

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DE FALHAS NO DEVER ANEXO DE INFORMAÇÃO

Lucas Chevrant Pereira Duarte

Graduado pela Universidade Estácio de Sá campus Nova Friburgo. Advogado.

Resumo – O direito à informação livre e esclarecida, a fim de que assistidos possam manifestar desejo na realização, ou não, de procedimentos/intervenções médicas, decorre do direito de dispor de seu próprio corpo. Nesse sentido, o dever de informação é, em verdade, um dever anexo do profissional de saúde, devendo ser exercido de forma hígida. Defende-se que o mero preenchimento do TCLE pelo paciente não possui o condão de, por si só, demonstrar que o executor do procedimento exerceu de forma concreta o dever informacional. Logo, é ônus do profissional a prova de que a informação ocorreu regularmente, de modo que, caso não seja demonstrado em determinado caso concreto que este dever informacional ocorreu satisfatoriamente, a hipótese será de responsabilidade objetiva, pouco importante a ocorrência de erro médico e/ou iatrogenia.

Palavras-chave – Direito da Saúde. Dever Informacional. Dever Anexo. Livre Convencimento Motivado. Iatrogenia. Erro Médico. Falha na Prestação do Serviço. Responsabilidade Objetiva.

Sumário – Introdução. 1. A descaracterização da responsabilidade subjetiva dos profissionais de saúde em decorrência de falhas no dever informacional 2. O erro médico e a iatrogenia. 3. O dever de compensar danos extrapatrimoniais independentemente da existência de culpa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica em tela busca analisar a possibilidade, ou não, de responsabilização dos profissionais de saúde por falhas no dever de informação quando da realização de procedimentos/intervenções.

Busca-se demonstrar a importância do dever anexo de informação quando da submissão dos pacientes às intervenções médicas e como este dever informacional ocorre na rotina médica, analisando separadamente os procedimentos considerados urgentes e necessários à manutenção da vida do paciente e os procedimentos eletivos e com cunho estético.

Para analisar as questões de forma aprofundada, há a exploração da legislação afeta ao tema, incluindo o diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor. A análise das diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina que cuidam do assunto também faz parte da pesquisa, sendo confrontadas com o Código de Ética Médica. Por fim, há a análise jurisprudencial, incluindo posições consolidadas e esparsas acerca do tema e a relação delas com a doutrina.

A questão objeto da pesquisa é controvertida, pois, a um só tempo, engloba o direito à liberdade sobre o próprio corpo, intrinsecamente atrelada à dignidade da pessoa humana e o



dever do profissional médico de envidar os esforços necessários à preservação da vida do paciente, o bem jurídico tutelado com maior rigor pelo sistema jurídico.

Essa discussão ganha relevância em procedimentos de urgência e emergência, casos em que os profissionais de saúde não possuem tempo hábil de obter o consentimento livre e esclarecido do assistido e/ou de seu representante legal. Em outra ótica, a discussão acerca do dever informacional em casos despidos de urgência ou emergência - procedimentos eletivos e de cunho meramente estético - também ganha importante relevo, pois, obviamente, influi na opção ou não do assistido de ser submetido a ele(s).

O direito à saúde e o direito de dispor da própria vida possuem estatura constitucional, de modo que é direito do paciente e de seu representante legal ter conhecimento acerca dos riscos inerentes às intervenções. Essa informação, livre e esclarecida, contudo, não pode servir de mecanismo para que o paciente abstenha de se tratar.

Logo, as informações, conquanto devam ser precisas, têm de sopesar os riscos da ausência da intervenção, de forma que não sirva de estímulo para que ela não seja realizada, pois, caso seja prestada de forma deficiente, poderá atrair a responsabilização de forma objetiva.

No primeiro capítulo, demonstra-se o tratamento especial dado pela legislação para o direito à informação adequada e sua aplicação nas relações travadas entre médicos e pacientes.

Já no segundo capítulo, demonstra-se que a informação livre e esclarecida é essencial à ao consentimento, sendo certo que o preenchimento do prontuário médico e dos termos de consentimento livre e esclarecido, por si só não equivale à plenitude do dever informacional, visto que a informação deve ocorrer em linguagem acessível, em observância à cultura e aos costumes do consumidor, preferivelmente em momento anterior ao procedimento/intervenção, até porque cuida-se de documento padronizado, previamente produzido unilateralmente.

