrado se pronunciar a nulidade de ofício, independentemente da manifestação da parte. Nery Jr. (2008) explica que,

A nulidade de pleno direito pode ser decretada de ofício pelo juiz e alegada em ação ou defesa por qualquer interessado, sendo a sanção jurídica prevista para a violação de preceito estabelecido em lei de ordem pública e interesse social. Assim, a declaração de nulidade da cláusula abusivas podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, portanto, independentemente da formulação de qualquer pedido na ação ajuizada pelo consumidor ou até mesmo quando o consumidor figurar como réu. por contrariarem a ordem pública de proteção ao consumidor, as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las *ex officio*, porque normas de ordem pública são insuscetíveis de preclusão.

Interpretando o artigo 51, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, prevê-se que a decretação de cláusula abusiva não invalida o termo de consentimento na sua integralidade, mas tão somente a disposição contratual caracterizada como onerosa ao consumidor. Entretanto, em exceção à regra geral, será nulificado todo o termo de consentimento se decorrer ônus excessivo a qualquer das partes em razão da ausência da cláusula. Assim explica Miragem (2009),

No contrato de consumo, a invalidade parcial do negócio é a regra, mediante nulidade das cláusulas abusivas, sobretudo porque é reconhecido o direito de manutenção do contrato por parte do consumidor. Muitas vezes, sobretudo quando se trate de contratos de consumo cuja prestação se projeta no tempo, identifica-se a necessidade do consumidor em relação à prestação contratual. Daí, inclusive, resulta um nível de dependência

agravada em relação ao fornecedor, o que é evidente em relação a contratos de prestação de serviços, tais como serviços bancários, seguros, planos de saúde, telefonia, prestação de ensino, dentre outros. O reconhecimento de um direito de manutenção do contrato é condição para efetividade da proteção do consumidor, de modo a evitar que qualquer demanda em relação aos termos do contrato ou à conduta do fornecedor possa dar causa à resolução unilateral por sua parte. São expressivos deste direito de manutenção do contrato, o controle do conteúdo do contrato contemporâneo à celebração (nulidade das cláusulas abusivas e redução do contrato), cujo desequilíbrio tenha se dado por fato superveniente (art. 6º, V, CDC), até o controle dos efeitos do inadimplemento, como é o caso do impedimento da resolução na hipótese de adimplemento substancial. A nulidade de pleno direito estabelecido no art. 51 faz parte do sistema normativo de defesa do consumidor. É de ordem pública, e envolve direitos indisponíveis, e, portanto, não podem ser renunciados pelo consumidor. Nesse sentido, o juiz deve conhecer de ofício a abusividade da cláusula e aplicar a sanção de nulidade, como forma de garantir os direitos dos consumidores. Também, deve ser esclarecido que não se afigura ilícita, por si só, a inserção, em um contrato de consumo, de cláusula que limite ou restrinja direitos do consumidor, pois o próprio CDC, em seu art. 54, § 4º, admite essa possibilidade: “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

A sanção é negar o efeito unicamente da cláusula abusiva, preservando-se em princípio o termo de consentimento, dentro da primazia do princípio da conservação do contrato, salvo se a ausência da cláusula desestruturar a relação contratual, gerando ônus excessivo a qualquer das partes. Após excluir o efeito da cláusula abusiva, deve verificar se o termo de consentimento mantém condições sem a cláusula abusiva de cumprir sua função socioeconômica ou, ao contrário, se a nulidade da cláusula irá contaminar o invalidar todo o negócio jurídico (MIRAGEM, 2009).

Portanto, uma cláusula preestabelecida em um contrato de consumo, não necessariamente será caracterizada abusiva. Também não irá se configurar como ilícita, por si só, a sua inserção em um contrato de consumo, , pois o próprio CDC, em seu art. 54, § 4º, admite essa possibilidade: “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. Não é qualquer limitação a direitos do paciente que deverá ser fulminada, deve ser observado a extensão e intensidade da limitação do direito dele previsto em cláusula, cuja nulidade somente deverá ser reconhecida em casos de desequilíbrio excessivo, que comprometa sobremaneira a equidade do termo de consentimento (MIRAGEM, 2009).

4 TRAJETÓRIA DA PESQUISA

4.1 PROCESSO METODOLÓGICO

O presente estudo constituiu-se em uma pesquisa de cunho descritivo com abordagem qualitativa. Esta permite o trabalho com universo de significados, resguardados em valores, aspirações, crenças, significados, costumes atribuindo desta forma a análise de variáveis que não devem ser quantificadas.

Bardin (2006, p. 38) refere que a análise de conteúdo consiste em:

Um conjunto de técnicas de análise das comunicações, que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens. ... A intenção da análise de conteúdo é a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção (ou eventualmente, de recepção), inferência esta que recorre a indicadores (quantitativos ou não).

Portanto, percebe-se que a análise de conteúdo é um conjunto de técnicas de análise de comunicações, que tem como objetivo ir além das incertezas e engrandecer em conteúdo a leitura dos dados coletados. Como afirma Chizzotti (2006, p. 98), “o objetivo da análise de conteúdo é compreender criticamente o sentido das comunicações, seu conteúdo manifesto ou latente, as significações explícitas ou ocultas”. Para Minayo (2001, p. 74),

a análise de conteúdo é compreendida muito mais como um conjunto de técnicas, constitui-se na análise de informações sobre o comportamento humano, possibilitando uma aplicação bastante variada, e tem duas funções: verificação de hipóteses e/ou questões e descoberta do que está por trás dos conteúdos manifestos.

Assim, considera-se que a análise de conteúdo procura relatar os significantes e a análise de discurso, o significado. Para tanto, esta última faz uso da linguística. Por mais que, aparentemente, a análise de conteúdo e a linguística tenham a linguagem como objeto, há uma distinção entre língua e palavra que faz toda a diferença. Dessa forma, o objeto na linguística é a língua e o da análise de conteúdo, a palavra (BARDIN, 2006).

4.2 CONTEXTO DO ESTUDO

A pesquisa foi realizada em instituição em que há médico residente inscrito em Programas de Residência Médica, portanto um Hospital Escola, composto por médicos residentes das especialidades cirúrgicas e clínicas. Nele se se operam cirurgias de pequena, média e alta complexidade, como cirurgias oncológicas, cardíacas, transplantes de órgãos, entre outros, em âmbito do Sistema Único de Saúde e assistência privada de saúde complementar. Diariamente são realizados vários atos médicos, em que a sua realização se faz necessário o consentimento médico ampliado a um termo por escrito, que é o termo de consentimento para atos médicos. A escolha da instituição decorreu do fato de a mesma possuir características necessárias à investigação, em pleno atendimento aos critérios de inclusão, em que a aplicação do consentimento reduzido a termo e não tão somente o consentimento verbal faz-se necessários perante atos médicos invasivos. Nesse programa há cerca de pouco mais de dez especialidades cirúrgicas, dentre as quais se conseguiu a autorização de três coordenadores de residência para efetuar a pesquisa

4.3 PARTICIPANTES DO ESTUDO

Os participantes são médicos residentes do primeiro ano de residência que praticam atos médicos invasivos (YAMAUSHI, 2000)¹⁸, com prévia aprovação e consentimento de seu respectivo coordenador de residência, sendo desta forma entrevistados: quatro residentes da anestesiologia, quatro residentes cirurgia geral e dois residentes da otorrinolaringologia, graduados em medicina no Brasil há menos de dois anos. Estes residentes estão matriculados, pela COREME (Comissão de Residência Médica) do Hospital Santa Casa de Curitiba. Os participantes aceitaram participar da pesquisa e assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

¹⁸ Procedimento invasivo: Considera-se procedimento invasivo aquele que rompe as barreiras naturais do organismo ou penetra em suas cavidades. Desta forma da entrada à patógenos a tecidos ou cavidades possivelmente estéreis.

(TCLE, APÊNDICE 2), segundo seus termos e condições, após também a comunicação e aceite da coordenação de residência médica dos respectivos serviços de especialidades.

Os critérios de exclusão foram aqueles que já trabalharam ou fizeram plantão fora da residência médica, os formados há mais de dois anos, os graduados fora do Brasil, que tiveram seus diplomas revalidados por terem sua formação no estrangeiro.

No que diz respeito ao número de pessoas entrevistadas, este foi o suficiente para que se pudesse ser denso o suficiente para construção de categorizações e subsequente análise das respostas, conforme explica Minayo (2004),

alguns cuidados devem ser tomados com o processo de amostragem, com a finalidade de refletir a totalidade em suas múltiplas dimensões, tais cuidados seriam privilegiar os sujeitos que detêm as informações e experiências que o pesquisador deseja conhecer; considerar um número suficiente para a reincidência das informações; escolher um conjunto de informantes que possibilite a apreensão de semelhanças e diferenças.

Na entrevista foram feitas as seguintes perguntas disparadoras: o que você sabe sobre termo de consentimento esclarecido? Qual é a sua percepção sobre o uso do termo de consentimento médico esclarecido para atos médicos? O que o termo de consentimento representa para você e para o paciente? Você acredita que o termo de consentimento esclarecido fornecido ao paciente pode ou traz esclarecimentos sobre o ato médico? E com que antecedência do ato médico o termo de consentimento é fornecido ao paciente a fim de haja o esclarecimento sobre o ato?

4.4 OBTENÇÃO DAS INFORMAÇÕES

Não obstante ao período de pandemia pelo COVID19, a pesquisa foi realizada de forma não presencial em conformidade a legislação vigente nacional (BRASIL 2020). O instrumento de pesquisa foi constituído de uma entrevista individual e semiestruturada (APÊNDICE 1), aplicada pela plataforma de pesquisa Google Forms®, com envio das respostas das entrevistas diretamente ao pesquisador via Google Drive®, permitindo melhor conforto e segurança ao pesquisador e ao médico residente participante da pesquisa, possibilitando a este total liberdade de respostas às perguntas da pesquisa, dentro de seus horário de disponibilidade e local domiciliar sem interferências ou constrangimento de terceiros.

Pode-se entender uma entrevista como uma forma mediação de comunicação social, em que a relação que se desenvolve entre entrevistador e entrevistado no momento de a realizar é adequada e pertinente à luz da metodologia qualitativa, em linha com o que assevera Minayo (2004, p. 124):

No caso da pesquisa qualitativa, ao contrário, o envolvimento do entrevistado com o entrevistador, em lugar de ser tomado como uma falha ou risco comprometedor da objetividade, é pensado como condição de aprofundamento de uma relação intersubjetiva. Assume-se que a interrelação no ato da entrevista contempla afetivo, o existencial, o contexto do dia-a-dia, as experiências, e a linguagem do senso comum, e é condição sine qua non do êxito da pesquisa qualitativa.

A entrevista semiestruturada, assim denominada também como sendo semidireta ou semiaberta, caracteriza-se como sendo um roteiro de questões abertas e é propícia ao estudo de um fenômeno com uma população específica, como por exemplo um grupo de estudantes; grupo de médicos, grupo de professores, entre outros. Deve existir uma flexibilidade na sequência da apresentação das perguntas ao entrevistado e o entrevistador podendo ser realizados perguntas complementares para entender melhor o fenômeno em pauta (MANZINI, 2012, p. 156).

4.5 ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES

Para a análise das informações foram utilizadas as etapas da técnica segundo Bardin (2006), a qual as organiza em três fases: 1) pré-análise, 2) exploração do material e 3) tratamento dos resultados, inferência e interpretação.

A pré-análise é a fase em que se organiza o material a ser analisado com o objetivo de torná-lo operacional, sistematizando as ideias iniciais. Trata-se da organização propriamente dita por meio de quatro etapas: (a) leitura flutuante, que é o estabelecimento de contato com os documentos da coleta de dados, momento em que se começa a conhecer o texto; (b) escolha dos documentos, que consiste na demarcação do que será analisado; (c) formulação das hipóteses e dos objetivos; (d) referenciação dos índices e elaboração de indicadores, que envolve a determinação de indicadores por meio de recortes de texto nos documentos de análise (BARDIN, 2006).

A exploração do material constituiu a segunda fase, que consiste na exploração do material, aprofundadamente, com várias leituras para extração do conteúdo investigado.

Com a definição de categorias (sistemas de codificação) e a identificação das unidades de registro (unidade de significação a codificar corresponde ao segmento de conteúdo a considerar como unidade base, visando à categorização e à contagem frequencial) e das unidades de contexto nos documentos (unidade de compreensão para codificar a unidade de registro que corresponde ao segmento da mensagem, a fim de compreender a significação exata da unidade de registro). A exploração do material consiste numa etapa importante, porque vai possibilitar ou não a riqueza das interpretações e inferências. Esta é a fase da descrição analítica, a qual diz respeito ao corpus (qualquer material textual coletado) submetido a um estudo aprofundado, orientado pelas hipóteses e referenciais teóricos. Dessa forma, a codificação, a classificação e a categorização são básicas nesta fase (BARDIN, 2006).

