

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

João Monteiro de Castro

**Dever de informar do médico e o direito do paciente de ser informado na
relação consumerista**

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo

2020

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

João Monteiro de Castro

**Dever de informar do médico e o direito do paciente de ser informado na
relação consumerista**

**Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de DOUTOR em
Direito (Direitos Difusos e Coletivos), sob orientação da
Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta
Preta Federighi.**

**São Paulo
2020**

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Tese de doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: ____/____/____

E-mail: _____

FICHA CATALOGRÁFICA

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

C355 Castro , João Monteiro de
Dever de informar do médico e o direito do
paciente de ser informado na relação consumerista /
João Monteiro de Castro . -- São Paulo: [s.n.],
2020.
167p ; 30 x 21,5 cm.

Orientador: Suzana Maria Catta Preta Federighi
. Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, (Mestrado Profissional) -- Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Direito do consumidor. 2. Médico. 3. Dever de
informar. 4. Direito à informação. I. Federighi ,
Suzana Maria Catta Preta . II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

João Monteiro de Castro

**Dever de informar do médico e o direito do paciente de ser informado na
relação consumerista**

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito,
área de concentração Direitos Difusos e Coletivos.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA

À Suzana, à Beatriz e à Flávia, em conjunto e isoladamente, razões de minha vida e sustentáculos de minh'alma.

Aos meus pais, João e Haide, que muito se esforçaram para que eu pudesse chegar onde cheguei.

Aos meus sogros, José e Wanda, pessoas sensacionais, presenças fundamentais nas minhas realizações, meus pais do coração.

Aos meus irmãos, Adirson e Eugênio, sempre presentes e estimulando. Também ao Anselmo, um irmão que a vida me deu.

Aos meus cunhados, Fernando, Eneida e José Ricardo, também irmãos que a vida me deu.

Ao Roberto, Fernando e Sérgio, meus colegas de graduação, amigos que, até hoje, são parceiros sempre presentes.

A todos os meus Professores, desde a escola primária até hoje, pessoas fundamentais na minha trajetória de vida.

AGRADECIMENTO ESPECIAL

Quero expressar meu especial agradecimento e gratidão à **PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**, instituição a quem tenho a honra de servir como professor há 24 anos, que patrocinou a realização deste trabalho por meio de concessão de bolsa integral.

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Suzana Maria Catta Preta Federighi, que me aceitou como orientando e muito ajudou na elaboração deste trabalho.

Ao Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez pela amizade, pelas lições, pelo apoio e estímulo.

Sem nominar, especialmente, minha eterna gratidão a todos aqueles que, de alguma forma, participaram e ajudaram nas minhas realizações, ficaram heroicamente ao meu lado quando das dificuldades e compartilharam as muitas alegrias. Ser humano algum está só, vai só, caminha só e chega só.

RESUMO

O tema abordado neste trabalho é o dever de informar imposto ao médico associado ao direito de ser informado do paciente (consumidor) sob a ótica do direito do consumidor, do respeito à dignidade humana, da autonomia e da autodeterminação do paciente. O direito do paciente (consumidor) de ser munido de informação, em quantidade e qualidade, que possibilite decidir e exarar o consentimento prévio, informado e livre ao ato médico, é fundamental e respeitante à dignidade humana, autonomia e autodeterminação. Esse panorama resta mantido mesmo com a escalada tecnológica que vem tonalizando o exercício da medicina no presente e que se projeta para o futuro. Sem que o paciente (consumidor) seja devidamente informado, em qualidade e quantidade, haverá falha do serviço prestado pelo médico. E mesmo que dano sob o aspecto técnico-jurídico não seja infligido ao paciente, haverá dano indenizável, patrimonial e/ou extrapatrimonial, por violação ao direito do paciente à informação.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Médico. Dever de informar. Paciente. Direito à informação.

ABSTRACT

The theme addressed in this work is the duty to inform imposed to the physician associated with the right to be informed of the patient (consumer) from the perspective of consumer law, respect for human dignity, autonomy and self-determination of the patient. The right of the patient (consumer) to be provided with information, in quantity and quality, that makes it possible to decide and establish prior, informed and free consent to the medical act is fundamental and respecting human dignity, autonomy and self-determination. This panorama remains maintained even with the technological escalation that has been shaping the exercise of medicine in the present and that is projected for the future. Without the patient (consumer) being properly informed, in terms of quality and quantity, there will be a failure of the service provided by the doctor. And even if damage under the technical-legal aspect is not inflicted on the patient, there will have indemnifiable damage, material and/or no material, for violation of the patient's right to information.

Keywords: Consumer law. Doctor. Duty to inform. Patient. Right to information.

LISTA DE SIGLAS

AMA	<i>American Medical Association</i>
CDC	Código Brasileiro de Defesa do Consumidor
CEM	Código de Ética Médica
CF	Constituição Federal
CNN	<i>Cable News Network</i>
CFM	Conselho Federal de Medicina
DAV	Diretivas Antecipadas de Vontade
DPA	<i>Durable Power of Attorney</i>
ECA	Estatuto da Criança e da Adolescência
EUA	Estados Unidos da América
GMC	<i>General Medical Council</i>
LPA	<i>Lasting Power of Attorney</i>
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
NHS	<i>National Health Service</i>
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TV	Testamento Vital
WHO	<i>World Health Organization</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 A NATUREZA JURÍDICA CONSUMERISTA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	25
1.1 A medicina como profissão liberal	25
1.2 A relação médico-paciente	26
1.2.1 O contrato celebrado entre médico e paciente	27
1.2.2 A eventual deterioração da relação médico-paciente.....	30
1.3 A autonomia do paciente conformada ao humanismo médico e à ética biomédica	35
1.4 A autonomia do médico para conduzir a vertente técnica da relação médico-paciente	47
1.5 O prontuário médico	52
1.6 O consentimento prévio, informado e livre	58
1.6.1 A manifestação antecipada de vontade	62
1.7 A saúde e a doença como referenciais	71
2 DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O DIREITO DO PACIENTE DE SER INFORMADO	77
2.1 A informação na relação médico-paciente	77
2.2 Os modelos de revelação da informação	84
2.3 O dever de verdade para com o paciente	88
2.4 O conteúdo de verdade que deve ser informado ao paciente	99
2.4.1 Conflitos éticos que devem ser informados ao paciente	104
2.4.2 A revelação de doença grave com prognóstico de morte	106
2.5 O dever da verdade para com familiares	109
2.6 O dever da verdade para com autoridades e terceiros	111
2.6.1 O uso de quarentena	115
3 NOVOS PARADIGMAS IMPOSTOS PELA ESCALADA DA TECNOLOGIA	119
3.1 A evolução tecnológica	119

3.2	O impacto da tecnologia na relação médico-paciente	123
3.3	Os novos meios de comunicação entre médico e paciente	125
3.4	O advento da telessaúde e da telemedicina	128
3.5	O dever de informar em contraponto à manutenção da confidencialidade das informações do paciente	133
4	RESPONSABILIDADE PELA VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAR PELO MÉDICO	137
4.1	Natureza jurídica	137
4.2	Ação ou omissão culposa	144
4.3	Dano	148
4.4	Nexo de causalidade	153
4.5	Reparação do dano	155
	CONCLUSÃO	157
	REFERÊNCIAS	161

INTRODUÇÃO

Muito se escreve sobre o consentimento prévio, informado e livre, passando pelo dever de informar como se fosse um simples passo do processo de colher autorização do paciente até que conceda sua aprovação. Entretanto, o cumprimento do dever de informar reserva muitas peculiaridades fundamentais, porque assim como o consentimento prévio, informado e livre não se confunde com um termo de consentimento impresso, muitas vezes dado a assinar pelo paciente ou quem de direito sem maiores explicações, o conjunto de atitudes recíprocas entre médico e paciente – que envolve o fornecimento de informações, a recepção e a compreensão pelo paciente e o encaminhamento de alguma decisão – não é uma fagulha instantânea e parada no tempo, que ilumina um quarto escuro e logo se apaga, dando de novo lugar à escuridão.

Com a evolução do papel social da medicina no mundo moderno, a medicina hipocrática – centrada no princípio ético da beneficência, na qual o paciente ocupava um lugar passivo e o médico labutava para salvá-lo da doença, sem que àquele fosse dado a entender plenamente o que ocorria, e o consentimento, calcado na autodeterminação, não ocupava lugar central – viu a posição do paciente ser guindada para um posto ativo, não mais conformado a simplesmente ceder o corpo para os desígnios protetores do médico, exercidos sem preocupada conexão com sua vontade e suas aspirações como pessoa humana. A investigação sobre o dever de informar será feita levando em conta a modificação no ambiente da relação médico-paciente, enquanto vem migrando da medicina hipocrática para a medicina que privilegia a autodeterminação e o acato à autonomia desse paciente.

Se o consentimento prévio, informado e livre versa uma decisão, e a decisão para suprir a denotação substancial tem de ser alcançada mediante pesar concretamente benefícios e riscos, quem está envolvido na titularidade do processo decisório tem de ter informação sobre uns e outros, de modo a poder ponderá-los e preparar o espírito no sentido de que não há certeza absoluta sobre atingir certo resultado projetado e que, independente do otimismo depositado, sobre cada proposta avaliada pesam riscos não só propriamente de insucesso, mas também de consequências indesejadas, transitórias ou definitivas. Além do mais, por agir

sobre o organismo humano, algumas vezes ferindo a integridade física para realizar o tratamento, o médico lida sempre com o risco de causar lesões, resvalando no ilícito, que só não se configura em função do consentimento prévio, informado e livre outorgado a ele pelo paciente. Esse é o exato ponto que estabelece e renova, sob a permanente aura da boa-fé, a confiança depositada pelo paciente na pessoa, no conhecimento e nas mãos do médico.

Somada à modificação do centro de gravitação sob o aspecto da ética biomédica, a agregação de novas tecnologias para o exercício da medicina, notadamente da telemedicina, mudou substancialmente a forma de trocar informações, a profundidade delas e o detalhamento sobre benefícios e riscos nos contatos entre médico e paciente.

O objeto central da pesquisa que se tentou levar a cabo neste trabalho é, focado no âmbito da relação de consumo, o dever de informar do médico, justamente o dever imposto pelo humanismo da medicina de munir o paciente com um conjunto de informações substancialmente adequado para embasar sua decisão a cada ato médico em que for requerida, levando sempre em consideração a autonomia e a autodeterminação desse paciente.

Nesse ponto, vale destacar que o serviço médico de saúde prestado diretamente pelo Estado por meio de seus hospitais ou postos de saúde, bem como quando delegado à iniciativa privada por convênio ou contrato com a Administração Pública para prestá-lo mediante custeio do Sistema Único de Saúde (SUS), enquadra-se como serviço público social e escapa de ser relação de consumo regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, ficando fora do escopo tratado neste trabalho. Até mesmo a participação complementar da iniciativa privada – tanto das pessoas jurídicas como dos respectivos profissionais – na execução de atividades de saúde, por caracterizar-se como serviço público indivisível e universal (*uti universi*), faz por afastar, por conseguinte, a incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor, conforme já ficou entendido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.771.169- SC.

Colocado o escopo da pesquisa realizada, vem a indagação: como a alteração tão marcante no panorama de consideração da autonomia e da autodeterminação do paciente incidiu sobre o dever de informar do médico? Ou seja, a informação é pré-requisito – não o único – ao consentimento prévio, livre e informado do paciente? E é dever do médico

ministrar essa informação ao paciente ou a quem de direito que acompanhou a complexa escalada vivida pela medicina nos últimos tempos?

A importância da investigação aqui proposta reside no fato de que o mau desempenho do dever de informar, na forma em que vai se cristalizando no processo de se ver modificado pelos novos influxos no exercício da medicina, pode gerar danos de múltiplas facetas, de ordem patrimonial e extrapatrimonial. Anote-se que a expressão “vai se cristalizando” aqui utilizada tenta traduzir um processo que se protraí no tempo par e passo com os fatores que são agregados pelo progresso da medicina e da sociedade.

No desenvolver do tema, foi feito o cotejamento da doutrina, da legislação (principalmente dos princípios estampados no Código de Defesa do Consumidor) e das jurisprudências nacionais com a doutrina estrangeira, principalmente de alguns clássicos do Brasil e da França e de contemporâneos dos Estados Unidos e do Reino Unido. Algumas ideias desenvolvidas com mais detalhe neste trabalho vieram da pesquisa feita por mim para elaborar a dissertação de Mestrado, apresentada diante da prestigiada e mui querida Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, instituição na qual tenho orgulho de lecionar há 24 anos. No tocante a diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, consultou-se a legislação de Portugal, que tem uma lei específica sobre o assunto. No corpo do trabalho, até em função da pandemia de Covid-19 que assola o mundo, algumas palavras foram dedicadas à quarentena, fantasma que assola nosso convívio social, mas providência essencial para deter a dispersão de doenças infectocontagiosas.

O encaminhamento do trabalho tentou seguir uma linha que acompanhasse o dever de informar do médico em paralelo com um padrão de elevação de complexidade do exercício da medicina em contraste com os direitos personalíssimos do paciente, até culminar com a análise de posturas diante da telemedicina e de cautelas com esta, a qual cobra uma série de protocolos novos em relação ao exercício convencional da medicina. O médico tem de ficar atento não só quanto a se comunicar com o paciente e informá-lo, mas também, e principalmente, com a preservação da intimidade e reserva dele durante a consulta, com o trato das informações que circulam pela internet e com o arquivamento delas. São todas particularidades muito importantes para ambas as partes do contrato formado entre os dois. Para o paciente, caso venha a se sentir de alguma forma lesado e queira ingressar com ação de

ressarcimento, e para o médico produzir prova do trabalho que desenvolveu com o paciente e defender-se.

A parte final do trabalho versou sobre como ocorre o dever do médico informar o paciente e como o Direito brasileiro trata a violação do dever de informar, que, a rigor, pode dar-se independente de algum erro técnico culposo. Fez-se um apanhado dos elementos constitutivos da responsabilidade civil com foco na eventual violação do dever de informar pelo médico. Procurou-se demonstrar que a violação do dever de informar pode, autônoma e independentemente de culpa na parte técnica da relação médico-paciente, gerar danos de ordens patrimonial e extrapatrimonial, a depender da análise do caso específico.

1 A NATUREZA JURÍDICA CONSUMERISTA DA RELAÇÃO MÉDICO- PACIENTE

1.1 A medicina como profissão liberal

Profissão liberal, gênero ao qual pertence a medicina, enfocada no plano moral, pode ser conceituada como “uma atividade pessoal, desenvolvida de maneira estável e honrada, ao serviço dos outros e a benefício próprio, de conformidade com a própria vocação e em atenção à dignidade da pessoa humana”¹. No conceito enunciado, em nome da dignidade da pessoa humana, vários são os desdobramentos fundamentais, fazendo da medicina uma atividade só passível de ser exercida por médico (atividade pessoal) em prol de outras pessoas (o paciente, notadamente), mas, ao mesmo tempo, em benefício do próprio profissional que a exerce, o que não traz uma incompatibilidade encarar, ainda que secundariamente, os aspectos patrimoniais advindos da relação do médico com seu paciente, tonalizada por toda uma multiplicidade de diretivas resultantes da ética biomédica, que, focando no ser humano paciente, tem ganhado excepcional atenção nos dias em que vivemos.

Ao ser deslocada, então, a atenção e cuidados para com o paciente do paternalismo médico tradicional (não maleficência e beneficência) para uma posição em que o paciente é visto como um ser humano autônomo, com uma autonomia a ser sempre respeitada, ele – paciente – será sempre quem, baseado num conjunto informativo necessário e suficiente, decidirá sobre se, o quê, por quem, quando, como e a que custo será feita qualquer intervenção no seu corpo.

A formação da relação entre o médico e o paciente é um pressuposto para viabilizar a adequada prestação de assistência e cuidados. Após o primeiro contato, há de se desenvolver uma relação de empatia recíproca, abrindo espaço para, contando com a confiança do paciente, haver comunicação entre ambos e o médico inteirar-se dos sinais e sintomas da enfermidade que acomete o paciente. Normalmente, o que leva o paciente ao médico é a doença, consubstanciada por sangramento, dor, febre, enfim, por um padecimento. É natural esperar que, nesse primeiro contato, o paciente sintasse contrariado por estar numa

¹ NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 539.

situação de saúde comprometida, angustiada e frágil por não desfrutar da plenitude de suas capacidades e, apesar disso, carregando uma enorme dose de esperança no sucesso dos cuidados médicos que procura. Se não ocorrer já nesse primeiro contato uma franca relação de confiança e empatia entre os dois, dificilmente o paciente se sentirá à vontade para abrir seu coração e intimidade e dizer sem constrangimento e aflição o que precisa para que o médico possa tratá-lo. Por outro lado, quão mais fácil for esse primeiro contato, melhor evoluirá a relação médico-paciente e mais rapidamente o vínculo de confiança entre os dois restará formado.

O paciente tem de se sentir confiante para descrever, com sinceridade e com base em sua percepção, os sintomas, aqui compreendidas todas as alterações observadas em seu organismo (dores, incômodos etc.) e que não podem ser confirmadas pelo profissional, porque são sensações ocorrentes na esfera subjetiva do paciente. Por outro lado e adicionalmente, o paciente tem de franquear as partes mais íntimas de seu organismo à investigação minuciosa do profissional à procura de sinais, assim entendida toda e qualquer alteração objetiva passível de ser constatada ao exame pelo examinador, tais como mancha na pele, sopro cardíaco, pulsação acelerada, febre, sudorese etc.

A relação médico-paciente, uma vez formada, evolui com seriedade e sinceridade, porque o médico tem de expor, em função da posição que ocupa na relação, a situação do paciente da maneira mais precisa (a menos que tenha de reservar algum detalhe em proteção ao paciente), mencionando todos os diagnósticos e prognósticos, com terminologia e forma adequadas, porque deve agir com tato, delicadeza e cordialidade, sem deixar de ter firmeza e autoridade e nunca esquecendo que todas as suas atitudes devem ser no sentido de ajudar o seu paciente, imbuído em não deixar superpor sua missão com outras condutas, porque não é amigo nem advogado do paciente, assim como não é cúmplice dos familiares.²

1.2 A relação médico-paciente

Muito embora as notáveis peculiaridades da relação médico-paciente, o profissional médico ocupa o polo fornecedor de serviços e o paciente figura como consumidor, aplicando-se à relação, assim, todas as normas de ordem pública e interesse social atinentes ao direito do

² YUNGANO, Arturo Ricardo *et al.* *Responsabilidad profesional de los médicos*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1992. p. 85.

consumidor. E se aplicadas as regras do direito do consumidor, conforme previsto pelo *caput* do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90³, deparamo-nos com um microsistema jurídico, na medida em que convive com outros institutos do Direito Civil, do Direito Penal, do Direito Administrativo, do Direito Comercial etc., criando também uma maneira própria de encarar a relação travada (vide art. 4º do Código de Defesa do Consumidor), e também aperfeiçoa e ajusta o alcance de outros institutos essenciais, tais como responsabilidade civil, proteção contratual, solidariedade entre os ocupantes da cadeia de fornecimento, tutela individual e coletiva, inversão do ônus da prova⁴ e, de modo geral e facilitação da defesa dos direitos consumidor.

A relação médico-paciente, então governada pelo direito do consumidor, dá origem a um negócio jurídico com características muito peculiares, determinando em que bases a relação se forma e desenvolverá, bem como as obrigações das partes e os efeitos do cumprimento e descumprimento delas. A jurisprudência brasileira é unânime e pacífica em encarar o exercício das profissões liberais como englobadas no regime do direito consumerista, incorporando, assim, ao patrimônio jurídico do consumidor toda uma profusão de direitos fundamentais, visando a proteger a posição vulnerável e hipossuficiente desse consumidor por meio das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor.

1.2.1 O contrato celebrado entre médico e paciente

O que normalmente acontece é que o médico exerce sua atividade de modo regular, oferecendo seus serviços, em consultório ou integrado a estabelecimentos pertencentes a instituições que prestam serviços de saúde. Uma vez procurado pelo paciente, que responde à oferta de serviços, toma ciência dos termos dela e a aceita, forma-se um contrato entre médico e paciente.

O contrato que une médico e paciente tem natureza eminentemente pessoal e funda-se na confiança depositada no profissional e boa-fé recíproca, fazendo com que a escolha feita pelo paciente seja *intuitu personae*. Não se concebe que o paciente confidencie a alguém em

³ BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor]. *Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

⁴ Ver REsp 696.284-RJ, que admite a possibilidade de inversão do ônus da prova em responsabilidade civil médica.

quem não confie sua saúde, intimidade, suas misérias íntimas, além de franquear seu corpo e partes mais íntimas a exames. O médico, por sua vez, embora em função da profissão, será o depositário dessa confiança e deve desempenhar seu mister com a mais estrita boa-fé e, justamente por isso, a não ser em casos de emergência, não pode se ver compelido a atender quem não goze de relação tão qualificada com ele.

O paciente está, direta ou indiretamente, obrigado ao pagamento dos honorários do médico, bem como de cumprir o tratamento proposto pelo médico e de se comportar de modo sério, leal, sincero, aberto e franco. Para bem tratar, o médico deve ficar ciente de tudo o que pode influir no bom andamento técnico e pessoal da relação. O paciente tem de ser atento e, com toda a boa-fé e interesse no bom encaminhamento do cumprimento da obrigação de meio – tratar e cuidar – assumida pelo médico, cientificar o profissional de toda intercorrência na evolução do tratamento proposto que perceber, de modo a permitir ao médico tomar tempestivamente as decisões e correções necessárias ao bom encaminhamento do caso. No limite, se o paciente descumprir o tratamento recomendado pelo médico ou a obrigação de manter o médico a par da evolução do tratamento, pode levar à exoneração do médico no caso de advir a ele – paciente – algum dano.

O contrato é bilateral e oneroso, contém obrigações recíprocas, até porque o médico adquire seu sustento à custa do exercício da profissão, implicando, de maneira geral, tanto médico quanto paciente não se vincularem gratuitamente. Com a celebração do contrato entre médico e paciente, o médico tem várias obrigações, deveres e posturas éticas a cumprir para com o paciente e a sociedade, em especial cuidar do paciente, a mais básica obrigação dentre todas, bem como aconselhar, informar e cumprir a lei, as determinações administrativas e os princípios éticos em torno dos quais orbita o exercício profissional. Qualquer violação dessas obrigações e deveres enseja responsabilização pelos danos experimentados pelo paciente, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais.

A medicina é profissão liberal que não pode ser exercida como ânimo mercantil, o que impacta diretamente o contrato existente entre médico e paciente. Nesse ponto, a medicina afasta-se das atividades de indústria e comércio, estando associada à dignidade da pessoa e à solidariedade humana. O contrato não tem e não pode ter característica mercantil, mesmo que assinado dentro de hospital para tratamento médico por profissionais empregados. O tema é

tão importante que o Código de Ética Médica (CEM) faz referência em vários pontos impondo vedações: “IX – A medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”; “X – O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa” e é vedado ao médico “Art. 58. O exercício mercantilista da medicina”.⁵

O contrato celebrado entre médico e paciente encerra, de modo geral, obrigação de meio e não de resultado, ou seja, o médico empenha-se usando seus conhecimentos para ministrar um tratamento tendente a melhorar o estado de saúde, física ou mental, do paciente. Essa diferenciação de modalidades de obrigações no âmbito da relação médico-paciente fez por tirar muito do interesse e importância da apuração da responsabilidade do profissional advinda de algum fato ocorrido no curso da relação, contratual ou extracontratual. O entendimento vigente é no sentido de se o tratamento for técnico e cientificamente defensável para o caso e for aplicado com diligência e cuidados, não é porque não funcionou no organismo do paciente que se poderá imputar responsabilidade de indenizar ao médico. No caso de cirurgias plásticas embelezadoras, a jurisprudência nacional entende que o médico se vincula a uma obrigação de resultado.

A continuidade do contrato também traduz característica especial da relação médico-paciente, na medida em que o paciente demanda por exames, atenções, cuidados e informações que se estendem por um tempo relativamente longo, tudo evoluindo paralelamente aos efeitos gerados pelo tratamento e cuidados ministrados no organismo do paciente, criando e renovando obrigações recíprocas, mantidas a boa-fé e confiança tanto do paciente quanto do médico.

Como o contrato que une médico e paciente é tonalizado pela empatia e confiança recíprocas, qualquer desgaste abre espaço para a possibilidade de rescisão unilateral por qualquer uma das partes, sendo que o médico, em entendendo ser o caso fazê-lo, tem de adotar providências especiais para não deixar o paciente em abandono, mantendo o tratamento e cuidados até que seja substituído por outro colega. Inclusive, dano advindo a paciente

⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. [Código de Ética Médica]. Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

abandonado pode culminar com a eventual imputação de responsabilidade criminal ao médico assistente que assim se conduza. Já o paciente pode, a qualquer tempo, contratar outro profissional para prosseguir com o tratamento.

Além de discorrer sobre a contratação de uma obrigação de meio para cuidar e tratar do paciente, há várias disposições implícitas no contrato que não podem ser afastadas pela vontade das partes, porque reguladas por leis imperativas que, justamente por isso, não podem ser dispensadas de cumprimento. É assim com o direito à informação que o paciente tem e o dever de informar imposto ao médico, como que duas faces de uma mesma moeda. Caracterizada a natureza consumerista da relação médico-paciente, o dever de informar vem no bojo da contratação (desde a fase pré-contratual até a pós-contratual) assumindo o caráter de direito básico, visto pela doutrina como dever básico, instrumental, direcionando a relação obrigacional ao seu adequado e pleno cumprimento, autorizando, inclusive, o juiz a modificar as cláusulas contratuais para obter esse efeito (inciso V do art. 6º e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor).

1.2.2 A eventual deterioração da relação médico-paciente

A regra geral é que tanto médico quanto paciente são livres para estabelecer uma firme e construtiva relação médico-paciente. Assim, um e outro não estão inexoravelmente unidos na relação contratual. Desse modo, tanto o paciente pode romper com a relação a qualquer momento quanto o médico, desde que tome as devidas cautelas para não colocar a saúde do paciente em risco, pode deixar de atender quando, por qualquer motivo, entender não ser edificante ou proveitoso dar continuidade à relação.

Se existe uma área em que a liberdade contratual deve permanecer, parece ser a da profissão liberal. Se o ‘dirigismo contratual’ já impõe fortes restrições a indivíduos em contratos comuns, seria completamente prejudicial para a pessoa nas profissões liberais, em relações que exigem confiança absoluta entre as partes. Estes devem ser reconhecidos com uma dupla liberdade: liberdade de dar nascimento ao relacionamento, liberdade de escolher o parceiro.⁶

⁶ Tradução nossa de: “*S’il est un domaine où la liberté contractuelle doit demeurer c’est, semble-t-il, celui de la profession libérale. Si le “dirigisme contractuel” impose déjà de lourdes sujétions aux particuliers dans les contrats ordinaires, il serait tout à fait attentatoire à la personne dans les professions libérales, pour des relations exigeant une confiance absolue entre les parties. Celles-ci doivent se voir reconnaître une double liberté: liberté de faire naître la relation, liberté de choisir le partenaire.*” (SAVATIER, René. *La profession libérale: étude juridique et pratique*. Paris: LGDJ, 1947. p. 195).

Não é o comum, mas pode haver deterioração da relação médico-paciente, caso em que, se e quando houver, providências muito especiais devem ser tomadas pelo médico, se não houver mais vontade de continuar atendendo o paciente. Essas providências especiais são todas no sentido de não provocar qualquer dano àquele que estava atendendo e deseja parar de cuidar.