Por fim, no terceiro capítulo, demonstra-se que a falha na prestação do dever informacional pode acarretar a responsabilização dos profissionais da saúde, sendo irrelevante nestes casos a existência de culpa (erro médico). Defende-se, assim, que a responsabilização nestes casos é objetiva e não subjetiva como nos demais aspectos das relações existentes entre médicos e pacientes.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.



Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A ESTATURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À INFORMAÇÃO ADEQUADA E À AUTONOMIA DO PACIENTE E SUA IMPOSITIVA OBSERVÂNCIA NAS RELAÇÕES MÉDICAS EM DECORRÊNCIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

O direito à informação consta do artigo 5º, XIV¹, CRFB/88 e foi reproduzido ao longo da legislação infraconstitucional para nortear diversas situações jurídicas. As relações atreladas ao direito médico e da saúde também devem observar o referido direito, como estabelece a lei do Sistema Único de Saúde, em seu artigo 7, III e V ao consagrar “a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” e o “direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde”.

Além da clara disposição constante da lei do SUS², a aplicação do direito em questão às relações travadas entre os profissionais da saúde e os seus assistidos ganha maior relevo em decorrência da incidência do Código de Defesa do Consumidor e da expressa vedação à ausência de informação constante do artigo 34 do Código de Ética Médica³.

A informação exigida pelo sistema jurídico, a fim de que seja válida e satisfaça o seu escopo - que é permitir o exercício de escolha sobre a realização de determinado procedimento/intervenção - deve, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴, ser específica e clara, sob pena de ofensa à autodeterminação, casos em que não cumpriria o seu escopo, não possuindo validade:

[...] o dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 mar. 2023.

² BRASIL. *Lei n. 8080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 4 mar. 2023.

³ BRASIL. *Resolução n. 2.217*, de 27 de setembro DE 2018 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289>. Acesso em: 4 mar. 2023.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.540.580-DF*. Relator Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Relator Acd. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 02/08/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86256410&num_registro=201501551749&data=20180904&tipo=64&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2023.

ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado.

Objetiva-se, assim, que o paciente tenha condições mínimas de ponderar sobre os eventuais riscos de determinada conduta médica e se ela está de acordo com os seus objetivos de vida, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana que norteia todo o sistema jurídico vigente.

Assim, os estabelecimentos e os profissionais responsáveis pelas intervenções devem sempre observar as particularidades de cada caso clínico, bem como à capacidade de compreensão e de discernimento de cada assistido, sob pena de a informação exarada não possuir relevância jurídica.

A informação deve englobar, ainda, a infraestrutura do local onde as intervenções serão realizadas. De nada adianta elencar a melhor conduta médica ao caso clínico apresentado e a partir deste cenário prestar o dever de informação, se a estrutura e o pessoal envolvido na intervenção não são capazes de permitir a implementação da conduta elencada ao caso concreto, em decorrência das limitações dos estabelecimentos de saúde, como observa Alessandra Souza⁵:

o direito à informação não engloba somente o direito do paciente de ter acesso às informações sobre seu estado de saúde, mas, também, de ter ciência sobre as condições de precariedade na execução do atendimento médico. Infelizmente, nem todos os centros hospitalares do país são dotados de condições e equipamentos necessários para garantir que o médico atenda o paciente com a qualidade que se espera, sem contar o risco de o paciente ser diretamente prejudicado pela falta de infraestrutura hospitalar.

Logo, há de se concluir que as relações travadas entre médicos e pacientes devem respeitar o direito à informação, observando as particularidades de cada caso clínico e as especificidades estruturais do estabelecimento e do pessoal de apoio envolvido, concretizando a autodeterminação e a dignidade da pessoa humana.

⁵ SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida P. *Direito Médico*. (Coleção Método Essencial). 2. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2022 [e-book].