A terceira fase refere-se ao tratamento dos resultados, inferência e interpretação. Esta etapa foi destinada ao tratamento dos resultados; ocorreu nela a condensação e o destaque das informações para análise, culminando nas interpretações inferenciais; sendo o momento da intuição, da análise reflexiva e crítica (BARDIN, 2006).

4.6 ASPECTOS ÉTICOS

Para tanto, preliminarmente à execução do estudo, o projeto identificado pelo Certificado de Apresentação para Apreciação Ética (CAAE) número 27054019.0.0000.5580 foi encaminhado ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) conforme a resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012, do Conselho Nacional de Saúde (CNS) e, somente após a obtenção do parecer favorável número 3.902.540 (ANEXO), as informações da pesquisa foram obtidas (BRASIL 2012).

O material obtido será guardado com o devido sigilo de informações, durante cinco anos. O pesquisador se comprometendo a usar das prerrogativas do anonimato, para salvaguardá-lo, não foram postos os nomes dos participantes da pesquisa, para fins de documentação, receberam a identificação de participante "A", "B", "C", e assim por diante.

5 APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em conformidade aos elementos, passos e critérios metodológicos previamente mencionados segundo a proposta metodológica de Bardin (2006) as informações obtidas foram classificadas e dispostas em categorias e subcategorias representadas na Tabela 1.

Partindo-se de uma pergunta norteadora, da qual se filiou os objetivos deste trabalho e a elaboração das etapas do instrumento de pesquisa, designados no interior do movimento dialético entre os conhecimentos teóricos e os questionamentos dirigidos à realidade empírica, obtiveram-se algumas respostas que foram contextualmente qualificadas em composições temáticas, agrupadas e condensadas por equipolência ou similaridade nuclear semântica de suas unidades de registro, em três categorias principais.

Cada uma destas é constituída por elementos reflexivos ou racionais próprios que as caracterizam ou corporificam, ou seja, as subcategorias. Pode-se entender cada subcategoria como um substrato temático refinado que, em conjunto, preenchem um continente comum: a categoria principal.

Portanto várias informações de subcategorias se aglomeram em torno de pilares maiores de categoriais principais, em uma lógica unificadora. Faz-se necessário interpor, todavia, que uma subcategoria, ou mesmo uma categoria, pode se intersectar com elementos de outra, uma vez que os processos sociais, que são conduzidos pela pluralidade de indivíduos, são variavelmente dependentes entre si, não sendo, por conseguinte, esgotantes ou isolados. Faz-se ressaltar, entretanto, que se conserva o registro da individualização de cada uma por meio de seus nomes, mormente descritivos, pois, ainda que semelhantes em sua parcialidade, não são gêmeas idênticas em todas suas facetas (MINAYO, 2004; BARDIN, 2006).

Quadro 1 – Classificação categórica das informações obtidas

CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS
Percepção, conhecimento e construção do termo de consentimento esclarecido para atos médicos	Informação ao paciente Documento legal Respeito a autonomia Relação médico paciente

	Vocabulário acessível Esclarecimento ao paciente acerca do procedimento
Função social e legal do termo de consentimento médico esclarecido para atos médicos	Proteção judicial
Relevância da capacidade do paciente, da temporalidade e do fornecimento do termo de consentimento ao paciente.	Vícios de consentimento Distinção de procedimentos eletivos e de emergência

O desenho das cinco questões instrumentais fundamentais realizadas nas entrevistas com os residentes de medicina contribuiu para a constatação adicional de que as três principais categorias expostas guardam uma relação de precedência entre elas, no que diz respeito aos determinantes que são declarados ou percebidos significativamente quanto a importância, a aplicabilidade e o linguajar do termo de consentimento. Tais determinações podem ser em primordiais, adjuntas ou concorrentes, e, de apoio ou contribuição. Não se trata, porém, de uma relação hierárquica de importância pura ou exclusivista, mas sim de uma ordem relativa de primazia quanto ao potencial dinamizador de cada categoria para a seleção final efetiva da opção profissional.

Assim sendo, seguindo a possibilidade dessa reflexão metodológica sobre as evidências e significações dos núcleos temáticos mais expoentes classificados, determinaram-se as categorias, e suas respectivas subdivisões desta seção secundária da dissertação. As citações de trechos selecionados do rol de discursos transcritos dos participantes, nas referidas subseções, são as materializações de suas representações. Em conformidade ao que cita Minayo (2004), “é a linguagem em interação, ou seja, é o efeito de superfície de relações e do contexto da linguagem”.

5.1 ANÁLISE CATEGORIAL

5.1.1 Percepção, Conhecimento e construção do termo de consentimento esclarecido para atos médicos. Categoria 1

Ao se analisar a categoria relativa à percepção e conhecimento sobre termo de consentimento médico e sua correspondente subcategoria informação ao paciente, nota-se que este termo é frequentemente empregado pelos participantes da pesquisa como um aspecto primário relevante a ser considerado no entendimento a função a que se destina a segunda subcategoria definida como documento legal.

Quando a análise revela-se como informação, a fala é:

Informar ao paciente sobre riscos, benefícios, complicações e tudo que envolva o procedimento cirúrgico. Obter consentimento do paciente e também como forma de proteção judicial ao médico e paciente (fala do residente C matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Explica e descreve ao paciente, em termos de fácil entendimento, o procedimento e anestesia propostos bem como riscos inerentes e possíveis complicações além de esclarecer eventuais dúvidas. Médico e paciente devem assinar (fala do residente D matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

No entanto, transforma-se conceitualmente apenas em um documento, apresentado nas falas:

É um documento assinado por um paciente ou seu representante consentindo ao médico a realização de determinado procedimento após as devidas explicações. Ele garante a autonomia do paciente e a responsabilidade do médico. Também pode ser utilizado em pesquisas científicas em que o indivíduo assina e aceita participar da mesma (fala do residente A matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

É um documento que registra que o paciente foi informado a respeito do procedimento a que será submetido e assina se ele entende e concorda com o que será feito (fala do residente C matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

É um documento que registra que o paciente foi informado a respeito do procedimento a que será submetido e assina se ele entende e concorda com o que será feito (fala do residente E matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Um texto entregue ao paciente explicando as circunstâncias do procedimento, riscos e possíveis complicações. Com uma linguagem acessível e não técnica (fala do residente F matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

O dever de informar o paciente é um princípio deontológico primordial e inaugural da boa relação entre o médico e seu paciente. A informação é uma subcategoria da categoria, do conhecimento sobre o termo de consentimento, conforme constatados nas respostas das entrevistas já transcritas. Nem sempre tal dever de informar faz-se necessário reduzir-se a termo, tal qual um documento legal.

A informação é um direito fundamental do paciente, não havendo dúvidas na doutrina quanto a sua matriz constitucional, seja como reflexo do princípio da igualdade, seja como reflexo do princípio da dignidade: “logo o princípio maior de dignidade da pessoa humana é o fundamento para todos os demais direitos da personalidade inclusive o direito à informação, principalmente nas relações de consumo” (BENJAMIN; MARQUES, BESSA, 2010). O médico, portanto, assegura esse direito fundamental, quando fornece ao seu paciente todas as informações necessárias sobre o serviço que está prestando.

Para Lôbo (2001) este direito fundamental só é realmente assegurado, se o “dever de informar, por parte do fornecedor, estiver cumprido. É o ônus que se impõe, em decorrência do exercício da atividade econômica lícita”.

Ressalta-se que a informação, primeiramente, é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição da República de 1988, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”¹⁹. Por conseguinte, esta garantia constitucional irradia para toda a legislação infraconstitucional, inclusive à Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Há, também, efetiva proteção ao direito à informação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual o Brasil aderiu, conforme determina o decreto 678, de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 13:

Liberdade de pensamento e de expressão

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de ago. de 2018.

99. Toda pessoa tem direito a liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha²⁰.

Considerando o paciente como consumidor de um serviço prestado por um profissional de saúde, seu direito à informação também é garantido pelo Código de Defesa do Consumidor, com previsão em seus artigos 6º, III e 8º:

Artigo 6º. São direitos básico do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

As informações fornecidas, para que atinjam o objetivo de bem esclarecer o público a que estão sendo direcionadas, devem ser prestadas de forma clara, como prevista no CDC, com linguagem de fácil compreensão, chamada de cognoscibilidade,

A cognoscibilidade abrange não apenas o conhecimento (poder conhecer), mas a compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se confundem com aceitar e consentir. Não há declaração de conhecer. O consumidor nada declara. A cognoscibilidade tem caráter objetivo; reporta-se à conduta abstrata (LÔBO, 2001).

Desta forma, destaca-se a importância em se particularizar a informação a cada paciente no caso concreto, pois cada pessoa tem uma capacidade de compreensão que dependem de seu nível cultural, intelectual e social. Portanto, a fim de se garantir que o objetivo do esclarecimento foi devidamente alcançado, o médico deve informar o paciente, checar se o mesmo compreendeu, e posteriormente, obter seu consentimento.

O dever de informar deve, portanto, obedecer a outros dois princípios: o princípio da simplicidade e o princípio da suficiência. A simplicidade configura-se em

²⁰ BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm. Acesso em: 22 de ago. de 2018.

se utilizar expressões acessíveis para um entendimento coerente, com linguajar leigo desprovido de terminologia técnico-científicas. A suficiência, como limite quantitativo de informação, visando permitir ao paciente uma decisão que seja a verdadeira manifestação de sua vontade, por conter dados essenciais à tomada de posição em causa, considerando o seu esclarecimento (LÔBO, 2001). Portanto, a mera ciência sem uma internalização do conhecimento, não satisfaz o devido esclarecimento.

Miragem afirma que “o fornecedor, na condição de *expert* em relação ao produto ou serviço oferecido, tem o dever não apenas de informar, mas de assegurar-se que a informação será compreendida pelo consumidor”, exemplifica ainda,

Excelente exemplo a este respeito, é o dever de informar dos médicos, com relação a seus pacientes. Nesta situação, o profissional encontra-se em autêntica situação de poder. O paciente, doente ou afetado com o risco de doença, assim como seus familiares, encontra-se, em geral, em situação de vulnerabilidade agravada, dada sua situação particular (MIRAGEM, 2010).

O dever de informar resulta de uma necessidade do paciente, em que para obter confiança em seu médico e ambos construírem uma boa relação médico-paciente, as informações prestadas devem ser dadas de forma simples e totalmente esclarecedoras.

Para Giostri (1999), a informação adequada, deve ser sustentada por dois critérios na relação médico-fornecedor e paciente-consumidor: o critério objetivo e o critério subjetivo. Entende a autora que dentro do critério objetivo “é exigido que a existência da periculosidade esteja de acordo com o tipo específico do produto ou do serviço”, e que dentro do critério subjetivo, o paciente-consumidor deve receber a informação acerca do risco e estar preparado para um resultado desfavorável. Desta forma o paciente, não será surpreendido com um resultado negativo, concluindo que este é um “importante critério a ser observado pelos médicos” (GIOSTRI, 1999). Portanto, é essencial que o paciente esteja ciente do resultado adverso, intercorrências no decurso do seu tratamento, uma vez que a Medicina é uma ciência inexata, em que os bons resultados nem sempre são alcançados.

O momento do recebimento da informação, também é importante para que o paciente possa refletir e compreender o que lhe foi explicado. As informações devem ser claras, terminologias técnicas devem ser evitadas, pois muitas vezes, estão fora do alcance do entendimento de uma pessoa leiga. O tempo adequado para que o

paciente possa ler e sanar todas as suas dúvidas, também devem ser levados em consideração.

Dentro desse contexto da necessidade do compreender que supera o conhecer, o resultado da pesquisa abre espaço para uma outra subcategoria que é o vocabulário acessível.

Deve estar aliado a uma explicação do procedimento pelo médico assistente com um vocabulário mais acessível conforme o nível de compreensão de cada paciente (fala do residente H matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Explica e descreve ao paciente, em termos de fácil entendimento, informações sobre o procedimento e anestesia propostos bem como riscos inerentes e possíveis complicações além de esclarecer eventuais dúvidas. Médico e paciente devem assinar (fala do residente J matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Para fundamentar ainda mais, a necessidade de um vocabulário acessível, subcategoria, da construção do termo de consentimento, a linguística forense, trabalha com a hipótese de que duas pessoas podem dialogar tendo interpretações diferentes acerca da sua conversa. Transferindo essa possibilidade no âmbito do diálogo médico com seu paciente, o que para aquele possa ser de fácil entendimento, para este pode ser um mundo de informações, totalmente desconhecidos. Portanto, vencer a barreira linguística é um dever do médico, cabendo-lhe ter a percepção e adotar uma linguagem simples para fácil compreensão ao enfermo (MORAES,1998).

