

GILBERTO BERGSTEIN

**OS LIMITES DO DEVER DE INFORMAÇÃO
NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E SUA PROVA**

TESE DE DOUTORADO

Orientadora: Professora Titular Teresa Ancona Lopez

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO – 2012**

RESUMO

O presente trabalho construiu-se a partir dos novos paradigmas que permeiam a relação médico-paciente. Se o profissional não mais se encontra em uma posição de superioridade (ao menos do ponto de vista fático) em face de seu paciente, que por sua vez está mais sensível em virtude das transformações oriundas da sociedade de massa, o elemento informação ganhou contornos importantíssimos, inserindo-se no núcleo principal da prestação, ao lado dos cuidados relativos à saúde propriamente ditos.

Nesse contexto, foi proposta uma nova visão do dever de informar na relação médico-paciente, tratando a informação como uma obrigação autônoma, que gera *de per se* – em caso de ausência ou vício – responsabilização civil. A reparação, em tal perspectiva, surge a partir da violação do direito à liberdade: se a autodeterminação é um atributo da personalidade do paciente, a afronta a esse direito acarreta danos indenizáveis.

Os limites do dever de informar, assim, desempenham relevante papel, pois demarcam a tênue linha que distingue a informação viciada (que ensejará responsabilização civil) daquela transmitida diligentemente. Assim, o conteúdo e a extensão da informação foram abordados, confrontando-se aspectos subjetivos, objetivos e buscando uma solução ao mesmo tempo viável (do ponto de vista prático), jurídica e justa.

Como o trabalho trata essencialmente do dever de informar na relação médico-paciente e das consequências jurídicas derivadas do inadimplemento dessa obrigação, foram destrinchados todos os elementos que compõem esse complexo vínculo, passando por sua evolução histórica, pelos princípios, valores e direitos que permeiam e iluminam esta relação e, finalmente, pelos sujeitos que a compõem. Aspectos processuais atinentes à prova do cumprimento do dever de informação foram, ainda, examinados. Diversas questões polêmicas, tais como recusa de tratamento, direito a não saber, privilégio terapêutico, dentre outros, foram também debatidos.

Palavras-chave: relação médico-paciente – informação – liberdade – autonomia – consentimento informado – responsabilidade civil.

ABSTRACT

This study is based on the new paradigms that permeate the doctor-patient relationship. If the medical professional no longer holds a superior position (at least from the factual point of view) vis a vis the patient who, on the other hand, is more aware to changes originating from doctor-patient relationship in the mass society, information availability has gained highly important contours, inserting itself into the core of services rendered, together with health care services themselves.

In this context, this study proposes a new vision of the duty to inform in a doctor-patient relationship, treating information as an autonomous obligation, that, *per se*, results in liability – in the case of its absence or flaws. The compensation, in such perspective, arises from breach of the right to autonomous choice: if self-determination is a characteristic of the patient's personality, the disrespect of this right results in damages subject to indemnification.

Therefore, the limits of the duty to inform perform a relevant role since they demarcate the fine line that distinguishes flawed information (that can incur liabilities) from that transmitted diligently. Thus, the contents and the extension of the information were addressed, comparing subjective and objective aspects and seeking a solution at the same time viable (from the practical viewpoint), legal and just.

Since this study essentially deals with the duty to inform in the doctor-patient relationship and of the legal consequences derived from noncompliance of this duty, all factors that compose this complex link were carefully examined, reviewing its historical evolution, the principles, values and rights that permeate and elucidate this relationship and, finally, the parties involved. Legal evidential procedures related to fulfillment of the duty to inform were also examined. Various controversial topics such as the refusal to undergo treatment, the right to not be informed, therapeutic privilege, among others, were also discussed.

Key words: doctor-patient relationship – information – freedom – autonomy – informed consent – liability

RIASSUNTO

Lo scopo della presente tesi è stato costruito a partire dai nuovi paradigmi che permeano la relazione medico-paziente. Dato che il professionista non si trova più in grado di mettersi in rapporto di superiorità (almeno dal punto di vista dei fatti) nei confronti del paziente, che al suo turno si trova più suscettibile in virtù delle trasformazioni richieste dalla società di massa, l'elemento informazione ha preso una piega diversa e importante, inserendosi nel nucleo principale di prestazione di servizi a fianco delle cure riguardanti la ritenuta salute.

Nel presente contesto, si propone una nuova impostazione sul rapporto medico-paziente che tratta l'informazione come obbligo autonomo, che scaturisce *de per se* – in caso di assenza o vizio – responsabilizzazione civile. La riparazione, sotto tale prospettiva, deriva dalla violazione dei diritti di libertà; se l'autodeterminazione è un attributo della personalità del paziente, l'inosservanza del sopraddetto diritto apporta danni indennizzabili.