2. O DEVER INFORMACIONAL COMO REQUISITO DE VALIDADE E DE EFICÁCIA DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

É inegável que a ciência médica, assim como quase toda atividade técnica, é dotada de diversas particularidades que só podem ser entendidas de forma desembaraçada pelos profissionais que fazem parte dela. Ou seja, sem o esclarecimento facilitado pelo profissional executor, muito dificilmente o leigo terá a capacidade de entender noções básicas do procedimento que será submetido, seja para fins de terapia, seja para fins estéticos.

Neste contexto, a fim de que determinado paciente seja esclarecido da real necessidade de uma intervenção, dos riscos que ela pode causar, da possibilidade de sua substituição por uma outra técnica, entre outros questionamentos desta natureza, é imprescindível que o profissional responsável desempenhe de forma hígida o dever de informação, obtendo a ciência e o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Vige a ideia que o simples preenchimento do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) possui o condão de eximir o profissional da saúde em casos de falhas no dever informacional, porém, esse entendimento não está de acordo com o sistema jurídico vigente.

Para que o dever de informação seja devidamente cumprido, a informação prestada deve ser clara e precisa, atendendo às peculiaridades de cada paciente. O consentimento pressupõe a informação, sendo ela um “requisito prévio para o consentimento e a legitimidade do ato médico terapêutico ou propedêutico a ser utilizado”⁶.

Ou seja, a elaboração do TCLE deve ser norteada pelo quadro clínico do paciente, devendo-se evitar formulários padrões, sendo certo que a assistência prestada pelo profissional, incluindo, obviamente, a informação, não se delimita ao procedimento. A assistência deve ser prévia e posterior à intervenção, ou seja, a cautela quanto à informação deve abarcar também a fase de pós-operatório⁷, como ensina Nelson Rosenvald⁸:

o cuidado que o médico deve ter com o paciente não se exaure no procedimento em si, estende-se para depois dele, e na verdade inicia-se antes, com os severos deveres

⁶ FRANÇA, Genival Veloso D. *Pareceres IV - Esclarecimentos Sobre Questões de Medicina Legal e de Direito Médico*. Rio de Janeiro: Gen, 2005 [e-book]. Acesso em: 4 mar. 2023.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.180.815/MG*. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 26/8/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=996199&num_registro=201000255310&data=20100826&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2023.

⁸ ROSENVALD, Nelson *et al. Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4 ed. São Paulo: . Saraiva, 2019 [e-book]. Acesso em: 4 mar. 2023.



de informar com lealdade e clareza. A boa-fé objetiva torna ainda mais fortes os deveres que cabem ao médico, podendo ser civilmente responsabilizado se agir de modo desinteressado e pouco zeloso com o paciente, em quaisquer das fases temporais da relação.

No que toca à confecção do TCLE, cumpre registrar que a novel Resolução n. 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina⁹, a qual dispõe sobre as normas para as técnicas de reprodução assistida, traz em seu ponto quatro, ao cuidar de sua base principiológica, ensinamentos importantes acerca da elaboração e das informações imprescindíveis que devem constar do documento:

o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA devem ser detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Conquanto as disposições constantes da Resolução acima mencionada tenham sido editadas para as técnicas de reprodução assistida, tem-se que as diretrizes e os ensinamentos acerca da elaboração do TCLE devem e podem ser aplicadas a todos os procedimentos/intervenções médicas.

Busca-se a confecção de documento que se adeque ao caso concreto, de modo que formulários padrões previamente preenchidos não façam prática da rotina médica, sendo certo que somente estará completo, ou seja, somente terá validade, quando da concordância escrita, que deverá ser precedida de discussão entre os envolvidos.

Registre-se que as balizas em voga estão em consonância com os Diplomas legais que regem a relação médico-paciente, sendo aconselhável que sejam observadas nos mais variados tipos de procedimentos/intervenções, em que pese não terem sido, inicialmente, direcionados a todo e qualquer caso concreto.

A ênfase nas discussões prévias ao procedimento decorre do direito à informação e parte da correta premissa de que o assistido não dispõe de aptidão para, sozinho, entender os riscos e as consequências que podem advir das técnicas de reprodução assistida, o que se aplica às consequências naturais ou acidentais dos mais diversos procedimentos realizados pelos profissionais da saúde.