Porém não só a barreira linguística que influencia o entendimento pleno do paciente, é importante considerar, que o recebimento e a interpretação das informações, podem estar prejudicados por alguns fatores diretamente relacionados ao doente, como a sensibilidade, a dor, o medo, etc. Todos estes fatores influenciam diretamente a sua capacidade de compreensão, o que pode gerar uma compreensão diversa do que foi explicado. Por isso, o momento e o tempo para que a informação alcance o objetivo a que se almeja é de fundamental importância, e o profissional médico deve estar preparado para isso. Moraes (1998) destaca que “para chegar ao consultório, ao hospital ou mesmo à mesa de operações, o doente não pode se despir das condições do ser humano”, conforme destaca,

O doente interpretará os fatos na vigência de impacto emocional. O momento, em certas circunstâncias, e particularmente na urgência, é dramático. A

ocorrência é extemporânea. O paciente vai enfrentar o desconhecido. Não sabe quais serão as consequências. Ele entra num mundo novo. Tudo é estranho e diferente. Ele não tem experiência anterior. Desconhece as alternativas de prognóstico, não sabe e não tem condições de prever nada. Pensa sempre o pior. Apavora-se com a sua própria imaginação. Suas interpretações dependerão das suas características físicas, morais, religiosas, culturais, sociais próprias. Este conjunto de elementos dará ao paciente seu modo de ver.

É fundamental, portanto, entender a individualidade de cada paciente em seu caso concreto, sua capacidade de compreensão e os limites emocionais que impedem seu pleno alcance. Os termos de consentimento esclarecidos devem ser individualizados para cada paciente em sua patologia, dentro da sua individualidade em seu caso concreto. Por mais que as doenças sejam semelhantes, o paciente tem sua capacidade de aceitação, compreensão e tomada de decisão acerca da conduta médica, de forma diversa.

João Vaz Rodrigues, citado na obra de Vinicius de Negreiro Calado (2004), destaca que “nestas questões confrontam-se dois critérios, conhecidos como padrão médico e padrão doente médio”, assinala que “pelo padrão médico, a simplicidade e, sobretudo, a informação suficiente serão aferidas por referência à conduta profissional médica corporativamente adequada”, e que “pelo padrão do doente médio, a aferição do conteúdo da informação tido por correto é tomada de acordo com a necessidade de um indivíduo comum”. Portanto, é fundamental avaliar as necessidades individuais de cada paciente em seu caso concreto, para que desta forma o alcance da informação lhe seja pleno conforme o comportamento da sua doença.

Uma grande parte dos casos compreendidos pelos pacientes e familiares como erro médico, decorre na verdade da incompreensão sobre o que lhes foi explicado, pois não foi adequadamente compreendido. Por exemplo, um paciente que foi submetido a uma cirurgia nasal e teve como complicação um sangramento após vinte e quatro horas da cirurgia, é uma complicação relatada dentro da doutrina médica especializada, mas que por não ter sido adequadamente explicado que a terminologia “possibilidade de epistaxe tardia”, descrita no termo de consentimento esclarecido, correspondia a um sangramento nasal, a sua ocorrência é interpretada pelo paciente como um erro médico e não como uma complicação possível de se ocorrer nesses procedimentos.

Em sua essência, esse é um mal-entendido que decorre da comunicação médico-paciente. França (1994) afirma que,

A linguagem própria aos técnicos deve ser adaptada ao leigo, senão ele tende a interpretações temerárias e duvidosas. Exige-se apenas uma explicação simples, aproximativa, inteligente e honesta, permitindo ao paciente uma tomada de posição que lhe convém. Deve-se levar ao doente relato não somente dos resultados normais, senão também dos riscos que esta ou aquela intervenção pode trazer, não se impondo, todavia, a minuciosidade dos riscos, mais excepcionais. É certo que um prognóstico grave pode ser perfeitamente omitido ao doente, embora não o seja à família.

A obrigação do médico em levar as informações esclarecedoras ao enfermo, atenderá a sustentação de um dos principais dos pilares na relação médico-paciente e que é um dos princípios mais importantes dentro da Bioética: o princípio da autonomia, ou seja, a possibilidade da pessoa de dispor de seu próprio destino, decidindo que tratamento irá seguir, conforme as informações esclarecedoras prestadas pelo médico. A autonomia é uma subcategoria derivada do entendimento acerca do termo de consentimento descrito pelos entrevistados.

O termo de consentimento esclarecido para ato médicos, para nós representa uma definição dos parâmetros em que podemos atuar, bem como uma proteção legal. Para o paciente representa a autonomia em decidir ou não a se submeter a um procedimento (fala do residente A matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

O termo de consentimento esclarecido para mim é uma forma a mais de esclarecer eventuais dúvidas do paciente e uma forma de defesa médica. Ao paciente, forma de informação e instrumento de autonomia (fala do residente I matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Para fazer termo ao desejo do paciente respeitando sua capacidade de decisão sobre qual melhor caminho ele entende ser o melhor a trilhar, é que podemos identificar mais uma importante subcategoria na construção de um termo de consentimento, já que ele edifica uma boa relação médico-paciente.

O termo de consentimento médico para mim representa uma boa relação médico-paciente (fala do residente F matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Acho muito importante na prática médica pois é um documento que confere ao médico segurança em algumas situações, consolidando a relação médico-paciente (fala do residente H matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

O paciente precisa ter discernimento para a tomada da decisão. Discernimento significa estabelecer diferença; distinguir, fazer apreciação²¹. Exige-se que o paciente seja capaz de compreender a situação em que se encontra. Em Direito, a capacidade de fato ou de exercício traduz-se em presunção de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões. Mas para que haja discernimento as informações transmitidas pelo médico devem ser claras o suficiente para esse fim (DINIZ, 2005).

Desta forma, também, a regulamentação jurídica do consentimento informado com regras rígidas e fechadas deve ser evitada, além de trazer o perigo do mal entendimento, pois muitas vezes não coincidiriam com a realidade socioeconômica e cultural dos médicos e pacientes, poderiam levar a autorizações totalmente viciadas sem qualquer eficácia jurídica (RIVABEM, 2012). É importante, nessa área, apontar elementos gerais e universais que possam obrigatoriamente constar nos termos, mas nunca limitar as suas redações à linguagem técnica ou jurídica, ou a conteúdos expressamente pré-determinados, sob pena de torná-lo inócuo aos fins a que se destina.

O consentimento posto com regras rígidas e fechadas, eram talvez aceitas, no passado, em que a relação médico-paciente se estabelecia verticalmente, ou seja, a conduta médica era uma decisão unilateral do próprio profissional, independente do consentimento do paciente. As terapêuticas, por exemplo, eram postas, sem o esclarecimento prévio dos possíveis resultados e complicações.

Nos dias atuais, não é mais admitida essa relação vertical entre o médico e o paciente, pois se reconhece a autonomia do paciente como garantia consolidada no Código de Ética Médica, nas normas jurídicas brasileiras e em vários julgados. Estas

²¹ Importante ressaltar que a capacidade civil é entendida pelo ordenamento jurídico como a capacidade plena da pessoa reger sua vida, seus bens e sua aptidão para os atos da vida civil. A ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição de direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente, ou por intermédio, ou com a assistência de outra pessoa, não havendo restrições à capacidade, entendendo que quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação. O exercício de direitos, exige da pessoa a sua capacidade de discernimento. Entretanto, nem sempre, em algumas situações do caso concreto, um paciente mesmo em plena capacidade, pode ter restrições de discernimento, pois dele são exigidos, a exemplo do consentimento do paciente, características como conhecimento sobre o assunto, capacidade crítica sobre sua real situação, assim como impedimentos psicológicos que possam fazer com que sua capacidade de compreensão esteja comprometida pela própria negação da doença, por exemplo. O discernimento é o entendimento pleno de avaliar um problema ou informação com total.

normas, fortaleceram o princípio da autonomia do paciente, que após ter recebido informações esclarecedoras a respeito de sua patologia, consentirá ou não pela terapêutica

Alguns mandamentos principiológicos em relação à autonomia do paciente, podem ser percebidos no Código de Ética Médica:

Capítulo I – Princípios Fundamentais

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciências e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidos.

Ao determinar que “o médico aceitará as escolhas de seus pacientes” o Código de Ética Médica, Resolução nº 2.217/2018, expõe a preocupação em se respeitar a autonomia do paciente, contextualizando com o exercício da sua vontade com recebimento de informações adequadas e claras, dentro de uma mesma linha principiológica da Constituição Federal, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (GONÇALVES, 2012)²².

Para que o princípio da autonomia do paciente seja estabelecido, afastando qualquer grau de hierarquia na relação médico-paciente, o dever de informar é essencial devendo ser pleno e isento de quaisquer vícios. Portanto, se fossemos dispor de uma definição filosófica da autonomia, poderíamos dizer que a autonomia é um conceito que determina a liberdade de indivíduo em gerir livremente a sua vida, efetuando racionalmente as suas próprias escolhas. Neste caso, a autonomia indica uma realidade que é dirigida por uma lei própria (CALADO, 2014).

Dentre as 118 regras relativas a deveres profissionais, o Código de Ética Médica Resolução 2217/2018 enunciou 4 artigos específicos sobre o dever de

²²A autonomia expressa que a obrigação contratual tem uma única fonte: a vontade das partes. A autonomia humana é a fonte e a legitimação da relação jurídica, e não a lei. Desta forma, a força que obriga as partes a cumprirem o contrato encontra seu fundamento na autonomia livremente estipulada no instrumento jurídico, cabendo à lei apenas assegurar os meios que levem ao cumprimento da obrigação, possuindo, portanto, posição supletiva. Outra consequência jurídica da aceitação doutrina da autonomia, é assegurar que a vontade criadora dos contratos seja livre de defeitos e vícios, de onde decorre a doutrina dos vícios do consentimento. Importante dogma decorrente desse princípio é de as partes possuírem a liberdade de contratar ou não, de escolher com quem deseja contratar, as cláusulas e a forma que o instrumento jurídico terá.

informação, que são os artigos 22,24,31 e 34, entre outras de caráter informacional. No artigo 22, por exemplo, veda-se ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte²³.

No aludido artigo é revelada uma proibição que contém duas imposições implícitas: primeiro o dever de esclarecimento a ser realizado e a segunda o dever de obter o consentimento, além de prever uma exceção, em que o risco de morte se sobrepõe a autonomia do paciente.

O dever de informação pode ser formalizado por um termo de consentimento, no qual devem estar descritos todos os atos médicos ao qual o paciente será submetido, juntamente com todos os seus riscos inerentes a terapêutica. O termo pode ser a prova de que o dever de informar ocorreu, ainda que este não seja um documento obrigatório por lei. A informação pode ser advinda na consulta médica e devidamente registrada em prontuário médico, porém é entendido como um documento essencial, sendo este uma subcategoria da categoria do conhecimento do termo de consentimento como citam,

Termo de consentimento é documento legal essencial para esclarecer ao paciente o procedimento que será realizado, os riscos inerentes ao mesmo e suas potenciais complicações. Após lido e assinado o paciente concorda em se submeter ao mesmo (fala do residente B matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Documento legal que visa esclarecer ao paciente sobre o procedimento a que será submetido, assim como seus potenciais riscos e complicações (fala do residente E matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Esse respeito a direito ao paciente por sua autonomia, e dela dependendo todas as informações cuja a essencialidade, cabe ao paciente julgá-las serem relevantes ou não, evoluem com o desenvolvimento da própria sociedade, contrapondo-se ao passado, em que a relação médico-paciente se estabelecia verticalmente, e a autonomia do enfermo nem sempre era respeitada. Portanto, nessa

²³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.217/2018, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

relação assimétrica, mesmo sendo o médico o detentor do conhecimento terapêutico, não cabe a ele decidir sobre bens indisponíveis como a vida, a saúde, a integridade psíquica, sem o total consentimento do enfermo (RIVABEM, 2012).

Nos dias atuais, a autonomia do paciente deve prevalecer. Normas de conduta éticas previstas no próprio Código de Ética Médica, fortaleceram o princípio da autonomia do paciente perante sua saúde, e a forma com a qual gostaria que suas terapêuticas, perante uma patologia, fossem conduzidas.

Mandamentos principiológicos em relação a autonomia do paciente então podem ser percebidos no Código de Ética Médica:

Capítulo I – Princípios Fundamentais

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciências e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidos.

Sabe-se que o direito a informação é um direito fundamental do paciente-consumidor, regido inclusive por normas deontológicas previstas no próprio Código de Ética Médica e nas normas jurídicas Brasileiras.

Muito se discute, também, quanto a qualidade com que a informação chega ao paciente. Se a capacidade de compreensão foi plena, se houve cláusulas no termo de consentimento abusivas e os efeitos probatórios que um termo de consentimento esclarecido assinado produz no âmbito jurídico.

Decisões judiciais atuais têm apreciado e condenado hospitais e profissionais da área da saúde por falta com dever de informação, independentemente de se provar não ter havido o erro médico (CALADO, 2014. p. 118-22.).