A primeira hipótese é o paciente que resolveu trocar de médico assistente, decisão que pode tomar e implementar a qualquer tempo⁷. Quando o paciente entende ser o caso de trocar de médico assistente, resta rompido o vínculo de confiança que governava a relação. O mais prudente é o médico substituído – sem deixar de cuidar do paciente para evitar-lhe dano até o novo médico assistente assumir efetivamente os cuidados –, desde que saiba quem é o novo profissional contratado, sem melindres, entrar em contato com ele e, da forma mais aberta possível, guardar cópia e passar ao colega todas as informações⁸, dados e documentos, mediante recibo, bem como responder às indagações de índole técnica formuladas, de modo que os cuidados não sofram qualquer problema de continuidade, evitando eventual prejuízo da saúde do paciente. A providência de guardar cópia é recomendável, porque não se pode descartar a possibilidade de o profissional substituído ter necessidade de produzir prova de datas, informações ministradas, cuidados prestados e sugestões de tratamento. Igualmente, se o médico assistente que está tratando do caso é contatado pelo colega contratado para substituí-lo deve tomar as mesmas providências já mencionadas com as mesmas finalidades.

Destaque-se que tudo isso é feito independentemente de os honorários e custos dos tratamentos, até então efetuados, serem pagos, sendo que as eventuais providências a cargo do médico substituído para receber pertencem à órbita estritamente patrimonial, ou seja, independem dos deveres derivados do humanismo médico. Da mesma forma, devem ser tomadas no foro adequado, fazendo com que qualquer obstáculo colocado no sentido de passar o caso, além de ser eticamente intolerável, possa levar à responsabilização na hipótese

⁷ “*Quand on parle de la liberté du client, on envisage plutôt la liberté de choix qui lui est reconnue afin de n'entrer en rapports qu'avec le professionnel que a sa confiance.*” Quando falamos sobre a liberdade do cliente, consideramos a liberdade de escolha que lhe é reconhecida, a fim de estabelecer relações apenas com o profissional em quem ele confia. (SAVATIER, 1947, p. 196, tradução nossa).

⁸ Código de Ética Médica:

“Art. 54. Deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou por seu representante legal.

Art. 55. Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade ao ser substituído ao fim do seu turno de trabalho.”

de algum prejuízo sobrevir à saúde do paciente. E mais: se o médico substituído tiver que cobrar honorários (vide art. 79 do Código de Ética Médica) pendentes de pagamento, judicial ou extrajudicialmente, deve manter o sigilo profissional, na medida em que as informações passadas pelo paciente e o que ele ficou sabendo do caso não têm por que serem reveladas para cobrar consultas e outros verbas relacionadas.

Uma relação entre pessoas só pode funcionar bem se baseada na confiança e respeito recíprocos, devendo cada uma das partes respeitar a dignidade e os direitos da outra e tratando uma à outra com urbanidade. Só dessa forma a relação pode progredir e frutificar para ambas as partes. Assim deve ser a relação médico-paciente que, fundada na confiança e boa-fé, servirá para promover o bem-estar e saúde do paciente. Então, numa relação com tão elevados interesses não deve haver espaço para linguagem ou conduta desrespeitosa ou depreciativa, tanto por parte do médico assim como do paciente, porque pode minar a necessária confiança que deve haver entre eles e comprometer a integridade do relacionamento médico-paciente e convergir para alteração ou desinteligência, que em nada contribuirão para a finalidade básica da relação: propiciar cuidados e tratamento para o paciente com o objetivo declarado de fazer com que sua saúde melhore. Assim, a American Medical Association⁹ (AMA) afirma que a confiança pode ser estabelecida e mantida apenas quando houver respeito mútuo e, portanto, em suas interações com o paciente, o médico deve:

- a) reconhecer que linguagem ou conduta depreciativa ou desrespeitosa pode causar danos psicológicos àqueles a quem dirigidas e a terceiros;
- b) tratar sempre seu paciente com compaixão e respeito;
- c) interromper a relação médico-paciente com um paciente que usar linguagem depreciativa ou agir de maneira prejudicial somente se o paciente for alertado e não modificar a conduta. Nesse caso, o médico deve providenciar a transferência dos cuidados do paciente para outro colega.

Não pode passar despercebido que, por parte do paciente, alguns comentários, com o propósito de brincadeira, podem ser extremamente desrespeitosos e maculam a dignidade do profissional e da profissão, devendo ser imediatamente repudiados pelo médico com a

⁹ AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION – AMA. *Principles of Medical Ethics*. Disponível em: https://www.ama-assn.org/system/files/2019-01/code-of-medical-ethics-chapter-1_0.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

recolocação da relação nos trilhos da seriedade e respeito mútuos. Então, não se deve aceitar e fingir que nada houve quando ocorrer condutas do paciente como, por exemplo, o médico atrasa-se porque estava ocupado atendendo outro caso do qual não conseguiu desvencilhar-se e é recebido com um comentário do gênero: “E aí, doutor, atrasou-se porque estava com seu consultor de investimentos?” ou: “Demorou a acertar a cor do seu carro novo com o vendedor?”.

O Código de Ética Médica é expresso no sentido de que o médico não abandona o paciente, até porque fazer algo assim malferir os justos interesses do paciente e macula a dignidade da profissão médica. O §1º do art. 36 do Código de Ética Médica coloca as cautelas que o médico deve tomar quando resolver romper a relação médico-profissional celebrada com o paciente: “ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que o suceder”.

Ao mencionar “[...] fatos que, a seu critério [...]”, o Código de Ética Médica deixa claro que não é necessário o médico dar e explicar os motivos de foro íntimo que, a critério dele, impuseram a decisão de renunciar ao atendimento. Melhor, porque diminui o nível de estresse do final da relação médico-paciente, na medida em que não chama o paciente, que já está numa situação prejudicada pela doença, a envolver em se defender de alguma eventual manifestação de desagrado expressada pelo médico, situação que facilmente pode desaguar em alteração.

A renúncia do médico não pode ser feita de modo tácito, é uma decisão do profissional, que deve ser formalmente e expressamente comunicada ao paciente ao seu representante legal, concedendo-lhes, assim, liberdade e tempo para contratar outro profissional para prosseguir no atendimento.

E, por fim, lembrando que cuidar do doente é o primeiro mandamento da profissão médica, o profissional não deixa de atender logo em seguida à comunicação de sua decisão ao paciente e familiares, mas prossegue seu atendimento ao paciente, assegurando-se da

continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que o suceder, para que nenhum prejuízo ou solução de continuidade venha a complicar a situação da saúde do paciente. A ideia fundamental é que o paciente não deve ficar nunca abandonado à míngua de cuidados.

Numa situação dessas, é providência salutar por parte do profissional registrar a sequência dos fatos, preferencialmente no dia em que ocorridos, no prontuário médico do paciente para ficar tudo documentado, com o objetivo de preservar direitos, na medida em que o prontuário é uma das provas mais importantes, se não a mais importante, para avaliar tudo sobre o atendimento proporcionado ao paciente.

Quando a relação deteriora, não é de todo raro o paciente ou familiar voltar-se contra o profissional, formulando representação administrativa no Conselho Regional de Medicina ou em algum pleito judicial. E o médico não pode se ver prejudicado no seu sagrado direito de defesa. Assim, o profissional pode flexibilizar, conforme excepcionado no art. 89 do Código de Ética Médica, norteado pela prudência e restrito aos rigorosos limites de uma defesa apta, a manutenção do segredo profissional. O sigilo profissional existe pelo interesse dos clientes e dá dignidade à classe profissional, sendo demais deixar prejudicado o direito de defesa dos confitentes necessários ante a eventual má-fé de paciente ou terceiros interessados na manutenção do sigilo.

Por outro lado, não pode o médico dar vazão a sentimentos de baixa extração e expor além do estritamente necessário acerca do que veio a saber da saúde e da vida do paciente, pois só tomou conhecimento desses fatos por conta do exercício profissional e que não interessam ao mérito discutido. Similarmente, acontece quando o médico tem de ingressar em juízo para cobrar seus honorários. Nessa situação, vale a obediência ao mesmo binômio: prudência e comedimento, sem deixar que a manutenção do segredo profissional venha a embaraçar o legítimo direito de o médico cobrar seus honorários. Ao ingressar, caso necessário, em juízo para receber honorários, caso em que continua vinculado ao sigilo profissional, o médico deve limitar-se a indicar o número de consultas ou visitas, as intervenções realizadas e os custos dos serviços utilizados ou prestados, sendo circunspecto quanto à revelação da natureza dos interesses cuidados e peculiaridades do caso, restringindo

a exposição de detalhes, tanto quanto ao necessário e dependendo dos questionamentos da defesa do paciente, para discussão com os peritos ou ante os órgãos de classe.

Ou seja, sem expor maiores detalhes, pode o médico entrar com ação judicial em socorro do recebimento de sua remuneração. É infração ética se o médico deixar de guardar o sigredo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial. Deve-se lembrar também que, dependendo dos elementos subjetivos envolvidos, pode configurar o crime tipificado no art. 154 do Código Penal¹⁰: “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”. Para melhor salvaguarda do sigilo profissional, o médico deve considerar seriamente requerer, mediante motivação congruente, que o caso seja processado em segredo de Justiça¹¹. Quando o médico, em sua defesa, tiver que exhibir o prontuário médico ou partes dele, sob pena de, no mínimo, cometer falta administrativa, que seja observado o sigilo profissional (§2º do art. 89 do Código de Ética Médica).

1.3 A autonomia do paciente conformada ao humanismo médico e à ética biomédica

Paralelamente aos deveres relacionados à técnica médica, há múltiplos deveres relacionados ao humanismo médico: informar, proteger a intimidade e o sigilo do paciente, não correr riscos superiores aos benefícios, abster-se de abuso ou desvio de poder. As obrigações espelhadas nesses deveres são todas profissionalmente vinculantes, porque é sempre possível ao profissional ser diligente para velar pelo cumprimento delas no decorrer de todo o relacionamento com o paciente, desde antes da contratação, durante a execução do tratamento e dos atos médicos, bem como depois. Entretanto, aferir o cumprimento ou não dessas obrigações é um problema que tem de ser resolvido considerando-se as peculiaridades do caso prático, tarefa não fácil.

¹⁰ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

¹¹ CASTRO, João Monteiro de. Apontamentos sobre o sigilo profissional do advogado. In: MARQUES, Claudia Villagra da Silva (coord.). *Temas atuais do direito brasileiro e internacional*. Botucatu/SP: QuintAventura Edições, 2015. v. 2. p. 157.

Os deveres relacionados ao humanismo médico são todos derivados da confiança depositada pelo paciente no médico e da fidelidade e boa-fé com que o médico deve sempre agir em relação ao paciente, todos só indiretamente¹² conectados com a técnica médica em si.

O lado humanista da profissão médica fica evidenciado no compromisso do médico jurado, solene e tradicionalmente, por todos os médicos quando da conclusão sua formação acadêmica. O Compromisso do Médico hoje utilizado deriva do Juramento de Hipócrates, sendo uma versão adotada pela Associação Médica Mundial, em outubro de 2017:

Como membro da profissão médica:
 EU PROMETO SOLENEMENTE consagrar minha vida ao serviço da humanidade;
 A SAÚDE E O BEM-ESTAR DE MEU PACIENTE serão as minhas primeiras preocupações;
 RESPEITAREI a autonomia e a dignidade do meu paciente;
 GUARDAREI o máximo respeito pela vida humana;
 NÃO PERMITIREI que considerações sobre idade, doença ou deficiência, crença religiosa, origem étnica, sexo, nacionalidade, filiação política, raça, orientação sexual, estatuto social ou qualquer outro fator se interponham entre o meu dever e meu paciente;
 RESPEITAREI os segredos que me forem confiados, mesmo após a morte do paciente;
 EXERCEREI a minha profissão com consciência e dignidade e de acordo com as boas práticas médicas;
 FOMENTAREI a honra e as nobres tradições da profissão médica;
 GUARDAREI respeito e gratidão aos meus mestres, colegas e alunos pelo que lhes é devido;
 PARTILHAREI os meus conhecimentos médicos em benefício dos pacientes e da melhoria dos cuidados da saúde;
 CUIDAREI da minha saúde, bem-estar e capacidades para prestar cuidados da maior qualidade; e
 NÃO USAREI os meus conhecimentos médicos para violar direitos humanos e liberdades civis, mesmo sob ameaça.
 FAÇO ESTAS PROMESSAS solenemente, livremente e sob palavra de honra.¹³

A dignidade da pessoa humana é um conceito-chave da ética moderna e da ordem constitucional vigente. No inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) está estampada a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa

¹² “O dever do médico para com o paciente não é, tão-somente, prescrever o tratamento mais apropriado, mas, a despeito e independentemente de uma cura, que pode vir a não se concretizar, cuidar, tratar, assistir, consolar, tentar salvar, enfim. Se não desempenhar bem esse conjunto de atividades atrairá, inexoravelmente, a responsabilidade.” (CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Método, 2005a. p. 140).

¹³ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. *Juramento de Hipócrates*. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml>. Acesso em: 10 ago. 2020.

do Brasil, sendo um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida¹⁴:

A dignidade, em si, não é um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. Nesse sentido, não pode ser considerada como algo relativo. Nas palavras de Béatrice Maurer (2005), ‘a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação à outra pessoa. Não se trata, destarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor. É por isso que a dignidade do homem é um absoluto. Ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos inamissível, não pode ser perdida.’ O fato de a dignidade humana ter um *caráter absoluto* – isto é, não comportar gradações no sentido de existirem pessoas com maior ou menor dignidade – não significa que a dignidade humana seja um princípio absoluto, pois apesar de ter um peso elevado na ponderação, o seu cumprimento, assim como o de todos os demais princípios, ocorre em diferentes graus de acordo com as possibilidade fáticas e jurídicas existentes.¹⁵

A dignidade da pessoa humana é um baluarte inevitável e fonte primária do direito de o paciente exarar um consentimento informado, viabilizado pelo médico cumprir o dever de informar. Uma vez reconhecido à pessoa humana a sua dignidade como valor-origem de todos os outros valores sociais, vem a necessidade do desenvolvimento de mecanismos para preservar a integridade do indivíduo, possibilitando o pleno desenvolvimento e a integral realização de sua personalidade.

Na evolução da relação médico-paciente, a ética biomédica veio ganhando espaço e o paciente migrou de uma posição marcadamente passiva, em que preponderava a noção de que o doente era objeto dos cuidados profundamente calcados na beneficência, para uma posição ativa, em que não só tem de consentir, como também de fazê-lo de maneira informada sobre seu caso, opções de tratamento e consequências para si, seu patrimônio, seus entes queridos e até a sociedade. O paciente, nos tempos em que vivemos, postula e reclama seus direitos e sua parcela de poder na tomada das decisões acerca de sua saúde e disposição do seu corpo. A medicina teve de refletir sobre sua própria ética e veio o crescimento, com grande força, da bioética¹⁶, bem como houve migração do exercício da medicina movido pelo paternalismo,

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 105.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 252.

¹⁶ ROFES I CAPO, Salvador. The Power of Health Professionals. *Dolentium Hominum*, Ciudad del Vaticano, n. 49, año XVII, n. 1, p. 34-38, 2002. p. 37. Disponível em: http://www.humandevlopment.va/content/dam/svilupppoumano/pubblicazioni-documenti/archivio/salute/dolentium-hominum-en-1-72/DH_49_En.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

calcado no princípio bioético da beneficência, para uma abordagem orientada prevalentemente pelo princípio da autonomia¹⁷. E quando se fala em caso, é preciso ter em mente a multiplicidade de tratamentos, técnicas e medicamentos disponíveis para serem usados pelo médico para tratar das mais amplas necessidades, desde moléstias incuráveis, dolorosas e incapacitantes até inofensivas impressões que adquirem importância diferente de pessoa para cada pessoa, mas todas tendo em comum a capacidade de assolar a alma humana com sua abissal profundidade. Cada necessidade merece seu respeito, porque esse respeito é cobrado pela dignidade da pessoa humana.

Em linhas gerais, colocam Tom L. Beauchamp e James F. Childress:

Os quatro grupos de princípios são: (1) o respeito pela autonomia (uma norma sobre o respeito pela capacidade de tomar decisões de pessoas autônomas), (2) não maleficência (uma norma que previne que se provoquem danos, (3) a beneficência (um grupo de normas para proporcionar benefícios e para ponderar os benefícios contra riscos e custos), e (4) a justiça (um grupo de normas para distribuir os benefícios, os riscos e os custos de forma justa). A não maleficência e a beneficência desempenharam um papel histórico central na ética biomédica, enquanto o respeito pela autonomia e a justiça foram negligenciados na ética médica tradicional, embora tenham ganhado destaque em razão de desenvolvimentos recentes.¹⁸

Autônomo é o indivíduo dotado da faculdade de determinar as próprias normas de conduta, sem imposições de outrem¹⁹. Está relacionado com o termo autonomia, que, modernamente, é um conceito polissêmico, mas os significados remontam a um sentido reflexivo em relação a alguém ou alguma coisa.

Quando se fala em “faculdade de determinar as próprias normas de conduta”, aventa-se uma condição essencial do agente autônomo, que é a qualidade relacionada com agir intencionalmente, e, por outro lado, a expressão “sem imposições de outrem” remonta à liberdade do agente de produzir o ato vital sem intervenção ou força de agentes externos.

¹⁷ FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1998. p. 38.

¹⁸ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 56.

¹⁹ AUTÔNOMO. In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 225.

John Stuart Mill²⁰, no famoso ensaio *Sobre a Liberdade*, defendeu o ideal de autonomia contra os crescentes poderes do governo afirmando a independência absoluta do indivíduo sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente:

O objetivo deste ensaio é defender um princípio muito simples, como o único habilitado a reger de modo absoluto as relações da sociedade com o indivíduo por meio da obrigatoriedade e do controle, quer o meio usado seja a força física segundo as penas da lei ou a coerção moral da opinião pública. Este princípio é o de que o único fim pelo qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer um de seus integrantes é a autodefesa. Pois o único propósito para o qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano aos outros. Seu próprio bem, físico ou moral, não é justificativa suficiente. O indivíduo não pode ser legitimamente obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa porque assim seria melhor para ele, porque o faria mais feliz, porque fazer tal coisa seria, na opinião dos outros, sensato ou mesmo correto. Essas são boas razões para admoestá-lo, para argumentar com ele, para persuadi-lo, para pedir-lhe, mas não para obrigá-lo nem para lhe infligir qualquer mal caso aja de outra maneira. Para que isso se justifique, é preciso que a conduta da qual se deseja dissuadi-lo seja deliberadamente destinada a causar mal a outra pessoa. A única parte da conduta de uma pessoa pela qual ela é responsável perante a sociedade é a que concerne ao outro. Na parte que concerne apenas a si mesma, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano.

O agente autônomo, então, é aquela pessoa que age livremente segundo um plano projetado por ela mesma, ao passo que alguém com autonomia reduzida, por qualquer motivo, tem prejuízo em uma das duas condições: age controlada por outrem ou não é capaz de formular seus planos e agir ou mesmo pode até formular seus planos, mas não consegue agir segundo eles. Portanto, a autonomia do agente é de amplo espectro, indo da presença absoluta até a ausência total.

Não há um sentido prático em exigir um ideal de autonomia no modo de viver da maioria esmagadora das pessoas, em que as escolhas dos agentes sejam absolutas e plenamente autônomas, criando um padrão inaplicável, logo, de dúvida utilidade numa ciência como a medicina, que tem de lidar com todas as pessoas como elas são, com seus limites e restrições. O exercício pleno da autonomia encontra limites impostos e regulados pela lei e envolvendo circunstâncias relacionadas à proteção da própria pessoa e dos outros.

²⁰ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 22-23.

Nessa linha, em hipóteses específicas justifica-se a pessoas autorizadas pela lei e na forma da lei poderem providenciar a prisão e contenção de pessoas em circunstâncias especiais. O médico, no exercício da profissão, em nome da salvaguarda e saúde da população, pode fazer confinar e tratar pessoas com doenças infectocontagiosas; pode diligenciar pela contenção compulsória de pessoas doentes mentais que se constituam perigo para si mesmas e para a segurança e liberdade alheia. Evidentemente, essas medidas extraordinárias são projetadas para, como realçado, serem executadas por pessoas legalmente qualificadas, ficando vedadas, quanto ao médico, exercitá-las abusivamente como forma de controle social não relacionado à saúde e ao bem-estar das pessoas, como já se ouviu falar do confinamento de opositores políticos com base em diagnósticos psiquiátricos.

O problema no estabelecimento de um ideal de autonomia prende-se ao fato de existir uma gradação na habilidade de autodeterminar-se e que, abaixo de um limiar, por conta de problemas de maturidade ou saúde, são rotulados de incapazes: portadores de doenças mentais, pessoas com dificuldade de aprendizado, pessoas em estado de choque, idosos, crianças e pessoas inconscientes. Normalmente, para estabelecer capacidade, é preciso avaliar o mais objetivamente possível a habilidade de a pessoa entender o assunto sobre o qual a decisão que tomará versa, a habilidade de analisar as várias facetas do assunto, incluídos os benefícios e riscos imbricados na decisão, e ponderá-las racionalmente para, finalmente, evidenciar a efetiva tomada de decisão. Não são critérios fáceis de aplicar, porque cada avaliador da capacidade se põe subjetivamente ante eles, na medida em que é pessoa diferente e encara o mundo de maneira diferente, arriscando impor padrões pessoais às decisões alheias e, eventualmente, ficar tentado a tachar de irracionais posicionamentos que não se amoldem perfeitamente aos seus. O padrão de salvaguarda é: nenhum julgamento de competência é levado a cabo a menos que haja alguma evidência que abale a presunção normal de capacidade²¹.

Beauchamp e Childress²², em vez de desenhar um modelo ideal para lidar com autonomia, argumentando que ser autônomo não é o mesmo que ter a autonomia respeitada, formulam uma análise ligada às premissas da autonomia subjacentes aos requerimentos morais do “respeito à autonomia”, até porque a amplitude do princípio não o faz tão amplo a

²¹ HENK, A. M. J. ten Have; JEAN, Michèle L. (ed.). *The Unesco Universal Declaration on Bioethics and Human Rights: background, principles and application*. Paris: Unesco, 2009. p. 118.

²² BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 140.

ponto de ser aplicado a pessoas não autônomas. O princípio do respeito à autonomia também concorre com outras ponderações morais, podendo, inclusive ser ofuscado, porém, nunca eliminado completamente.

O princípio do respeito à autonomia pode ser configurado de forma positiva e negativa. De forma positiva, o objeto dos cuidados deve ser tratado de forma respeitosa quanto à revelação de informações delicadas e encorajado no sentido de formular opinião e produzir decisão autônoma. Essa faceta decorre muito da relação médico-paciente ser especialmente calcada na confiança depositada no facultativo, pessoa que domina o conhecimento técnico e está saudável, ficando, portanto, numa posição duplamente prestigiada em relação ao paciente, ignorante e fragilizado. O facultativo deve policiar-se porque a ignorância e fragilidade do paciente tendem a dar ao papel do profissional um realce tendente a proteger e submeter, mas, ao contrário, a pessoa deve ter sua autonomia encorajada e promovida ao invés de ter sua dependência conservada ou perenizada.

Beauchamp e Childress²³, ao ponderar que as regras contidas no sentido positivo não são absolutas e devem ser consideradas conjuntamente com os outros princípios da ética biomédica, notadamente a beneficência e a não maleficência, relacionam as seguintes:

- a) “Dizer a verdade”.
- b) “Respeitar a privacidade²⁴ dos outros”.
- c) “Proteger informações confidenciais”.
- d) “Obter consentimento para intervenções nos pacientes”.
- e) “Quando solicitado, ajudar os outros a tomar decisões importantes”.

No aspecto negativo, o princípio do respeito à autonomia impõe ao facultativo, prestigiando que “as ações autônomas não devem ser sujeitadas a pressões controladoras dos

²³ BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 145.

²⁴ “A privacidade do paciente abrange vários aspectos, incluindo espaço pessoal (privacidade física), dados pessoais (privacidade informacional), opções pessoais, incluindo afiliações culturais e religiosas (privacidade decisional) e relacionamentos pessoais com membros da família e outros íntimos (privacidade associativa).” Tradução nossa de: “*Patient privacy encompasses a number of aspects, including personal space (physical privacy), personal data (informational privacy), personal choices including cultural and religious affiliations (decisional privacy), and personal relationships with family members and other intimates (associational privacy).*” (AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION – AMA. *Principles of Medical Ethics*. Disponível em: https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/privacy-health-care_ Acesso em: 10 ago. 2020).

outros”²⁵. Novamente, a amplitude não pode ser absoluta. Há atitudes autônomas que encontram limites concretos. Um exemplo bem contemporâneo é a problemática do isolamento social para conter a pandemia de Covid-19. A escolha do agente em não aderir ao esforço para deter a escalada das infecções colide frontalmente com uma barreira de contrários, como por em risco a comunidade, a saúde de terceiros, além de não cooperar para a contenção da disseminação do vírus.

O médico na relação médico-paciente também goza de autonomia que pode trazer barreiras nos casos em que o solicitado pelo paciente está além de sua competência ou ramo de prática, pode ser cientificamente questionável ou inválido ou não é a indicação técnica, ao juízo do profissional, para tratamento do caso concreto, ou ser incompatível com as convicções pessoais, morais e religiosas do médico. No conjunto mencionado, é habitual citar casos como o aborto para os católicos e as transfusões de sangue para as testemunhas de Jeová. Nessas situações, o médico deve abster-se, porque a autonomia do paciente não se superpõe à sua e nem transforma o exercício da medicina, tonalizado por independência e isenção técnica, em algo mecânico ou insensível.

Além do mais, como apontam Beauchamp e Childress²⁶, muitas decisões na área de saúde dependem menos de respeitar a autonomia do que preservar a capacidade de autonomia e as condições de uma vida com significado, dando relevo a manifestações de beneficência e compaixão, com preponderância maior de outros princípios da ética biomédica, mostrando que há relativa independência entre os vários princípios, mas dando inteiro realce a que têm todos de agir harmonicamente ao mesmo tempo, sem que um exclua o outro.

Um ponto interessante é analisar como convive a decisão autônoma do paciente com as regras morais e religiosas, impositivas e que podem interferir e serem imposições autoritárias externas. A presença das instituições, tradições, costumes culturais, escolhas pessoais são fontes legítimas de direcionamento de conduta e decisão de todas as pessoas. Então, diante de uma situação a decidir, se a pessoa agir intencionalmente, com entendimento e convivendo com base num código de conduta pessoal construído por ela em função de dilemas religiosos, culturais, sociais ou morais há muito resolvidos como ela bem quis, não há que se falar em não autonomia, porque, como já dito, não se pode ver a autonomia como um

²⁵ BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 143.

²⁶ *Ibid.*, p. 144.

absoluto e, por mais que se queira, vive-se num oceano de ignorância e incertezas pontilhado por ilhas de conhecimento.

Não se pode deixar de mencionar que o médico na relação médico-paciente encarna um componente de autoridade, e este, sim, pode potencialmente representar pressão controladora das decisões do paciente, introduzindo uma mácula quanto ao respeito à autonomia. Tanto é assim que existe previsão expressa no Código de Ética Médica, adotado pela Resolução CFM nº 2217, de 27 de setembro de 2018, no sentido de que é vedado ao médico “Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”. Pela dicção do dispositivo, é obrigatório para o médico criar um espaço de garantia para o paciente exercitar livremente sobre sua pessoa e seu bem-estar e, além de impor criar, não permite que a relação evolua no sentido de alcançar situação na qual o profissional, usando de sua autoridade, possa vir a limitar esse espaço anteriormente criado. Esse dispositivo sugere que o consentimento do paciente seja um processo e evolua par e passo durante toda a duração da relação médico-paciente, sempre sendo renovado e fortalecido pelo vínculo da confiança e liberdade.