⁹ BRASIL. *Resolução n. 2.320/2022*, de 20 de setembro de 2022 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>>. Acesso em: 4 mar. 2023.



Com efeito, sendo comum no ordenamento a conjugação de diplomas e resoluções, nada impede que as diretrizes em comento sejam observadas cotidianamente, sempre com vistas à obtenção do verdadeiro consentimento esclarecido, o que decorre do diálogo das fontes.

Ademais, a lei não prescreve forma especial para que o consentimento seja colhido, razão pela qual dispensa-se que todas as informações sejam atermadas, a teor do que dispõe o artigo 107, do Código Civil¹⁰. Contudo, a prova de que a informação suficiente à manifestação de vontade livre e esclarecida resta muito dificultada quando não estão devidamente registradas e precedidas de amplo debate e esclarecimento entre os envolvidos.

A comprovação de que o assistido fora cientificado dos riscos inerentes ao procedimento, das suas consequências, bem como da melhor conduta terapêutica, pode ser endossada por meio dos prontuários médicos. Para tanto, os prontuários devem ser preenchidos corretamente pelo profissional, com a marcação do horário e a evolução do quadro. Deve-se evitar delegação aos assistentes, residentes e secretários dos consultórios e estabelecimentos, bem como o preenchimento tardio, fora da ordem cronológica, visto que são situações cotidianas que possuem o condão de retirar a fidedignidade do que lá constar.

O correto preenchimento dos prontuários médicos é um dever do médico, sendo certo que o acesso a ele é um direito do paciente, devendo o médico assistente, inclusive, esclarecer as informações lá lançadas, sempre que solicitado, a teor do que dispõe os artigos 86, 87 e 88 do Código de Ética Médica¹¹.

Assim, como o prontuário é um documento sigiloso, cujo acesso somente é franqueado ao paciente e em casos excepcionais a outros médicos e instituições, notadamente para fins científicos, a retirada para cópia ou acesso ocorre por meio de termo de retirada/acesso.

Essas autorizações para acesso, associadas às demais informações anotadas no próprio prontuário devidamente preenchido e elaborado, bem como ao TCLE possuem o condão de demonstrar que na situação concreta o médico assistente prestou de forma hígida a informação clara e desembraçada de que necessita o paciente para ser submetido a determinado procedimento.

O prontuário médico é o documento que guarda as informações e os documentos acerca do quadro clínico do assistido, oriundos de diversos profissionais do sistema de saúde, cujo adequado preenchimento e acesso, associados às demais informações lançadas no TLCE podem

¹⁰ BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 4 mar. 2023

¹¹ BRASIL, *op cit.*, nota 3.

comprovar que o dever de informação fora realizado corretamente, à luz da boa-fé que deve nortear as relações travadas entre os médicos e os pacientes.

Sobre o prontuário médico ensina Genival Veloso de França¹²:

entende-se por prontuário médico não apenas o registro da anamnese do paciente, mas todo o acervo documental ordenado e conciso, referente às anotações e cuidados médicos prestados e aos documentos anexos. Consta do exame clínico do paciente com suas fichas de ocorrências e de prescrição terapêutica, dos relatórios da enfermagem, da anestesia e da cirurgia, da ficha de registro dos resultados de exames complementares e, até mesmo, das cópias de atestados e das solicitações de práticas subsidiárias de diagnóstico.

Por outro lado, tem-se que o dever informacional, conquanto tenha de ser claro e preciso, atendo-se ao quadro clínico do paciente - incluindo os riscos inerentes ao procedimento, aqueles que não guardam relação com erro médico, ou seja, a iatrogenia - não pode servir de estímulo para que o paciente não seja submetido às intervenções.

Ou seja, não pode o profissional se valer deste dever com o escopo de não exercer suas atividades, debate que ganha contornos mais acentuados em se tratando de serviços prestados no âmbito do SUS e em pessoas jurídicas conveniadas, bem como em plantões remunerados por tempo previamente estabelecido, casos em que o profissional, em decorrência de seu vínculo, recebe independentemente da realização do procedimento.