Isso desperta o interesse no estudo sobre o consentimento médico esclarecido, uma vez que ele não deve ser visto tão somente como um documento probatório em processos contra médicos, mas sim uma garantia que as informações contidas sobre a conduta terapêutica foram todas compreendidas e aceitas pelo paciente com plena vontade.

A informação é um direito fundamental do paciente, não havendo dúvidas na doutrina quanto a sua matriz constitucional, seja como reflexo do princípio da igualdade, seja como reflexo do princípio da dignidade “Logo o princípio maior de dignidade da pessoa humana é o fundamento para todos os demais direitos da

personalidade inclusive o direito à informação, principalmente nas relações de consumo” (BENJAMIN; MARQUES, BESSA, 2010. p. 30)

O médico, portanto, assegura esse direito fundamental, quando fornece ao seu paciente todas as informações necessárias sobre o serviço que está prestando. Para Lôbo (2001, p. 62) este direito fundamental só é realmente assegurado, se o “dever de informar, por parte do fornecedor, estiver cumprido. É o ônus que se impõe, em decorrência do exercício da atividade econômica lícita”.

Ressalta-se que a informação, primeiramente, é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição da República de 1988, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1988). Tal percepção, felizmente pode estar sendo ensinada aos médicos recém egressos de suas faculdades, como pode se perceber em algumas respostas.

Documento que visa informar, orientar o paciente sobre o objetivo do ato médico assim como informar todos os riscos e benefícios, sanando dúvidas que o paciente possa apresentar. Permissão para realização (fala do residente E matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Por conseguinte, esta garantia constitucional irradia para toda a legislação infraconstitucional, inclusive à Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Havendo também efetiva proteção ao direito à informação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual o Brasil aderiu, conforme determina o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 13 (BRASIL, 1992).

As informações fornecidas, para que atinjam o objetivo de bem esclarecer o público a que estão sendo direcionadas, devem ser prestadas de forma clara, com linguagem de fácil compreensão, chamada de cognoscibilidade,

A cognoscibilidade abrange não apenas o conhecimento (poder conhecer), mas a compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se confundem com aceitar e consentir. Não há declaração de conhecer. O consumidor nada declara. A cognoscibilidade tem caráter objetivo; reporta-se à conduta abstrata (LÔBO, 2001, p.62.).

Desta forma, destaca-se a importância em se particularizar a informação a cada paciente no caso concreto, pois cada pessoa tem uma capacidade de compreensão que depende de seu nível cultural, intelectual e social. Portanto, a fim de se garantir que o objetivo do esclarecimento foi devidamente alcançado, o médico deve informar o paciente, checar se o mesmo compreendeu, e posteriormente, obter seu consentimento.

O dever de informar deve, portanto, obedecer a outros dois princípios: o princípio da simplicidade e o princípio da suficiência. A simplicidade configura-se em se utilizar expressões acessíveis para um entendimento coerente, com linguagem leigo desprovido de terminologia técnico-científicas. A suficiência, como limite quantitativo de informação, visando permitir ao paciente uma decisão que seja a verdadeira manifestação de sua vontade, por conter dados essenciais à tomada de posição em causa, considerando o seu esclarecimento (LÔBO, 2001, p.62.). Portanto, a mera ciência sem uma internalização do conhecimento, não satisfaz o devido esclarecimento.

O momento do recebimento da informação, também é importante para que o paciente possa refletir e compreender o que lhe foi explicado. As informações devem ser claras, terminologias técnicas devem ser evitadas, pois muitas vezes, estão fora do alcance do entendimento de uma pessoa leiga. O tempo adequado para que o paciente possa sanar todas as suas dúvidas, também devem ser levados em consideração.

A respeito do recebimento da informação, a linguística forense, por exemplo, trabalha com a hipótese de que duas pessoas podem dialogar tendo interpretações diferentes acerca da sua conversa. Transferindo essa possibilidade no âmbito do diálogo médico com seu paciente, o que para aquele possa ser de fácil entendimento, para este pode ser um mundo de informações, totalmente desconhecidas (MORAES, 1998).

Além disso, fatores diretamente relacionados ao doente, como a sensibilidade, a dor e o medo, por exemplo, influenciam diretamente a sua capacidade de compreensão, o que pode gerar uma compreensão diversa do que foi explicado. Moraes (1998) destaca que “para chegar ao consultório, ao hospital ou mesmo à mesa de operações, o doente não pode se despir das condições do ser humano”.

Os termos de consentimento esclarecido, portanto, devem ser individualizados para cada paciente em sua patologia, dentro da sua individualidade em seu caso concreto. Por mais que as doenças sejam semelhantes, o paciente tem sua capacidade de aceite, compreensão e tomada de decisão acerca da conduta médica, de forma diversa.

Uma grande parte dos casos compreendidos pelos pacientes e familiares como erro médico, decorre na verdade da incompreensão sobre o que lhes foi explicado, pois não foi adequadamente compreendido. Em sua essência, esse é um mal-entendido que decorre da comunicação médico-paciente. França (1994, p. 39-40) afirma que,

A linguagem própria aos técnicos deve ser adaptada ao leigo, senão ele tende a interpretações temerárias e duvidosas. Exige-se apenas uma explicação simples, aproximativa, inteligente e honesta, permitindo ao paciente uma tomada de posição que lhe convém. Deve-se levar ao doente relato não somente dos resultados normais, senão também dos riscos que esta ou aquela intervenção pode trazer, não se impondo, todavia, a minuciosidade dos riscos, mais excepcionais. É certo que um prognóstico grave pode ser perfeitamente omitido ao doente, embora não o seja à família.

A obrigação do médico em levar as informações esclarecedoras ao enfermo, atenderá a sustentação de um dos principais dos pilares na relação médico-paciente e que é um dos princípios mais importantes dentro da Bioética: o princípio da autonomia, ou seja, a possibilidade da pessoa de dispor de seu próprio destino, decidindo que tratamento irá seguir, conforme as informações esclarecedoras prestadas pelo médico.

O paciente precisa ter discernimento para a tomada da decisão, para que seja capaz de compreender a situação em que se encontra (DINIZ, 2005; p. 40)²⁴. Em

²⁴Importante ressaltar que a capacidade civil é entendida pelo ordenamento jurídico como a capacidade plena da pessoa reger sua vida, seus bens e sua aptidão para os atos da vida civil. A ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição de direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente, ou por intermédio, ou com a assistência de outra pessoa, não havendo restrições à capacidade, entendendo que quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação. O exercício de direitos, exige da pessoa a sua capacidade de discernimento. Entretanto, nem sempre, em algumas situações do caso concreto, um paciente mesmo em plena capacidade, pode ter restrições de discernimento, pois dele são exigidos, a exemplo do consentimento do paciente, características como conhecimento sobre o assunto, capacidade crítica sobre sua real situação, assim como impedimentos psicológicos que possam fazer com que sua capacidade de compreensão esteja comprometida pela própria negação da doença, por exemplo. O discernimento é o entendimento pleno de avaliar um problema ou informação com total clareza.

Direito, a capacidade de fato ou de exercício traduz-se em presunção de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões. Mas para que haja discernimento as informações transmitidas pelo médico devem ser claras e suficientes para esse fim.

Desta forma, também, a regulamentação jurídica do consentimento esclarecido com regras rígidas e fechadas deve ser evitada, além de trazer o perigo do mal entendimento, pois muitas vezes não coincidiriam com a realidade socioeconômica e cultural dos médicos e pacientes, poderiam levar a autorizações totalmente viciadas sem qualquer eficácia jurídica (RIVABEM, 2012; p 10-34).

O consentimento posto com regras rígidas e fechadas, eram talvez aceitas, no passado, em que a relação médico-paciente se estabelecia verticalmente, ou seja, a conduta médica era uma decisão unilateral do próprio profissional, independente do consentimento do paciente.

Nos dias atuais, não é mais admitida essa relação vertical entre o médico e o paciente, pois se reconhece a autonomia do paciente como garantia consolidada no Código de Ética Médica e nas normas jurídicas brasileiras.

Ao determinar que “o médico aceitará as escolhas de seus pacientes” o Código de Ética Médica, Resolução nº 2.217/2018, expõe a preocupação em se respeitar a autonomia do paciente, contextualizando com o exercício da sua vontade com recebimento de informações adequadas e claras, dentro de uma mesma linha principiológica da Constituição Federal, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (GONÇALVES, 2012)²⁵.

Dentre as 118 regras relativas a deveres profissionais, o Código de Ética Médica (Resolução nº 2217/2018) enunciou 4 artigos específicos sobre o dever de informação (22,24,31 e 34). No artigo 22, por exemplo, veda-se ao médico deixar de

²⁵A autonomia expressa que a obrigação contratual tem uma única fonte: a vontade das partes. A autonomia humana é a fonte e a legitimação da relação jurídica, e não a lei. Desta forma, a força que obriga as partes a cumprirem o contrato encontra seu fundamento na autonomia livremente estipulada no instrumento jurídico, cabendo à lei apenas assegurar os meios que levem ao cumprimento da obrigação, possuindo, portanto, posição supletiva. Outra consequência jurídica da aceitação doutrina da autonomia, é assegurar que a vontade criadora dos contratos seja livre de defeitos e vícios, de onde decorre a doutrina dos vícios do consentimento. Importante dogma decorrente desse princípio é de as partes possuírem a liberdade de contratar ou não, de escolher com quem deseja contratar, as cláusulas e a forma que o instrumento jurídico terá.

obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte (BRASIL, 2018).

Em se tratando de risco imediato de morte, o ato médico com intuito de salvar a vida do paciente justifica a falta do consentimento prévio, seja por que o paciente possa estar inconsciente ou estar sentindo tamanha dor a ponto de não mais poder raciocinar com clareza suficiente para consentir (FRANÇA, 1994). Sobre esse tema o Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina já teve a oportunidade de se manifestar que em caso de urgência e em condições psicológicas desfavoráveis, não comete infração ética o médico que deixa excepcionalmente de solicitar o consentimento informado prévio, visando o benefício do paciente, embora os princípios bioéticos, o direito, estejam cada vez mais restringindo essas exceções (DINIZ, 2010; p. 15-16)²⁶. Entretanto, essas exceções não desobrigam o médico do dever de informação à família ou ao próprio paciente assim que a situação for controlada, sobre o ato médico que praticado e ser ainda realizado.

Na relação contratual entre o médico e o paciente, o dever de informação é essencial, a fim de resguardar o princípio da boa-fé objetiva (REALE, 1999)²⁷. O termo

²⁶ São cinco os princípios básicos da Bioética, que buscam proteger o ser humano: princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não maleficência, princípio da justiça e princípio da reverência à vida. O princípio da autonomia dispõe que o indivíduo alvo das pesquisas e de terapêuticas deve ter sua vontade respeitada na maior medida possível, observadas suas crenças e costumes. A informação deve ser adequadamente prestada para que ele conheça os riscos e benefícios decorrentes da pesquisa experimento científico ou tratamento ao qual será submetido. É a versão bioética do tradicional princípio da autonomia da vontade. O princípio da beneficência ensina que o pesquisador ou terapeuta deve sempre buscar o melhor para o alvo das pesquisas e tratamento, evitando na maior medida possível danos à incolumidade física e psíquica do paciente. Sua outra face é o princípio da não maleficência, que proíbe ao pesquisador e terapeuta, prejudicar deliberadamente o pesquisado. Desta forma, busca-se impedir a prática de pesquisas científicas ilegais. Note-se a importância dada ao bem-estar do indivíduo, que tem dupla proteção: um positivo dever do pesquisador ou terapeuta de atuar em prol do bem-estar do pesquisado ou paciente, e um negativo dever do pesquisador ou terapeuta de não ocasionar danos propositais. Quanto ao princípio da justiça, pode-se dizer que objetiva o tratamento igualitário do indivíduo, sem distinções, por gênero sexual, raça, credo, ou outro motivo. Neste sentido, esclarecedora a lição de Maria Helena Diniz: “o princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente”. Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente.

²⁷ Miguel Reale, na obra "A boa-fé no Código Civil" definiu boa-fé objetiva como: “A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’”. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública. Verifica-se

de consentimento assinado é uma das formas de se provar que o médico ou outro qualquer profissional da saúde, cumpriu com seu dever de esclarecer sobre o tratamento proposto.

Na legislação brasileira em vigor, não há uma regulamentação específica, a respeito do termo de consentimento esclarecido. Entretanto, na sua ausência, pode-se dispor de princípios gerais do Direito, princípios constitucionais e legislação de defesa do consumidor para regulamentar a relação contratual construída entre o médico e seu paciente, garantindo-se assim, que os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da segurança, do dever de informação, da transparência e da intimidade, sejam todos aplicados.