I limiti del dovere di informare, svolgono ruolo rilevante, poiché segna la tenera linea che distingue l'informazione trasmessa in modo viziato (che procura responsabilizzazione civile) da quella trasmessa in modo diligente. Pertanto, il contenuto e l'estensione dell'informazione sono stati avvicinati, raffrontando aspetti soggettivi, obiettivi e cercando una soluzione al contempo viabile (dal punto di vista pratico), giuridica e giusta.

Siccome l'elaborato tratta essenzialmente del dovere di informare il rapporto medico-paziente e delle conseguenze giuridiche derivate dall'inadempimento dell'obbligo, sono stati individuati gli elementi costituenti di questo complesso vincolo, nel percorso della sua evoluzione storica, dei suoi principi, suoi valori e suoi diritti che permeano e danno luce al sopraddetto rapporto e, finalmente, dei soggetti che lo compongono. Aspetti processuali concernenti alla prova dell'adempimento dei doveri d'informazione sono stati, tuttora, esaminati. Diverse questioni polemiche, così come il rifiuto di cura, il diritto a non sapere, il privilegio terapeutico, tra l'altro, sono stati dibattiti pure.

Parole-chiave: Rapporto medico-paziente – informazione – libertà – autonomia – consenso informato – responsabilità civile.

INTRODUÇÃO

“A autonomia exige que permitamos que uma pessoa detenha o controle de sua própria vida, mesmo quando comportar-se de um modo que, para ela própria, não estaria de modo algum de acordo com seus interesses. [...] o valor da autonomia deriva da capacidade que protege: a capacidade de alguém expressar seu caráter – valores, compromissos, convicções e interesses críticos e experienciais – na vida que leva.”¹

A relação médico-paciente concebida na antiguidade e desenvolvida durante muitos séculos², na qual se verificava um grande abismo entre os sujeitos envolvidos, hoje não mais existe. A figura do profissional “quase-deus” da qual irradiavam todas as decisões e comandos a respeito do destino do corpo, da saúde e da vida do paciente está, há muito, ultrapassada. O paternalismo que envolvia a posição do médico – enquanto único detentor dos elementos que delimitariam a terapêutica a ser eleita e o tratamento a ser ministrado – cedeu espaço ao surgimento do *paciente sensível*, ciente de seus “novos direitos”, efetivamente consagrados a partir da Constituição Federal e do Código Civil de 2002.

Os princípios estatuídos na Lei Maior, dentre os quais importa destacar a dignidade da pessoa humana, e os direitos de personalidade insculpidos no vigente Código Civil, como o é a liberdade, estão inexoravelmente vinculados, e perfazem o rol de valores que circundam todo o ordenamento jurídico aptos a possibilitar a realização da pessoa humana³. Na relação médico-paciente hodierna, o elo que alinha a dignidade da pessoa humana com a liberdade é, inequivocamente, a *informação*.

O direito à informação do paciente – como resultado de uma construção doutrinária e jurisprudencial assertiva⁴ – o trouxe para o centro da relação, e lhe permitiu, a partir de tal perspectiva, conhecer o estado de sua saúde, o diagnóstico dos eventuais males

¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*; tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.318-319.

³ A professora Maria Celina Bodin de Moraes estabelece a relação entre a liberdade e a “realização existencial”, contemplando ainda os princípios da dignidade e da solidariedade (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, prefácio, sem indicação de número de página).

⁴ Um acórdão da 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, referido por Pontes de Miranda e datado de 1º de outubro de 1954 firmou o seguinte entendimento: “Em se tratando de médico, age ele com culpa e está obrigado a ressarcir o dano se, sem o consentimento espontâneo do cliente, o submete a tratamento do qual lhe advém sequelas danosas [...]” (in PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*, Tomo 53. 2ª edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p.436).

que o acometem, os tratamentos possíveis e os riscos associados. O próximo passo será efetivação de sua autodeterminação: caberá ao paciente, receptor da informação, eleger o tratamento e sopesar os riscos a ele inerentes – de forma voluntária e livre.

O dever de informar prestado de forma completa e satisfatória, assim, possibilitará a contrapartida do paciente, traduzida por seu consentimento informado. A informação livre e esclarecida, fruto de um processo complexo⁵, se instrumentaliza mediante a formalização do chamado termo de consentimento livre e esclarecido, que traçará a linha divisória e a delimitação dos riscos que deverão ser suportados por cada uma das partes: médico e paciente⁶. Os fundamentos do dever de informar, nesse panorama, defluem de axiomas contemplados no sistema e de variadas legislações⁷. A relação médico-paciente, não se pode olvidar, é permeada pela confiança, cuja compreensão está vinculada às legítimas e razoáveis expectativas dos sujeitos de direito que a compõe.