Portanto, constata-se que a informação clara e precisa, observando às peculiaridades do caso clínico em exame, é imprescindível para que o TCLE seja válido e eficaz, visto que o seu simples preenchimento não induz à conclusão de que o dever de informacional foi realizado de forma satisfatória pelo profissional executor.

3. A NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO PROFISSIONAL DE SAÚDE EM CASOS DE FALHA NO DEVER ANEXO DE INFORMAÇÃO

O exercício da medicina está atrelado à garantia do direito à saúde e à manutenção da vida, o bem jurídico tratado com maior rigor pelo sistema jurídico. Assim, tem-se que serviços médicos são universais, usados por todo cidadão, do surgimento da vida à morte, decorrendo daí a relevância da sua prestação à luz das diretrizes vigentes, permitindo que os melhores resultados sejam alcançados.

¹² FRANÇA, Genival Veloso D. *Direito Médico*. 17 ed. Rio de Janeiro: Ed. Gen, 2020 [e-book]. Acesso em: 4 mar. 2023.



Acontece que nem sempre o resultado positivo esperado pelo profissional e pelo assistido - quando da adoção de diversas técnicas, voltadas à manutenção da vida - são obtidos, o que nem sempre configura um erro médico. Resultados adversos, imprevisíveis e inevitáveis são comuns - fenômeno este que é chamado de iatrogenia - e podem ocorrer mesmo com a adoção de todas as cautelas e técnicas por parte do profissional executor de determinado procedimento.

É o que ensina Alessandra Souza¹³:

iatrogenia é a possibilidade de o paciente sofrer alguma adversidade decorrente do atendimento ou tratamento médico de forma imprevisível ou inevitável. Compreender o conceito de iatrogenia na responsabilidade civil médica é fundamental para distinguir a hipótese de erro médico e agravamentos decorrentes da evolução natural, e inevitáveis, da enfermidade provocado pela patologia do paciente

Com efeito, tem-se que o profissional médico não possui uma obrigação de resultado, mas sim de meio, salvo em casos de procedimentos estéticos, cabendo ao assistido ou a eventuais legitimados a demonstração de culpa ou dolo por parte do médico em eventual demanda judicial deflagrada em esta causa de pedir.

Não há, assim, a responsabilização objetiva, como em vários contratos de prestação de serviço, em que pese a relação ser regida pela Lei n. 8078/90¹⁴. Em outras palavras, cabe à parte lesada a demonstração da culpa ou do dolo e o nexo de causalidade com o resultado danoso para fins de responsabilidade, em que pese a possibilidade de inversão do ônus probatório, decorrente da incidência do CDC pelo diálogo das fontes.

Acontece que a sistemática da responsabilização subjetiva que vige nas relações estabelecidas entre médicos e pacientes não permite que o direito à informação e à autodeterminação sejam integralmente satisfeitos, já que o paciente teria de comprovar que não foi devidamente informado.

Estar-se-ia, em eventual demanda com este cunho, diante de verdadeira prova impossível/diabólica, notadamente diante da hipossuficiência técnica do assistido em relação ao profissional da saúde, pelo que não teria meios de demonstrar que não foi satisfatoriamente informado.

Caso este dever de informação não seja exercido de forma satisfatória e eventuais intercorrências surjam, decorrentes de erro médico ou não (iatrogenia – risco inerente), não se

¹³ SOUZA, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 4 mar. 2023.

mostra razoável que o profissional seja responsabilizado de forma subjetiva. Deve haver uma diferenciação em relação à responsabilidade decorrente de falhas no dever de informar e as demais hipóteses decorrentes da relação existente entre médicos e pacientes.

A responsabilização objetiva mostra-se mais adequada nos casos de falhas no dever anexo de informação, não se exigido do assistido prova da culpa do profissional (negligência, imprudência ou imperícia) ou até mesmo do dolo. Basta a afirmação de que não fora devidamente cientificado acerca dos riscos inerentes ao procedimento/intervenção a que fora submetido, sendo ônus dos profissionais prova em sentido contrário, ou seja, de que a informação necessária ao consentimento fora adequada e suficiente.