Partindo-se da necessidade de se garantir princípios constitucionais como o da liberdade e o da dignidade da pessoa humana, o indivíduo passa a ser elevado como o centro do ordenamento jurídico. A partir desse momento, toda a intervenção sobre o corpo da pessoa que consente na prática do ato médico será lícita e ética enquanto respeitados os limites da liberdade e da dignidade da pessoa humana e os deveres constitucionais em salvar a vida, integridade física e psíquica e saúde. Quando esses limites não são respeitados, mesmo havendo o consentimento esclarecido o exercício do ato médico será considerado ilícito, uma vez que representará uma verdadeira afronta a direitos fundamentais.

O termo de consentimento, visa também firmar a confiabilidade do paciente em seu médico e vice e versa, pilar essencial na relação médico-paciente. Desta forma, fica provado que o médico informou das adversidades da terapêutica necessária e o paciente por sua vez se comprometeu a cumprir com as orientações e cuidados explicitados nas cláusulas colocadas no termo. Schaefer (2006) afirma que,

O médico responde à confiança nele depositada colocando seus conhecimentos a serviço do paciente, protegendo sua integridade física e psíquica e zelando pela sua intimidade e de seus dados clínicos, respeitando a sua autonomia. O paciente responde à lealdade do médico revelando-lhe o que for necessário ao seu diagnóstico e tratamento, cumprindo as determinações terapêuticas e, até mesmo, lutando por sua cura. Portanto,

ainda que a boa-fé objetiva proporciona segurança nas relações jurídicas e nas relações contratuais pois em função do padrão de atitudes que se espera de cada uma das partes, que se refere a uma relação de confiança pré-estabelecida, no caso de descumprimento destas, a parte prejudicada terá o direito de se socorrer pela via judicial para reclamar e fazer valer seus direitos, conforme já mencionado esses direitos já estavam implícitos na negociação pela simples previsão expressa em lei do princípio da boa-fé objetiva.”

não há dúvida que a fidelidade, a transparência e a confiança são princípios basilares que orientam a relação médico-paciente e a coleta de dados clínicos, visando simplificar as condutas impondo, com isso, um relacionamento mais humanizado e o reconhecimento da especial condição do enfermo.

Além da confiabilidade, a veracidade e privacidade devem ser respeitadas na informação que é passada ao paciente pelo termo de consentimento. A veracidade é o direito a verdade sobre sua doença, seu prognóstico, independente do julgamento do profissional achar se a informação possa ser agressiva ao paciente.

A privacidade, também deve ser garantida, pois o paciente tem o direito de ter o controle das próprias informações, a menos que haja uma justa causa. Portanto, o paciente em sua plena capacidade, tem o direito de querer receber as informações prestadas de forma sigilosa, não querendo este que terceiros saibam sobre a doença que está tratando, a menos que esta doença possa trazer uma repercussão epidemiológica e venha comprometer outras pessoas, como ocorre com as doenças de notificação compulsória, impondo o dever médico de quebra de sigilo (FRANÇA, 1994).

Espera-se desta forma que muitas escolas da saúde não se preocupem em centralizar o ensino, tão somente na Ciência Médica pura despidas da prática diária da Bioética, mas se preocupem também, com as repercussões do ato médico não esclarecidos, suas consequências éticas e jurídicas.

5.1.2 Função social e legal do termo de consentimento médico esclarecido para atos médicos - Categoria 2

Na relação contratual entre o médico e o paciente, o dever de informação é essencial, a fim de resguardar o princípio da boa-fé objetiva (REALE, 1999)²⁸. O termo

²⁸ Miguel Reale, na obra "A boa-fé no Código Civil" definiu boa-fé objetiva como: "A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, 'a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado'. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de 'honestidade pública. Verifica-se ainda que a boa-fé objetiva proporciona segurança nas relações jurídicas e nas relações contratuais pois em função do padrão de atitudes que se espera de cada uma das partes, que se refere a uma

de consentimento assinado é uma das formas de se provar que o médico ou outro qualquer profissional da saúde, cumpriu com seu dever de esclarecer sobre o tratamento proposto.

Da mesma forma, as cláusulas, que compõem o documento informativo, devem ser a prova que o diálogo entre o médico e o paciente ocorreu, nele sendo esclarecidos todos os riscos, benefícios do tratamento proposto, assim como, os cuidados os quais o paciente deverá adotar para o sucesso da perpetuação do bom resultado.

Na legislação brasileira em vigor, não há uma regulamentação específica, a respeito do termo de consentimento esclarecido. Entretanto, na sua ausência, pode-se dispor de princípios gerais do Direito, princípios constitucionais e legislação de defesa do consumidor para regulamentar a relação contratual construída entre o médico e seu paciente. Garantindo-se assim, que os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da segurança, do dever de informação, da transparência e da intimidade, sejam todos aplicados.

Portanto, não há que se surpreender que muitos estudantes recém egressos de suas faculdades, e até mesmo muitos médicos já a anos de atividade laboral, interpretem o termo de consentimento como uma proteção jurídica, como sendo uma subcategoria da função social e jurídica do termo de consentimento, como se evidencia nas falas a seguir.

Para nós representa uma definição dos parâmetros em que podemos atuar, bem como uma proteção legal. Para o paciente representa a autonomia em decidir ou não a se submeter a um procedimento (fala do residente A matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Segurança de que ambas as partes estão cientes e de acordo com o procedimento proposto e principalmente de suas possíveis complicações. É um respaldo legal (fala do residente G matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Tal percepção, pode justificar-se, uma vez que, a crescente judicialização da medicina, a própria aplicação do código de defesa do consumidor na relação médico paciente, faz com que muitos estudantes de medicina já sejam instruídos, mesmo que

relação de confiança pré-estabelecida, no caso de descumprimento destas, a parte prejudicada terá o direito de se socorrer pela via judicial para reclamar e fazer valer seus direitos, conforme já mencionado esses direitos já estavam implícitos na negociação pela simples previsão expressa em lei do princípio da boa-fé objetiva.”

de forma intuitiva por seus docentes, a desde cedo adotar uma medicina protetiva, preventiva juridicamente falando, apesar de o termo de consentimento consistir em apenas um meio de prova de que o dever de informar foi realizado. Aliás como já mencionado, o termo de consentimento por si só não é fundamentado por normas específicas de direito.

É por meio de normas gerais, princípios, normas éticas, que se cria uma tutela a fim de fundamentar a necessidade elementar do consentimento esclarecido. Porém à medida que o Direito se constrói, essas lacunas jurídicas necessitarão ser preenchidas por normas mais específicas, atendendo a tutela jurídica necessária a tantos procedimentos terapêuticos (KFOURI NETO, 2002).

A partir da Constituição de 1988, com o advento do Estado Social se vislumbrou a tutela da igualdade e a dignidade por meio uma atuação intervencionista capaz de garantir o equilíbrio formal e material nas relações privadas. Desta forma os reflexos na sociedade, assim como os efeitos produzidos nos contratos antes vistos como meramente individualistas e consensualistas, passaram a ter relevância. Portanto, o termo de consentimento na prática médica passou a ser de importância não só a um determinado paciente específico, mas também aos reflexos que ele representa na prática médica (KFOURI NETO, 2002).

Partindo-se da necessidade de se garantir princípios constitucionais como o da liberdade e o da dignidade da pessoa humana, o indivíduo passa a ser elevado como o centro do ordenamento jurídico. A partir desse momento, toda a intervenção sobre o corpo da pessoa que consente na prática do ato médico será lícita e ética enquanto respeitados os limites da liberdade e da dignidade da pessoa humana e os deveres constitucionais em salvar a vida, integridade física e psíquica e saúde. Quando esses limites não são respeitados, mesmo havendo o consentimento esclarecido o exercício do ato médico será considerado ilícito, uma vez que representará uma verdadeira afronta à Constituição.

As únicas hipóteses de dispensa do termo de consentimento são os casos de urgência e emergência, tendo em vista que a gravidade do risco de morte e a necessidade de rapidez do ato médico se sobrepõem ao dever de informação, uma vez que, o bem jurídico a ser salvo é a vida²⁹. Cessado o risco imediato de vida, cabe

²⁹ O Conselho Federal de Medicina na **resolução nº 1451/95, no artigo 1º resolve em seu** parágrafo primeiro: “define-se por URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco

ao profissional dever de informar ao paciente e quando for possível aos seus familiares, sobre os atos já praticados e os que ainda necessitará praticar para reestabelecer a saúde do enfermo.

O termo de consentimento, visa também firmar a confiabilidade do paciente em seu médico e vice e versa, pilar essencial na relação médico paciente. Desta forma fica provado que o médico informou das adversidades da terapêutica necessária e o paciente por sua vez se comprometeu a cumprir com as orientações e cuidados explicitados nas cláusulas colocadas no termo. Schaefer (2006) afirma que,

O médico responde à confiança nele depositada colocando seus conhecimentos a serviço do paciente, protegendo sua integridade física e psíquica e zelando pela sua intimidade e de seus dados clínicos, respeitando a sua autonomia. O paciente responde à lealdade do médico revelando-lhe o que for necessário ao seu diagnóstico e tratamento, cumprindo as determinações terapêuticas e, até mesmo, lutando por sua cura. Portanto, não há dúvida que a fidelidade, a transparência e a confiança são princípios basilares que orientam a relação médico-paciente e a coleta de dados clínicos, visando simplificar as condutas impondo, com isso, um relacionamento mais humanizado e o reconhecimento da especial condição do enfermo.

Além da confiabilidade, a veracidade e privacidade devem ser respeitadas na informação que é passada ao paciente pelo termo de consentimento. A veracidade é o direito que o paciente tem que seu médico conte a verdade sobre sua doença, seu prognóstico, independente do julgamento do profissional achar se a informação possa ser agressiva ao paciente. Cabe ao médico se utilizar de palavras, expressões e terminologias de fácil entendimento ao paciente, mas que a este seja garantida toda a verdade dos fatos. Mas, o próprio paciente pode ser negar a receber também as informações prestadas pelo profissional e neste caso, o médico julgando que as informações seriam essenciais para garantir o bom sucesso e aceite terapêutico, pode ser negar a prosseguir como assistente de seu doente, tendo o dever de se possível orientar ao paciente que busque outro profissional. Assim tomando como exemplo, se

potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata” e no parágrafo segundo: “define-se por EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato”. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.451/1995, de 17 de março de 1995. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1995/1451_1995.htm>. Acesso em: 15 de mar. de 2019.

uma paciente recebe diagnóstico de câncer de mama, mas se nega a qualquer custo querer saber dos efeitos adversos que a quimioterapia pode lhe trazer, o médico pode após reiteradas tentativas de informar, negar-se a prosseguir como o responsável pelo tratamento, haja visto que o abandono do paciente ao tratamento pode estar fadado ao fracasso, no primeiro efeito colateral que este venha sofrer. França (2010) afirma que,

O poder de decisão é de incumbência do paciente, que julgará, em sua perspectiva, os benefícios de cada alternativa; por outro lado, não há a obrigação do profissional em aceitar decisão que contrarie suas convicções éticas e científicas.

A privacidade, também deve ser garantida, pois o paciente tem o direito de ter o controle das próprias informações, a menos que haja uma justa causa. Portanto, o paciente em sua plena capacidade, tem o direito de querer receber as informações prestadas de forma sigilosa, não querendo este que terceiros saibam sobre a doença que está tratando, a menos que esta doença possa trazer uma repercussão epidemiológica e venha comprometer outras pessoas, como ocorre com as doenças de notificação compulsória, impondo o dever médico de quebra de sigilo. Desta forma,

Veracidade, privacidade, confidencialidade, fidelidade, transparência e confiança, não são apenas referências éticas genéricas, ou direitos e deveres impostos em relações de consumo, mas sim cláusulas gerais que vão além de meros ideais de comportamento, exercendo papel jurídico harmonizador da relação médico-paciente, qualquer que seja a sua origem (FRANÇA,2010).

Resguardados todos os princípios essenciais na construção de um termo de consentimento, sustentado pelos pilares essenciais do dever de informar, o termo de consentimento assume o papel a que se destina, trazendo a essência que é garantir o bem-estar, o poder de decisão do paciente.

Muitos profissionais médicos, no entanto, adotam o termo de consentimento, como mera forma de defesa, como já mencionado, na fala de alguns médicos residente em suas respostas. Havendo, assim, a fuga da sua real necessidade, este pode ser contaminado por vícios, podendo ser anulável. E o documento que deveria servir de cumprimento à obrigação, passa a não ter qualquer valor.

O termo de consentimento, não é uma mera forma de defesa, ele deve ser individualizado e específico a cada paciente, um termo de consentimento genérico com cláusulas inespecíficas, como já explicado anteriormente, não terá valor jurídico como meio de prova, pois perde a essência a que se destina. Portanto, se a percepção do médico, seja ele recém egresso ou há tempos de sua faculdade, é que o termo de consentimento se presta a evitar uma condenação judicial por cumprimento de um dever de informação dada de forma genérica e impessoal, estão aqueles profundamente equivocados.