Os deveres de lealdade e cooperação que devem nortear todas as relações jurídicas – traduzidos em sua essência pela boa-fé objetiva – aguçam e ampliam ainda mais o dever de informar na relação médico-paciente (aqui analisado tanto pela ótica do médico quanto pela do paciente). A informação, pois, corresponde a verdadeiro dever de conduta, que toma contornos relevantes e importantes nessa relação específica a ponto de ser tratada autonomamente, não com um dever acessório, mas como elemento principal.

⁵ Nesse sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira assinala que o “processo” que culmina na exteriorização da vontade do paciente suscita uma informação preventiva e sucessiva, de forma a carrear os dados impactantes à saúde do indivíduo. (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.380). A prestação da informação como um processo será detalhadamente abordada ao longo do presente trabalho.

⁶ Destaca-se, uma vez mais, a lição de Ana Carolina Brochado, para quem: “*O consentimento informado é essencial por duas razões: (i) para que o paciente possa participar ativamente do processo terapêutico, já que ele é o protagonista dos atos que têm ingerência sobre seu corpo e (ii) para legitimar a conduta do médico.*” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde ... cit.*, p.380).

⁷ Ricardo Luis Lorenzetti, ao analisar os fundamentos do dever de informar, indica: (a) fundamento constitucional (respeito à liberdade); (b) fundamento dogmático (o ato jurídico deve ser voluntário e, para que exista voluntariedade, deve haver discernimento e intenção) e (c) fundamentos legais (Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Código de Ética Médica) (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 1997, p.203).

Fixadas tais premissas básicas, o objetivo precípua desse trabalho é demonstrar que a informação é o fator propulsor da liberdade de todo e qualquer paciente a respeito das questões que envolvem o seu corpo, saúde e vida; não por outro motivo, a informação será tratada como elemento principal da relação médico-paciente e, portanto, como causa autônoma de responsabilização civil (na hipótese de sua ausência ou de sua prestação viciada). Para o delineamento das discussões propostas, será traçado o seguinte percurso:

(i) No primeiro capítulo, a evolução da relação médico-paciente será destrinchada – do paternalismo à autonomia. Serão abordados aspectos como a natureza jurídica da relação médico-paciente e as obrigações e regras de responsabilidade daí advindas. Por fim, a relação médico-paciente será examinada sob a ótica dos direitos fundamentais a ela inerentes (dignidade da pessoa humana, saúde, solidariedade e liberdade);

(ii) No capítulo II, aspectos como a confiança e boa-fé objetiva serão largamente desenvolvidos. Será analisada a tríplice função da boa-fé objetiva e sua integração na relação médico-paciente, que encerra os deveres de cuidado (segurança) e lealdade (cooperação) que por sua vez são fundamentos do dever de informar;

(iii) Já no capítulo III, introduzir-se-á a figura da informação como fundamento para a autodeterminação do paciente. Após, será abordado o conteúdo da informação (diagnóstico, prognóstico, alternativas de tratamento e riscos) e alguns elementos que podem alterar significativamente a sua transmissão (tais como urgência ou novidade do tratamento), para, em seguida, examinar-se-á individual e detalhadamente os sujeitos do dever de informar e, por fim, no desfecho do capítulo, serão contemplados os meios de transmissão da informação;

(iv) O capítulo IV tratará dos limites do dever de informar. Serão abordados assuntos polêmicos como o direito de não receber informação e o privilégio terapêutico. O excesso de informação como causa de prejuízo à autonomia do paciente e os aspectos quantitativos e qualitativos da informação

em relação à capacidade de assimilação do paciente também serão avaliados. O último item abordará uma das questões mais complexas do presente trabalho: o efetivo limite da informação – até que ponto o médico deve ir? Qual a linha – certamente tênue – que traça a fronteira entre a boa (diligente) e a deficiente (negligente) informação. Critérios objetivos e subjetivos serão confrontados e suplantados com vistas a uma tentativa de solucionar o problema;

(v) No capítulo V, abordar-se-á a capacidade para consentir com o enfrentamento da condição dos adultos incapazes e dos menores. As questões controvertidas relativas ao direito de recusar tratamento e às declarações antecipadas de vontade serão desenvolvidas. A seguir serão abordados os casos nos quais se exige o consentimento expresso, o seu tempo, a sua presunção e, por fim, a sua revogação.