A jurisprudência do STJ¹⁵ é no sentido de que a ausência de informação adequada caracterizaria negligência e de que a sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil *per se*¹⁶. Contudo, não analisa se a responsabilidade aplicável à espécie seria subjetiva ou objetiva, mesmo sendo pacífica a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Deve-se entender a precariedade informacional, em verdade, como uma falha na prestação do serviço, pois esbarra no direito que o paciente tem de dispor sobre sua própria vida em intervenções ambulatoriais e estéticas e de eventuais familiares e/ou representantes legais em casos de urgência e emergência.

Neste cenário, resta analisar como o dever de informação se concretiza de forma hígida. O Código de Ética Médica¹⁷ cuida, em seus artigos 31 e 34, sobre a necessidade do livre esclarecimento do paciente. O TCLE é o documento mais comum na prática médica com este escopo, protegendo a um só tempo o assistido e o profissional.

O segundo possuirá mecanismos de se proteger de eventual processo indevido, administrativo, judicial ou penal; ao passo que o primeiro terá mecanismos de optar, ou não, pela intervenção/procedimento, o que, repisa-se, está associado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O TCLE, por si só, contudo, não é capaz de demonstrar que o dever de informação fora devidamente exercido, pois possui presunção relativa de veracidade. Conquanto seja um documento importante, o seu simples preenchimento não exonera o profissional da informação

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg n. Ag n. 818.144/SP*. Rel. Ministro Ari Pargendler. Julgado em 5/11/2007. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=728449&num_registro=200601942305&data=20071105&peticao_numero=200700140605&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹⁶ BRASIL, *op cit.*, nota 4.

¹⁷ BRASIL, *op cit.*, nota 3.



que deve nortear a relação médico-paciente. Segundo Zuccherino¹⁸ a prova da informação clara e precisa deve recair sobre o profissional, na medida em que a desigualdade científica e técnica em favor do médico deve ser compensada com esta desigualdade jurídico-probatória em favor do paciente.

O processo de informação, a fim de que o consentimento seja exarado, deve ser individualizado e se atentar ao quadro clínico do paciente (peculiaridades do caso). Não basta um apanhado de informações técnicas, cuja compreensão pelo homem médio seja obstaculizada. Por ser um documento padrão - caso a individualização não se concretize - o seu mero preenchimento não atingirá o seu objetivo que é a obtenção do consentimento desembaraçado.

Constata-se, assim, que é ônus do profissional, em procedimentos administrativos e em ações judiciais, comprovar que se desincumbiu do ônus de prestar informações claras e precisas, permitindo que o assistido opte pela conduta clínica e terapêutica que melhor atenda os seus interesses e convicções, não sendo o mero preenchimento do TCLE prova o bastante da realização deste dever anexo. Assim, a responsabilidade objetiva para estes casos é a que mais se adequa ao sistema jurídico.

CONCLUSÃO

À conta do exposto, o trabalho apresentado almejou demonstrar a influência da informação livre, clara e desembaraçada na responsabilização dos profissionais de saúde. Confrontando doutrina, jurisprudência e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina acerca do tema, tentou-se demonstrar a importância do dever informacional nas relações travadas entre médicos e pacientes, bem como as dificuldades para que ela ocorra de forma hígida.

Assim, a informação livre e esclarecida é obtida por meio de esclarecimentos individualizados ao assistido, levando-se em consideração as peculiaridades de seu quadro clínico, bem como as possíveis intercorrências inerentes ao procedimento/condução médica aplicável à situação.

Restou evidenciado que o mero preenchimento do TCLE não possui o condão de atingir o nível informacional desejado para que o paciente possa, de forma clara e sem qualquer influência, exarar sua aceitação, ou não, em relação à determinada conduta médica, até porque

¹⁸ KUHNS, Maria Leonor de S. *Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente*. Editora Manole, 2002. [e-book]

o direito à informação constitui um dever anexo à relação existente entre o profissional da saúde e o assistido.

Conseqüentemente, em eventual processo, administrativo ou judicial, decorrente de procedimentos/intervenções médicas, a ausência de informação adequada possui o condão de ensejar a responsabilidade objetiva do profissional de saúde executor, pouco importando a ocorrência de erro médico ou iatrogenia.