Pithan (2004) afirma que o termo de consentimento genérico não traduz o processo que conduz ao consentimento esclarecido. Um termo de consentimento viciado, inespecífico, não protege o profissional que está sendo demandado judicialmente. A fim de se amenizar a carência do termo de consentimento, os profissionais poderiam dispor de outro meio probatório em eventuais ações reparatorias, como o prontuário médico. O prontuário médico pode não ter a mesma carga probatória de que se cumpriu com o dever da informação, mas é um registro de que durante o atendimento o médico fez o diagnóstico e investigação baseado em meios que a ciência médica protocoliza. Portanto,

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, pois este apesar de ter sido informado não foi devidamente esclarecido.

A exemplo da força probatória do prontuário médico, cita-se a pesquisa de Pithan (2004), que avaliou que o há outros meios probatórios a fim de se provar que se cumpriu com dever de informar,

Dos 54 acórdãos, somente 12 apresentam termo de consentimento informado como meio de prova, sendo que, destes, 6 foram procedentes e 6 improcedentes. Desta forma, na metade dos casos os médicos foram condenados a indenizar os pacientes mesmo tendo apresentado termo de consentimento e, na outra metade, o termo de consentimento foi considerado apto a provar o cumprimento do dever de informar. Dentre os 10 acórdãos improcedentes em que não havia termo de consentimento, outros meios probatórios foram utilizados pela defesa do réu. Estes meios, utilizados de forma isolada ou associada, foram considerados suficientes para provar o cumprimento dos deveres informativos, quais sejam: perícia, testemunha, depoimento pessoal e outros documentos, tais como prontuário.

Portanto, de nada adianta firmar termos de consentimento mal elaborados para fins de produção de provas, pois os vícios do consentimento anularão esta prova documental. Concluindo, que cabe aos médicos a quebra do tabu da Medicina paternalista em que o termo de consentimento era visto mais como um documento probatório. Bastava a assinatura do paciente para que a da atividade médica estivesse respaldada, independente do pleno entendimento do conteúdo das cláusulas descritas no termo.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo publicou, em seu jornal, informações importantes, demonstrando que o termo de consentimento não se resume a apenas um papel assinado pelo paciente, deve sim representar um diálogo informativo e dar segurança que a relação médico-paciente está alicerçada. Mas sua ausência ou o que é pior, sua confecção com a finalidade única e exclusivamente defensiva, deixa de ter relevância nas decisões judiciais. Mais vale nesses termos um prontuário descrito de forma coerente demonstrando que o atendimento médico foi regado de informações relevantes ao pleno esclarecimento do enfermo. Assim,

Não existe, no Código Civil brasileiro ou em outra legislação correlata, qualquer regra que exija a emissão de termo de consentimento assinado; assim também não pudemos verificar, até onde nos foi possível pesquisar, qualquer decisão judicial que tenha apenado o profissional de saúde pela ausência do consentimento assinado pelo paciente ou seu representante legal³⁰.

Evidenciam que, um dos principais motivos de questionamento e perda de ações médicas está relacionado com a ausência de informações adequadas, escritas no prontuário. O prontuário é uma prova documental, sendo que no Direito comum existe presunção de veracidade dos dados nele escritos. Portanto, não importa a extensão dos procedimentos, por exemplo, se a administração de uma medicação oral, em um extremo, ou um procedimento cirúrgico com circulação extra-corpórea, no outro. Todos devem individualizados, considerando as características próprias de cada paciente, com suas respectivas patologias. Essas informações dificilmente podem ser padronizadas em formulário único de consentimento. Qualquer

³⁰ CREMESP. [s.d.]. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53>. Acesso em: 10 de jan. de 2019.

procedimento, dos mais simples, como a passagem de uma sonda vesical, até os mais complexos como uma cirurgia de alto risco, devem ser informados e esclarecidos, com vistas à obtenção de consentimento, e registrados em prontuário os meios empregados assim como o aceite do paciente, sem necessitar, contudo, de assinaturas. Por conseguinte, considerando que a elaboração do prontuário médico é individualizada, as informações verbais, depois descritas, são mais práticas e efetivas, dispensando a assinatura do paciente.

Portanto, o termo de consentimento só será um bom meio de prova, quando bem aplicado de forma individualizada, afastados todos os vícios de consentimento e respeitados todos os princípios que norteiam sua essência na elaboração. Para tanto é necessário se conhecer a natureza jurídica da grande maioria dos termos de consentimento, de que forma surgem os vícios e as cláusulas abusivas que podem invalidar o termo na sua integridade ou em determinadas cláusulas.

5.1.3 Relevância da capacidade do paciente e da temporalidade e do fornecimento do termo de consentimento ao paciente - Categoria 3

A doutrina explica que, negócio jurídico é todo aquele que interessa ao mundo do Direito (DINIZ, 2005, p. 442)³¹. Sendo a vontade, um dos pressupostos para sua existência. O contrato de prestação de serviços médicos é, evidentemente, um negócio jurídico. Deve ser regido pelo pressuposto da vontade do paciente que pode ser meramente verbal, ou escrita, formalizada por meio de um termo de consentimento. Desta forma, para que se considere válido tal termo de consentimento deve preencher os requisitos de validade previstos no art. 104 do Código Civil de 2002:

³¹ O negócio jurídico repousa na ideia de um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem jurídica. Seu efeito é a criação de direitos e obrigações. Isso porque é a norma jurídica que confere à vontade esse efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão da vontade. O termo de consentimento é um exemplo de negócio jurídico, pois deve ser a expressão de vontade do paciente para o ato médico.

agente capaz; objeto lícito, possível ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. Stancioli (2004) ensina que,

Como todo ato negocial pressupõe uma declaração de vontade, a capacidade do agente é indispensável à sua participação válida na seara jurídica. O negócio jurídico válido deverá ter um conteúdo legalmente permitido, deverá ser lícito, ou seja, conforme a lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral. As partes deverão anuir, expressa ou tacitamente, para a formação de uma relação jurídica sobre determinado objeto, sem que se apresentem quaisquer vícios de consentimento, como erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão, ou vícios sociais, como simulação e fraude contra credores. A declaração de vontade independe de forma especial, sendo suficiente que se manifeste de modo a tornar conhecida a intenção do declarante, dentro dos limites em que seus direitos podem ser exercidos. Apenas, excepcionalmente, a lei vem a exigir determinada forma, cuja inobservância invalidará o negócio.

Em relação à capacidade de fato do agente, é importante destacar que esta é a aptidão necessária para que uma pessoa possa tomar decisões e se responsabilizar por suas escolhas na vida civil. Entretanto, quando a pessoa é desprovida de plena capacidade de fato é representada por ser absolutamente incapaz e assistida quando relativamente incapaz, a fim de tornar seus atos válidos. Portanto, o sujeito quando tiver plena capacidade civil, o termo de consentimento esclarecido pode ser pessoalmente assinado, já um paciente incapaz e o relativamente incapaz, por sua vez, serão, respectivamente, representados e assistidos em suas decisões (GONÇALVES, 2011).

Além do critério de capacidade relativa e absoluta, a peculiaridade do tratamento médico exige a adoção de cautelas suplementares. A capacidade para consentir a respeito de determinado tratamento de saúde diz respeito à possibilidade de o paciente, livre e racionalmente, discernir os valores, como a capacidade de entender os benefícios e riscos do tratamento proposto.

Há ainda a necessidade desse objeto ser determinado ou determinável, de forma que não pode ser válido um termo de consentimento que, por ter vasto o seu objeto, seja indeterminado. Isto ocorre em muitos termos de consentimento ditos como termo de consentimento geral, em que o risco mesmo podendo ser presumido não é informado ao paciente. Por exemplo: o paciente irá ser submetido a uma nefrectomia

(cirurgia de retirada de rim) e o profissional se utiliza de uma cláusula para explicar que o procedimento tem risco de sangramento. No entanto, será que esse risco de sangramento é significativo a ponto de causar sequelas ao enfermo ou lhe pôr em risco a vida e necessitar de uma transfusão sanguínea, ao qual não foi devidamente esclarecido? Todo o risco ou benefício a um tratamento que pode ser determinável ou estimável, deve ser individualizado e posto no termo de consentimento.

O termo de consentimento deve se isentar de todos os defeitos decorrentes de expressão da vontade, como são elencados no art. 138 e seguintes do Código Civil de 2002, como o erro, o dolo, a coação, lesão e estado de perigo³²

O erro é considerado como uma noção falsa da realidade. Por exemplo, autorizar a realização de determinado tratamento cirúrgico, acreditando que é portador de uma doença letal, como um câncer intestinal, sendo que o paciente na verdade é portador de uma doença inflamatória intestinal, não investigado adequadamente previamente à indicação cirúrgica. Nesse exemplo, apesar de o paciente poder até necessitar da cirurgia como parte de sua terapêutica, a indicação do procedimento foi assinalada de forma errada ao paciente, gerando o vício da informação, pois, neste caso, o paciente teria consentido a ser operado por uma doença que sequer possui, isso sem considerar o erro nos meios diagnósticos prévios.

O dolo no consentimento, é um meio pelo qual se induz maliciosamente o paciente a praticar ato que lhe seja prejudicial ou não resulte no efeito prometido, violando o princípio da boa-fé. Gonçalves (2016) explica que o

Dolo é o artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudique e aproveite ao autor do dolo ou a terceiro. Consiste em sugestões ou manobras maliciosamente levadas a efeito por

³² Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

uma das partes a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito ou a terceiro.

Exemplo de dolo de consentimento, seria aquele cirurgião que orienta seu paciente que as causas das fortes dores de cabeça são decorrentes a uma sinusite e propõe uma cirurgia para melhorar, porém o médico deixa de informar ao paciente que sua causa de dor de cabeça pode não ser exclusivamente da sinusite, podendo ter outras doenças que se somem a dor. Nesse caso o paciente aceitou ser operado, pois ao seu entendimento de que a única causa da sua dor seria a sinusite. Sabendo o médico que não era garantido o resultado da melhora, deveria ter exposto ao paciente que poderiam ter outras causas para sua queixa de cefaleia, mas preferiu deixar a paciente acreditar que necessitava da cirurgia para alcançar a cura da sua doença.

Outro exemplo de dolo, seria aquele cirurgião geral, que apesar de ter experiência em cirurgias estéticas e com bons resultados, deixa de informar seu paciente que não possui titulação de especialista em cirurgia plástica. Após uma cirurgia estética das pálpebras, a paciente sofre dano estético permanente. O médico além de responder pelo erro médico, responde por dolo de consentimento ao induzir o paciente a pensar que ele tinha a titulação de especialista em cirurgia plástica³³.

Há situações em que alguns doutrinadores, classificam como dolo bom, que é aquele em que apesar de o paciente ter sido enganado, ele obteve benefícios com a orientação e informação errada. Tartuce (2017) explica que,

O ato de oferecer um remédio a alguém alegando ser um suco, para curar essa pessoa, caso em que também não se pode falar em anulabilidade, como se bem observa, nesse caso hipotético, a intenção de enganar não fará mal nenhum a ninguém.

E conceitua,

³³ Jusbrasil. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20313684/apelacao-civel-ac-239519-sc-2008023951-9>>. Acesso em: 20 de jan. de 2019.

Dolo bom (dolus bonus) – essa espécie de dolo, diz respeito a uma conduta excepcional que, em casos estritos, podem ser toleradas por não possuírem qualquer gravidade ou intuito de enganar outrem com finalidades maldosas. Conforme citado anteriormente, o negócio acometido por dolo bom não é sequer anulável, logo que é comum à prática no comércio, desde que não venha a enganar gravemente um consumidor, pela prática de propaganda enganosa, que inclusive é uma prática abusiva cominada no art. 37, § 1º da Lei n. 8.078/1990.

Outra forma de vício de consentimento, é a coação. Esta é definida como o ato de inculcar ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, a seus bens, ou à sua família, definido no artigo 151 do CC, é um vício na declaração da vontade. Sob a coação, a vontade do paciente não emana de forma livre, pois ele agirá sob ameaça de outrem, de forma que a sua vontade interna não corresponde com a vontade manifestada. Gonçalves (2016) ensina que,

Coação é toda ameaça ou pressão injusta exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato ou realizar um negócio. O que a caracteriza é o emprego da violência psicológica para viciar a vontade. Não é coação, em si, um vício da vontade, mas sim o temor que ela inspira, tornando defeituosa a manifestação de querer do agente.

Quando o paciente, por exemplo, interna para um procedimento cirúrgico eletivo e o médico minutos antes da cirurgia impõe, como condição para cirurgia ser realizada, que o paciente assine o termo de consentimento sem que este se quer tenha tido tempo hábil para ler, entender e esclarecer as dúvidas e terminologias que constam no documento, existirá uma coação moral. Nesse exemplo, o paciente mediante ao temor de ter sua cirurgia cancelada, já estando em jejum e por vezes já há espera de meses para sua realização, vê-se obrigado a dar um consentimento viciado. Portanto, é vedado a exemplo de uma cirurgia, que um cirurgião requeira a assinatura do termo de consentimento momentos antes do procedimento ao qual o paciente será submetido, como ocorre em alguns centros cirúrgicos. Isso caracterizaria uma coação, anulando o termo de consentimento informado³⁴.