Poder e autoridade compartilham a capacidade de impor à vontade de outras pessoas, mas fazem isso de maneiras muito diferentes. Enquanto uma pessoa em posição de poder tem meios efetivos para forçar outras pessoas a se submeterem à sua vontade, a pessoa que tem autoridade não precisa necessariamente empregar coerção física. A autoridade, de fato, pressupõe acima de tudo a força moral, que, como tal, é reconhecida e aceita por outras pessoas quando elas percebem na autoridade um instrumento adequado a serviço do bem comum e não algo que beneficia as pessoas que estão no comando. A autoridade repousa sobre a confiança. O poder, por outro lado, pode prescindir de confiança: não precisa do reconhecimento dos outros. De fato, tende a promover e a privilegiar interesses específicos. É por esse motivo, como já observei, que em relação ao poder as atitudes mais comuns são as de desconfiança, medo e, sempre que possível, resistência.²⁷

²⁷ Tradução nossa de: “Power and authority share the capacity to impose on other people one’s own will, but they do this in very different ways. Whereas a person in a position of power has effective means by which to force others to submit themselves to his or her will, the person who has authority does not necessarily need to employ physical coercion. Authority, indeed, pre-supposes above all else moral force, which, as such, is recognised and accepted by other people when they perceive in authority a suitable instrument at the service of the common good and not something which benefits those people who are in charge. Authority rests upon trust. Power, on the other hand, can do without trust: it does not need the acknowledgement of others. Indeed, in fact, it tends to promote and to privilege specific interests. It is for this reason, as I have already observed, that in relation to power the most common attitudes are those of distrust, fear, and where possible, resistance.” (CARRASCO DE PAULA, Ignacio. What Should be Done with the Power of the Professionals of Medicine? *Dolentium Hominum*, Vatican City, n. 49, year XVII, n. 1, p. 93-96, 2002. p. 94.). Disponível em: http://www.humandevlopment.va/content/dam/sviluppoumano/pubblicazioni-documenti/archivio/salute/dolentium-hominum-en-1-72/DH_49_En.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

Porém, a autonomia do paciente e o respeito à autonomia do paciente são coisas essencialmente distintas, porque nem tudo o que o paciente quer autonomamente há que ser acatado. Ou seja, além dos limites impostos pela lei, há limites decorrentes da finitude e circunstâncias da vida para os desígnios autônomos do paciente. A autonomia de um paciente sofrendo uma doença impõe a ele, em nome dos mais caros princípios de conservação da espécie e de boa qualidade de vida, ainda que conceito de índole muito subjetiva, aspirar todo tipo de tratamento e remédios. Só que os limites impostos pela própria prática da vida e do arraigamento da economia na existência, desde o Estado até os indivíduos, não podem ser ignorados, sob pena de uma decisão que atende plenamente uns poucos, sem garantir definitivamente cura ou até mesmo melhoria substancial do estado de saúde, pode vir a fazer mais mal que bem para uma universalidade de pessoas também necessitadas.

O princípio da não maleficência está ligado a não infligir dano intencional a quem quer seja e, na ética médica, está consolidado na antiga máxima segundo a qual o primeiro dever do médico é não lesar (*Primum non nocere*). O princípio da não maleficência também é tido como o mais importante na tradição hipocrática da ética médica: aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém antes de haver aumentado o destaque para o respeito à autonomia. Como realçam Beauchamp e Childress, no juramento de Hipócrates figuram, em conjunto, uma obrigação de não maleficência e uma obrigação de beneficência²⁸.

O princípio da não maleficência está alinhado ao princípio proposto por John Stuart Mill, no já citado ensaio *Sobre a Liberdade* (2016), no sentido de que o único propósito para o qual o poder pode ser exercido com razão sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é autodefesa para evitar danos a outros.

Gregory E. Pence expõe que, acima de tudo, o princípio da não maleficência implica que os médicos que eventualmente não tenham qualificação técnica suficiente para fazer certas intervenções, muito embora a habilitação legal (caso dos residentes), não devem se arvorar a fazê-las. Mais típico é o caso de estudantes de medicina que não devem agir sem supervisão nem consentimento, porque os pacientes precisam ser ajudados, não cabendo a

²⁸ BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 209.

eles ajudar os alunos a aprender praticando incautamente em seus corpos. Se não são tecnicamente habilitados para fazer algo, não devem fazê-lo. Em um sentido fundamental, tendo-se em conta que a primeira obrigação de todos os indivíduos é deixar as outras pessoas em paz, em especial se elas não querem e nem pedem ajuda, significa para os médicos que poderão vir a prejudicar os pacientes por invasões não solicitadas. Partindo, então, do raciocínio elementar que não é aceitável pacientes saírem das entrevistas com médicos em pior estado que entraram, a obediência ao princípio da não maleficência, no âmbito da ética médica, repele a medicina interessada em tudo que não seja a saúde do doente, em especial intervenções não solicitadas, a incompetência técnica e experimentos perigosos e não terapêuticos.²⁹

As regras veiculadas pelo princípio da não maleficência são proibições negativas da ação, que são de serem acatadas de modo imparcial e que servem de fundamento para proibições que a lei traz para certas formas de conduta³⁰. Assim, dada a multiplicidade de tipos de danos, o princípio da não maleficência engloba regras morais mais específicas como, por exemplo: não matar; não causar dor ou sofrimento a outros; não causar incapacitação a outro; não causar ofensa a outros e não despojar outro do prazer da vida.³¹

O terceiro princípio da ética biomédica é o da beneficência. Beneficência, na linguagem comum, está associada a ajudar os outros, a atos de compaixão, bondade, e na ética biomédica refere-se à obrigação de agir em benefício dos outros, dando fundamento à diferença moral entre experimentos terapêuticos e não terapêuticos, podendo ser vista como um princípio e uma virtude para os médicos³². Muitos atos de beneficência não são obrigatórios, mas um princípio de beneficência afirma a obrigação de ajudar outras pessoas, dando relevo a seus interesses legítimos, sendo que conceder benefícios, prevenir e reparar danos, bem como pesar e contrapor os possíveis benefícios contra os custos e os possíveis danos causados por uma ação constituem o núcleo em torno do qual gravita a ética biomédica, embora não de maneira tão ampla a ponto de englobar todos os outros princípios.³³ As regras impostas pela beneficência são diferentes das derivadas da obediência à não maleficência,

²⁹ PENCE, Gregory E. *Medical Ethics – Accounts of Ground-Breaking Cases*. 7. ed. Birmingham, Alabama: McGraw-Hill Education, 2015. p. 17-18

³⁰ BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 284.

³¹ *Ibid.*, p. 214.

³² PENCE, *op. cit.*, p. 17.

³³ BEAUCHAMP; CHILDRESS, *op. cit.*, p. 282.

porque trazem exigências para ações positivas que nem sempre precisam ser seguidas de modo imparcial e raramente – ou nunca mesmo – servem de base para fundamentar a existência de leis punitivas³⁴.

Por princípio de utilidade ou de beneficência, desejamos seja entendido, muito estritamente, o princípio segundo do qual devemos praticar o ato ou observar a regra que produzirá ou provavelmente virá a produzir, no universo, *a maior quantidade possível de bem em relação ao mal*. Parece-me claro, entretanto, que esse princípio pressupõe outro que o precede, ou seja, o de que devemos praticar o bem e impedir ou evitar que o mal se faça. Se não existisse essa obrigação primeira, não poderíamos ter o dever de procurar promover a maior quantidade possível de bem em relação ao mal. Em verdade, o princípio de utilidade corresponde a uma concessão ao ideal. O ideal seria que se praticasse apenas o bem, jamais fazendo o mal (esqueça-se, de momento, a justiça). Mas isso é impossível, e, assim, vemo-nos forçados a tentar favorecer a maior preponderância possível do bem em relação ao mal. Sendo assim, o princípio de utilidade pressupõe e deriva de um princípio básico – o de que se deve criar o bem e impedir o mal. Teremos uma obrigação *prima facie* de favorecer a preponderância do bem sobre o mal, se, e somente se, tivermos uma *anterior* obrigação *prima facie* de praticar o bem e evitar o mal. Esse princípio anterior será por mim chamado de *princípio da benevolência*.³⁵

A beneficência e a autonomia nos dias de hoje apresentam-se de modo equilibrado e, em casos particulares, não é fácil de serem conciliadas, até porque, ao longo da história da medicina, as obrigações do profissional foram sempre encaradas como compromissos de beneficência. A famosa expressão de Hipócrates: “Em casos de enfermidade, faça de duas coisas um hábito: ajudar ou, ao menos, não causar dano” deu apoio aos médicos para, quase que sobre seus próprios julgamentos sobre as necessidades de quem os procura, tratar de seus pacientes. Entretanto, nos últimos 30 anos o foco mudou, e os pacientes tiveram identificado e prestigiado o direito de fazer seus próprios julgamentos independentes e calcados na autonomia sobre seus desígnios na área de como se submeter a tratamento médico.³⁶

Pence³⁷ fornece um exemplo interessante considerando moradores de rua com distúrbios psiquiátricos, vagando desabrigados e sem teto pelas ruas frias das grandes cidades. O que é melhor: deixar essas pessoas largadas pelas ruas ou encarcerá-las e medicá-las contra sua vontade? Deve-se deixá-las “morrer com seus direitos” ou injetá-las com sedativos e

³⁴ BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 284.

³⁵ FRANKENA, William K. Frankena. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. 59.

³⁶ BEAUCHAMP; CHILDRESS, *op. cit.*, p. 295.

³⁷ PENCE, 2015, p. 17.

antipsicóticos “para o próprio bem” delas? Com base na beneficência, é sugerida uma solução, e com foco no respeito à autonomia encaminha-se entendimento diametralmente oposto. Mas, afinal, quem são os outros para dizer o que é benéfico fazer com esses moradores de rua?

O quarto princípio da ética biomédica é o da justiça – e tem duplo sentido: social e político. No plano social, cobra que o médico trate similarmente pessoas em situações financeiras diferentes, ou seja, tratar pacientes sem considerar se está recebendo mais ou menos para atender esse ou aquele. No aspecto político, o princípio tem estreita relação com a justiça retributiva e, na área médica, joga com a alocação de recursos escassos. Materialmente, podem ser referidos vários enfoques que acabam por levar a várias teorias de justiça bastante divergentes, tornando a explicitação do princípio não evidente. Com base na necessidade, a distribuição dos recursos será justa se for baseada nas necessidades fundamentais e, por outro lado, se tomarmos uma visão igualitária, a ação é justa se trata cada pessoa igualmente. Esse princípio tem mais intimidade com as condições econômicas e financiamento da distribuição dos serviços de saúde – e só indiretamente com o tema em comento. Entretanto, tomado num sentido mínimo, tratar com justiça requer que os médicos tratem os pacientes com imparcialidade, sem preconceitos por conta de gênero, idade, raça, sexualidade ou situação financeira, requerendo um alto padrão de comportamento entre os profissionais médicos.³⁸

1.4 A autonomia do médico para conduzir a vertente técnica da relação médico-paciente

A relação médico-paciente imputa ao médico a autonomia para fazer com liberdade e independência, dentre aquelas consagradas e defensáveis para o caso prático colocado a seus cuidados, a escolha da proposta terapêutica, prescrevê-la e aplicá-la de modo consentido no organismo do paciente:

Essa independência também responde à natureza dessas profissões: como o cliente poderia confiar no profissional tão completamente quanto necessário se ele soubesse que estava subordinado a terceiros, cujos interesses frustrariam os seus? A natureza do relacionamento profissional também repugna a subordinação de uma das partes à outra: o cliente não vem pedir

³⁸ PENCE, 2015, p. 18.

conselhos e não dar ordens? Também a independência continua sendo a regra nas profissões liberais.³⁹

No Brasil, o Código de Ética Médica, no capítulo I, “Princípios Fundamentais”⁴⁰, estabelece que, salvo a situação de emergência, aspecto específico que foge ao foco desse trabalho, o médico não é obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje; não pode renunciar à liberdade profissional nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e correção de seu trabalho e deve lidar com seus colegas e outros profissionais com base no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

A independência não tem natureza absoluta de colocar a salvo de todo controle ético, porque toda e qualquer atividade humana que reivindique sua própria e legítima autonomia não pode deixar de encaixar-se na harmonia e subordinação ao critério supremo estabelecido pela ética. A independência, em vez de excluir, postula vigorosamente estrita dependência e amoldamento à ordem moral.⁴¹ Os médicos, em geral, não têm obrigação moral de satisfazer os desejos do paciente quando são incompatíveis com os padrões aceitos pela prática médica ou quando são contrários à consciência do médico.⁴²

Nessa linha de princípios, um dos sustentáculos do exercício da arte médica é a prerrogativa profissional de prescrever, com liberdade, dentre as terapias indicadas para combater o mal que aflige o paciente, e aplicá-la segundo sua consciência e habilidade profissionais, caso entendidas e consentidas pelo paciente. A discricionalidade que tonaliza o

³⁹ Tradução nossa de: “*Aussi bien cette indépendance répond à la nature de ces professions: comment le client pourrait-il se confier au professionnel aussi complètement que c'est nécessaire s'il le savait subordonné à un tiers dont les intérêts viendraient contrecarrer les siens? La nature de la relation professionnelle répugne également à une subordination de l'une des parties à l'autre: le client ne vient-il pas demander des conseils plus que donner des ordres? Aussi l'indépendance reste la règle dans les professions libérales.*” (SAVATIER, 1947, p. 63).

⁴⁰ Código de Ética Médica:

“Princípios Fundamentais:

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.”

⁴¹ NALINI, 2016, p. 560.

⁴² BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 314.

exercício da medicina é ampla e não se abate diante de orientações ou imposições⁴³ do paciente, um leigo na matéria, ou de colegas, tão independentes quanto o médico responsável⁴⁴, baseando-se na proporcionalização do binômio risco terapêutico em contraste com o risco da doença, num processo unindo a técnica médica aos deveres do humanismo médico, cuidando e velando pelo paciente com todo o zelo, diligência, prudência e cuidados sempre cobrados do profissional, funcione o tratamento ou não.⁴⁵

Mas a liberdade de prescrever não é absoluta, pois não admite expor o organismo do paciente a riscos desnecessários ou que tragam perigos, o que configura imprudência profissional, conduta de todo repudiada pela medicina e pelo Direito, clamando responsabilização diante de qualquer acidente de percurso. Por outro lado, e inversamente, se o médico se restringir a prescrever terapias e medicamentos já consagrados pela experiência da arte médica, que são reconhecidamente adequados a agir beneficentemente no controle da doença que acomete o paciente, e aplicá-las, obedecendo todos os cuidados recomendados pela medicina de forma consentida, não responderá ainda que a evolução não for a prevista e procurada.

Isso significa que a liberdade do médico na escolha do tratamento não conhece liberdade nem controle? Certamente não. Que nos referimos em particular à fórmula clássica do Tribunal de Cassação, para a qual o médico deve prestar ao paciente ‘seus cuidados conscientes e atenciosos e, reservas feitas a circunstâncias excepcionais, de acordo com os dados atuais da ciência’. Além disso, ele tem a livre escolha entre o novo método que lhe parece oportuno e outros tratamentos mais confirmados pela experiência. Mas, na presença de uma nova teoria e mais ou menos controversa, é necessário que o médico seja particularmente cuidadoso. [...] Além disso, quanto mais experimental ou violento for o tratamento, mais o médico deverá realizar um exame clínico sério do paciente. Isso significa que, em virtude dessa regra geral, o médico deve prosseguir com o tratamento imposto pelo uso. Mas os progressos médicos são constantes, os meios de

⁴³ “Sob a ótica do médico, a vontade do paciente não é por si só inteiramente soberana, porque o dever que tem para com seu ministério o obriga a nada fazer contra a saúde e a integridade do corpo do doente. [...] O dever profissional é de impor-se sobre a vontade do paciente e esclarecê-lo da má relação custo benefício, porque os benefícios advindos não se justificariam, e dirigi-lo para a decisão tecnicamente correta, pois, se o médico agir, nem o consentimento justifica sua ação, bem como também não o exime da indenização, ou até da prática de crime. Se o paciente não se der por convencido e permanecer na insistência, o médico tem o dever ético de renunciar a prosseguir com o atendimento. Ceder, não.” (CASTRO, 2005a, p. 122).

⁴⁴ Tanto é assim que prevê o Código de Ética Médica: “É vedado ao médico: Art. 52. Desrespeitar a prescrição ou o tratamento de paciente determinados por outro médico, mesmo quando em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível benefício para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável.” Notar que a exceção é aberta em prol – frise-se: indiscutível benefício – do paciente e obriga ao médico que, numa situação dessas, fizer a alteração na prescrição de outro colega a fazer a comunicação imediata a médico responsável.

⁴⁵ CASTRO, *op. cit.* p. 175.

quimioterapia são sem cessar mais consideráveis e os métodos de exploração clínica e técnicas cirúrgicas são aperfeiçoadas a cada dia. É, portanto, cada vez mais difícil especificar qual é o conteúdo dessas ‘coisas que é preciso saber’, de acordo com a expressão do promotor Dupin em 1835. Seu alcance era então limitado de outra maneira!⁴⁶

O médico, para tratar, vê-se na situação de testar técnicas e medicamentos no organismo do paciente, pois, como já explicitado, a obrigação contratual a ser cumprida pelo profissional é de meios para tentar chegar a um resultado positivo para o paciente. Esse tipo de experimentação não guarda qualquer relação com pesquisa médica (que foge ao escopo deste trabalho), porque, para tratar de um paciente, o médico não pode sacrificar sua saúde com a intenção projetada de salvar outras pessoas. É rigorosamente proibido experimentar a não ser em exclusivo benefício do próprio paciente e na expectativa de um resultado benéfico para o tratamento.

O médico não pode sacrificar a saúde de um homem para salvar outros. É proibido, em medicina, experimentar sempre que não envolver, *a favor do próprio paciente*, a esperança de um bem maior. Um experimento que não justificasse essa intenção geraria uma responsabilidade criminal ao mesmo tempo que uma responsabilidade civil.⁴⁷

Não faz, definitivamente, parte da liberdade de prescrever experimentar no organismo do paciente, o que pode levar à responsabilização penal⁴⁸ e civil do facultativo, que se assim

⁴⁶ Tradução nossa de: “*Est-ce à dire que la liberté du médecin dans le choix du traitement ne connaisse ni liberté ni contrôle? Assurément non. Que l'on se réfère notamment à la formule classique de la Cour de Cassation pour qui le médecin doit fournir à son malade ses 'soins consciencieux, attentifs et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données actuelles de la science'. Il a d'ailleurs le choix libre entre la méthode nouvelle qui lui semble opportune et d'autres traitements plus confirmés par l'expérience. Mais en présence d'une théorie nouvelle, et plus ou moins controversée, le médecin est tenu à une particulière circonspection. [...] Au demeurant, plus un traitement est expérimental ou violent, plus le médecin doit procéder à un examen clinique sérieux du malade. C'est dire qu'en vertu de cette règle générale tout médecin doit procéder au traitement imposé par les usages. Mais les progrès médicaux sont constants, les moyens de la chimiothérapie sont sans cesse plus considérables, et les méthodes d'exploration clinique et les techniques chirurgicales se perfectionnent chaque jour. Il est donc de plus en plus difficile de préciser quel est le contenu de "ces choses que l'on doit savoir", selon l'expression du procureur Dupin en 1835. Leur étendue était alors autrement limitée!*” (CHAMMARD, Georges Boyer; MONZEIN, Paul. *La responsabilité médicale*. Vendôme: Presses Universitaires de France, 1974. p. 122-123).

⁴⁷ Tradução nossa de: “*Le médecin ne peut sacrifier la santé d'un homme pour en sauver d'autres. C'est interdit, en médecine, l'expérimentation toutes les fois qu'elle ne comporte pas, en faveur du patient lui-même, l'espoir d'un bien supérieur. Une expérimentation que ne justifierait pas cette intention engendrerait une responsabilité pénale en même temps qu'une responsabilité civile.*” (SAVATIER, René; SAVATIER, Jean; AUBY, Jean-Marie; PEQUIGNOT, Henri. *Traité de droit médical*, Paris: Librairies Techniques, 1956. p. 249).

⁴⁸ “A publicação do *The British Journal* (Folha de S.Paulo, 26 jan. 1993) denuncia pesquisas feitas em vivos, sem a anuência dos pacientes e muito menos autorização dos órgãos oficiais que controlam a parte ética das pesquisas clínicas. Em nosso meio, o problema ainda é muito obscuro. Os fatos que volta e meia vêm a público referem-se mais ao comportamento dos que se arvoram em pesquisadores atrás de panaceias. Há também casos de médicos que receitam fórmulas secretas que são preparadas e vendidas por eles próprios ou prescritas em

agir violará esse cânone básico da medicina, até porque o primeiro dever do médico é não lesar (*Primum non nocere*, geralmente atribuído a Hipócrates [460 a.C. – 377 a.C., aproximadamente]), sempre acenado pelos profissionais de saúde em referência à necessidade de evitar riscos, custos e danos desnecessários aos pacientes ao fazer exames, diagnosticar, medicar ou fazer cirurgias.

Conforme sempre é pouco explicitar, a atividade do médico não tem e não pode ter característica mercantilista até em função da dignidade com que a profissão há que ser exercida associada ao fato de que lida com a saúde de seres humanos. Entretanto, da mesma forma que o ato médico não tem correspondência pecuniária direta, os honorários⁴⁹, termo utilizado em vez de salário para designar a remuneração dos profissionais liberais, não deixa de transparecer que a relação não é incompatível com certas particularidades econômico-financeiras importantes.

O Código de Ética Médica no art. 61 estabelece que é vedado ao médico deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos. Evidentemente, o vocábulo estimado denota que, como a obrigação é de meio, o profissional não tem como antecipar exatamente os gastos, mas significa também que o paciente não pode ser surpreendido com a conta incluindo itens não ajustados antes. Lembrar de que a relação há de ser inteiramente governada pela transparência, e este particular segue a regra geral. Essa problemática, nos dias de hoje, é bem presente, porque há casos em que os planos de saúde negam cobertura, ocasiões em que o médico deve comunicar o fato imediatamente ao paciente ou à sua família, porque os custos deverão ser suportados diretamente por eles, sem descartar a eventualidade de terem de recorrer ao Judiciário.

códigos para serem aviadas em determinadas farmácias. Os casos dessa natureza, que vê a público, são geralmente de âmbito policial.” (MORAES, Irary Novah. *Erro médico e a lei*. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Lejus, 1998. p. 436-437).

⁴⁹ “No entanto, os honorários pertencem necessariamente ao direito patrimonial. E o próprio fato de que o ato médico não é, a rigor, apreciável em dinheiro, exige que esses honorários sejam tão importantes para marcar o prestígio e garantir a independência do médico. Aqui, novamente, o direito positivo deve realizar a delicada conciliação de dois aspectos opostos das relações jurídicas nascidas da medicina, porque é verdade, ao mesmo tempo, que a medicina é uma profissão desinteressada e que, como quer, para quem exerce, honorários correspondentes à sua dignidade. Não é hipocrisia, mas a consciência de dois aspectos da mesma realidade.” Tradução nossa de: “*Pourtant, les honoraires appartiennent nécessairement au droit patrimonial. Et le fait même que l'acte médical n'est pas, à proprement parler, appréciable en argent, exige que ces honoraires soient assez importants pour marquer le prestige et assurer l'indépendance du médecin. Ici encore, le droit positif doit réaliser la conciliation délicate de deux aspects opposés des rapports juridiques nés de la médecine, car il est vrai, tout à la fois, que la médecine est une profession désintéressée, et que cependant elle veut, par celui qui l'exerce, des honoraires correspondant à sa dignité. Ce n'est pas une hypocrisie, mais la conscience de deux aspects d'une même réalité.*” (SAVATIER, René; SAVATIER, Jean; AUBY; PEQUIGNOT, 1956, p. 14).

1.5 O prontuário médico

O prontuário médico é o meio de o profissional manter um histórico clínico e aferir a assistência médica prestada, até para não cair no esquecimento e para consulta de outros médicos responsáveis pelo paciente, no qual se concentram as informações sobre tudo o que ocorrer no desenrolar da atividade de cuidar e tratar da pessoa. É um documento também importante no caso de o médico assistente ser substituído, servindo para o médico que assumirá o caso ter ciência de todas as intercorrências havidas para melhor cuidar e tratar do paciente. Tem também um papel fundamental de concentrar praticamente todos os dados eventualmente necessários para funcionar como prova administrativa ou judicial. Então, registrar no prontuário médico, no bojo do conjunto, é prover informação e está entre os deveres do médico.

Maria Helena Diniz fornece um conceito que acena com a possibilidade de o prontuário médico ser feito em meio informatizado, antecipando uma tendência que se manifesta fortemente atualmente:

O prontuário médico é um arquivo médico, em papel ou informatizado, contendo toda a documentação sobre os dados biomédicos, a prescrição terapêutica, os relatórios da enfermagem, da anestesia e da cirurgia e os resultados dos exames do paciente, tendo por objetivo facilitar a manutenção e o acesso às informações durante o atendimento ou tratamento.⁵⁰

Sem entrar nos pormenores técnicos acerca da elaboração pelo médico, o que escapa do tema, vale transcrever as palavras de Irany Novah de Moraes sobre a importância jurídica do prontuário médico como continente de todas as informações relevantes acerca do paciente, das intercorrências, das orientações fornecidas ao paciente e demais profissionais envolvidos, bem como dos tratamentos ministrados configurando, assim, um documento de extrema relevância probatória:

O prontuário, teoricamente completo, traz todas as indicações do que dever ser feito, o que dá a ideia mais próxima da importância e valor dessa peça como documento de extrema autenticidade para dirimir qualquer dúvida que porventura apareça quanto aos procedimentos médicos e às respostas do organismo do paciente. [...]. Como disse, nos processos contra o médico, o

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 527.

paciente tem de provar que o médico agiu com imprudência, negligência ou imperícia e o advogado do reclamante deve apresentar provas de que houve o erro de conduta pelo qual ele saiu prejudicado. Nesse ponto, vale insistir, o que tem valor decisivo é o prontuário médico do paciente, no qual se podem colher as provas que negam a responsabilidade do médico. Graças aos prontuários, os médicos podem provar que seus cuidados foram aprimorados e que as medidas tomadas eram adequadas ao quadro clínico que o paciente apresentava naquele momento. Mas se nada constar, o médico perde a possibilidade de poder comprovar o que realmente fez e, nesse caso, a alegação do paciente passa a ter maior validade do que a memória do médico que, na oportunidade certa, não registrou o fato no lugar adequado.⁵¹

O art. 1º da Resolução CFM nº 1.638/02⁵² define prontuário médico como

o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

Já no art. 2º, a Resolução determina que a responsabilidade pelo prontuário médico cabe: ao médico assistente e aos demais profissionais que o compartilham; à hierarquia médica da instituição, nas suas respectivas áreas de atuação, que tem como dever zelar pela qualidade da prática médica ali desenvolvida; e à hierarquia médica constituída pelas chefias de equipe, chefias da Clínica, do setor até o diretor da Divisão Médica e/ou diretor técnico.

Sobre esse nevrálgico tema, vale destacar a existência, além obviamente do Código de Ética Médica, dos seguintes instrumentos normativos:

- a) Lei nº 13.787/18, dispendo sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente⁵³;
- b) Lei nº 13.709/18, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)⁵⁴;

⁵¹ MORAES, 1998, p. 178-179.

⁵² Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁵³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13787.htm. Acesso em 10 ago. 2020.

⁵⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

- c) Resolução CFM nº 1.821/07, aprovando as normas técnicas concernentes à digitalização e ao uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde⁵⁵.