(vi) Os meios de prova da informação serão examinados no capítulo VI. Será tratada a questão da validade do termo de consentimento informado e da possibilidade da inversão do *onus probandi* em razão da dificuldade que terá o paciente de fazer prova negativa (no sentido de que não foi informado) e segundo os dispositivos previstos no Código de Defesa do Consumidor – que permeia, não sozinho, mas em diálogo com outros diplomas legais –, a relação médico-paciente;

(vii) Derradeiramente, no capítulo VII, propor-se-á uma nova visão do dever de informar, não mais como um elemento acessório na relação médico-paciente, e sim como obrigação autônoma, cujo inadimplemento (informação não prestada ou transmitida de forma viciada) enseja, *de per se*, responsabilização civil. Os argumentos propostos serão desenvolvidos em conformidade com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Se o exercício da liberdade individual situa-se numa perspectiva de privacidade, intimidade e exercício da vida privada e o seu significado está relacionado a “poder realizar” sem interferências de qualquer gênero, ou, nas palavras precisas de Maria Celina Bodin de Moraes, concretizar o próprio projeto de vida da forma como melhor

convier⁸, a informação, no âmbito da relação médico-paciente, é o verdadeiro “motor” da autodeterminação desse paciente e, como tal, deve constituir uma obrigação autônoma, porquanto tão relevante e importante como a prestação tida classicamente como principal (cuidados de saúde).

Esses serão os nortes que, com firmeza, conduzirão os caminhos a serem trilhados no presente trabalho.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida... cit.*, p.108.

CONCLUSÃO

Durante o caminho percorrido entre pesquisa, desenvolvimento e escrita da presente tese, buscou-se demonstrar o efetivo valor dos elementos liberdade, autonomia e informação – e, sobretudo, das importantes conseqüências positivas que podem advir de sua correta observância e valoração.

A visão nuclear que este trabalho procurou sustentar, portanto, vai ao encontro das necessidades de proteção de direitos básicos, fundamentais para o bom desenvolvimento da personalidade dos indivíduos – valores *nucleares* que foram, de alguma forma, negligenciados pelos movimentos pendulares da sociedade e que, ao longo das últimas décadas, foram novamente trazidos à boca de cena das relações sociais.

Não seria possível alcançar esse objetivo sem que fosse feita uma breve análise histórica da relação entre médicos e pacientes, demonstrando-se, sobretudo, a dessacralização a que ela vem se submetendo ao longo das últimas décadas. O desnível outrora considerado natural, por meio do qual o profissional usava seu conhecimento para ‘salvar’ o doente do modo que bem entendesse, muitas vezes sem nem mesmo sequer consultá-lo, já não mais existe.

O médico já não mais é aquele ser inatingível, senhor absoluto da saúde e da vida de seu paciente, à quem se devia obediência cega. Ele agora deve ter a capacidade de efetivamente *ouvir* seu paciente, compartilhar suas angústias e *propor* caminhos, alternativas; ainda defendendo seus pontos de vista, mas com a capacidade de absorver eventual negativa do paciente e *lhe* propor algo diverso ou acatá-la.

Entretanto a História guardou as mais radicais mudanças para o papel do paciente: foi ele retirado de sua ‘zona de conforto’ (em que se resignava a aceitar soluções ditadas pelo profissional médico), e elevado também à categoria de protagonista desta relação. Um protagonista que tenta verdadeiramente *entender* a situação na qual se vê mergulhado – áreas pedregosas que as doenças, infelizmente, carregam para dentro da vida dos indivíduos – e, dessa forma, assumir o controle dela, decidindo ele próprio os rumos que quer ver adotados para a sua saúde, para o seu corpo, para sua vida, enfim.

Decidir. Escolher. E, mais do que isso: assumir inteiramente as conseqüências desse ato. Pode-se dizer, sem medo de errar, que são esses os principais ônus e bônus proporcionados pela liberdade. É Brunello Stancioli quem bem define essa situação, ao comentar sobre renúncia ao exercício dos direitos de personalidade; “*Essa escolha, embora individual, só é possível numa comunidade de pessoas em que todos se reconheçam iguais na potencialidade de escolher (autonomia) face aos outros (alteridade) e a sua própria noção de vida boa (dignidade)*”.⁹

Concluiu-se, assim, que a saúde é direito de personalidade a ser exercido pelas pessoas como desdobramento direto do direito de liberdade, de controle sobre o próprio corpo ou de ‘*governo corporal*’ – expressão utilizada por Ana Carolina Brochado

⁹ STANCIOLLI, Brunello. *Renúncia ao exercício ... cit.*, p.124.

Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