³⁴ Jusbrasil. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/653840985/apelacao-civel-ac-10702140402695001-mg>>. Acesso em: 22 de jan. de 2019.

Cria-se assim um vício de consentimento, passível de tal termo ser desaprovado como meio de prova perante o judiciário, pois descumpriu com o dever a que se destinava em informar e esclarecer. Felizmente, a percepção de alguns médicos residentes recém egressos de suas faculdades, é que temporalidade do fornecimento do termo de consentimento é relevante, mesmo aqueles talvez, desconhecendo os motivos pelos quais se perdem a força probatória do documento como meio de prova.

O termo de consentimento esclarecido para um ato médico entregue e assinado no dia do ato, não tem a mesma relevância que um termo entregue com uma antecedência maior, pois no dia da cirurgia certamente paciente estará tenso e nervoso, não fará leitura de forma atenciosa e apenas assinará para não “perder a cirurgia” (fala do residente D matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

O termo entregue no dia pode pressionar o paciente a não ter escolha, se não assinar. Entregue anteriormente dá ao paciente a opção de pensar melhor se quer realizar a (fala do residente I matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Acredito que no dia do ato o paciente se encontra mais ansioso podendo não compreender de maneira adequada o que está sendo proposto. Em um ambiente controlado como o ambulatorial há maior possibilidade de diálogo entre o médico e o paciente para sanar (fala do residente H matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Dar o termo de consentimento no dia do procedimento, o paciente pode se sentir coagido a assinar. Possíveis dúvidas e alinhar as expectativas de ambas as partes bem como o paciente pode pesar em casa os prós e contras com maior tranquilidade até a data do procedimento (fala do residente B matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Na minha prática noto que, no dia da cirurgia, há menos tempo disposto para explicações do termo quando é entregue no ato, sendo tratado apenas como um ato burocrático para liberação do ato médico (fala do residente C matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

Nota-se que quanto a temporalidade, há uma preocupação, quando a antecedência do fornecimento e aceite formal através do consentimento assinado, porém também se percebe que há um desconhecimento, que tal vício de consentimento seja o quesito norteador de anulabilidade de tal documento

Ambos, entregar no dia e entregar com antecedência, cumprem a mesma função de autorizar a cirurgia. Entretanto, o entregue no dia subtrai a capacidade do paciente em entender todas as intercorrências que podem ocorrer durante ou após o ato cirúrgico (fala do residente C matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

É necessário que o médico informe minuciosamente o paciente, de todas os riscos e benefícios pertinentes ao procedimento com a maior antecedência possível, permitindo que o paciente possa refletir e pensar se, realmente, aceita às possíveis consequências explícitas no termo de consentimento informado (KFOURI NETO, 2001).

Afim de que o termo de consentimento cumpra com seu dever ético e sacie o dever de informação, respeitando dentre outros princípios, o princípio da boa-fé, é necessário que o paciente tenha tempo suficiente para extinguir todas as dúvidas possíveis, e se necessário for, que ele busque segundas opiniões de outros profissionais, antes do ato médico ao qual será submetido, descaracterizando assim um ato abusivo, que invalidaria o documento informativo, já que não se cumpriu com a função a que se destinava. A não observância da temporalidade, quanto ao fornecimento das informações e o consentimento, vicia o negócio jurídico praticado pelo médico e o paciente na medida em que restringe sua autonomia e compreensão.

Já, o estado de perigo, ocorre quando o agente, diante de situação de grave perigo conhecido pela outra parte, emite declaração de vontade para salvar-se ou pessoa próxima, assumindo obrigação excessivamente onerosa. Exemplo, seria um paciente que diante de um familiar gravemente ferido, assina um termo de consentimento, que contém honorários médicos e hospitalares excessivamente desproporcionais (GONÇALVES, 2016). Outro exemplo seria um paciente que assina um termo de consentimento, que contém terminologias técnicas incompreensíveis, mas que perante ao risco de vida e mediante a relevante emoção, aceita o contrato mesmo sem ter conhecimento dos riscos e benefícios.

O estado de perigo para se configurar, é necessária a observância de alguns requisitos, alguns elementos. Lotufo ensina que,

É necessário que exista uma ameaça de dano grave à própria pessoa, ou a alguém de sua família, bem como pessoa estranha a seu círculo. É necessário que a ameaça de dano recaia sobre essas pessoas. Assevere-se que em relação à pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá de acordo com as circunstâncias de cada caso. A ameaça do grave dano deve ser atual, pois é a atualidade do dano que exerce a pressão psicológica sobre o indivíduo e o força a escolher dentre os dois males: o do

grave dano, ou da assunção de negócio jurídico em condições excessivamente desvantajosas. Se não tiver essa característica inexistirá estado de perigo, pois haverá tempo para o declarante evitar a sua consumação, sem ter de pressionado, optar entre sujeitar-se a ele ou participar de um negócio em condições desvantajosas (LOTUFO, 2003).

A lesão, por sua vez, decorre da celebração de negócio sob premente necessidade ou por inexperiência, resultando de prestações desproporcionais. Não há que se falar em intenção de aproveitamento como requisito para tanto, por parte do médico ou hospital ao firmar o termo de consentimento (DINIZ, 2004).

Para que ocorra lesão, Gonçalves (2016) defende que é necessária a ocorrência de dois elementos, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva,

O elemento objetivo, consiste na prestação manifestamente proporcional a que a parte se obriga em relação à contraprestação. Como vimos, essa desproporção tem origem na própria formação do negócio jurídico e, é nisso que se diferencia da chamada onerosidade excessiva, ensejadora da cláusula rebus sic stantibus, decorrente de eventos imprevisíveis ou inevitáveis que oneram o contrato de prestação continuada. O outro elemento é o subjetivo, consistente na falta de paridade entre as partes. Um dos declarantes, ao obrigar-se, encontra-se mentalmente tolhido por uma situação de inexperiência ou premente necessidade. Não basta a ocorrência da desproporção, mas é necessário o nexo de causalidade entre a situação subjetiva (motivo determinante) e a assunção do negócio manifestamente desvantajoso (elemento objetivo).

A fim de que se configure a lesão no consentimento esclarecido, não há a necessidade do chamado dolo de aproveitamento, que é o intuito do profissional da saúde ou estabelecimento de saúde em se aproveitar da necessidade ou falta de experiência do declarante na celebração do negócio manifestamente vantajoso. A inexperiência do paciente deve ser relacionada ao contrato, consistindo na falta de conhecimentos técnicos ou habilidades relativas à natureza da ciência que desconhece. Portanto, diz-se que a lesão é objetiva. Tal é o entendimento do Conselho da Justiça Federal, expresso em seu Enunciado nº 150: “A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento”. Portanto um termo de consentimento não devidamente informado, pode gerar lesão, viciando o negócio jurídico (GONÇALVES, 2016). Quanto à anulabilidade causada pelo vício de lesão, Diniz (2004) ensina:

A anulabilidade do negócio jurídico em razão da lesão encontra fundamento na deformação da manifestação de vontade por fatores pessoais do contratante. Não tem relação direta com a intenção do agente em tirar proveito da necessidade do outro, o que pode ou não ocorrer no caso concreto).

Os vícios de consentimento e aqueles celebrados com agentes relativamente incapazes, tornam anuláveis os negócios jurídicos, gerando efeitos *ex nunc*³⁵, com prazo decadencial de quatro anos da cessão da coação, ou do dia em que se realizou o negócio jurídico em se tratando de erro, dolo, estado de perigo ou lesão e no ato praticado por incapazes do dia em que cessar a incapacidade como previsto no artigo 178 do Código Civil Brasileiro (GONÇALVES, 2016).

Já o negócio jurídico nulo, ocorre quando o termo de consentimento é celebrado por pessoa absolutamente incapaz; for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. Por ser nulo, não se convalida pelo decurso do tempo, portanto um termo de consentimento, cujo tratamento resultou em danos ou não trouxe benefícios, firmado com um menor de dezesseis anos, não representado, será nulo com os chamados efeitos *ex tunc* (GONÇALVES, 2016)³⁶.

É relevante salientar, no entanto, que o médico não precisa informar o paciente sobre riscos imponderáveis, como aqueles que não são previsíveis e que a literatura médica ainda não cita com um nível de evidência considerado. Um risco não

³⁵ Termo jurídico em latim que significa "desde agora". No âmbito jurídico, quando dizemos que algo tem efeito "*ex nunc*", isto quer dizer que seus efeitos não retroagem, valendo somente a partir da data da decisão tomada.

³⁶ Termo jurídico em latim que determina que a decisão, o ato/fato/negócio jurídico ou a lei nova tem efeito retroativo, ou seja, atinge situação anterior, produzindo seus efeitos também no passado. Atinge situações que já foram consolidadas sob a égide de leis anteriores.

previsível, não detectável, será uma causa de excludente de responsabilidade por caso fortuito ou força maior. Pereira (2004) afirma que,

Se o médico for obrigado a informar todos os riscos, mesmo que raros, estamos a defender uma solução que recusa todo o paternalismo e coloca nas mãos do paciente todas as informações, porém há grandes desvantagens neste aspecto, pois há certamente uma baixa utilidade de toda informação para alguns pacientes, ainda, é notório que haveria o crescimento da litigiosidade, incentivando a medicina defensiva, e certo é que soluções defensivas prejudicam toda a coletividade já submetida a um sistema de saúde fragilizado, e, o dever de informar se transformaria num calvário extenso de formulários ao invés de ser um momento terapêutico e humano. Ora, não se olvida que o dever de informar não trará ao paciente todos e quaisquer riscos, sob pena de uma consulta médica se transformar em faculdade de medicina, ora, é humanamente impossível explicar tudo ao paciente, além do mais, este não possui conhecimento técnico aprofundado para entender sobre cada aspecto da intervenção.

Portanto, toda informação inerente ao tratamento deve ser transmitida ao paciente procurando esclarecer até o alcance de seu pleno entendimento, com a cautela devida, respeitando as limitações de entendimento individuais de cada um. O não respeito a individualidade, traz uma informação muitas vezes confusa e pouco construtiva ao paciente leigo, resultando em mais dúvidas que certezas e comprometendo, inclusive, por vezes, a confiança que ele deve depositar na conduta que o profissional está tomando, enfraquecendo a relação médico-paciente.

Mas em se tratando de risco imediato de morte, o ato médico com intuito de salvar a vida do paciente justifica a falta do consentimento informado, seja por que o paciente possa estar inconsciente ou estar sentindo tamanha dor a ponto de não mais poder raciocinar com clareza suficiente para consentir (FRANÇA 1994). Sobre essa matéria o Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina já teve a oportunidade de se manifestar que em caso de urgência e em condições psicológicas desfavoráveis, não comete infração ética o médico que deixa excepcionalmente de solicitar o consentimento informado prévio, visando o benefício do paciente, embora os princípios bioéticos, o direito, estejam cada vez mais restringindo essas exceções (DINIZ, 2010, p. 15-16)³⁷. Entretanto, essas exceções o

³⁷ São cinco os princípios básicos da bioética, que buscam proteger o ser humano: princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não maleficência, princípio da justiça e princípio da reverência à vida. O princípio da autonomia dispõe que o indivíduo alvo das pesquisas e de terapêuticas

não desobrigam o médico do dever de informação à família ou ao próprio paciente assim que a situação for controlada. Como evidenciado na percepção da subcategoria distinção de procedimentos eletivos e de emergência.

Em cirurgias eletivas deve ser coletado antes do paciente entrar no centro cirúrgico, de preferência antes do dia da cirurgia. Em cirurgias de urgência/emergências não é obrigatório (fala do residente H matriculado no primeiro ano de residência, do ano de 2020).

A não percepção do médico residente, da essencialidade do fornecimento do termo de consentimento antes da data do procedimento invasivo que pode resultar em intercorrências previsíveis, os vícios de consentimento podem resultar não somente na anulabilidade dos meios de prova, mas principalmente a quebra de princípios norteadores essenciais da bioética que resguardam a edificação e sustentação de uma boa relação médico paciente.

deve ter sua vontade respeitada na maior medida possível, observadas suas crenças e costumes. A informação deve ser adequadamente prestada para que ele conheça os riscos e benefícios decorrentes da pesquisa experimento científico ou tratamento ao qual será submetido. É a versão bioética do tradicional princípio da autonomia da vontade. O princípio da beneficência ensina que o pesquisador ou terapeuta deve sempre buscar o melhor para o alvo das pesquisas e tratamento, evitando na maior medida possível danos à incolumidade física e psíquica do paciente. Sua outra face é o princípio da não maleficência, que proíbe ao pesquisador e terapeuta, prejudicar deliberadamente o pesquisado. Desta forma, busca-se impedir a prática de pesquisas científicas ilegais. Note-se a importância dada ao bem-estar do indivíduo, que tem dupla proteção: um positivo dever do pesquisador ou terapeuta de atuar em prol do bem-estar do pesquisado ou paciente, e um negativo dever do pesquisador ou terapeuta de não ocasionar danos propositais. Quanto ao princípio da justiça, pode-se dizer que objetiva o tratamento igualitário do indivíduo, sem distinções, por gênero sexual, raça, credo, ou outro motivo. Neste sentido, esclarecedora a lição de Maria Helena Diniz: “o princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente”. Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da Medicina, do Direito e a desmitificação da ideia do médico ser um profissional inquestionável quanto ao seu conhecimento e conduta, fizeram com que o profissional mudasse sua postura perante o paciente, respeitando os princípios bioéticos, a lei e o Código de Ética Médica que regem a relação médico-paciente.