O prontuário médico é de elaboração obrigatória (vide Código de Ética Médica, art. 87, *caput*) pelo médico, porque, em função do princípio da transparência que deve governar a relação médico-paciente, o paciente tem direito a que as providências sejam todas do conhecimento dele e de algum outro médico que queira consultar para ter uma segunda opinião e também, se o caso, auditadas para detectar se não houve algum descuido que tenha trazido prejuízo a ele, funcionando, então, como meio de prova para ambas as partes da relação jurídica. O Código de Ética Médica (art. 87, *caput*) toca, inclusive, num ponto crucial, que é a legibilidade do documento. A má legibilidade dos registros, orientações e prescrições feitas pelo médico no prontuário médico, receitas, dosagens de medicamentos, qualquer documento profissional médico, enfim, caso sendo difícil de ler a ponto de levar à má interpretação ou à confusão pode, por si só, responsabilizar o médico pela imprudência de redigir de modo a dificultar a leitura, na medida em que sabe que outros terão que consultar o documento e tomar providências seguindo estritamente o indicado.

Cada paciente tem de ter aberto para si um prontuário médico, valendo dizer que é vedado que haja algo como livro de ocorrências envolvendo registro de todas as providências envidas em prol todos os pacientes atendidos pelo médico ou pela instituição onde estejam sendo tratados.

As anotações devem ser feitas tão imediatamente quanto possível, de modo resumido que seja, mas espelhando a realidade de todos os ocorridos, compreendendo-se, porque a saúde do paciente vem sempre em primeiro lugar, que em certas ocasiões os procedimentos devem ser executados logo, com a urgência possível, antes mesmo de serem prescritos no prontuário, mas ficando o profissional obrigado a fazer todos os registros dos dados referentes ao atendimento após superada a dificuldade e encaminhadas as providências pertinentes.

⁵⁵ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1821>. Acesso em: 10 ago. 2020.

O exercício da medicina no Brasil é privativo dos inscritos no Conselho Regional de Medicina (CRM) com jurisdição na respectiva unidade da Federação, motivo pelo qual só quem ostenta essa qualidade pode lançar, de modo legível, anotações e prescrições no prontuário médico, fazendo-as em ordem cronológica, inserindo data e hora, assinando e incluindo o número do registro no CRM. O médico deve ser claro, inequívoco, preferencialmente conciso e escrever em termos acessíveis à compreensão do paciente, bem como, se usar abreviações que sigam as convenções comuns, adotando o cuidado especial de usar meios de anotar com tinta indelével e que permaneçam legíveis quando o original for copiado ou fotografado.

As informações sobre exames, diagnóstico, prognóstico, procedimentos, riscos etc. podem ser passadas verbalmente, até porque não há determinação legal de fazê-lo por certo meio ou de determinada forma e tampouco há lei determinando o registro escrito no prontuário médico do paciente. Em termos de direito, face à inexistência de regramento legal específico para regular o dever de informar e a colheita do consentimento prévio, livre e informado na relação médico-paciente e dado o fato de a relação ser de consumo, é o Código de Defesa do Consumidor que agrega as regras específicas e hábeis a proteger a hipossuficiência e a vulnerabilidade do consumidor, com enfoque numa perspectiva da relação contratual, em que é dada prevalência ao interesse social.

O registro escrito no prontuário médico dando conta de haver o médico passado as informações – por escrito ou verbalmente – para o paciente e, se e quando o caso, para familiares ou representante legal é providência importante tanto para o paciente quanto para o médico, mas adquire importância vital para o médico se proteger de eventual acusação de não as haver prestado a contento mesmo o tendo feito. Obviamente, não ter registro destacado no prontuário médico do fornecimento das informações não autoriza concluir pela falta delas, porque há outros meios de prova para demonstrar haver o médico se desincumbido desse dever, mas a posição do profissional vai se fragilizando. Fica, então, evidente que o prontuário médico bem feito pelo profissional é um documento fundamental que delinea todo o curso das atividades profissionais durante a relação médico-paciente e pode vir a ser um meio de prova primordial numa eventual ação judicial em que seja imputada falta de informação prévia quando da colheita do consentimento prévio, livre e informado.

Quanto ao sigilo do prontuário médico, não bastassem todos os outros institutos jurídicos e o vasto conjunto normativo determinando a manutenção do sigilo profissional das informações conhecidas porquanto do exercício de profissão, o art. 85 do Código de Ética Médica vem acrescentar que é vedado ao médico permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade. Ou seja, de maneira curta e grossa: o prontuário médico não pode ser objeto de curiosidade nem de outros médicos, a não ser aqueles envolvidos no tratamento, e nem de outros profissionais nessas mesmas condições.

Pode acontecer que seja necessário suprir a mídia com informações sobre o estado de saúde de pessoas que, pela posição por elas ocupada ou importância no cenário nacional, tornam-se objeto da curiosidade pública, despertando a atenção dos órgãos de imprensa quando se submetendo a tratamentos médicos ou mesmo quando estejam internadas. Para isso existe o boletim médico, consistindo em um breve relato por intermédio do médico, que presta informações sobre as condições de um determinado paciente, destacando que, por mais que a figura seja pública, existe sempre uma esfera íntima, pertencente ao campo dos direitos da personalidade, que deve ser preservada da curiosidade pública, ainda mais num momento em que aquele ser humano está doente, fragilizado, desorientado, deprimido, angustiado e incerto quanto ao dia de amanhã.

O boletim médico não é um vazamento de informações contidas no prontuário médico para a imprensa, mas um meio de dar a conhecer sobre a evolução do estado de saúde e tratamento de pessoa sobre quem a imprensa manifesta interesse em nome do direito de informar, pleito que se contrapõe à manutenção do sigilo profissional. Primeiramente, o boletim médico é um documento médico e, como tal, deve ser obediente ao sigilo profissional, bem como aos ditames do art. 80 do Código de Ética Médica. Assim, deve corresponder à verdade e não ser tendencioso, seguindo o princípio maior estabelecido no *caput* e no parágrafo único do art. 73 do Código de Ética Médica, no sentido de proibir ao médico de revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão – salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente –, proibição esta que não cede ainda que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido.

No contexto dos direitos do paciente, não há que se falar em elaboração de boletim médico sem envolver o paciente, seus familiares ou, eventualmente, seu representante legal, porque há que ser colhido o consentimento por escrito acerca do conteúdo antes da divulgação para a imprensa e a quem mais se interesse pelo assunto. A Resolução CFM nº 1.974/11⁵⁶ estabelece, dentre outros, os critérios norteadores da divulgação de assuntos médicos, visando a coibir o sensacionalismo e autopromoção, e impõe no art. 11 que a elaboração de documentos médicos deve ser sóbria, impessoal e verídica, bem como alerta mais uma vez para a necessária preservação do sigilo profissional. No caso de paciente internado em estabelecimento de saúde, o boletim médico deverá, sempre, ser assinado pelo médico assistente e subscrito pelo diretor técnico médico da instituição, a quem também cabe a responsabilidade pelo prontuário médico, nos termos do art. 2º da Resolução CFM nº 1.638/02⁵⁷.

Como o prontuário médico é um banco de dados onde há todas as informações sobre o paciente, não é e nem pode ser secreto para ele – paciente – e é vedado ao médico interditar-lhe ou, na sua impossibilidade, ao seu representante legal o acesso ao seu prontuário, bem como é direito seu solicitar e obter cópia integral, assegurado a ele receber do médico as explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros (art. 88 do Código de Ética Médica).

Não é incomum ouvir acusações, quando vem à baila imputação de erro médico, de que teria havido tentativa de tratar o prontuário médico como documento exclusivamente de acesso aos médicos e inacessível ao paciente, ou seu representante legal, ou mesmo familiares. Nesses casos, além da infração administrativa que advém do descumprimento do dispositivo expresso no art. 88 do Código de Ética Médica, o Código de Defesa do Consumidor prevê como crime no art. 72 “impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros”; se outras pessoas, qualquer forma, concorrerem para o impedimento ou dificuldade descrita no art. 72 incidirão nas mesmas penas na medida de sua culpabilidade (art. 75 do CDC).

⁵⁶ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2011/1974>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁵⁷ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>. Acesso em: 30 set. 2020.

Se o paciente formulou algum desejo ou ministrou alguma instrução de como ser tratado no caso de ficar em estado físico ou mental de não ter como apreciar o conjunto informativo a ele dado e decidir congruentemente sobre certos assuntos que adquirem suprema importância nessas circunstâncias, o médico deve registrar com minúcia no prontuário médico, até para se opor a algum familiar ou representante legal, porque a vontade do paciente se sobrepõe a de todas as outras pessoas e pode, numa circunstância nevrálgica como estar gravemente doente, alterar o desejo antes manifestado até por escrito. Se houver documento apresentado diretamente pelo paciente ao médico, uma cópia deve ser juntada ao prontuário; caso uma pessoa que não o paciente apresente o documento e o paciente estiver em condições de decidir, o médico deve esclarecer com ele tudo acerca do documento, eventualmente até orientando com pormenores sobre o conteúdo, para saber se aquelas são mesmo as instruções que ele efetivamente quer ver cumpridas ou se ele desistiu delas, portanto, é só juntar ao prontuário médico depois de confirmar que são mesmo os desejos do paciente e o documento continua válido.

1.6 O consentimento prévio, informado e livre

O dever de informar, somado ao respeito à autonomia, cobra aquiescência do paciente depois de ser munido com as informações para o que se pretende, bem como ter todas as dúvidas solucionadas para a proposta de tratamento e cuidados, em todas as fases, sendo elementar à boa relação médico-paciente. Não se exige forma legal particular para o médico colher o consentimento do paciente, sendo, entretanto, comum pedir ao paciente que assine um formulário, um documento no qual pode ser especificado precisamente o que tiver sido dito para o paciente e estabelecer expressamente o que está sendo consentido. Além do mais, como o consentimento deve ser dado pelo paciente para todos os passos do tratamento, obtê-lo para cada procedimento médico é salutar, em vez de confiar no fato de que o paciente consentiu em procedimentos semelhantes no passado e não estaria se opondo no presente. O consentimento pode ser expresso ou tácito, como no caso de o médico propor uma injeção e o paciente nada diz, mas arregaa a manga da camisa e exhibe o braço para o médico, situação em que o paciente embora não tenha dito “sim” manifestou ações concretas coerentes com consentimento. Entretanto, se o paciente fica imóvel diante da seringa e o médico aplica a injeção, é verdade que o paciente não se opôs à proposta, mas isso é insuficiente para concluir que o ato foi consentido. O problema que pode se colocar é diferenciar, o que ficará a cargo

do juiz, se houve uma sucessão de fatos tacitamente consentidos ou de uma reiterada violação do bem jurídico de pessoa que não queria, absolutamente, aquiescer e teve o bem jurídico malferido.⁵⁸

De todo modo, a forma mais segura é obter o consentimento por escrito do paciente e anexá-lo ao prontuário médico, porque quando não há consentimento por escrito, o médico fica exposto a eventual alegação de que o procedimento não foi consentido.⁵⁹

O consentimento dado é uma decisão que pode ser alterada a qualquer momento pelo paciente, que conserva sua liberdade para retirá-lo a qualquer momento. Então, se o paciente está em condições de decidir, seria ilegal para o profissional médico continuar o tratamento, a menos que acreditasse que, no momento da retirada, o paciente não tinha capacidade, porque privado ainda que temporariamente dela.⁶⁰ É o caso, por exemplo, de o paciente marcar a retirada de uma pinta e, no dia do procedimento, logo antes de o médico começar a operação, informar que desistiu.

O instituto do consentimento livre, informado e esclarecido teve origem nos Estados Unidos, após o mundo tomar conhecimento, desde os julgamentos de Nuremberg dando a conhecer relatos atrozos de experiências nos organismos de pessoas presas em campos de concentração, e segue uma linha orientativa que vigora até os dias de hoje, levando a dar prevalência ao princípio que assegura o respeito à autonomia, concretizando uma posição no sentido de que o ser humano tem o direito de existir livre de interferências, que ele não consinta e nem se alinhem aos seus desígnios pessoais, na medida em que fere o princípio básico da moralidade forçar alguém a agir contra a própria vontade. O termo de consentimento informado não apareceu até cerca de uma década depois dos julgamentos de Nuremberg, só recebendo atenção detalhada após 1972, deslocando o foco da obrigação que o médico tem de revelar a informação para o paciente e centrando-o para a qualidade do que o paciente entende e consente⁶¹. Foi uma tomada de consciência de que todo ser humano adulto, com mente apta a compreender e decidir, tem o direito de determinar o que será feito no seu próprio corpo vivo e até com seu corpo após a morte.

⁵⁸ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 154.

⁵⁹ HERRING, Jonathan. *Medical Law and Ethics*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 171-172.

⁶⁰ *Ibid.*, p.173.

⁶¹ BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 162.

A identificação do instituto do consentimento informado provocou uma guinada na relação médico-paciente ao estabelecer um limite bem nítido proporcionado pelo respeito à autonomia ante a tomada de iniciativas ou decisões dos médicos e é uma das forças que está transformando as atitudes dos médicos para com os pacientes, familiares e responsável legal. Hoje, o paciente tem direito ao consentimento informado, e o médico tem o dever moral e jurídico de assegurá-lo ao paciente.

A abordagem aceita da definição do *consentimento informado* tem sido a que especifica os elementos do conceito, em particular dividindo-os em componente de *informação* e componente de *consentimento*. O componente de informação refere-se à revelação da informação e à compreensão daquilo que é revelado. O componente de consentimento refere-se a uma decisão e uma anuência voluntárias do indivíduo para se submeter a um procedimento recomendado. A literatura legal, regulamentária, filosófica, médica e psicológica tende a favorecer como os componentes analíticos do consentimento informado os seguintes elementos: (1) Competência; (2) Revelação; (3) Entendimento; (4) Voluntariedade; (5) Consentimento. Esses elementos são então apresentados como a matéria-prima da definição do consentimento informado. Um indivíduo dá um *consentimento informado* para uma intervenção se (e, talvez, somente se) for capaz de agir, receber uma exposição completa, entender a exposição, agir voluntariamente e consentir na intervenção.⁶²

Os autores de ética biomédica costumam apontar seis efeitos positivos para o consentimento informado⁶³:

- a) protege a autonomia individual;
- b) protege o *status* de ser humano do paciente;
- c) evita fraude ou compulsão;
- d) encoraja os médicos a considerar cuidadosamente suas decisões;
- e) impõe compartilhar racionalmente a tomada de decisão pelo paciente;
- f) envolve o público, de maneira geral, com a medicina.

O consentimento informado pode ser visto sob dois enfoques. Primeiramente deve ser visto como mais que uma expressão de concordância ou aderência a uma proposta, devendo ir além, configurando uma autorização por meio de um ato de consentimento calcado em

⁶² BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 165.

⁶³ FURROW, Barry R.; JOHNSON, Sandra H.; JOST, Timothy S.; SCHWARTZ, Robert L. *Health law cases, materials and problems.*, Saint Paul, Minn.: West Publishing, 1991. p. 321.

informação prévia e expresso com voluntariedade. Então, o consentimento informado, nesse primeiro sentido, ocorre se e somente se um paciente entendendo substancialmente e numa essencial ausência de controle ou imposição por parte de outros, numa atitude intencional autoriza o profissional a fazer algo. Num segundo sentido, o consentimento informado pode ser focado como a concessão de um consentimento legal e juridicamente válido para que se aja sobre o organismo do paciente, porque alguém pode com toda autonomia consentir (conforme o primeiro sentido, um jovem de 15 anos, por exemplo) sem que essa manifestação de vontade seja suficiente para, com fundamento na legislação, permitir qualquer intervenção no organismo dele⁶⁴.

Nesse segundo sentido, é importante anotar a existência e a necessidade de cumprir o Código Civil, que prevê o instituto da tomada de decisão apoiada em conjunto com a Lei nº 13.146/13, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que considera “pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, fazendo, em termos gerais, com que a obtenção do consentimento da pessoa com deficiência aconteça assegurando-se o seu envolvimento no maior grau possível e, na parte jurídica, que ela seja suprida na forma prevista em lei, devendo esse consentimento ser prévio, livre e esclarecido. Somente nos casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis, o art. 13 do Estatuto da Pessoa com Deficiência autoriza a agir sem consentimento prévio, livre e esclarecido.

Tendo como referência a legislação do Reino Unido, Jonathan Harris⁶⁵ explica que o General Medical Council (GMC) estabeleceu os seguintes parâmetros para o médico informar e colher o consentimento do paciente. Primeiramente, o médico e o paciente conversam sobre a condição do paciente, levando em consideração o histórico médico, as opiniões, a experiência pessoal e o conhecimento do paciente. Com seu conhecimento técnico e

⁶⁴ Sobre o tema incide o art. 3º do Código Civil, que reputa absolutamente incapaz somente o menor de 16 anos de idade. Pela legislação vigente, segundo alteração introduzida pelo Estatuto da pessoa com deficiência, são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (inciso III do art. 4º), o que faz concluir que, independente da deficiência, não há pessoa absolutamente incapaz que tenha mais de 16 anos de idade.

⁶⁵ HERRING, 2016, p. 156-157.

experiência, considerando as visões e o entendimento do paciente sobre sua condição, o médico faz o julgamento clínico para identificar quais exames investigativos ou tratamento provavelmente resultarão em benefício geral para a saúde do paciente. O médico deve explicar a ele as opções, definindo os benefícios esperados, delimitando os riscos possíveis, custos e efeitos colaterais de cada opção, incluindo a opção de não ser feito qualquer tratamento.

O médico pode, a seu juízo e com base na confiança advinda da relação médico-paciente, recomendar uma opção específica, a que julgar ser a melhor para o paciente, mas não cabe pressioná-lo para aceitar seus conselhos e recomendações. O paciente, então, sopesa os possíveis benefícios em contraposição aos riscos e encargos das várias opções, bem como quaisquer questões não clínicas relevantes para ele. O paciente decide se aceita alguma das opções e, em caso afirmativo, qual delas, salientando-se que ele tem o direito de aceitar ou recusar uma opção por um motivo que possa parecer irracional para o médico ou mesmo sem oferecer motivo ou justificativa.

Vale também realçar que, se o paciente solicitar um tratamento que o médico considere que não seria de benefício geral para ele, o profissional deve esclarecer para o paciente e discutir os problemas com ele, bem como explorar os motivos da solicitação tecnicamente não indicada. Se, após discussão e esclarecimentos, o médico ainda considerar que o tratamento não será benéfico para o paciente, não precisará receitá-lo, explicando seus motivos ao paciente e sugerindo quaisquer outras opções disponíveis e tecnicamente indicadas, incluindo a opção de buscar uma segunda opinião. A orientação do General Medical Council (GMC) deixa claro que o médico não pode, unilateralmente, ministrar tratamento por entender que seria bom para o paciente, porque o paciente é quem decide se vai ou não receber o tratamento proposto pelo profissional.

1.6.1 A manifestação antecipada de vontade

A pessoa, no gozo de suas faculdades mentais, pode manifestar-se, expressa e antecipadamente, acerca dos cuidados, tratamentos, exames, medicações e procedimentos a que deseja – ou não deseja – ser submetida quando estiver, em função de doença grave (com prognóstico fatal ou fora de possibilidades terapêuticas), impossibilitada de manifestar livre e

conscientemente sua vontade, até porque os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais, inúteis ou obstinadas e que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios.

São conhecidos dois tipos de diretrizes antecipadas para que decisões sejam tomadas por pacientes incapacitados, de acordo com o caráter do paciente e tentando dar uma confiabilidade no sentido de que serão atingidos, ainda que de modo imperfeito, resultados corretos: a) testamentos vitais (*living wills*); b) procurações duráveis (DPA – *durable power of attorney*, nos EUA, e LPA – *lasting power of attorney*, no Reino Unido).

A manifestação antecipada de vontade é um gênero que comporta várias espécies de providências formais ou mesmo orientações verbais do paciente para o seu médico de como tratá-lo em certas situações em que esteja privado de meios ou capacidade para consentir validamente. O art. 41 do Código de Ética Médica indica bem claramente que o médico deve, nos casos de doença incurável e terminal, levar sempre em consideração a vontade expressa (sem especificar se por intermédio de documento escrito ou manifestação verbal) do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

O médico, dentre as informações que deve passar ao paciente precisa sempre, com o tato que a situação requerer, aventar que há a possibilidade de ser feita disposição formal, expressa e antecipada sobre diretivas de como proceder quanto a certas propostas diagnósticas ou terapêuticas no caso de ficar incapacitado de exprimir sua vontade e consentir com tratamentos e medicações desproporcionais e obstinados.

No Brasil, há uma regra que especifica e dá concretude ao princípio do respeito à autonomia conferindo-lhe mais conteúdo, que é: “Seguir a diretriz antecipada do paciente sempre que ela seja clara e relevante.”⁶⁶ Nessa linha, a Resolução CFM nº 1995/2012⁶⁷ regulamenta a possibilidade de o paciente estabelecer diretivas antecipadas de vontade fixando, prévia e expressamente, o conjunto de desejos, cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber quando estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. São vários os instrumentos conhecidos para manifestar desígnios antecipadamente.

⁶⁶ BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 56.

⁶⁷ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 10 ago. 2020.

A Resolução CFM nº 1.995/12⁶⁸, tratando da definição de diretivas antecipadas de vontade, fundamentou a expedição da orientação administrativa aos médicos com os seguintes considerandos:

- a) inexistência de regulamentação sobre normas diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira;
- b) necessidade de disciplinar a conduta do médico em situações envolvendo manifestações antecipadas de vontade do paciente;
- c) a relevância da questão do respeito à autonomia do paciente no âmbito da relação médico-paciente, bem como sua interface com o que ocorre no bojo prático da relação médico-paciente em contraposição com a manifestação antecipada de vontade;
- d) necessidade de prover orientação para o médico que se defronte na prática profissional com situação de ordem ética não ainda prevista na atual regulamentação nacional;
- e) atentar para possibilidade permitida pelos novos recursos tecnológicos da adoção de medidas desproporcionais e obstinadas que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas expressamente por ele por meio de uma manifestação antecipada.

O Código Civil, no art. 682, prevê que cessa o mandato “pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir poderes”. É um problema sério para encarar juridicamente a manutenção de uma procuração convencional nos casos em que o paciente entra num estado que o incapacita irremediavelmente de consentir.

Em Portugal, uma mudança legislativa de 2012 trata do problema expressamente e fornece uma solução jurídica: a Lei nº 25/2012⁶⁹, que estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regulando também a nomeação de procurador de cuidados de saúde. A mesma lei cria, no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, o Registo (*sic*) Nacional do Testamento Vital, com a finalidade de receber, registrar, organizar e manter atualizada – quanto aos cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas residentes em Portugal – a

⁶⁸ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em 23 set. 2020.

⁶⁹ Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/25/2012/07/16/p/dre/pt/html>. Acesso em: 23 set. 2020.

informação e a documentação relativas ao documento de diretivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde.

Pela legislação portuguesa, o art. 2º da Lei nº 25/2012 estabelece que as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio paciente, formalizado através de escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente. A lei permite que constem do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, nomeadamente:

- a) não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;
- b) não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem a retardar o processo natural de morte;
- c) receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;
- d) não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;
- e) autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos.

No artigo 12º da citada lei há referência à Procuração de Cuidados de Saúde, definida como o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autônoma a sua vontade. Em função da existência da Procuração de Cuidados de Saúde, as decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde, dentro dos limites dos poderes representativos que lhe

competem, devem ser respeitadas pelos profissionais que prestam cuidados de saúde ao outorgante e, em caso de conflito entre as disposições formuladas no Testamento Vital e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento.

Em função da confidencialidade das informações contidas no Registo Nacional do Testamento Vital, pelo artigo 13º da Lei nº 25/2012, o outorgante do documento de diretivas antecipadas de vontade e/ou procuração de cuidados de saúde, ou o seu procurador, podem solicitar, a qualquer momento, a consulta ou a entrega de cópia, assim como o médico – responsável pela prestação de cuidados de saúde à pessoa incapaz de expressar de forma livre e autônoma a sua vontade – pode fazer consulta ao Registo e, caso se verifique a existência de documento de diretivas antecipadas de vontade e/ou procuração de cuidados de saúde, providenciará a anexação ao prontuário médico do paciente outorgante.

A legislação portuguesa abre espaço para a participação de médico para informar a pessoa sobre as peculiaridades das decisões que podem ser inseridas e, no caso de o outorgante recorrer à colaboração de um profissional médico para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, a identificação e a assinatura do médico podem constar no documento, se for essa a opção do outorgante e do médico.

Tendo em conta a regulamentação inglesa, Jonathan Herring coloca analiticamente um balizamento tentando objetivar como cuidar de casos quando o paciente estiver incapacitado. São eles⁷⁰:

- a) A legislação do Reino Unido permite lavrar, obedecidas estritas formalidades especificadas na lei para elaboração e registo, manifestação antecipada aos maiores de 16 anos e que não tenham prejuízo prévio de capacidade.
- b) Só se deve recorrer à decisão antecipada se na ocasião de tomar a decisão sobre ministrar o tratamento o paciente não tiver capacidade para consentir. Assim, se o paciente tomou decisão antecipada de não ser submetido a transfusão de sangue, mas se no momento concorda com as ponderações do médico e consente, a decisão antecipada tem de ser vista como superada e ser ignorada.

⁷⁰ HERRING, 2016, p. 183.

c) As decisões antecipadas permitem apenas estabelecer diretivas negativas, ou seja, no sentido de recusar esse ou aquele tratamento. A decisão antecipada não é mecanismo para afastar a liberdade de prescrever do médico e impingir ao profissional a fornecer certo tratamento. Pode acontecer que a decisão antecipada seja no sentido de que certo tratamento seja ministrado por um certo período.

Se a decisão antecipada rejeitar algum tratamento que salva vidas, essa rejeição deve ser feita por escrito, assinada pelo paciente e testemunhada por terceiros, com destaque de que a diretiva deve ser seguida mesmo que sua vida esteja em risco.

d) Se não for tratamento que salva vidas, a decisão manifestando a vontade não precisa ser escrita, pode ser verbal.

e) A decisão antecipada não pode recusar o consentimento para os cuidados básicos ou essenciais para manter a pessoa confortável, não sendo possível, por exemplo, repelir: aquecimento, abrigo, ações de asseio e higiene, oferta de comida e água por via oral. O outorgado não tem poder para autorizar a concessão ou recusa de consentimento à realização ou à continuação do tratamento de manutenção da vida, a menos que o instrumento contenha disposições específicas para esse efeito. Portanto, se o paciente desejar que seu procurador seja capaz de recusar o consentimento ao tratamento de manutenção da vida, a LPA deve declarar isso especificamente.

f) A decisão antecipada fica afastada e tida como inválida se:

- o paciente, com capacidade, retirou a decisão antecipada ainda que verbalmente;
- o paciente fez uma procuração durável (LPA – *Lasting Power of Attorney*), dando ao mandatário o poder de tomar a decisão em questão;
- o paciente praticou ato ou conduta que seja claramente incompatível com a diretiva antecipada. O autor inglês menciona exemplo de mulher que, quando era testemunha de Jeová, tomara a decisão antecipada de, mesmo se viesse a morrer, não ser submetida a transfusão de sangue. Posteriormente, casou-se com um muçulmano e abraçou o islamismo. A Corte considerou essa mudança de religião associada a outras evidências e entendeu que a decisão antecipada não valia mais. Ou seja, na dúvida, presume-se em favor da vida.

A American Medical Association – AMA⁷¹ tem um enfoque um pouco diferente, envolvendo o médico mais direta e profundamente, explicando que, embora geralmente seja pensado principalmente para paciente terminal ou com condições médicas crônicas, o planejamento antecipado do atendimento é valioso para todas as pessoas, independentemente da idade ou do estado de saúde atual. Fazer um planejamento antecipado acerca das decisões sobre cuidados no caso de uma doença ou lesão com risco de vida abre espaço para a pessoa ter oportunidade de refletir e expressar os valores que deseja que governem os cuidados a ela destinados, de articular os fatores que são importantes para a qualidade de vida e o que entende como qualidade de vida.