A importância da pesquisa está atrelada à magnitude dos direitos envolvidos, pois gravitam o direito à informação adequada, como mecanismo de submissão às condutas terapêuticas e, de outro, o direito à saúde, intrinsecamente relacionado à vida, bem jurídico protegido como maior rigor pelo sistema jurídico.

Assim, a informação adequada deve, por um lado, ser suficiente para que o assistido tenha ciência dos riscos inerentes ao procedimento referenciado, notadamente à luz das condições de seu quadro clínico. Não deve, por outro lado, servir como mecanismo para que práticas e técnicas terapêuticas aplicáveis à espécie não sejam implementadas, ou seja, um verdadeiro desestímulo aos tratamentos de saúde, o que mostrar-se-ia lamentável, especialmente em decorrência dos avanços da medicina e da ciência.

Para embasar os fundamentos tecidos foi necessário analisar a autonomia do paciente e o seu direito à informação, premissas com estatura constitucional que, obviamente, estão em harmonia com as disposições do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, do Código de Ética Médica e as suas respectivas Resoluções afetas ao assunto.

Referidos Diplomas legais foram confrontados com ensinamento doutrinários e acórdãos do STJ atinentes ao alcance do direito informacional, notadamente de que ele não se delimita ao acesso às informações já catalogadas em prontuário médico, abarcando também as condições estruturais e do corpo clínico responsáveis pela conduta terapêutica prescrita e as especificidades do quadro de saúde do assistido.

A pesquisa proporcionou constatar que o mero preenchimento do TCLE não possui validade jurídica, para fins de prova da implementação da informação livre e desembaraçada pelo profissional executor, mormente quando se tratar de documento padrão, pré-preenchido, que não se adegue às peculiaridades clínicas dos pacientes.

Nestes casos, a mera alegação de que o termo fora preenchido não possui o condão de demonstrar que o ônus do profissional de esclarecer o paciente sobre o procedimento e seus riscos inerentes ocorrera de forma desejável, à luz dos interesses e direitos envoltos.

Conclui-se, assim, que a responsabilidade dos profissionais de saúde por falhas no dever anexo de informação é objetiva, pois cabe a ele fazer prova de que o ônus informacional fora



exercido de forma hígida e satisfatória, não bastando, para tanto, a mera alegação de que o TCLE fora preenchido, sendo que essa responsabilização independe da existência de erro médico e iatrogenia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 4 mar. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 mar. 2023.

FRANÇA, Genival Veloso D. *Pareceres IV - Esclarecimentos Sobre Questões de Medicina Legal e de Direito Médico*. Rio de Janeiro: Gen, 2005. Acesso em: 4 mar. 2023.

FRANÇA, Genival Veloso D. *Direito Médico*. 17 ed. Rio de Janeiro: Ed. Gen, 2020 [e-book]. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. KUHN, Maria Leonor de S. *Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente*. Editora Manole, 2002.

_____. *Lei n. 8080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 4 mar. 2023.

_____. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 4 mar. 2023.

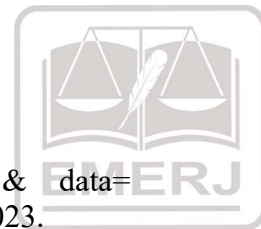
_____. *Resolução n. 2.217*, de 27 de setembro DE 2018 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289>. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Resolução n. 2.320/2022, de 20 de setembro de 2022 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>>. Acesso em: 4 mar. 2023.

ROSENVALD, Nelson *et al.* *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Acesso em: 4 mar. 2023.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida P. *Direito Médico*. (Coleção Método Essencial). 2. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg n. Ag n. 818.144/SP*. Rel. Ministro Ari Pargendler. Julgado em 5/11/2007. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento>>



/mediado/?componente=ITA&sequencial=728449&num_registro=200601942305&data=20071105&peticao_numero=200700140605&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.180.815/MG*. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 26/8/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=996199&num_registro=201000255310&data=20100826&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.540.580-DF*. Relator Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Relator Acd. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 02/08/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86256410&num_registro=201501551749&data=20180904&tipo=64&formato=PDF>. Acesso em: 4 mar. 2023.