O consentimento médico esclarecido é uma forma de respeito a essa relação e se concretiza com o aceite do paciente, dos fatos relevantes, das implicações e das consequências derivadas do ato médico ao qual será submetido. É um dever profissional não só informar, mas também se certificar que a informação foi esclarecedora.

O médico em seu dever de informação deve individualizar as limitações de entendimento de cada paciente ou representante legal, a fim de que a decisão pelo tratamento tenha ocorrido sem quaisquer vícios de consentimento.

O consentimento esclarecido que objetiva o dever de informar, pode se consumir por meio do termo de consentimento médico, servindo como um documento probatório que o profissional cumpriu com seu dever de informar. Porém, ele não é essencial, pois há outras formas de documentação que o médico cumpriu com tal dever, como por exemplo, o preenchimento adequado do prontuário médico sobre as informações prestadas.

A relevância do termo de consentimento é passar as informações de forma mais clara possível, com cláusulas esclarecedoras, sem estar carregado de terminologias técnicas de difícil entendimento. Não existe, porém, uma forma prescrita em lei para sua confecção.

A exigência que se faz, no entanto, é que o termo de consentimento não seja confeccionado com cláusulas abusivas, muito comum em contratos de adesão, que é a forma eleita pela maior parte dos termos de consentimento de médicos, clínicas e hospitais. As cláusulas abusivas, já nascem nulas, ou seja, apesar de não invalidarem as demais cláusulas do termo de consentimento, perdem sua validade, são desconsideradas.

Alguns consentimentos, tornam-se viciados sendo por vezes anulados, por terem sido realizados mediante um ou mais vícios de consentimento como a coação, o dolo, o erro, a lesão e o estado de perigo.

O presente estudo visou fazer uma análise qualitativa a respeito da percepção de médicos residentes sobre do termo de consentimento para atos médicos. Essa análise qualitativa trouxe à tona importante análise em conjunta aos princípios que envolvem a bioética, a legislação que norteia a elaboração de um consentimento médico, de extrema relevância a fim de se consolidar ainda mais um bom relacionamento médico paciente, fortalecendo esse importante elo de ligação. O médico porque cumpriu com dever de informar, e o paciente porque teve respeitada sua autonomia para decidir o que seria melhor para ele após o processo esclarecedor.

No processo de graduação médica é fundamental levantar o estudo e o debate a respeito dos princípios fundamentais que envolvem o direito de informar, garantias fundadas em princípios primordiais do direito, previstos em nossa constituição. Assim sendo resguardados também a dignidade de cada paciente no direito à sua autonomia, livre de quaisquer vícios de escolha que possam levar a nulidade de um consentimento desprovido de esclarecimento. Percebe-se em consonância as respostas transcritas pelos entrevistados que, felizmente, há uma crescente preocupação de médicos, seja pela judicialização da medicina, com crescente número de processos de reparação de danos contra médicos, seja pela formação incentivada pelas escolas médicas dentro de disciplinas deontológicas com treinamentos práticos e teóricos.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, H. H. **Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. Bioética e Responsabilidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARDIN, L. (2006). **Análise de conteúdo.** Lisboa: Edições 70, 2006

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: RT, 2010.

BONATTO, C. **Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

BORGES, A. M. Consentimento Informado e Autonomia na Relação Médico-Paciente. **Revista Jurídica Cesumar**, v 10, n. 1, 2010.

BORGES, R. C. B. Direito de morrer de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, M. C. C. L. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: **Ed. Revista dos Tribunais**, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução n. 466/2012, de 12 de dezembro de 2012.** Trata de diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília: Conselho Nacional de Saúde, 2012. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13,979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: **Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2020/Lei/L13979.html>. Acesso em: 07 jun. 2020.

CALADO, V. de N. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2014.

CLOTET, J.; FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. **Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

DIAS, A. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1. v. 2.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, M. H. **O Estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, C. F.; PITHAN, L. H. O Consentimento Informado na Assistência Médica e o Contrato de Adesão: Uma Perspectiva Jurídica e Bioética. **Revista Hospital das Clínicas de Porto Alegre**. v. 27. n.2, 2007.

FRANÇA, G. V. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

FRANÇA, G de. **Direito Médico**. São Paulo: Fundação BYK, 1994.

GIOSTRI, H. T. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999.

GONÇALVES, C. R, **Curso de direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro 4. Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Esquematizado 1. Parte Geral: Obrigações e Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20313684/apelacao-civel-ac-239519-sc-2008023951-9>>. Acesso em: 20 de jan. de 2019.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KFOURI NETO, M. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002.

LOTUFO, R. **Código civil comentado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

LÔBO, P. L. N. A Informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v.37, p.59, 2001.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MICHAELIS. UOL, [s.d.]. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consentimento/>>. Acesso em: 10 de mar. de 2019.

MINAYO, M. C. de S. (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

MINAYO, M. C. de S. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. 8. ed. São Paulo: Hucitec, 2004.

MIRAGEM, B. Curso de direito do consumidor. São Paulo: RT, 2010.

MIRAGEM, B. **Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro.** Revista do Direito do Consumidor, n. 72, São Paulo, 2009.

MORAIS, I. M. Autonomia Pessoal e morte. **Revista Bioética**, vol. 18, n.12, 2010.

MORAES, I. N. **Erro médico e a lei.** São Paulo: Lejus, 1998.

NERY JR., N.; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto, 2008.

NUNES, L. N. B. T. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** respeitando a dignidade da pessoa. Ed Padma, São Paulo: RTDC, 2007.

PEREIRA, A. G. D. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 20.

PITHAN, L. H. A Dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não-ressuscitação. Porto Alegre: **EDIPUCRS**, 2004.

PITHAN, L. H. O Consentimento Informado no Poder Judiciário Brasileiro. Porto Alegre: **Revista da AMRIGS**, 2012.

REALE, M. **Lições preliminares de direito** – a boa-fé no direito civil. São Paulo: Saraiva, 1999. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 03 de abr. de 2019.

REGO, S. **A formação ética dos médicos:** saindo da adolescência com a vida (dos outros) nas mãos. Rio de Janeiro: Editora FIOCUZ; 2003.

RIVABEM, F. S. Nova Concepção do Termo de Consentimento Esclarecido. **Rev. Brasileira de Direito da Saúde**, Ano I, n 2, p. 10-34, 2012.

ROBERTO, L. M. P. **Responsabilidade civil do profissional da saúde e consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2005.

SCHAEFER, F. **Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico**. Curitiba: Juruá, 2006.

STANCIOLI, B. S. **Relação Jurídica Médico-Paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. v. único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

WILCOCK. J. W. The laws relatives to the medical profession; with an account of the rise and progress of its various orders. London: Clarke, 1830. In: CLOTET, J.; FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. (org). **Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre, EDIPCUCRS, 2000, p. 30.

YAMAUSHI, N. I. Procedimentos Invasivos. In: Fernandes, A. T.; et al. **Infecção hospitalar e suas interfaces na área da saúde**. São Paulo: Atheneu; 2000. p. 957-97.

APÊNDICES

APÊNDICE 1

ROTEIRO PARA ENTREVISTA SEMI-ESTRUTURADA

- 1) O que você sabe sobre termo de consentimento esclarecido?
- 2) Qual é a sua percepção sobre o uso do termo de consentimento médico esclarecido para atos médicos?
- 3) O que o termo de consentimento representa para você e para o paciente?
- 4) Você acredita que o termo de consentimento esclarecido fornecido ao paciente pode ou traz esclarecimentos sobre o ato médico?
- 5) Você acha que o termo de consentimento esclarecido para um ato médico entregue e assinado no dia do ato, tem a mesma relevância que um termo entregue com uma antecedência maior?" Explique

APÊNDICE 2

TERMO DE CONSETIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Você está sendo convidado a participar do estudo intitulado “**TERMO DE CONSENTIMENTO MÉDICO**”. Esta pesquisa tem por objetivos revelar o entendimento e a importância do Termo de Consentimento Médico para o médico e o paciente no contexto do ensino médico. Para tal, serão realizadas entrevistas com duração aproximada de 1 hora, em local reservado a ser combinado entre você e a pesquisadora.

Este estudo terá como fundamento os preceitos éticos conforme as Resoluções 466/12 e 510/2016 do Conselho Nacional de Saúde. Pode haver risco de constrangimento, perda de anonimato da identidade e ainda perda de sigilo das informações oferecidas. Poderá ainda haver o desencadeamento de algum sentimento, ao serem suscitadas questões de ordem emocional. Como as respostas serão gravadas, pode haver também o risco de acesso por outras pessoas aos equipamentos onde estarão armazenadas as informações. Para minimizar estes riscos, serão tomadas as seguintes medidas:

- Constrangimento: as pesquisadoras refletidamente cuidarão para minimizar ao máximo as possibilidades de constrangimento aos participantes, pensando e refletindo sobre cada conceito utilizado na abordagem da temática, além da escolha o mais adequada possível do local para a realização da entrevista, longe de demais espectadores, em uma sala acadêmica reservado no hospital.
- Anonimato: as pesquisadoras se comprometem a zelar para que a identidade dos participantes da pesquisa seja preservada ao máximo.
- Sigilo: as pesquisadoras se comprometem em manter sigilo das informações de acordo com o compromisso ético assumido com os participantes da pesquisa. Assim, o direito ao sigilo será garantido, levando em consideração que os participantes serão informados dos objetivos e da metodologia da pesquisa e receberão um Termo de Consentimento Livre Esclarecido para a participação do estudo.

- Gravação: Com relação às gravações, estas serão guardadas em lugar seguro e de acesso apenas pelas pesquisadoras, que até o prazo de 5 anos, apagarão as gravações.

- Questões de ordem emocional decorrente da pesquisa: Se necessário, as pesquisadoras encaminharão o participante a serviço especializado de psicologia, e se comprometem a assumir despesas como consulta e acompanhamento, de acordo com as necessidades.

Quanto aos benefícios da pesquisa, revelar como as escolas de medicina no Brasil tem preparado os estudantes de medicina quanto a este tema tão explorado dentro do Direito Médico e lide de ações de responsabilidade civil .

Após o levantamento e análise dos dados e das informações com a finalidade de divulgação nos meios acadêmicos e científicos, os mesmos ficarão em posse dos pesquisadores responsáveis pelo prazo de cinco anos, após o que serão destruídos.

Esta pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdades Pequeno Príncipe – CEP/FPP sob o parecer n°: (colocar o número da aprovação pelo CEP). Tendo sido orientado quanto ao teor de tudo o que aqui foi mencionado, se compreendeu a natureza e o objetivo do referido neste estudo e se deseja participar do mesmo, pode, por favor, manifestar seu consentimento?

Sim, li e me foi esclarecido todo o conteúdo do termo acima. Além disso, estou recebendo uma cópia deste termo, assinado pelo pesquisador.

Nome: _____ RG: _____

Curitiba, ____ de _____ de 20__.

(Assinatura do(a) participante da pesquisa)

Declaro que obtive de forma apropriada o Consentimento Livre e Esclarecido deste participante de pesquisa, representante legal ou assistente legal para a participação neste estudo, e atesto veracidade nas informações contidas neste documento de acordo resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

Nome: _____ RG: _____

Curitiba, ____ de _____ de 20__.

(Nome e assinatura do pesquisador responsável)

ANEXOS

ANEXO 1

PARECER CONSUBSTANCIADO APROVADO DO COMITÊ DE ÉTICA EM
PESQUISAFACULDADE PEQUENO
PRÍNCIPE - FPP

PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: PERCEPÇÃO DE MÉDICOS RESIDENTES DO PRIMEIRO ANO SOBRE O TERMO DE CONSENTIMENTO MÉDICO ESCLARECIDO.

Pesquisador: CRISTIANO ROBERTO NAKAGAWA

Área Temática:

Versão: 2

CAAE: 27054019.0.0000.5580

Instituição Proponente: Faculdade Pequeno Príncipe

Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 3.902.540

Situação do Parecer:

Aprovado

Necessita Apreciação da CONEP:

Não

CURITIBA, 06 de Março de 2020

Assinado por:
Maria Cecília Da Lozzo Garbelini
(Coordenador(a))