É importante ressaltar que essas discussões também dão ao indivíduo a oportunidade de identificar quem ele gostaria que tomasse decisões por ele caso não tenha capacidade de tomar decisões. Conversar com o paciente sobre como ele gostaria – ou não gostaria – de ser tratado no caso da recuperação de uma doença ou lesão dá ao médico a oportunidade de abordar as preocupações, ansiedades e expectativas do paciente e esclarecer mal-entendidos que o indivíduo possa ter sobre condições, opções de tratamento ou intervenções médicas específicas. Deixar o paciente à vontade e até mesmo incentivá-lo a compartilhar seus pontos de vista com sua família ou outros membros do seu círculo íntimo e registrá-los com antecedência, bem como nomear alguém para decidir por ele nessas situações, ajuda a garantir seus próprios valores, objetivos e preferências, assim como que o paciente informe suas decisões sobre cuidados que deseja, ou não, quando não puder decidir por ele mesmo.

O médico, por seu lado, deve reconhecer, no entanto, que paciente e família abordam a tomada de decisões de maneiras muito diferentes, informados pela cultura, tradições de fé, experiência de vida e recursos financeiros, e deve ser sensível às situações e preferências individuais de cada paciente ao abordar a discussão sobre o planejamento de cuidados no final de vida. O médico deve explicar como as diretivas antecipadas, articuladas de forma escrita pelo paciente, são usadas como instrumentos auxiliares na orientação das decisões de tratamento, em colaboração com o próprio paciente enquanto ele ainda tiver capacidade de decidir preservada ou com o representante nomeado quando não mais a tiver, envolvendo o decisor substituto nesse contato tanto quanto possível e explicando ao substituto suas responsabilidades nas eventuais decisões a tomar. Todos os contatos e respectivas anotações

⁷¹ Disponível em: <https://www.ama-assn.org/system/files/2019-06/code-of-medical-ethics-chapter-5.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

sobre o planejamento antecipado de cuidados devem ser registrados no prontuário médico, assim como o detalhamento dos valores do paciente, preferências de tratamento, nome do representante indicado para tomar as decisões substitutas quando o paciente não mais tiver a capacidade de decidir preservada.

Se o paciente tiver um documento prévio da diretiva ou uma designação de representante feita em procuração, deve ser incluída uma cópia no prontuário ou feita referência específica sobre sua existência. O paciente deve ser incentivado, também, a dar cópia desse documento ao seu substituto designado e a outras pessoas que possam ajudar a garantir que suas decisões sejam levadas em consideração.

Em respeito à autonomia e abrindo oportunidade de o paciente mudar de ideia ou mesmo rever suas diretivas prévias, o médico deve sempre revisar com ele seus objetivos, preferências e substituto escolhido, porque não é raro mudarem com o passar do tempo ou com o agravamento do estado de saúde e promover imediata atualização do contido no prontuário médico para que os registros reflitam exatamente seus desejos mais atuais. Se for o caso e a pedido, o médico pode ajudar o paciente a atualizar sua diretiva antecipada ou a designação de substituto, envolvendo o substituto nessas revisões sempre e tão logo que possível.

De todo modo, uma diretiva antecipada nunca tem precedência sobre os desejos contemporâneos de um paciente que tenha a capacidade de decidir preservada. Cumpre ressaltar que, em emergências, quando o paciente não é capaz de participar de decisões de tratamento e não houver uma diretiva substituta ou antecipada disponível para orientar as decisões, os médicos devem fornecer intervenções clinicamente apropriadas quando urgentemente necessárias para atender às necessidades clínicas imediatas.

Como essas diretivas antecipadas são para serem cumpridas se e somente se o paciente estiver incapacitado para compreender e decidir, o médico deve estar sempre se comunicando com o paciente, mantendo-o rigorosamente informado acerca do que está acontecendo e indagando sempre sobre o que foi compreendido, porque, se o paciente mostrar-se com capacidade preservada, qualquer diretiva pode ser superada por manifestação verbal que seja,

desde que consciente e inequívoca. Deve-se enfatizar que uma decisão antecipada não pode permitir que o profissional médico pratique um ato que apresse a morte do paciente.

Beauchamp e Childress discutem o problema da decisão substituta quando o paciente incapacitado não deixou diretrizes antecipadas – quem deve ser informado e tomar as decisões e quem essa pessoa deve consultar. Hoje em dia, o termo “família” tem se tornado um pouco impreciso por causa do conceito haver sido alargado para comportar uma série de situações antes não previstas na antiga acepção jurídica de família. Era mais fácil tratar objetivamente uma decisão desse jaez porque o Código Civil de 1916 estabelecia, no art. 229, que o casamento criava a família legítima. Hoje, além da família constituída pelo casamento, os §§ 3º e 4º do art. 226 da CF/88 dão uma amplitude muito maior ao conceito, ao reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, assim como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Ademais, há decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) admitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Os autores estadunidenses propõem uma lista de qualificações para quem for atuar como responsável por pacientes incapazes. Para eles, a pessoa que for assumir a posição deverá:⁷²

- a) ter a habilidade de fazer julgamentos sensatos (capacidade);
- b) estar munida de conhecimento e informações adequados;
- c) ter condições de agir com estabilidade emocional;
- d) ser alguém que tenha compromisso com os interesses do paciente incapaz, que seja isento de conflitos de interesses e de influências controladoras por parte daqueles que poderiam não agir no melhor interesse do paciente.

E, nesse cenário, o papel da família do paciente deve ser visto presumivelmente como o central, primário, tendo em vista a esperada – mas não necessária – identificação com seus mais caros interesses, do conhecimento íntimo de seus desejos, dos vínculos emocionais com ele, da profunda preocupação com o bem dele. Há casos em que o médico, referem os autores, se sente corretamente obrigado a não acolher a decisão da família, a ponto de requerer que seja revisada por um comitê de ética ou por um tribunal.^{73 74}

⁷² BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 272.

⁷³ *Ibid.*, p. 165.

⁷⁴ “As decisões judiciais também ilustram a divergência entre os desejos do paciente sobre o tratamento e os desejos do paciente por um substituto. Por um lado, os tribunais reconhecem rotineiramente que as decisões de tratamento podem ser guiadas por evidências claras e convincentes dos desejos do paciente, mesmo quando não

1.7 A saúde e a doença como referenciais

Hartmut Kress, ponderando que a ética médica atual, em função do surgimento toda uma gama nova de possibilidade de ação, deve orientar-se para a dignidade humana, para a autodeterminação dos pacientes e a seu bem-estar, coloca um questionamento: Na verdade, o que deve ser entendido como saúde e doença para a formação de julgamento?⁷⁵

No preâmbulo da Constituição da WHO, consta que: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. O gozo do mais alto padrão de saúde alcançável é um dos direitos fundamentais de cada ser humano sem distinção de raça, religião, crença política, condição econômica ou social.”⁷⁶ Essa formulação pode ser criticada, porque tem um efeito maximalista ao ignorar a possibilidade de estágios intermediários entre saúde e doença, bem como abre espaço para uma noção utópica de saúde desconectada da vida cotidiana, que não é compatível com o preconizado ideal de “completo bem-estar”⁷⁷.

O sentido usual do vocábulo “saúde” é um “estado relativo em que se é capaz de funcionar bem física, mental, social e espiritualmente, a fim de expressar toda a gama de

escritas. Consequentemente, caso após caso, os tribunais analisam conversas anteriores entre o paciente e familiares ou amigos para ver se os desejos do paciente foram claramente declarados. Os tribunais também consideram outras evidências das preferências de um paciente, como crenças religiosas ou práticas anteriores do paciente com relação às decisões de cuidados de saúde.” Tradução nossa de: “*Judicial decisions also illustrate the divergence between patient wishes about treatment and patient wishes about a surrogate. On one hand, courts routinely recognize that treatment decisions may be guided by clear and convincing evidence of a patient’s wishes, even when unwritten. Accordingly, in case after case, courts parse past conversations between the patient and family members or friends to see if the patient’s wishes were clearly stated. Courts also consider other evidence of a patient’s preferences, such as religious beliefs or the patient’s past practices with respect to health care decisions.*” (ORENTLICHER, David. Cruzan and Surrogate Decision-Making. *SMU Law Review*, Dallas, v. 73, issue 1, article 9, p.155-162, 2020. p. 160). Disponível em: <https://scholar.smu.edu/smulr/vol73/iss1/9>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁷⁵ KRESS, Hartmut. *Ética médica*. São Paulo: Edições Loyola, 2008. p. 71.

⁷⁶ Tradução nossa de: “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.*” (WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Basic documents*. 49th ed. 2020. Disponível em: https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=7. Acesso em: 10 ago. 2020).

⁷⁷ “A essa crítica pode-se fazer objeção, argumentado que a definição da OMS deseja cumprir uma função de modelo; ela expressa – de modo significativo – uma determinação do objetivo que a ação médica e a política de saúde deveriam observar constantemente, mas que jamais poderiam ter intenção de concretizar por completo esse objetivo. Além disso, o que é pioneiro na formulação da OMS é o enfoque do ser humano em sua unidade mental, física e psíquica; a interpretação médica de saúde ou de doença não é determinada isoladamente pelo estado físico.” (KRESS, 2008, p. 72).

potencialidades únicas dentro do ambiente em que se está vivendo”⁷⁸, indo bem além de reconhecer simplisticamente como saúde a ausência de doença. Na realidade, como os seres humanos são tonalizados por um dinamismo vigoroso no tempo e no espaço, podendo acontecer que o estado de saúde mude de um momento para o outro, porque se vive no agora e, quanto ao futuro, a única certeza que se tem é que é incerto, na exata medida da finitude da vida. Então, é melhor entender cada pessoa como sendo posicionada em um espectro contínuo (*continuum*), que abarca desde doenças das mais severas e mortais até um estado ideal de ausência de moléstias perceptíveis e plenitude nos aspectos físico, mental e social. O bem-estar de alto nível, descrito como um processo dinâmico no qual o indivíduo está inserido e ativamente empenhado em avançar para o desdobramento de suas potencialidades, ficaria numa extremidade da escala e, da outra, a doença que culmina na morte.⁷⁹

Hartmut Kress reporta que, em 1854, Rudolf Virchow classificou os conceitos de doença e saúde como abstratos, mas ponderando que o fundamental é diferenciar entre um enfoque objetivado (juízo condicionado ao diagnóstico) e um enfoque subjetivo (juízo de valor subjetivo focado no doente) ao fenômeno doença. Vendo o fenômeno doença segundo o plano objetivo seria uma desconformidade em relação a um padrão tido como “normal”, um desvio de padrões médicos, sociais ou individuais; ou, então, um distúrbio em relação ao corpo, à psique e ao meio ambiente.⁸⁰ Na perspectiva subjetiva, há que se considerar o ser humano como uma unidade física e psicológica, impondo enxergar como interligados o sofrimento físico e o psicológico.⁸¹

Considerar a doença como um fato objetivo facilita formular o diagnóstico clínico individual, identificando o desvio da função orgânica, o que abre um imenso campo para o uso de novas tecnologias de exames por meio do processamento por inteligência artificial de imagens e pesquisas no organismo do paciente, valendo-se do que oferece a revolução digital vivida nos tempos contemporâneos. Mesmo que haja limitações, com o passar do tempo vão sendo mais e mais contornadas, tanto é que o progresso nesse campo da medicina diagnóstica vem cada vez mais crescendo. Nesse tocante, não se pode ignorar que, estabelecendo padrões do que objetivamente seja a doença, surgem meios de calibrar aparelhos e, com os agregados

⁷⁸ Disponível em: <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/Health>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁷⁹ Disponível em: <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/Health>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁸⁰ KRESS, 2008, p. 73.

⁸¹ *Ibid.*, p. 76.

advindos do controle computadorizado das máquinas (mecatrônica, robótica etc.), ingressar até no campo da cirurgia feita remotamente.

Um outro campo que ganha muito com a objetivação do que se entende por doença é que permite que se façam estatísticas mais precisas e se avaliem melhor as incertezas e os riscos⁸², possibilitando aos médicos e aos pacientes terem uma noção mais centrada antes de decidir, aqueles pela sugestão, estes pela aceitação, tornando a relação médico-paciente mais compartilhada do que é hoje. A gravidade do risco a ser corrido deve ser ponderada em relação aos objetivos pretendidos para que possa ser justificado. Então, emergências justificam correr riscos que não seriam justificados em situações normais, mas as análises e proporcionalizações corretas não são fáceis, porque dependem de uma multiplicidade de variáveis que mudam de pessoa para pessoa.

A análise e a percepção do risco poderão ser melhoradas ao se prestar atenção para: 1) evitar reações psicológicas e emotivas aos riscos, em particular as associadas a possíveis catástrofes; 2) evitar equívocos e preconceitos que possam resultar de: a) falta de dados relevantes, b) ignorar dados, c) interpretar mal os dados; 3) usar métodos seguros para interpretar evidências factuais, usando conceitos como probabilidade e utilidade para avaliar possíveis benefícios e riscos; 4) buscar critérios padronizados e rigorosos para evitar problemas na coleta ou seleção imparcial de dados apropriados (caso ainda não estejam disponíveis) para responder a perguntas específicas.⁸³

⁸² “*Literacy is precondition for an informed citizenship in a participatory democracy. But knowing how to read and write is no longer enough. The breakneck speed of technological innovation has made risk literacy as indispensable in the twenty-first century as reading and writing were in twentieth. Risk literacy is the ability to deal with uncertainties in an informed way. [...] Unlike basic literacy, risk literacy requires emotional rewiring - rejecting comforting paternalism and illusions of certainty and learning to take responsibility and to live with uncertainty. [...] Studies indicate that most patients want to believe in their doctor's omniscience and don't dare to ask for supporting evidence, yet nevertheless feel well-informed after consultations. [...] Rather than being nudged into doing what experts believe is right, people should be encouraged and equipped to make informed decisions for themselves.*” Tradução nossa: “A instrução é uma condição prévia para uma cidadania informada em uma democracia participativa. Mas saber ler e escrever não é mais suficiente. A velocidade vertiginosa da inovação tecnológica tornou a instrução sobre risco tão indispensável no século XXI quanto a leitura e a escrita no século XX. A instrução sobre risco é a capacidade de lidar com incertezas de maneira informada. [...] Diferentemente da instrução básica, a instrução sobre o risco requer religação emocional - rejeitando o paternalismo reconfortante e as ilusões de certeza e aprendendo a assumir a responsabilidade e a viver com a incerteza. [...] Estudos indicam que a maioria dos pacientes quer acreditar na onisciência do médico e não se atrevem a pedir evidências de apoio, mas, mesmo assim, se sentem bem informado após as consultas. [...] Em vez de serem levados a fazer o que os especialistas acreditam que é certo, as pessoas devem ser incentivadas e equipadas para tomar decisões informadas por si mesmas.” (GIGERENZER, Gerd. Risk Literacy. In: BROKMAN, John (ed.). *This Will Make You Smarter*. New York: Harper Perennial, 2012. p. 259-261).

⁸³ SPRENT, Peter. *Taking Risks – the science of uncertainty*. London: Penguin Books, 1988. p. 19.

Beauchamp e Childress colocam com muita propriedade que:

Identificar os riscos envolve localizar algum perigo. *Estimar* os riscos significa determinar a probabilidade e a magnitude dos danos provenientes desse perigo. A *avaliação* dos riscos determina a aceitabilidade dos riscos identificados e estimados, com frequência em relação a outros objetivos. A avaliação dos riscos em relação aos benefícios prováveis é frequentemente chamada *análise risco-benefício*, que pode ser formulada em termos de uma razão dos benefícios e dos riscos esperados e pode levar a um julgamento acerca da aceitabilidade do risco que está sendo avaliado. A identificação, a estimativa e a avaliação são estágios da avaliação dos riscos. O próximo estágio do processo é a *administração* dos riscos – o conjunto de respostas individuais ou institucionais à análise e avaliação dos riscos, incluindo as decisões de reduzi-los ou de controlá-los.⁸⁴

Saber a taxa de sucesso ou insucesso dos procedimentos, calculada à luz de uma gama mais alargada de parâmetros cientificamente escolhidos e proporcionalizados, alguns ligados à população como um todo e por frações e outros relacionados ao paciente, sua genética e outras específicas condições derivadas dos hábitos pessoais e acometimentos preexistentes, bem como as possíveis intercorrências e qual a probabilidade delas virem a acontecer com o paciente, bem como as chances que sejam contornadas com sucesso.

A maneira de definir ou identificar as variáveis da relação causal entre tratamento e cura pode influenciar na conclusão⁸⁵. A melhoria de sobrevivência em casos de câncer, por exemplo, pode ser questionada por vários motivos: aumento aparente pode ser resultado de diagnósticos cada vez mais precoces, sendo que a evolução da doença pode não ser detida pelo tratamento; com a melhoria dos métodos de diagnóstico, doente de câncer passou a englobar pessoas vitimadas por tumores pequenos e inofensivos; aumento de comunicação de casos não fatais como curas por parte dos médicos; dentre outros. Focando mais na ampla análise da base de dados, é possível diminuir efeitos como esses e ajudar a separar antecipadamente as melhores práticas e montar protocolos prestigiando-as e afastando outras.

⁸⁴ BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 325.

⁸⁵ “*It may seem cynical to say that, in the twentieth century, science is too important to be left to the scientists, industry too important to be left to industrialists, the environment to environmentalists, health too important to be left to the medical profession, politics too important to be left to the politicians – but it is true.*” Tradução nossa: “Pode parecer cínico dizer que, no século XX, a ciência é importante demais para ser deixada aos cientistas, a indústria é importante demais para ser deixada para os industriais, o ambiente para os ambientalistas, a saúde é importante demais para ser deixada para a profissão médica, a política importante demais para ser deixada para os políticos – mas é verdade.” (SPRENT, 1988, p. 254).

O tratamento objetivo da doença possibilita o acompanhamento da eficácia dos fármacos para atacar e debelar doenças ou os sintomas delas. Ou seja, em vez de se confiar pura e simplesmente nos testes patrocinados pela indústria farmacêutica (que não se pode deixar de considerar interessada) para colocar o remédio no mercado e comercializá-lo, por meio do uso da massa de dados advinda do conjunto de praticamente todos os pacientes que fizeram uso da medicação, poder-se-á ter uma noção mais exata do comportamento do medicamento. Exemplificando, nos dias de hoje uma quantidade muito grande da população acima de 50 anos de idade toma regularmente medicações para controle do colesterol, atacando o sintoma, e não o problema. Pergunta-se: o uso dessa medicação diariamente por 20 ou 30 anos provoca danos em outros órgãos como o fígado, por exemplo, que tem o trabalho de processar essas moléculas? O caso do Vioxx foi assim, e o próprio fabricante comandou o estudo que impôs a conclusão de tirar o medicamento do mercado em função dos riscos oferecidos a médio e longo prazos. No caso do Vioxx, por exemplo, em 2006, um estudo encomendado pelo órgão de saúde dos Estados Unidos indicou que o medicamento pode ter causado até 140 mil ocorrências de doenças coronárias naquele país desde 1999⁸⁶. Deve ter sido uma decisão difícil, porque é um mercado⁸⁷ multimilionário, e admitir que o remédio pode aumentar riscos para os pacientes consumidores tem o efeito colateral para a empresa de, em tese, enfrentar muitos pedidos de indenização.⁸⁸

Um terceiro desdobramento é sobre a quantificação econômica do impacto das doenças no âmbito da política estrutural do setor de saúde para tentar administrar a escalada do custo⁸⁹ da saúde pública nos orçamentos governamentais. É tema de crucial importância,

⁸⁶ ROFECOXIB. *In*: WIKIPÉDIA: A enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Rofecoxib>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁸⁷ Atentar para o pormenor que a medicina não pode ter o exercício alinhado com a perspectiva mercantilista, o que é expressamente vedado pelo art. 58 do CEM.

⁸⁸ Ver notícia veiculada em 29/10/2010 - 10h26, citando a Reuters, em Nova York, com o seguinte teor: “A farmacêutica Merck apresentou forte queda no lucro trimestral nesta sexta-feira, além de um encargo de US\$ 1 bilhão relacionado à investigação do medicamento Vioxx realizada pelo governo norte-americano.” (LUCRO da Merck cai 89% no 3º tri por encargos e menores vendas. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 29/10/2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/822253-lucro-da-merck-cai-89-no-3-tri-por-encargos-e-menores-vendas.shtml>. Acesso em: 10 ago. 2020).

⁸⁹ “Vivemos nas últimas décadas um encarecimento da medicina. Com o surgimento de novas tecnologias, o custo de um atendimento passou a ser bem maior. Certamente, a qualidade também melhorou, pelo menos para quem tem acesso a tais recursos. Ressonância nuclear magnética, testes genéticos, próteses e órteses, *stents* coronarianos, anticorpos monoclonais, para citar alguns exemplos, passaram a integrar o arsenal da medicina moderna. Tudo isto é muito caro. Os diagnósticos médicos, antes baseados em história clínica e exame físico, hoje podem exigir exames que custam de centenas a milhares de reais. E os pacientes muitas vezes exigem que tais exames sejam feitos, mesmo sem saber se são indicados para aquele caso. É frequente ouvirmos que ‘o médico não pediu nenhum exame’ como algo negativo, como sinal de incompetência ou negligência. Se o custo de exames complementares encarece a medicina quando bem indicados, imaginem quando usados de

mas que foge ao âmbito deste trabalho, valendo todo um estudo, porque saúde pública é um dos requisitos mais importantes e, ao mesmo tempo, uma das travas para o desenvolvimento. A escalada do custo da saúde pública é o que vem sendo conhecido como “problemas perversos” (*wicked problems*)⁹⁰, porque é difícil dizer concretamente qual é o problema, defini-lo claramente, dizer onde começa e até onde vai e não há uma maneira propriamente correta de o encarar, equacionar e resolver.

forma indiscriminada. Mas solicitando vários exames, todos ganham. Os médicos são bem vistos, os pacientes ficam satisfeitos, os donos das máquinas nem se fala. Só não devemos esquecer de que bolso virá o dinheiro.” (XIMENES, Rafael. *Juramento de Hipócrates*. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=22249:juramento-de-hipocrates. Acesso em: 10 ago. 2020).

⁹⁰ “*Wicked problems demand people who are creative, pragmatic, flexible and collaborative. They never invest too much in their ideas, because they know they will have to alter them. They know there's no right place to start, so they simply start somewhere and see what happens. They accept the fact that they're more likely to understand the problem after it's solved than before. They don't expect to get a good solution; they keep working until they're found something that's good enough. They're never convinced they know enough to solve the problem, so they're constantly testing their ideas on different stakeholders.*” Tradução nossa: “Os problemas perversos exigem pessoas criativas, pragmáticas, flexíveis e colaborativas. Eles nunca investem muito em suas ideias, porque sabem que terão que alterá-las. Eles sabem que não há um lugar certo para começar, então eles simplesmente começam em algum lugar e veem o que acontece. Eles aceitam o fato de serem mais propensos a entender o problema depois de resolvido do que antes. Eles não esperam obter uma boa solução; eles continuam trabalhando até encontrar algo bom o suficiente. Eles nunca estão convencidos de que sabem o suficiente para resolver o problema, por isso estão constantemente testando suas ideias em diferentes partes interessadas.” (ROSEN, Jay. *Wicked Problems*. In: BROKMAN, John (ed.). *This Will Make You Smarter* New York: Harper Perennial, 2012. p. 205).

2 DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O DIREITO DO PACIENTE DE SER INFORMADO

2.1 A informação na relação médico-paciente

Tradicionalmente, a atividade médica, para facilitar o entendimento analítico, está repartida em três grandes grupos, cada um com contornos bem diferentes, mas igualmente importantes e interconectados pelo dever de informar, na medida em que a relação médico-paciente deve se desenvolver de modo frutífero e profícuo: diagnóstico, decisão da indicação terapêutica e prática dos atos médicos no organismo do paciente. Em todas elas o dever de informar é primordial, porque o paciente tem de confiar e consentir em todas as medidas efetuadas para livrá-lo do mal que o aflige e fazer com que recupere a saúde. A confiança recíproca é o elemento subjetivo essencial que norteia a relação médico-paciente e tem de se manter intensa e ativa durante todo o tempo em que houver contatos entre o médico e o paciente. A boa comunicação, por meio de informações (tanto emitidas pelo médico e dirigidas ao paciente quanto emitidas pelo paciente e destinadas ao médico), funciona como um conjunto, meio pelo qual objetivamente essa confiança é sempre mantida, reavivada e estimulada durante todas as intercorrências havidas no decorrer da relação médico-paciente.

O trato educado, cortês e urbano do médico para com o paciente – e vice-versa – é fundamental para o sucesso da relação travada entre os dois e vai impactar diretamente na boa publicidade que o paciente satisfeito fará no seu círculo social sobre os bons cuidados e práticas com que foi brindado ao ser atendido e tratado. Nesse particular, a divulgação pelos clientes pelo vulgarmente conhecido boca a boca é a melhor e, lembrando que a medicina não pode ser exercida com características mercantilistas, as iniciativas do profissional para fazer publicidade de seus serviços são restritas a métodos comedidos, discretos e moderados.

O relacionamento durante todo o tempo em que durar deve ser circunspecto, moderado e cordial, sem que o médico perca sua autoridade técnica; sério, sem deixar de ter uma pitada de bom humor (ajuda a quebrar o clima tenso gerado pela doença); próximo, sem deixar de ser respeitoso; formal, sem deixar de ter alguma proximidade, inclusive física porque para examinar, o médico há que tocar o paciente, amistosa, mas evitando que o profissional torne-

se amigo pessoal do doente, na qual o médico assuma uma postura de protetor, sem tornar-se dono da liberdade e da autonomia do paciente. Ou seja, deve ser mantida dentro de balizas rigorosas para funcionar bem para os dois, paciente e médico, sem descuidar que, em muitos casos, essa relação pode espraiar alcançando familiares e responsável legal.

O médico é depositário da mais ampla confiança do paciente, sem o que a relação definitivamente não funciona, porque sem o paciente se abrir completamente e dar a conhecer ao médico todos os mais minuciosos detalhes do caso, por mais delicados que sejam, inclusive mostrando as partes mais íntimas de seu corpo, o profissional poderá ser surpreendido no curso dos trabalhos e com alta possibilidade de decorrer resultados nefastos para o paciente.

O médico, em todas as suas tratativas e contatos com o paciente, tem de seguir rigorosamente o princípio da reserva, que é mais que o sigilo profissional, porque, além de englobar todo o conjunto de informações versando as tratativas entre o paciente e o médico, envolve outras particularidades, alcançando também outras circunstâncias e peculiaridades, nas quais tanto o médico quanto terceiros venham a ser direta ou indiretamente implicados. Primeiro, o médico deve escolher um ambiente privado, recatado, sóbrio e protegido da curiosidade pública para todas as suas entrevistas com o paciente, porque todos os seus contatos com o paciente envolvem a divulgação e lida com informações sensíveis e íntimas que não se quer que sejam divulgadas indiscriminadamente. Segundo, o local das consultas deve ser orientado pelo médico de tal forma que permita a ele, no exercício do seu mister, examinar o paciente como requer a boa técnica médica, fazer anotações, até para funcionar como eventual prova do bem desincumbir dos deveres a seu cargo, bem como lidar com dados pessoais, exames e até guardar documentos que o paciente dê a ele ciência de existência (testamento vital, por exemplo) ou cópias do que lhe seja entregue pelo paciente ou terceiros. Tudo para fazer com que os arquivos do profissional sejam mantidos com a devida confidencialidade para, tanto quanto possível, garantir contra devassa e divulgação. Terceiro, o paciente também deve ter garantido que outros profissionais liberais, médicos ou não (lembrar que enfermeiros, médicos assistentes etc. são, por dever profissional, também submetidos ao sigilo profissional), que tenham contato com o caso sejam também alcançados pelo princípio da reserva, além de o médico tomar cuidado no sentido de vigiar a fim de que funcionários do serviço também mantenham reserva sobre tudo o que tomem conhecimento

por motivo do trabalho. E, por fim, os profissionais envolvidos com o paciente têm de ser vigilantes para não externarem em ambiente sociais opinião sobre quem sejam seus pacientes e nem sobre casos sob seus cuidados, nem mesmo para a família do paciente, neste caso, sem autorização dele.

A reserva está relacionada ao humanismo com que a medicina tem de ser exercida e tem como fundamento lógico garantir ao paciente a mais absoluta liberdade de poder recorrer aos serviços profissionais do médico com plena confiança, visando a obter o melhor desempenho no cumprimento da obrigação de meio à qual o profissional, ordinariamente, se obriga para com o paciente. Dando conhecimento de todos os pormenores (não é raro haver pormenor que seja não edificante) do caso ao médico, o paciente tem o justo direito de poder aspirar a que o médico tome familiaridade com o seu problema e possa selecionar quais as informações essenciais ao diagnóstico e ao tratamento, bem como seja concretamente orientado sobre como deve comportar-se para melhorar ou não se prejudicar. A reserva tem como decorrência possibilitar o estreitamento da relação médico-paciente e ajudar a construir um forte vínculo de confiança recíproca entre os dois.

Na primeira fase, o profissional toma ciência das minúcias do paciente e do que sente, estuda o caso conforme o estado da técnica e chega a um conjunto de hipóteses diagnósticas, que pode até mudar no curso da relação médico-paciente, porque a medicina não é uma ciência exata e as peculiaridades da doença e do organismo do doente obrigam a uma constante correção de rota. Cronologicamente, o diagnóstico é o primeiro ato médico e, por meio dele, o médico estabelece a doença que acomete o paciente, as características e sintomas prevalentes dela e, idealmente, sua causa. Não é incomum o médico alcançar um diagnóstico incompleto ou preliminar para ser desenvolvido depois com exames e providências complementares. Nem sempre é fácil responder às complexas questões impostas na fase do diagnóstico, até porque o organismo de cada pessoa é diferente, podendo haver somatização de sintomas de doenças inexistentes, medos mórbidos ao descrever o que está acontecendo, prejuízo no nível de entendimento e contato com a realidade, exames preliminares inconclusivos, aparato tecnológico à disposição, só para citar alguns.

Para alcançar sucesso nos cuidados a serem propiciados ao paciente, é preciso haver colaboração entre o médico e o paciente, uma parceria que cobra dos dois envolvidos papel

ativo em todas as fases da relação: diagnóstico, tratamento e cura. Aos pacientes autônomos e gozando do controle de suas decisões, podendo exercer autocontrole e escolha, são atribuídas várias responsabilidades para contribuir ativamente com o trabalho do médico. A American Medical Association – AMA relaciona⁹¹:

- a) É fundamental que o paciente seja sincero com seu médico, acessível a ele e se esforce para expressar o tão precisa e claramente possível suas preocupações.
- b) Fornecimento do histórico médico o mais completo possível, incluindo informações sobre doenças passadas ou preexistentes, medicamentos de uso constante, alergias, hospitalizações, histórico familiar de doenças e outros assuntos relacionados à saúde atual.
- c) Cooperar com o plano de tratamento combinado com o médico. Como a adesão ao tratamento geralmente é essencial para a segurança individual (e, às vezes, pública) do paciente, ele deve manter o médico informado se seguiu ou não o plano acordado e indicar expressamente, quando o caso, se gostaria de reconsiderar esse plano.

Não sendo fácil alcançar um diagnóstico fechado, o médico, com base nos seus exames e experiência, bem como em informações e exames laboratoriais e de imagem, costuma elaborar várias hipóteses diagnósticas com o objetivo de ir circunscrevendo um conjunto de possibilidades ao mesmo tempo, o que exclui várias hipóteses, como numa caminhada com um objetivo certo, mas por estrada incerta.

O conjunto de sintomas muda substancialmente de pessoa para pessoa, porque os organismos reagem de modos diferentes, ficando, então, o médico obrigado a flexibilizar no enquadramento do caso ao padrão médio das manifestações das doenças. Há pacientes com pneumonia que não apresentam febre; outros não sentem dores típicas de certas doenças. A dificuldade é múltipla porque nem a medicina é uma ciência exata e nem os organismos reagem de forma parecida às doenças e aos medicamentos. Se for escolher um verbo alternativo e que também expressa a fase de diagnóstico, a associação não seria má com estudar: estudar o paciente, sua vida pregressa e hábitos, suas circunstâncias de tempo e lugar, seu estado emocional, os sintomas queixados, todas as informações, enfim, passadas pelo paciente e as que o médico consegue detectar, porque quão mais amplo o conjunto analisado,

⁹¹ Disponível em: https://www.ama-assn.org/system/files/2019-01/code-of-medical-ethics-chapter-1_0.pdf. Acesso em: 28 jul. 2020.

melhores as condições de alcançar um diagnóstico mais bem ajustado ao tratamento que virá a ser proposto.

O medo da doença pode provocar a somatização de sensações, dores e incômodos que correspondem a doenças inexistentes no organismo do paciente. As condições psicológicas e psíquicas dos pacientes são objeto de acurada atenção pelo facultativo para auxiliar a interpretar o conjunto de informações disponível antes de elaborar hipóteses diagnósticas. Nesse ponto, é de se ver com apreensão o nível grotesco de detalhes e a banalização com que são tratadas as mais variadas moléstias em sites da internet. Quem, sem substrato de conhecimentos técnicos para analisar, hierarquizar e discriminar, procura em sites acha, geralmente, com enorme facilidade uma profusão de dados sem organização. Daí pode surgir confusão no entendimento do quadro, e a pessoa, como conhece – sem as devidas acomodações advindas do conhecimento técnico específico que o médico domina – os sintomas, vivencia-os ainda que não esteja acometida por doença alguma.

Nestes novos tempos em que a percepção da tão venerada tecnologia dá uma falsa impressão de precisão e certeza absolutas, algo que não é muito percebido pelo público em geral – até por médicos às vezes –, mas é de suma importância, é saber comparar a taxa de falsos positivos com a prevalência da doença na população. Leonard Mlodinow relata na obra *O Andar do Bêbado*⁹² um exemplo marcante. Supondo que uma doença aconteça numa proporção de 1 doente a cada 10 mil pessoas, a taxa de falsos positivos (resultado positivo e a pessoa não tem a doença) é de 1 resultado errado para cada mil exames, e a taxa de falsos negativos é praticamente zero, ou seja, a probabilidade de a pessoa diante de um resultado positivo estar doente é 1/11 e a de não estar doente é de 10/11⁹³. Conforme mostrado, o erro que pode haver em certos exames é um problema autônomo e que nunca pode ser ignorado, mormente quando a incidência da doença é relativamente rara na população e a taxa de falsos positivos é maior ou com ela comparável. Se ao passar o resultado positivo o médico diz: “este exame há de ser confirmado”, é muito diferente de dizer “o resultado deu positivo e a taxa de falsos positivos é de 1 para mil exames”.

⁹² MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 152.

⁹³ Tomando-se 10 mil pessoas examinadas há 1 doente e 10 falsos positivos. Então, a probabilidade de ser o exame falso positivo é 10/11.

Com base nas hipóteses diagnósticas, o profissional analisa as técnicas disponíveis em contraste com o resultado a ser alcançado para decidir, em conjunto com o paciente, qual tratamento irá ser ministrado. Nessa fase, novamente, é preciso focar na pessoa do paciente, porque sendo o objeto dos cuidados do médico tem de ser considerado em sua universalidade. Aqui é de se abrir parêntesis, importante para orientar a decisão do médico na medida em que não são poucos os pacientes que erigem barreiras fundadas nos mais diversos motivos, indo do religioso até o moral. Alguns pacientes, por motivos religiosos, não aceitam certos tratamentos, e há notícias de mortes testemunhas de Jeová por causa de recusa⁹⁴ em receber transfusão de sangue.

Um dilema que se põe nas mãos do médico e tem de ser por ele administrado com competência e cautela é que existe uma diferença muito grande entre tratar as causas e tratar os sintomas das doenças. Descobrir e tratar a causa da doença implica resolvê-la e, por consequência, eliminar os sintomas. Por outro lado, muitas das doenças são tratadas via um esforço da medicina e da indústria farmacêutica para contornar os sintomas, transformando o paciente em doente crônico (hipertensão, colesterol, entre outros exemplos), consumidor habitual de mais e mais medicamentos diariamente enquanto a idade avança. Às vezes, regime e ginástica fazem muito mais pelo paciente do que a solução “fácil” e “rápida” de tomar alguns comprimidos diariamente a um custo que poderia até ser evitado. Essas opções têm de ser honesta e francamente discutidas pelo médico com o paciente.

O objeto do negócio jurídico ajustado entre o médico e o paciente é múltiplo, porque, além da intervenção técnica no organismo do paciente para conduzi-lo à cura, traz embutidos deveres decorrentes do humanismo da profissão médica, que dão total particularidade ao contrato entabulado. Um deles é o dever de o médico dar a conhecer ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, o tratamento proposto e os riscos nele envolvidos, bem como a ponderação do binômio vantagens *versus* desvantagens do tratamento ou das diversas técnicas que se apresentam para serem empregadas, salvo quando em proteção ao paciente deva restringir o conjunto informativo.

⁹⁴ Vide Resolução CFM 2.232/2019, que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Deve-se deixar anotado que há artigos suspensos em função de decisão judicial. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 30 set. 2020.

Por que se diz que o médico tem o dever de informar, e não meramente obrigação de informar? O senso comum estabelece diferença de significado entre as seguintes expressões: alguém está obrigado a fazer algo e alguém tem a obrigação de fazer algo, conferindo à primeira uma carga de crenças e motivos impelindo a prática da ação e, na segunda, falta esse componente psicológico, pois, ter uma obrigação faz com que a obrigação permaneça mesmo que o devedor não a admita subjetivamente ou mesmo não se sinta estimulado a agir espontaneamente. Essas diferenças derivadas do senso comum ecoam fortemente no universo jurídico, fazendo com que, para expressar a obrigação de informar como vínculo, aparece o vocábulo “dever” com carga ideológica, que se manifesta como uma força moral, que vincula moralmente quem promete ou que traz um sentido relacionado à aprovação social. A noção de dever atua como um propulsor do comportamento lícito que é cumprido primariamente, não por temor de sanção, mas por acatamento voluntário e desinteressado ao Direito.⁹⁵

O que diferencia o ato médico da lesão corporal é o consentimento válido, que só pode ser exarado pelo paciente se o profissional desempenhou a contento o dever de informar, que está implícito no contrato, porque deriva da imposição das leis, para não citar também posturas éticas e administrativas. A regra de ouro é não agir senão depois de cumprir o dever de informar e obter consentimento informado e consciente do paciente.

Destaque-se que o Direito brasileiro não conta com legislação específica regulamentando, no sentido de dar os contornos exatos de como o profissional pode cumpri-lo, o direito à informação e o direito a formular consentimento livre e informado na relação médico-paciente. Se é assim, o Código de Defesa do Consumidor é o diploma que abriga, como um microssistema, as regras capazes de proteger o sujeito – paciente – em estado de vulnerabilidade e hipossuficiência, enxergando a relação contratual dando prevalência ao interesse social. Nesse ponto de vista é que o direito à informação se coloca e adquire relevância, assegurado como direito básico do paciente enquanto consumidor, a teor do inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

O dever de informar é exigido do médico pelo Código de Defesa do Consumidor, mas as normas existentes não dão os contornos exatos determinando se e quando terá sido cumprido a contento, criando uma zona de penumbra. Fica, então, ao intérprete a difícil tarefa

⁹⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 161.

de aferir o cumprimento em cada caso concreto. E sempre que o aplicador da norma ficar diante de situação dessa natureza, apresenta-se um dilema a ser resolvido, porque é inaplicável o princípio do terceiro excluído (afirma uma e só uma dentre as seguintes opções: essa proposição é verdadeira ou sua negação é verdadeira).⁹⁶ O conhecimento jurídico, em regra, não alberga o postulado do terceiro não excluído e, diante da situação de penumbra trazida no caso concreto, deve-se escolher entre sim – dever cumprido – e não – dever não cumprido –, provendo as devidas justificativas.

O fornecedor, pela lei brasileira, e o médico enquadram-se juridicamente como fornecedor de serviços, por mais especializados que os serviços médicos sejam, e, por consequência, está obrigado ao dever de informar. Mesmo considerando que a relação médico-paciente dá azo a que o paciente faça as perguntas que quiser, referentes ao seu caso ou pedindo orientações genéricas, o médico está obrigado ao cumprimento do dever de informar o paciente para que a continuação da relação se dê numa linha elevada em termos de respeito e revelação, em que o paciente conserve sua capacidade de entender, decidir e manifestar sua intenção de modo livre de influências controladoras externas, ou por pessoa por ele indicada, ou responsável, e tenha todos os elementos para consentir de modo informado⁹⁷.

Então, mais que um direito do paciente, o médico tem a seu cargo o dever de informá-lo sempre, nas diversas fases da relação médico-paciente; não é faculdade, é dever que, caso não desincumbido com zelo e prudência mesmo em defesa do paciente, pode levar à responsabilização do profissional.

2.2 Os modelos de revelação da informação

Quais as qualidades que a informação deve ter para cumprir o papel exigido do profissional que a passa para os destinatários? Muito se fala no consentimento esclarecido,

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 151.

⁹⁷ “De um lado, o ideal de transparência no mercado acaba por inverter os papéis tradicionais, aquele que encontrava-se na posição ativa e menos confortável (*caveat emptor*), aquele que necessitava atuar, informar-se, perguntar, conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, o consumidor, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6º, III), enquanto aquele que encontrava-se na segura posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação (*caveat venditor*)”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 287).

mas esse é um dos destaques que cobram informação em quantidade e qualidade.

Quando o médico está fornecendo informação sobre o paciente, há de se ater para o que o destinatário (o próprio paciente, familiar ou outro) precisa saber, é algo instrumental, porque, com base nessas informações, será colhido um consentimento para algum tratamento ou procedimento.

Um primeiro modelo para revelar a informação é o da prática profissional. Por esse modelo, a obrigação de informar será adequada se tiver balizada pelas práticas habituais da comunidade profissional, com o médico agindo no melhor interesse da saúde do paciente. O costume do exercício profissional funcionaria como parâmetros para o entendimento sobre a quantidade e os tipos de informação dados a conhecer. Assim, o médico desincumbiria uma tarefa que cabe a ele, em função de seu conhecimento profissional e do seu compromisso com o bem-estar e a saúde do paciente.⁹⁸ É um modelo centrado no médico e nos conhecimentos profissionais dele, tanto que é também conhecido como modelo do médico sensato. O problema básico com esse modelo da prática profissional é o conflito potencial com a escolha autônoma do paciente, uma prerrogativa que sempre deve ser assegurada a ele, na medida em que fica ao exclusivo talante do médico o entendimento de que nível de informação seria o adequado e o grau de profundidade da informação revelada.

Outro modelo, centrado no paciente, para retratar o cumprimento dessa obrigação de informar, é o conhecido como modelo da pessoa sensata (*reasonable person*), sendo um padrão projetado para incorporar um conjunto de suposições que as partes fazem umas sobre as outras, de modo a que cooperem umas com a outras com eficiência, fornecendo um patamar em que, por exemplo, podem contar de estar evitando mal-entendidos ocultos, situação na qual a extensão da revelação entre um profissional e o cliente é a "materialidade" – isto é, o significado – das informações para o processo de fundamentar a decisão que cliente deve tomar⁹⁹.

Então, a pessoa razoável tem necessidade de saber tudo o que realmente importa (alternativas e riscos e consequências de cada uma delas), para que o processo de alcançar

⁹⁸ BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 169.

⁹⁹ KLADMAN, Stephen; BEAUCHAMP, Tom L. *The virtuous journalist*. New York: Oxford University Press, 1987. p. 32.

uma decisão seja concluído com fundamentação e o que consentido leve em consideração tudo o que foi informado. Por esse modelo, a informação deve ser completa, inteligível, objetiva e precisa.

Informação substancialmente completa não significa todo e qualquer dado existente sobre o tema, porque não se mostra razoável exigir que o médico dê um curso de medicina para um paciente que terá de se submeter a uma transfusão de sangue, por exemplo. Porém, o conteúdo informado deve ser necessário e suficiente para o entendimento objetivo dos motivos determinantes, o que está sendo tecnicamente sugerido para ser feito, quem fará, como será feito, quando será, onde será, o custo, os que serão empregados, o tempo de recuperação, possíveis intercorrências e riscos, bem como os resultados pretendidos para o paciente tomar a correspondente decisão de submeter-se, sem o que não se poderá obter consentimento informado juridicamente válido.

A pergunta é: como o paciente – ou outrem – pode ter um entendimento inteligente sobre a decisão tomada se recebeu informação incompleta ou inadequada? Pessoas razoavelmente bem informadas são qualificadas para julgar quando um limiar de informações responsável foi fornecido. Se um médico deixar um paciente mais em pânico do que esclarecido por um diagnóstico abreviado e sem explicação de suas implicações, qualquer pessoa razoavelmente bem informada reconhecerá que um nível mínimo de responsabilidade não foi cumprido.¹⁰⁰

A pessoa razoável – em especial o paciente leigo –, na maioria das vezes, não tem condições de entender todos os detalhes que possam contribuir para a total compreensão da situação que está sendo revelada pelo médico, mas por uma questão de razoabilidade e lógica, não são todos os detalhes que são absolutamente necessários para entender suficientemente a ponto de tomar um juízo fundamentado sobre a gravidade do caso e o que está sendo proposto e decidido. E mais: muitos detalhes técnicos podem deixar o destinatário da informação aturdido. O ideal é que os destinatários da informação conseguissem o entendimento completo. Uma pessoa entenderia completamente uma situação ou evento se apreendesse todas as proposições ou declarações relevantes que descrevessem com precisão a natureza do que é relatado, bem como seus possíveis resultados, consequências ou implicações. Mas na

¹⁰⁰ KLAIDMAN; BEAUCHAMP, 1987, p. 37.

prática isso é inatingível. Os leigos formam noções na maioria das vezes muito diferentes dos padrões médicos para as doenças e concepções de aspectos delas como: sintomatologia e etiologia, consequências para os pacientes acometidos e se a doença é aguda ou crônica. Por outro lado, os médicos têm dificuldade em se despir do jargão científico para dar às pessoas pouco instruídas no campo da medicina uma concepção basicamente precisa dos eventos e desenvolvimentos da arte médica. Assim, para haver entendimento substancial há que ocorrer a apreensão de todas as descrições e conceitos materiais ou importantes, mas nem todas as descrições relevantes e, certamente, nem todas as possíveis¹⁰¹. O certo é que quanto mais o emissor e o destinatário se desviarem de uma linguagem que compartilhem e de um conjunto de suposições comuns em segundo plano, menos o destinatário da mensagem pode contar com a apreensão das informações a ele dirigidas¹⁰².

Objetivo é tudo relativo ao objeto, este entendido como qualquer realidade investigada em um ato cognitivo, apreendida pela percepção e/ou pelo pensamento, que está situada em uma dimensão exterior à subjetividade, realidade psíquica, emocional e cognitiva do ser humano que toma conhecimento. O que é objetivo é, em tese, não influenciado pela emoção ou preconceito pessoal, um ideal que não é realístico de se esperar até do mais objetivo dos seres humanos. O que se vê no mundo é que as pessoas geralmente são motivadas em conjunto pela emoção e pela razão e, em muitos casos, é difícil distinguir uma da outra¹⁰³. A emoção faz parte da forma de comportar dos humanos, está amalgamada no espírito deles e age fortemente sobre alguns parâmetros relevantes nas tomadas de decisões, principalmente porque tem elevado potencial poluidor e comprometedor da capacidade de raciocinar e criticar coerentemente. Então, se não é humanamente possível eliminar completamente a emoção quando se está no processo de avaliar as situações e decidir, há que não se permitir que ela não impeça que as cogitações e perguntas necessárias sejam feitas. Nunca se deve desprezar o efeito da emoção contaminando a capacidade de ação objetiva e equilibrada.

¹⁰¹ KLAIDMAN; BEAUCHAMP, 1987, p. 40.

¹⁰² *Ibid.*, p. 42.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 44.

2.3 O dever de verdade para com o paciente

O médico é moral e juridicamente obrigado a ser sincero com seus pacientes e, em certos casos, com familiares. Tem de ser assim, porque sem informação adequadamente prestada não há como tomar decisões acerca não só de consentir tratamentos, mas de muitas outras particularidades com impacto marcante na vida tanto do paciente como também de um conjunto relativamente grande de outras pessoas. Pense em alguém que diante de uma notícia grave queira fazer ou refazer um testamento e inserir ou excluir beneficiários; o político pode querer não concorrer nas próximas eleições; alguém que queira reconstruir relações com familiares; o idoso que ainda trabalha resolve aposentar-se para viver algum tempo executando um plano pessoal há muito aspirado; o empresário que queira tomar medidas sucessórias na organização; o investidor que decide aguardar algum tempo antes de fazer uma cirurgia até promover uma reorganização de seus capitais; o doente sofrendo de doença fatal que queira tomar providências religiosas e até mesmo dispor sobre seu funeral. A lista depende estritamente das aspirações de cada pessoa e pode envolver motivos inconfessáveis, fazendo com que o conhecimento da gravidade da situação e das perspectivas de tempo e lugar para providências sejam cruciais. Assim, saber exatamente sobre situações de saúde detectadas pelo médico pode levar a sérios impactos nas mais variadas esferas, tais como: pessoal, familiar, religiosa, profissional, empresarial, política, social, financeira e outras, porque cada pessoa, sendo uma individualidade com direitos personalíssimos, tem direito de posicionar-se à sua conveniência com respeito a todos os seus interesses, numa escala de importância muito própria.

Em especial, o dever de informar está relacionado com a transparência exigida pelo Código de Defesa do Consumidor para a formação e execução dos contratos entre fornecedor e consumidor. Transparência está essencialmente ligada com a informação clara, objetiva, completa e inteligível de todos os detalhes relevantes da relação contratual.

Nas palavras de Claudia Lima Marques:

Trata-se de um dever de informar clara e suficientemente os leigos-consumidores (*hinreichende Aufklärung*), pessoalmente (*in einem persönlichen Gespräch*) sobre os riscos típicos (*typische Gefahren*) e aspectos principais (*wesentliche Umstände*) do serviço médico naquele caso específico. Um dever diretamente oriundo das exigências de boa-fé (*Pflicht*)

aus Treu und Glauben) na conduta do *expert* em relação ao leigo durante todo o desenvolver da relação jurídica de confiança (*Vertrauensverhältnis*), atingindo, na fase prévia, graus de dever de alerta (*Warnpflicht*) e de aconselhamento/dever de conselho (*Beratungspflicht*) visando alcançar o consentimento informado, válido e eficaz do paciente (*wirksame Einwilligung des Patienten*), geralmente conhecido pela expressão norte-americana *informed consent*.¹⁰⁴

A autora salienta, ainda, que:

Como ensina Michael Kloepfer, informação é tema transversal e multifacetado do direito privado. Informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo (*Zustände*), é o saber ou o não saber (*Informationszustände, Wissen und Nichtwissen*), informação é um processo interativo (*Vorgänge, Informationsvorgänge*) que se denomina normalmente de comunicação (*Kommunikation*), informação é um conteúdo (*Inhalt, Informationsinhalte*), são os dados, saberes, conhecimento, imagens, sons, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito (*Informationsrecht*).¹⁰⁵

O processo decisório deve ser ilustrado com uma descrição substancialmente completa, numa sequência montada de modo a encorajar entendimento objetivo dos fatos e, à medida que permitam as circunstâncias, de maneira equilibrada e precisa.¹⁰⁶ A decisão é para ser atingida por meio de um processo em que haja interação pessoal entre o médico e o paciente, com a calma e a reserva que permitam ao paciente expor suas dúvidas, apreensões e necessidades, e ao profissional explicar o necessário e elucidar os questionamentos, em contraponto com o conteúdo do que está sendo informado, para que, ao final do encaminhamento, o paciente possa posicionar-se com conhecimento de causa, havendo conscientemente considerado riscos a serem corridos e vantagens a serem presumivelmente alcançadas. Diz-se presumivelmente porque as propostas dependem do estado da técnica, e não há no contexto de uma obrigação de meio garantir que, naquele caso específico, as vantagens almejadas sejam concretamente obtidas.

O médico, no processo decisório, tem de optar por ir apresentando os fatos e pormenores, cujo conhecimento o paciente deve e precisa ter para formar e expressar uma decisão, de maneira a ir induzindo o paciente à compreensão, esclarecendo suas dúvidas e

¹⁰⁴ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 827, p. 4-32, set. 2004. p. 16.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 21.

¹⁰⁶ KLAIDMAN; BEAUCHAMP, 1987, p. 32.

mesmo o estimulando a expressar suas incertezas, dúvidas e apreensões, num clima que confira serenidade para a absorção dos fatos e ideias, ainda que indesejados.

Nesse ponto é importante diferenciar fato de ideia e os planos objetivo e subjetivo. Fato¹⁰⁷ é algo objetivamente construído, praticado ou em processo de realização, cuja existência pode ser constatada indiscutivelmente. Há dois tipos de fato: coisas – entidades animais, vegetais ou minerais – que existem concretamente; acontecimentos – compostos por coisas e suas ações. O fato pode ser também focado sob dois planos: objetivo – coisas e acontecimentos; e subjetivo – quando limitado à esfera pensante e íntima do sujeito que o vivencia. A ideia é a representação mental subjetiva de um fato – concreto ou abstrato – objetivo. Ao se empenhar para “comprovar um fato” há que se ultrapassar a ideia e verificar se há para ela uma realidade externa correspondente no mundo objetivo. Tanto quanto possível, a ideia deve ser veiculada de modo claro, ou seja, com palavras escolhidas com precisão pelo médico para expressar adequadamente os fatos objetivos a que a se refere.

O médico, saudável e com conhecimento técnico, é duplamente forte em relação ao paciente, desconhecedor da medicina e fragilizado por doença ou outro motivo, tem de revelar toda a informação sobre o caso colocado a seus cuidados. Primeiramente, para revelar a real situação, deve ser escolhido um ambiente calmo em lugar que não seja público e que permita o manuseio de objetos e documentos sem exposição à curiosidade pública. Por mais grave que seja, o assunto há de ser introduzido de forma firme, circunspecta, sensata, demonstrando estabilidade mental e emocional porque o médico não deixa de ser um protetor do paciente que confia sua saúde às mãos dele. Autodomínio e comedimento devem governar o encaminhamento da entrevista, com o profissional tentando ter absoluto rigor e controle na exatidão com que trata do assunto, das minúcias, encorajando o paciente a expor suas dúvidas e apreensões, sempre o estimulando a manter o moral tão elevado quanto possível, dando esperança¹⁰⁸ sem, entretanto, iludi-lo.

¹⁰⁷ “Fatos em primeiro lugar. Fatos são fatos. Eles não são coloridos por emoções ou tendências. Eles são indiscutíveis. Não há alternativa para um fato. Fatos explicam coisas. O que são, como aconteceram. Fatos não são interpretações. Uma os fatos estabelecidos, opiniões podem ser formadas. E, embora as opiniões importem, elas não mudam os fatos.” Tradução nossa de: “*Facts first. Facts are facts. They aren’t colored by emotion or bias. They are indisputable. There is no alternative to a fact. Facts explain things. What they are, how they happened. Facts are not interpretations. Once facts are established, opinions can be formed. And while opinions matter, they don’t change the facts.*” (CNN – Creative Marketing. Disponível em: https://www.cnncreativemarketing.com/project/cnn_factsfirst/. Acesso em: 10 ago. 2020).

¹⁰⁸ “*Who loses money, loses much; Who loses friends, loses more; Who loses hope, loses all.*” (LAWSON, J. Gilchrist. *The World’s Best Proverbs and Maxims*. New York: Grosset & Dunlap, 1926. p. 154).

Os médicos devem sempre se relacionar com seus pacientes com respeito, atenção e sensibilidade, na medida em que cada pessoa tem um senso de entendimento e assimilação das situações graves, sendo que o estado de saúde é uma das que mais inquietam alguém. A sinceridade devida ao paciente não impõe ao médico comunicar a condição médica dele – paciente – de imediato ou de uma só vez. O conjunto das informações pode ser fracionado e transmitido ao longo do tempo, de acordo com a capacidade que o paciente tem para compreendê-las e digeri-las e de forma a acomodar suas preferências. Com relação à divulgação ou à retenção de informações, a AMA propõe que os médicos devem¹⁰⁹:

- a) Incentivar o paciente a que, preferencialmente antes que as informações médicas estejam disponíveis, expressar suas preferências acerca de como querará recebê-las.
- b) Acatar solicitação do paciente no sentido de não lhe serem dadas determinadas informações médicas ou as transmitir a familiar designado ou a representante legal, desde que esses pedidos pareçam expressar os genuínos desejos do paciente.
- c) Avaliar, de acordo com as preferências manifestadas, a situação da saúde, as expectativas e seriedade da situação, a quantidade de informações que o paciente é capaz de suportar receber em um determinado momento e adaptar a divulgação para atender àqueles parâmetros.
- d) Para obter ajuda e subsídio na avaliação dos benefícios e danos relativos associados ao atraso na divulgação das informações, consultar a família do paciente (a menos que ele expresse que não o queira), os colegas médicos, um comitê de ética ou outro recurso institucional.
- e) De acordo com um plano definido para que a divulgação não seja protelada permanentemente, monitorar o paciente cuidadosamente e oferecer a divulgação quando ele – paciente – puder decidir se deseja receber as informações por completo ou não.
- f) Não ocultar eventuais erros médicos caso tenham ocorrido quanto aos cuidados destinados ao paciente, de acordo com as orientações éticas.^{110 111}

¹⁰⁹ Disponível em: <https://www.ama-assn.org/system/files/2019-06/code-of-medical-ethics-chapter-2.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹¹⁰ Na realidade o princípio é mais amplo: “*Principles of medical ethics, II. A physician shall uphold the standards of professionalism, be honest in all professional interactions, and strive to report physicians deficient in character or competence, or engaging in fraud or deception, to appropriate entities.*” Disponível em: <https://www.ama-assn.org/sites/ama-assn.org/files/corp/media-browser/principles-of-medical-ethics.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

As situações emergenciais, nas quais um paciente é incapaz de tomar uma decisão informada, configuram exceções em que é eticamente legitimada a retenção de informações e agir sem o conhecimento ou consentimento do paciente. Quando a situação se insere nessas circunstâncias, os médicos devem transmitir as informações retidas assim que a emergência for resolvida ou superada.

O princípio normal é que a mentira já é um indício jurídico de culpa, porque o paciente tem direito à verdade, ainda que com alguns limites só erigidos para a própria proteção dele, e o médico não deve nunca se acreditar dono do paciente ou acima do princípio da veracidade em decorrência da estreita confiança e boa-fé esperadas dele. E é elementar que o médico é responsável se, na falta de aviso, o paciente se comportar de maneira prejudicial. A verdade do diagnóstico é importante até porque o médico tem de conseguir a colaboração do paciente para a tomada das decisões e medidas terapêuticas subsequentes¹¹².

O dever de falar a verdade ao paciente joga com vários princípios. Primeiramente, o paciente é um ser humano e como tal deve ser visto, tratado e respeitado em sua dignidade. Admitir que o médico possa optar entre falar a verdade ou não seria destituir o ser humano de sua dignidade na medida em que seria tratado como tutelado, quase como se fosse uma coisa, cujo corpo, saúde e mente estariam subjugados ao talante do facultativo, o que não se admite nunca. Reconhecendo expressamente, o art. 24 do Código de Ética Médica prevê que é vedado ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”. E sem saber a verdade da situação, não se pode falar em decisão livre.

Um pormenor fundamental é que a lei sempre pressupõe que as pessoas sejam capazes, logo, o médico deve iniciar seu contato com o paciente adulto (maior de 18 anos) que tenha capacidade plena, porque não é a idade ou a doença que, por si sós, tornam as pessoas incapazes. Não fosse a lei impondo, o princípio do respeito à autonomia também

¹¹¹ Vide Código de Ética Médica – É vedado ao médico: “Art. 50. Acobertar erro ou conduta antiética de médico”. Notar que esse dispositivo não autoriza a delação pura e simples. Não é o tema deste trabalho, mas em nome dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do coleguismo, as representações devem ser encaminhadas para a diretoria médica da instituição ou para o Conselho Regional de Medicina para apuração. A moda de chamar os meios de comunicação e fazer denúncias sensacionalistas presta desserviço para todas as partes envolvidas, menos para quem ganha dinheiro com a divulgação afobada.

¹¹² SAVATIER, René; SAVATIER, Jean; AUBY; PEQUIGNOT, 1956, p. 244.

orienta firmemente no mesmo sentido. Crianças e adolescentes até 16 anos, mesmo não sendo capazes no sentido legal do termo, têm toda a condição de entenderem e de se conduzirem, se posicionarem e colaborarem autonomamente com o profissional; o mesmo vale para pessoas com deficiências e os pacientes psiquiátricos. Também não é a idade que torna as pessoas incapazes. De todo modo, usando o termo no sentido amplo, praticamente todas as pessoas têm um certo patamar de capacidade¹¹³ de entendimento, mesmo que não sejam capazes no sentido jurídico do termo. Inclusive um paciente plenamente capaz de entender pode estar momentaneamente incapacitado, tal como o caso de o médico, violando os deveres do humanismo, exagerar¹¹⁴ a gravidade do diagnóstico ou o prognóstico, deixando o paciente estarecido ou em pânico e, conseqüentemente, privado temporariamente de sua capacidade de raciocínio e decisão.

Decisão livre e protegida contra a autoridade do médico consagram o princípio do respeito à autonomia. O artigo 15 do Código Civil veda expressamente constringir alguém a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Desse artigo poderia ser extraída uma interpretação hoje impertinente no cenário jurídico brasileiro no sentido de que, se não houver risco de vida, o paciente poderia ser compelido a submeter-se fazendo letra morta do princípio do respeito à autonomia. O artigo 24 do Código de Ética Médica consagra o princípio do respeito à autonomia e, mesmo considerando que o bem jurídico que é primordial ao médico proteger seja a saúde do paciente, tal não lhe dá o direito de toldar a verdade para limitá-lo e tratá-lo contra a vontade, mesmo que o tratamento ou intervenção seja indicado, seguro e mesmo necessário.

Sem considerar o primado da dignidade da pessoa humana, o dever de falar a verdade poderia conflitar com o princípio da beneficência não fosse o princípio da autonomia. As restrições¹¹⁵ ao dever de falar a verdade não são absolutas e só são abertas para proteger o

¹¹³ “Para ter capacidade, o paciente também deve poder usar as informações, pesá-las e tomar uma decisão. Isso significa que, embora um paciente possa entender completamente os problemas envolvidos, se ele estiver em pânico a ponto de não conseguir processar o conhecimento para chegar a uma decisão, o paciente não terá capacidade para tomar a decisão. Tradução nossa de: *“To have capacity, the patient must also be able to use the information, weigh it, and be able to make a decision. This means that even though a patient may fully understand the issues involved, if he or she is in such a panic that he or she is unable to process the knowledge to reach a decision, then the patient will lack capacity to make the decision.”* (HERRING, 2016, p. 169).

¹¹⁴ O Código de Ética Médica prevê no art. 35 que é vedado ao médico: “Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos”. O dispositivo tem amplitude bem maior no sentido de vedar ao médico, de alguma forma, locupletar-se à custa da fragilidade do paciente.

¹¹⁵ SAVATIER, René; SAVATIER, Jean; AUBY; PEQUIGNOT, 1956, p. 245.

paciente de dano que a comunicação direta possa lhe provocar. A primeira é que há casos em que a capacidade de saber a verdade conjugada com a fragilidade de certos pacientes pode realmente levar a uma piora substancial do estado de saúde deles com a revelação do diagnóstico. Nesse caso, com cautela e em consideração e proteção da saúde do paciente, o médico poderá revelar o diagnóstico à família.

Vale lembrar que vem ganhando corpo o acolhimento do princípio ético de respeito à autonomia e, caso o paciente insista com firmeza e estando em pleno domínio das faculdades mentais, ele tem direito à verdade¹¹⁶. Pode ser, inclusive, que ele – paciente – não queira que sequer a família tenha pleno conhecimento da seriedade de seu estado de saúde. São casos em que o médico tem de prestar atenção absoluta aos desígnios de quem é o objeto de seus cuidados, pessoa esta que está entregando o caso aos cuidados dele.

Outra restrição ao princípio que consagra o direito do paciente à verdade é o caso em que o paciente não é apto mentalmente à compreensão do diagnóstico, da seriedade dele e das medidas propostas para tratamento. Há vários tipos de incapacidades de compreensão, cobrando do médico avaliar criteriosamente o que será dito ao paciente, lembrando que sempre podem ser fornecidas indicações genéricas para o paciente e toda a verdade para os familiares ou representante legal. Na medida do possível, o paciente tem de ser envolvido na decisão, de acordo com seu entendimento, até para cooperar com o tratamento.

A lei, a medicina e, até certo ponto, a filosofia presumem um contexto no qual as características da pessoa capaz são também as propriedades da pessoa autônoma. Embora a autonomia e a capacidade tenham significados diferentes (*autonomia* significa autogoverno: *capacidade*, a habilidade de executar uma tarefa), os critérios que definem a pessoa autônoma e a pessoa capaz são surpreendentemente similares. Há duas hipóteses plausíveis: ou uma pessoa autônoma é (necessariamente) uma pessoa capaz (de tomar decisões), ou os julgamentos acerca da capacidade de uma pessoa para autorizar ou recusar uma intervenção devem ser baseados numa avaliação da autonomia dessa pessoa. [...] Esse *continuum* da habilidade vai desde o pleno domínio até a completa inaptidão, passando por vários graus de proficiência parcial. Entretanto, é confuso pensar nesse *continuum* como envolvendo graus de capacidade. Por razões práticas e políticas, precisamos ter, nesse *continuum*, os limiares abaixo dos quais uma pessoa com um determinado grau de habilidades é considerada incapaz. Nem todos os indivíduos capazes são igualmente hábeis e nem todos os incapazes são igualmente inábeis, mas as determinações da capacidade classificam as pessoas nesses dois grupos

¹¹⁶ Código de Ética Médica – É vedado ao médico: “Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.”

básicos, e, portanto, tratam as pessoas apenas como capazes ou incapazes. O ponto onde irá se fixar a fronteira entre as duas classes dependerá das tarefas particulares envolvidas.¹¹⁷

A Lei nº 13.146/15¹¹⁸ (Estatuto da Pessoa com Deficiência), no art. 2º, considera “pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, e fez inserir no Código Civil o art. 1.783-A, criando a tomada de decisão apoiada, definindo-a como “o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade”. Então, nos dias de hoje, o médico deve acautelar-se e indagar para o paciente com alguma deficiência que comprometa a plenitude do entendimento e seus familiares pelas pessoas que eventualmente o apoiem na tomada de decisões.

Uma terceira restrição pode ocorrer em função de previsões existentes no contrato celebrado com o médico, no qual o paciente especifica a verdade que ele espera do médico, com manifestação suficientemente clara de seu propósito pessoal de não ser incomodado ou inquietado. Entretanto, dependendo do caso, é duvidoso que, contra os previamente manifestados desígnios do paciente, o médico os acate completamente e respeite essa tranquilidade, até porque pessoas gozando de plenas capacidades mentais não são propriedades do médico ou de quem quer que seja, sendo, adicionalmente, muito difícil estabelecer uma linha divisória do que viria ou não incomodar¹¹⁹ ou intranquilizar.

O paciente pediátrico¹²⁰ (criança ou adolescente) apresenta desafios muito especiais para o dever de informar do médico, porque muito embora dependa dos representantes legais

¹¹⁷ BEUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 154-155.

¹¹⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

¹¹⁹ “A pessoa autônoma também tem direito de ‘não ser informada’. Ser informado é um direito e não uma obrigação para o paciente. Ele tem direito de recusar ser informado. Nestes casos, os profissionais de saúde devem questioná-lo sobre quais parentes ou amigos quer que sirvam como canais das informações.” (FORTES, 1998, p. 66).

¹²⁰ “O direito ao segredo, quando o paciente é criança ou adolescente, hoje em dia mais e mais independentes dos pais, também deve ser assegurado. A criança e o adolescente são seres humanos, na peculiar condição de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. A elas a Constituição Federal assegura, com absoluta

para oferecerem decisão juridicamente válida, tem autonomia e deve ser envolvido o máximo possível nas decisões, salientando-se que, muitas vezes, o vínculo de confiança formado entre o médico e o paciente pediátrico torna-se forte a ponto de tornar muitas informações do atendimento e tratamento segredo até para os pais, os representantes legais. Se o paciente pediátrico combinou com o profissional o tratamento e está se submetendo, caso peça sigilo ao médico para não compartilhar com os seus pais suas dificuldades e preocupações, o profissional fica vinculado. E, não raro, tem de ser assim para o tratamento funcionar, porque depende sempre da adesão do jovem paciente. Caso o jovem não esteja cumprindo o projeto terapêutico, até em proteção dele, o médico deve alertar os pais acerca do que ocorre.

Chammard e Monzein enquadram o problema com muita propriedade:

A onda de emancipação, que atualmente domina cada vez mais a juventude dos pais, não deixará de causar sérios problemas de consciência ao médico quando ele se encontrar na presença de um menor que pede que ele guarde o segredo. Este será notavelmente o caso de certos viciados em drogas. É necessário fazer uma distinção se o cuidado requer ou não intervenção dos pais. É óbvio que, no segundo caso, o sigilo é necessário exatamente como se fosse um caso de adulto. Por outro lado, pelo menos quando o risco é grave e a saúde da criança pode ser comprometida pela ausência de tratamento, o médico deve alertar os pais que detêm os direitos de ‘autoridade parental’ a assumir a responsabilidade de criar seus filhos.¹²¹

O art. 74 do Código de Ética Médica é redigido nessa exata linha, ao dispor que é vedado ao médico “revelar sigilo profissional relacionado a paciente criança ou adolescente, desde que estes tenham capacidade de discernimento, inclusive a seus pais ou representantes legais, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente”. O dispositivo impõe

prioridade, dentre outros, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade (art. 227, *caput*). O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13.7.1990 – conta com dois dispositivos importantes para o correto entendimento do direito ao respeito e dignidade de que são detentores (arts. 17 e 18). A criança e o adolescente têm direito à inviolabilidade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias, crenças, dos espaços e objetos pessoais. E mais, todos, pais ou responsáveis, médico e sociedade, devem se comportar para com as crianças e adolescentes de modo a colocá-los a salvo de qualquer tratamento desumano, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.” (CASTRO, 2005a, p. 130).

¹²¹ Tradução nossa de: “*La vague d’émancipation, que submerge actuellement une jeunesse de plus en plus indépendante des parents, ne maquera pas de poser au médecin des graves problèmes de conscience lorsqu’il se trouvera en présence d’un mineur qui lui demandera de conserver le secret à l’égard des parents. Il en sera ainsi notamment avec certains drogués. Il est évident que, dans le second cas, le secret s’impose exactement comm s’il agissait d’une majeur. A l’inverse, tout au moins lorsque le risque est grave et que la santé de l’enfant peut être compromise em l’absence de traitement, le médecin doit avertir les parents que détiennent les droits de l’autorité parentale’ et assument la responsabilité d’élever leurs enfants.*” (CHAMMARD; MONZEIN, 1974. p. 225-226).

ao médico, como regra geral, o sigilo como direito da criança ou do adolescente tal qual o é para o paciente adulto, só autorizando a quebra quando o médico perceber que a preservação do segredo pode causar dano ao paciente criança ou adolescente. Assim, se a condução do paciente criança ou adolescente estiver conforme o ajuste do tratamento feito com o médico, de forma que esteja lidando com problema de saúde por si mesmo e de forma autônoma, o profissional fica adstrito ao sigilo. Inversamente, se o paciente criança ou adolescente não puder ou não estiver se conduzindo na perspectiva de cumprir o tratamento proposto para resolver o problema de saúde por si mesmo, o médico, para protegê-lo de algum dano consequente, fica obrigado a revelar toda a problemática para os responsáveis legais, a quem a lei impõe o dever de cuidar dele – paciente criança ou adolescente – e da saúde dele; na hipótese de o médico não fazer a revelação, responderá caso sobrevier dano ao paciente.

Também nessa linha, impõe-se ao médico a permanente avaliação dos pacientes crianças ou adolescentes para determinar se estão conseguindo entender os riscos e benefícios do tratamento proposto e tratar da manutenção ou revelação do segredo profissional. Quanto mais maduro e informado o paciente criança ou adolescente, mais capacitado para alcançar entendimento do significado do problema de saúde que tem e como se posicionar e decidir diante dele, tornando mais forte a obrigação ética do médico de buscar o consentimento e a adesão do paciente criança ou adolescente ao tratamento.

A recusa do paciente – criança ou adolescente – autônomo ainda que submetido juridicamente aos pais, com a exceção de sempre, que vale para todas as pessoas, deve ser *a priori* respeitada, a menos que a intervenção imediata seja essencial para preservar-lhe a vida ou evitar danos graves e irreversíveis, pelo médico e responsáveis, e se e quando as circunstâncias o permitirem, conversar sobre o motivo da discordância, esclarecer todas as dúvidas e, eventualmente, tentar demovê-la.

A AMA tem diretiva orientando a postura dos médicos para informar e colher consentimento em decisões de tratamento de paciente criança ou adolescente¹²²:

- a) Desenvolver um plano de atendimento individualizado que melhor atenda ao paciente criança ou adolescente, baseando as recomendações de tratamento nas melhores evidências

¹²² Disponível em: <https://www.ama-assn.org/system/files/2019-06/code-of-medical-ethics-chapter-2.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

disponíveis e, em geral, preferindo alternativas que não excluam escolhas futuras importantes do adolescente e adulto em que o paciente se tornará. Se porventura houver dúvidas sobre a eficácia ou o impacto a longo prazo das alternativas de tratamento, o médico deve incentivar a coleta contínua de dados para ajudar a esclarecer o valor para o paciente de diferentes abordagens de atendimento.

- b) Combinar com os responsáveis a simplificação dos regimes complexos de tratamento sempre que possível e educá-los de maneira a evitar comportamentos que colocam a criança ou outras pessoas em risco.
- c) Propiciar um ambiente favorável por meio de incentivar os responsáveis a discutir o estado de saúde da criança com o paciente criança ou adolescente, oferecendo-se o médico para facilitar e ajudar a conversa de pais e filhos relutantes. Os médicos devem oferecer suporte e apoio para minimizar o impacto psicossocial de cuidados social ou culturalmente sensíveis, inclusive colocando o paciente e os responsáveis em contato com outras pessoas que lidaram com decisões semelhantes e ofereceram seu apoio como parceiros solidários.
- d) Garantir, quando as decisões envolvem tratamento de manutenção da vida para uma criança ou adolescente em estado terminal, que o paciente tenha a oportunidade de se envolver na tomada de decisões, de acordo com sua capacidade de entendê-las e seu desejo de participar. O médico deve certificar-se que o paciente e os responsáveis entendam o prognóstico (com e sem tratamento). Eles devem discutir a opção de iniciar a terapia com a intenção de avaliar sua eficácia clínica para o paciente após um tempo especificado, para determinar se isso levou à melhora do estado de saúde e confirmar que, se a intervenção não atingir os objetivos acordados, pode ser descontinuada.
- e) Respeitar a decisão do paciente criança ou adolescente (se o paciente tiver capacidade e for capaz de expressar uma preferência) e dos responsáveis quando não estiver claro se uma intervenção específica promove efetivamente os interesses do paciente.
- f) Procurar consultar um comitê de ética ou outro recurso institucional quando houver discordância sobre o melhor interesse do paciente ou quanto às recomendações de tratamento.

O paciente pediátrico, então, deve ser objeto de atenção redobrada do médico não só porque tem autonomia, ainda que tolhida pela pouca experiência de vida e pela doença, mas também submetido à responsabilidade legal dos pais, cobrando uma postura reforçada do profissional quanto à boa-fé, fidelidade, confiança e, não raro, paciência, focado em que seu

objeto de cuidados é a pessoa do paciente, ele que é o objeto de proteção (até, se for o caso e em proteção do paciente, em face dos responsáveis legais) tanto quanto possível.

2.4 O conteúdo de verdade que deve ser informado ao paciente

É básico o estabelecimento por parte do médico de um ambiente de cooperação e acolhimento por ocasião da revelação das informações. O paciente há de ser tratado com cortesia, respeito, dignidade, e ir sendo respondido em suas indagações e orientado com clareza, prontidão e rapidez, tanto quanto recomendável ou possível, com o profissional acomodando-se à situação e necessidades desse paciente. É elementar esse clima de empatia e acolhimento, visto que é cobrado da profissão médica pelos deveres do humanismo médico, e sua falta pode ser impingida ao profissional que descure dessas providências, clamando por responsabilização independentemente de ter havido má condução técnica do caso.

Problema particularmente delicado precisa ser equacionado e resolvido quando o médico tem de decidir sobre a quantidade de informação que deve dar ao paciente. Se der um conjunto muito volumoso e minucioso, pode sobrecarregar a capacidade de entender e assimilar; se não der um conteúdo mínimo que permita ao paciente entender o que ele tem, as propostas de tratamento, as incertezas e os riscos, significará que as decisões tomadas não se sustentam juridicamente. A ideia central é que a percepção do balanço de benefícios contra riscos seja material, no sentido de que o conjunto de informações dado a conhecer seja tal que permita ao paciente atribuir a correta percepção de significância a eles.

Jean Penneau¹²³, com base no posicionamento da jurisprudência francesa, afirma que restaram estabelecidos, ainda que submetidos a várias exceções, dois princípios regendo o conteúdo da informação que deve ser dada ao paciente. O primeiro afirma que as informações para serem inteligíveis podem ser simples e aproximadas, desde que fiéis e leais, até porque não faz sentido dar um curso rápido de medicina para dizer para o paciente com profundidade técnica diagnóstico, prognósticos e outros pormenores. Segundo, os riscos normalmente previsíveis devem ser obrigatoriamente referidos pelo médico, que não está obrigado a revelar os riscos excepcionais.

¹²³ PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. 2^é éd. Paris: Dalloz, 1996. p. 18.

Jonathan Herring¹²⁴, referindo-se ao padrão adotado no Reino Unido pelo General Medical Council, esclarece que ao paciente devem ser dadas informações, a critério do médico, mesmo que o paciente não indague, mas necessite, bem como aquelas que ele queira. É importante que o médico certifique-se que as informações e conselhos tenham sido entendidos, sendo recomendável durante o contato que sejam estimuladas pelo profissional manifestações do paciente para aquilatar a efetiva compreensão das mensagens, sem descartar a possibilidade de dar informações por escrito, para que o paciente tenha tempo de pensar e chegar a uma decisão. As informações devem versar, sem prejuízo de qualquer outra que o médico repute importante, sobre:

- a) diagnóstico e prognóstico;
- b) quaisquer incertezas sobre o diagnóstico ou prognóstico, incluindo opções para investigações adicionais;
- c) opções para tratar ou gerenciar a doença, incluindo a opção de não tratar;
- d) o propósito e em que consiste qualquer exame, investigação ou tratamento proposto;
- e) os esperados benefícios, riscos e custos e a probabilidade de sucesso de cada opção, devendo incluir informações, se disponíveis, sobre como poderiam ser afetados os benefícios ou riscos dependendo de qual instituição e médico sejam escolhidos pelo paciente para ministrar a assistência, tratamento ou atos médicos.
- f) se alguma das propostas de exame ou tratamento faz parte de um programa de pesquisa ou é um tratamento inovador projetado especificamente para benefício do paciente;
- g) as pessoas que serão as responsáveis e as envolvidas nos cuidados a serem prestados ao paciente, qual o papel de cada um deles e até que ponto alunos e residentes podem estar envolvidos;
- h) esclarecer expressamente ao paciente o seu direito de se recusar a participar de ensino ou pesquisa;
- i) o direito que o paciente tem de buscar uma segunda opinião;
- j) quais custos ou contas que deverão ser custeados pelo paciente – eventualmente, dar orientações sobre coberturas e exclusões de seguros ou planos de saúde;
- k) quaisquer conflitos de interesse que o médico responsável, componente da equipe montada para atender o paciente ou a instituição onde os cuidados serão prestados possam ter;

¹²⁴ HERRING, 2016, p. 178-179.

- l) quaisquer tratamentos que o médico acredite que tenham maior benefício potencial para tratar do paciente, além daqueles oferecidos por ele ou pela instituição a que pertence.

A essa lista informações sobre algumas outras providências podem ser, dependendo do caso e ao critério da prudência do médico, ser incluídas: sobre a possibilidade de elaborar testamento vital, procuração para representação de interesses negociais, reanimação cardiorrespiratória, bem como orientar sobre providências relevantes de ordem pessoal, religiosa, financeira, dentre outras.

O paciente, imbuído da maior confiança, boa-fé e esperança, tem o justo direito de esperar alternativas apropriadas propostas pelo médico, nelas depositando as mais fervorosas expectativas de bom resultado no tratamento do mal que o aflige, sempre tendo bastantes informações para analisá-las segundo um tripé: benefícios, riscos e custos. Então, o paciente tem de receber as informações pertinentes, discutir benefícios esperados, riscos a serem corridos e custos a serem suportados em cada uma das opções propostas para ter condições de concordar com alguma delas ou indeferir todas. O paciente também tem o direito de indagar para o médico qual das opções apresentadas é a ótima ou a melhor, na opinião do profissional, para ser implementada.

Espera-se do médico que examine o paciente, faça perguntas sobre a saúde dele para saber detalhes que podem ser importantes e passem despercebidos para o leigo e, também, para ir conscientizando o paciente sobre seus problemas de saúde e ir facilitando o entendimento das sugestões de tratamento que serão oferecidas. A eventual recusa do paciente, por falta de entendimento adequado das propostas ou porque as entendeu e não as considera adequadas para si, está completamente albergada em seus direitos, porque, afinal, o corpo em que será realizado o tratamento proposto é dele – e ele decide¹²⁵.

Ao reportar sobre a quantidade de informação exigida pelos tribunais ingleses, Herring¹²⁶ coloca dois parâmetros para lidar com a percepção de significância do risco:

¹²⁵ Ver sobre o tema a Resolução CFM 2.232/20, que estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹²⁶ HERRING, 2016, p. 174-175.

- a) Não é apropriado estabelecer uma porcentagem para a eventual materialização de um risco, porque para o paciente em específico pode depender de uma série de fatores imprevisíveis e de idiossincrasias: a natureza do risco, o efeito que sua ocorrência teria sobre a vida do paciente, a importância para o paciente dos benefícios que se deseja alcançar com o tratamento, as alternativas disponíveis e os riscos envolvidos nessas alternativas. As porcentagens podem ser muito úteis para fazer estudos objetivos sobre as doenças e riscos, tendo-se em conta um grande espaço amostral, o que não quer dizer que, necessariamente, aquele paciente se encaixe nas medidas mostradas pelas estatísticas para a população em geral.
- b) O risco tem de ser visto como significativo se for aquele ao qual o paciente em particular atribuiria relevância, mesmo que outras pessoas razoáveis não o fizessem. Então, se o paciente em particular atribui (de maneira verbalizada, ou se der a entender, ou por suas características pessoais) significância a um determinado e específico risco, o médico estaria sendo negligente se não atentasse para isso e deixasse de divulgar toda a informação pertinente a respeito. É necessário ao médico atento e consciencioso do problema vivenciado pelo paciente razoavelmente saber o que esse paciente veria como importante sabe sobre seu caso. Assim, por exemplo, o risco de uma pequena mancha na pele da mão pode ser ignorado pela maioria dos pacientes, mas para um paciente que ganha a vida sendo modelo de mão isso pode ser um assunto sério e muito preocupante. Se o médico sabe da profissão do paciente, ele perguntando ou não, deve mencionar e esclarecer sobre o risco. Se a indagação é feita expressamente, então, fica claro que é fator de preocupação para o paciente, devendo o médico fornecer respostas completas a todas as perguntas e inquietações dele. Entretanto, se o médico souber que o paciente é obsessivo quanto a riscos ou atribui um significado desproporcionalmente grande a coisas que a maioria das pessoas considera irrelevantes, mais seguro é o médico divulgar todos os riscos e, inclusive, fornecer informações escritas ou mesmo sugerir algum site da internet para o paciente consultar.

O paciente tem sempre direito a uma segunda opinião, e falar para o médico que pretende ouvir outro profissional não deve ser motivo para que o profissional fique ofendido ou manifeste insurgência, até porque essa providência deve ser vista como sendo envidada pelos melhores interesses do paciente. Em face da doença, muitas pessoas ficam temerosas de tudo, incertas acerca do futuro, e obter a opinião de outro profissional que sempre vê o caso

segundo outras experiências profissionais e pessoais sempre é indicado. Assim, mesmo que, no entendimento do médico em contraste com o que o paciente apresentou, todas as informações necessárias tenham sido dadas, o paciente ou seus familiares ainda se sentirem de alguma forma inseguros, o médico não pode se opor à realização de conferência médica¹²⁷ ou à segunda opinião solicitada pelo paciente ou seu representante legal (Código de Ética Médica, art. 39).

Nada impede de o médico sugerir a conferência médica chamando a opinar outros médicos detentores de conhecimento, habilidades e experiências específicas, e tanto a conferência médica quanto a segunda opinião são elementos que possibilitam ampliar o conteúdo informativo dado ao paciente, familiares ou representante legal, bem como aumentar a segurança das hipóteses diagnósticas e opções de tratamento aventadas pelos médicos envolvidos na situação. Em qualquer dos casos, o médico deve compartilhar com os colegas envolvidos na conferência, bem como com o que dará a segunda opinião, todas as informações disponíveis, bem como suas impressões técnicas sobre o paciente e sua situação, franqueando a eles o prontuário médico, ficando os profissionais vinculados ao sigilo profissional.

O paciente escolhe seu médico com base na confiança, uma decisão *intuitu personae* focada naquele profissional. Se é assim, o paciente pode aceitar – ou não aceitar – ser tratado ou sofrer uma intervenção cirúrgica praticada por médico substituto do profissional responsável contratado. A AMA tem posição no sentido de que estará violada a relação de confiança e verdade embutida na relação médico-paciente se o cirurgião, sem conhecimento do paciente, que tem o direito de avaliar os respectivos riscos, deixar a cargo de outro médico substituto dele conduzir a intervenção. Pode acontecer de um outro profissional mais habilidoso ou bem treinado ser convidado a participar da intervenção cirúrgica: nesse caso, o

¹²⁷ “A conferência médica é procedimento que está caindo em desuso, em decorrência da natureza da assistência a que o paciente tem direito. Ela, no sistema atual, é praticamente substituída pela “consulta ao especialista”. Entretanto, deve ser incrementada para todos os doentes graves, complicados ou para os casos em que a família tenha manifestado qualquer dúvida. Os doentes previdenciários devem ter os mesmos direitos: eles podem pedir ao diretor do hospital ou ao chefe da equipe responsável pelo seu tratamento que indique, além do médico que o está assistindo, outro, para, em conjunto, exararem, por escrito, um parecer sobre o caso em apreço, contendo as hipóteses diagnósticas, conduta e prognóstico. O parecer deve ser transcrito no prontuário médico do paciente e uma cópia pode ser dada ao doente ou à família, mediante recibo que integrará o prontuário. Trata-se de um procedimento de muita utilidade para o doente e seus familiares que, assim, têm suas dúvidas dissipadas. É importante que o médico assistente, responsável pelo doente, não se sinta melindrado. Ele próprio deve facilitar essa atitude da família, pois tal postura só fortalecerá o vínculo de confiança médico/paciente/família.” (MORAES, 1998, p. 164-165).

médico assistente tem responsabilidade ética de informar o paciente (ou responsável legal se o paciente estiver incapacitado para decidir) de que haverá participação de outros, deixando explícito se os outros médicos estarão sob a supervisão dele ou não e obter o consentimento informado do paciente¹²⁸.

2.4.1 Conflitos éticos que devem ser informados ao paciente

Há conflitos éticos que o médico deve, com franqueza e boa-fé, informar para o paciente. Os conflitos de interesse pertencem a um conjunto particularmente nevrálgico contido nas possíveis intercorrências da relação médico-paciente. Muito embora não deixe de ser algo paradoxal que, do exercício da profissão, o médico adquira os meios de subsistência digna, mas por princípio, o profissional deve fazê-lo desinteressadamente¹²⁹, no sentido de que desempenhe seu mister com o altruísmo de quem relega a plano subalterno a ambição pessoal ou mesmo a aspiração legítima de ganhar mais para buscar a melhoria da saúde do paciente.

O Código de Ética Médica conta com dois dispositivos expressando que a profissão médica não tem viés mercantilista. Primeiramente, o art. 40 proíbe ao médico “aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza”. O art. 109, em sua segunda figura, por sua vez tem como objetivo obrigar o profissional a comportar-se com transparência e lisura, consagrando a superlatividade do dever de informar, ao comandar que é vedado ao médico “deixar de declarar relações com a indústria de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos, implantes de qualquer natureza e outras que possam configurar conflitos de interesse, ainda que em potencial”. Não é a regra, mas existem notícias na imprensa veiculando casos deploráveis em que pessoas inescrupulosas montam esquemas criminosos, valendo-se de

¹²⁸ Disponível em: <https://www.ama-assn.org/system/files/2019-06/code-of-medical-ethics-chapter-2.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2020.

¹²⁹ “Pode parecer utopia pregar o *desinteresse* numa era denominada neoliberal, eufemismo para o desenfrear do capitalismo, calcado sobre a ideia de lucro e, portanto, de interesse direto, escancarado, sem peias. Cumpre, todavia, conservar o *mínimo ético* garantidor das conquistas civilizatórias da humanidade. Dentre elas, a concepção de que, na repartição de funções pelos membros da comunidade, misteres há muito aproximados a um sacerdócio. [...] Por incrível que parecer possa, ainda há profissionais devotados, desvinculados de persecução do objetivo único do rendimento, atenciosos e pacientes. Aqueles que suportam a longa peroração de atormentados por injustiças – ou do que lhes pareça constitui o injusto – e não fazem desse exercício de humildade e paciência oportunidade para incrementar ganhos financeiros.” (NALINI, 2016, p. 557).

pacientes doentes e que deveriam ser tratados e amparados, para ganhar dinheiro ilicitamente com atendimento médico.¹³⁰

Note-se que os dispositivos não vedam as relações do médico com a indústria de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos, implantes de qualquer natureza e outras que possam levar à configuração de conflito de interesse, ainda que em potencial, casos em que o profissional há de resolver a situação em prol do paciente em prestígio do progresso da medicina. De todo modo, o tema é polêmico e nevrálgico, porque a mera indicação pelo profissional desses itens pode vir em benefício do paciente, mas não se deve descartar a eventual possibilidade de trazer desafios éticos. Ouve-se falar em médico endossar um certo produto para o paciente, pedindo ou indicando para ele comprar em outro lugar – ou seja fora do consultório ou de hospital –, fato que resulta em ganho para o profissional. A imiscuição do médico na comercialização de produtos relacionados ao exercício da medicina levanta severas questões éticas sobre conflito de interesses financeiros que pode obstruir a obrigação primária que o profissional tem para com a saúde do paciente, que deve sempre estar em primeiro lugar, ameaçando minar o vínculo de confiança que deve governar permanentemente a relação médico-paciente, podendo colocar pressão indevida ou apressar o paciente sobre o que ele deve decidir, sem dizer de agir em demérito da medicina.

A AMA¹³¹, com o objetivo de tentar superar o potencial conflito ético advindo desse tipo de postura, coloca vários parâmetros éticos para o profissional médico que, de alguma forma, se intromete na comercialização de produtos relacionados ao exercício da medicina. A primeira preocupação é no sentido de o médico optar por escolher, lidar ou oferecer apenas produtos cujas promessas de benefícios sejam baseadas em literatura científica revisada por

¹³⁰ Só para citar um exemplo, a Operação Garra Rufa: “Uma operação desencadeada pela Polícia Civil nesta segunda-feira, 1º, pôs fim a um esquema de fraude de R\$ 63 milhões que contava com a participação de três laboratórios farmacêuticos, a Associação dos Portadores de Vitiligo e Psoríase do Estado de São Paulo (uma Organização Não Governamental), um médico, dois advogados, três representantes comerciais, um gerente regional de laboratório e dois diretores da ONG. A quadrilha usava doentes de psoríase, uma doença autoimune, para ingressar com ações judiciais que obrigavam o governo estadual a comprar medicamentos fora do protocolo indicado pelo ministério da Saúde e fornecê-los gratuitamente. [...] Os dados médicos de 15 pessoas – 12 pacientes com psoríase e três sem nenhuma doença – foram usados para promover ações judiciais solicitando medicamentos fora do protocolo do SUS (Sistema Único de Saúde). Os pacientes sequer sabiam de que eram autores de ações contra o Estado.” (MATA, Cléber; SCHLINDWEIN, Manoel (com informações da Secretaria da Segurança Pública). Polícia prende quadrilha que fraudou R\$ 63 milhões do Estado. Portal do Governo do Estado de São Paulo, 01/09/2008. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/policia-prende-quadrilha-que-fraudou-r-63-milhoes-do-estado/>. Acesso em: 10 ago. 2020).

¹³¹ Disponível em: https://www.ama-assn.org/sites/ama-assn.org/files/corp/media-browser/code-of-medical-ethics-chapter-9.pdf_9.6.4. Acesso em: 25 ago. 2020.

pares ou outras fontes seguras de revisão científica de eficácia que sejam imparciais, sólidas, sistemáticas e confiáveis. Os médicos não devem, de modo algum, oferecer ou recomendar produtos que prometem benefícios ao paciente e sua saúde carecendo de validade e comprovação científica. Como em todo caso em que o médico prescreve, devem ser fornecidas informações sobre os riscos, benefícios e limites do conhecimento científico sobre o produto indicado em linguagem compreensível para o paciente. O profissional, para cumprir seus deveres éticos para com o paciente, deve abordar o conflito de interesses divulgando aberta e totalmente a natureza de seu interesse financeiro na venda do produto e não deixar de informar o paciente sobre a disponibilidade do produto ou de outros produtos equivalentes em outro lugar. O médico deve limitar o uso, venda ou indicação a produtos que efetivamente atendam às necessidades imediatas e urgentes de seu paciente (por exemplo, para evitar exigir que um paciente de muletas se desloque a uma farmácia local para comprar o produto).

2.4.2 A revelação de doença grave com prognóstico de morte

A morte é um assunto que é fugidio, ignorado e negado por nossa sociedade adoradora da juventude e orientada para o progresso. É quase como se tivéssemos assumido a morte como mais uma doença a ser vencida. Mas o fato é que a morte é inevitável. Todos nós morreremos; é apenas uma questão de tempo. A morte faz parte da existência humana, do crescimento e do desenvolvimento humanos, assim como nascer. É uma das poucas coisas na vida com que podemos contar, que podemos ter certeza de que ocorrerá. A morte não é um inimigo a ser conquistado ou uma prisão a ser escapada. É uma parte integrante de nossas vidas que dá sentido à existência humana. Estabelece um limite para o nosso tempo nesta vida, incitando-nos a fazer algo produtivo com esse tempo, enquanto é nosso para usar.¹³²

Antônio Chaves¹³³ expõe o *Decálogo do Moribundo*, com os seguintes os direitos:

a) ser informado; b) a que se lhe preste atenção; c) participar da tomada de decisões; d) serem respeitadas suas ideias religiosas ou convicções pessoais em matéria de fé; e) intimidade; f) ser atendido por profissionais competentes; g) decidir o tipo de informação médica que poderá ser revelada

¹³² Tradução nossa de: “*Death is a subject that is evaded, ignored, and denied by our youth-worshipping, progress-oriented society. It is almost as if we have taken on death as just another disease to be conquered. But the fact is that death is inevitable. We will all die; it is only a matter of time. Death is as much a part of human existence, of human growth and development, as being born. It is one of the few things in life we can count on, that we can be assured will occur. Death is not an enemy to be conquered or a prison to be escaped. It is an integral part of our lives that gives meaning of human existence. It sets a limit on our time in this life, urging us on to do something productive with that time as long as it is ours to use.*” (KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Death: the final stage of growth*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1975. p. x foreword).

¹³³ CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 68.

após sua morte; h) exigir que se lhe permita morrer; i) dispor de seu corpo; j) exigir que durante seu trânsito final não exceda a ciência a arte da medicina.

Elisabeth Kübler-Ross estudou o que chamou de os “cinco estágios da morte” numa vasta bibliografia sobre o tema, que podem ser sumarizados da seguinte forma:

1. **Negação** – ‘Não, eu não.’ Esta é uma reação típica quando um paciente descobre que está com uma doença terminal. A negação, diz a Doutora Ross, é importante e necessária. Ajuda a amortecer o impacto da consciência do paciente de que a morte é inevitável.

2. **Fúria e raiva** – ‘Por que eu?’ O paciente se ressentido do fato de que outras pessoas permanecerão saudáveis e vivas enquanto ele ou ela morrer. Deus é um alvo especial para a raiva, uma vez que Ele é considerado como imponente, arbitrariamente, da sentença de morte. Para aqueles que estão chocados com sua afirmação de que tal raiva não é apenas permissível, mas inevitável, a Doutora Dr. Ross responde sucintamente: ‘Deus pode suportá-la.’

3. **Barganha** – ‘Sim, eu, mas...’ Os pacientes aceitam o fato da morte, mas tentam fazer barganhas por mais tempo. Em geral, eles negociam com Deus – ‘mesmo entre pessoas que nunca falaram com Deus antes’. Eles prometem ser bons ou fazer algo em troca de mais uma semana, mês ou ano de vida. Observa a Doutora Ross: ‘O que eles prometem é totalmente irrelevante, porque eles não cumprem suas promessas de qualquer maneira.’

4. **Depressão** – ‘Sim, eu’. Primeiro, a pessoa lamenta as perdas anteriores, coisas não feitas, erros cometidos. Mas então ele ou ela entra em um estado de ‘dor preparatória’, preparando-se para a chegada da morte. O paciente fica quieto, não quer visitas. ‘Quando um paciente moribundo não quer mais vê-lo’, diz a Doutora Ross, ‘isso é um sinal de que ele encerrou seus negócios inacabados com você, e é uma bênção. Agora ele pode deixar-se ir em paz’.

5. **Aceitação** – ‘Meu tempo está muito próximo agora e está tudo bem.’ A Doutora Ross descreve esta fase final como ‘não uma fase feliz, mas também não infeliz. É desprovida de sentimentos, mas não é resignação, é realmente uma vitória’.

Esses estágios fornecem um guia muito útil para a compreensão das diferentes fases pelas quais os pacientes terminais podem passar. Eles não são absolutos; nem todo mundo passa por todos os estágios, nesta sequência exata, ou em algum ritmo previsível. Mas este paradigma pode, se usado de uma forma flexível e produtora de insights, ser uma ferramenta valiosa para entender por que um paciente pode estar se comportar daquela maneira.¹³⁴

¹³⁴ Tradução nossa de: “1. **Denial** - ‘No, not me.’ This is a typical reaction when a patient learns that he or she is terminally ill. Denial say Doctor Ross, is important and necessary. It helps cushion the impact of patient's awareness that death is inevitable. 2. **Rage and anger** - ‘Why me?’ The patient resents the fact that others will remain healthy and alive while he or she must die. God is a special target for anger, since He is regarded as imposing, arbitrarily, the death sentence. To those who are shocked at her claim that such anger is not only permissible but inevitable, Doctor Ross replies succinctly, ‘God can take it.’ 3. **Bargaining** - ‘Yes, me, but ...’ Patients accept the fact of death but strike bargains for more time. Mostly they bargain with God - ‘even among people who never talked with God before.’ They promise to be good or to do something in exchange for another week or month or year of life. Notes Doctor Ross: ‘What they promise is totally irrelevant, because they don't keep their promises anyway. 4. **Depression** - ‘Yes, me.’ First, the person mourns past losses, thing not done, wrongs committed. But then he or she enters a state of ‘preparatory grief,’ getting ready for the arrival of death. The patient grows quiet, doesn't want visitors. ‘When a dying patient doesn't want to see you any more,’ says

Fica claro que esse período cobra muito do médico, porque, além de permanecer ao pé da cama do paciente mantendo as informações e cuidados, há que considerar o estado psicológico dele enquanto vai superando as previsíveis fases vividas em função da devastação proporcionada pela doença.

Nessa fase de trânsito final, abre-se espaço para o médico antecipar a discussão sobre cuidados paliativos mesmo antes de o paciente entrar na fase severa da doença. O médico por ter, com base em sua vivência e conhecimentos, uma noção de como a doença vai evoluir, então, pode conversar com o paciente e eventualmente sua família sobre a problemática que se apresentará com o passar do tempo e que deverá ser enfrentada com o devido acatamento à autonomia do doente.

Em pronunciamento recente adotado pela 70^a Assembleia Geral, realizada em Tbilisi, Georgia, em outubro de 2019, a Associação Médica Mundial reiterou o forte compromisso com os princípios da ética e que o máximo respeito deve ser dado à vida humana e, portanto, se opõe firmemente à eutanásia e ao suicídio assistido por médico. Adicionalmente, manifestou que médico que respeita o direito básico do paciente de recusar o tratamento médico não age de forma antiética ao renunciar ou negar o cuidado indesejado, mesmo que o respeito a tal desejo resulte na morte do paciente.¹³⁵

No Brasil, eutanásia^{136 137} ativa é homicídio. E mais: o *caput* do art. 41 do Código de Ética Médica proíbe o médico, mesmo a pedido do próprio paciente ou de seu representante

Doctor Ross, 'this is a sign he has finished his unfinished business with you, and it is a blessing. He can now let go peacefully.' 5. **Acceptance** - *'My time is very close now and it's all right.'* Doctor Ross describes this final stage as *'not a happy stage, but neither is it unhappy. It's devoid of feelings but it's not resignation, it's really a victory.'* These stages provide a very useful guide to understanding the different phases that dying patients may go through. They are not absolute; not everyone goes through every stage, in this exact sequence, at some predictable pace. But this paradigm can, if used in a flexible, insight-producing way, be a valuable tool in understanding why a patient may be behaving as he does." (KÜBLER-ROSS, 1975, p. 10, nota de rodapé redigida por Hans O. Mauksch).

¹³⁵ Disponível em: <https://www.wma.net/policies-post/declaration-on-euthanasia-and-physician-assisted-suicide/>. Acesso em: 14 set. 2020.

¹³⁶ “Costuma-se dizer que o substantivo foi proposto por Francis Bacon, em 1623, em sua obra *Historia vitae et mortis*. No entanto, há quem defenda que sua origem é mais antiga, enraizando-se no pensamento estoico. Afirma-se que Cícero (106 – 43 a.C), em sua carta a Ático, empregou a palavra *eutanásia* como sinônimo de morte digna, honesta e gloriosa. Diego Gracia, professor de História da Medicina da Universidade Complutense de Madri, esclarece que a expressão, encontrada desde os tempos do imperador Augusto, já fora utilizada pelo historiador romano Suetônio. Sêneca, em suas *Epístolas a Lucílio* (Carta 77), teria utilizado o termo como

legal, de tomar medidas para abreviar a vida do paciente. Entretanto, o princípio XXII do capítulo I do Código de Ética Médica estabelece que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”, o que é conhecido por ortotanásia, e que não se confunde de modo algum com eutanásia, autorizando, conforme o parágrafo único do art. 41 do Código de Ética Médica “[...] o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre¹³⁸ em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

2.5 O dever da verdade para com familiares

Prioritariamente, o dever de verdade do médico é para com o paciente. Para se sentir livre e disposto a compartilhar informações sensíveis e confidenciais sobre sua vida e saúde com o médico, o paciente tem de ter um pleno sentimento de confiança que o profissional protegerá essas informações com o sigilo profissional. Só assim, ele se sentirá à vontade para divulgar totalmente informações pessoais confidenciais, com o objetivo declarado de permitir que seu médico forneça os serviços necessários e adequados da maneira mais eficaz. Por sua vez, os médicos têm a obrigação ética de preservar a confidencialidade de todas as informações fornecidas pelo paciente e as que foram por ele coletadas durante o tempo em

designativo da ‘*arte da boa ou doce morte*’.” (ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia, bioética e vidas sucessivas*. Sorocaba-SP, Brazilian Books, 2001. p. 27).

¹³⁷ “À luz do princípio do respeito à autonomia, as opções médicas de tratar, não tratar ou suspender tratamento são técnicas e submetidas ao consentimento do paciente, ou de alguém que por ele decida quando incapaz de fazê-lo, e clamam por não serem confundidas com uma forma omissiva de causar a morte. A decisão de tratar, não tratar ou suspender tratamento prende-se a critérios técnicos, morais, éticos, culturais, emocionais e econômicos e confundi-la com forma omissiva de cometer homicídio é superficial, presta um desserviço à sociedade e ignora centenas de anos de evolução da arte médica. Ademais, a decisão fundamentada de tratar, não tratar ou suspender o tratamento envolve a dignidade do ser humano, já que a morte é uma certeza para quem vive, e não tem carga de dolo, assim entendida a vontade de causar o resultado morte, indispensável para a configuração do crime de homicídio; igualmente, não pode ser confundida com desídia no tratamento, forma culposa atingir o resultado morte, porque o paciente está assistido e a própria decisão, com todas as suas complexidades e implicações, demonstra a diligência dos médicos e familiares e a preocupação deles com o estado do doente.” (CASTRO, João Monteiro de. *Eutanásia vista sob a ótica da ética biomédica*. In: VENTURA, Zenio; FAGUNDEZ, Paulo Roney Avila (org.). *XXXI Congresso Nacional de Procuradores do Estado*. Florianópolis: OAB/SC, 2005b. As Perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005b. p. 1.239-1.254).

¹³⁸ Ver, sob o prisma da justificação ética, argumentação favorável à sedação paliativa e contra a eutanásia e o suicídio assistido em: DEPERGOLA, P. A. Euthanasia, Assisted-Suicide, and Palliative Sedation: A Brief Clarification and Reinforcement of the Moral Logic. *Online Journal of Health Ethics*, 14(2), 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18785/ojhe.1402.04> ou em <https://aquila.usm.edu/ojhe/vol14/iss2/4/>. Acesso em: 11 ago. de 2020.

que os cuidados foram ministrados. Ou seja, estando com a capacidade preservada, o paciente decide se, o que, quando e a quem revelar o que seja sobre sua saúde.

A AMA é clara ao opinar que o paciente, em geral, é quem decide se, quais e a quem informações sobre sua saúde são divulgadas. Entretanto, nem sempre é necessário consentimento específico do paciente acerca de certas revelações – e quando for o caso¹³⁹:

- a) O médico pode revelar, restringindo a divulgação ao propósito da revelação, informação sobre a saúde do paciente sem autorização específica dele ou do responsável legal se este estiver incapacitado, para o pessoal responsável por prestar-lhe os cuidados, sendo que esses profissionais ficam alcançados pelo sigilo profissional.
- b) Para as autoridades competentes quando assim o determinar a lei.
- c) Para terceiros em posição de atuar para mitigar ameaça quando, a juízo do profissional, houver uma probabilidade concreta de que o paciente possa lesionar-se ou puder vir a causar danos físicos sérios a pessoa ou pessoas identificáveis.

Excepcionalmente, se o paciente estiver com a capacidade prejudicada, abre-se a possibilidade de o médico dirigir-se a familiares ou ao representante legalmente instituído para ser informado e colaborar na tomada das decisões, envolvendo tanto quanto possível o doente, em homenagem ao princípio do respeito à autonomia. Tirante isso, se o paciente estiver em condição mental apta a lidar com as informações e decisões sobre seu caso, será dado a conhecer à família somente o que ele quiser que saibam. Ou seja, se o paciente assim o determinar, os familiares ficarão afastados na medida do que ele – paciente – conseguir orientar a equipe médica acerca de suas pretensões.

Informar a família do passamento do paciente é um importante dever vinculado ao humanismo da medicina e posicionado centralmente na relação médico-paciente. Primeiramente, a comunicação do fato há de ser feita ordinariamente pelo médico assistente, que deve prestar a mais detida atenção à delicada situação emocional da família, fazendo isso de modo severo e com compaixão. Entretanto, se houver outro médico com relacionamento pessoal anterior mais próximo com o falecido ou com a família, pode ser apropriado que o médico assistente delegue a esse outro colega a tarefa de informar a família do óbito.

¹³⁹ Disponível em: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/confidentiality>. Acesso em: 10 ago. 2020.

O profissional que for dar a notícia para a família deve atentar para o sofrimento das pessoas e agir levando isso em grave consideração, porque, caso participe o acontecido de maneira inadvertida, inadequada ou cruel, lembrando que quem está dando a infausta notícia é quem tratava do finado com o objetivo de curar ou minimizar seu sofrimento, pode ser fonte de dano moral e clamar por responsabilidade. Ao comunicar esse evento, o médico deve, então, manifestar seu pesar, porque afinal os cuidados prestados não foram suficientes para salvar o paciente (assim, em geral, emocionalmente sentem as pessoas que tinham forte vínculo afetivo com a pessoa falecida), prestando atenção às necessidades emocionais da família. A morte deve ser comunicada tão rapidamente quanto possível, até porque várias providências devem ser tomadas quando um fato desses acontece.

2.6 O dever da verdade para com autoridades e terceiros

O dever de falar a verdade imposto ao médico, sempre em homenagem aos cuidados que deve ter com o paciente ou com a sociedade em geral, além de ser devido ao paciente – sempre – e aos familiares ou representantes, conforme o caso, também deve ser impositivamente exercido e, em casos específicos, para com as autoridades e empregadores.

Há casos em que o médico tem de, ativamente e em atenção à saúde do paciente, seu objeto de cuidados, informar as autoridades competentes para que tomem providências cabíveis. Em situações de confirmação ou suspeita de violência¹⁴⁰ ou maus-tratos¹⁴¹ contra o paciente que apresenta vulnerabilidade, o médico, como integrante de serviço público ou privado, tem que tomar providências no sentido de notificar as autoridades para eventuais providências, mesmo ao arrepio dos desígnios dos familiares e representante. Mais ainda, se o médico detectar conflito de interesses ou influência controladoras por parte do representante ou familiares, deve ficar mais atento ainda, até porque o agressor pode estar entre eles. São casos em que o dever de informar não é exercido diante do paciente, mas em prol da saúde e

¹⁴⁰ Em especial, as leis a seguir. Lei nº 10.741/03, dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 30 set. 2020; e Lei nº 13.14/15, institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁴¹ BRASIL. *Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Em seu art. 245, inclusive, prevê aplicação de multa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

segurança dele. E, destaque-se, o médico tem de tomar as providências mesmo considerando que, eventualmente, o agressor esteja pagando pelo atendimento.

O paciente institucionalizado é um caso muito emblemático porque está em situação de contenção e, de uma forma ou de outra, submetido aos desígnios de outrem e tem sua autonomia e potencial capacidade de insurgir-se restringida. É o caso do paciente psiquiátrico, do preso recolhido em penitenciária, do adolescente infrator internado e outros que estão compulsoriamente tolhidos em seu direito de ir e vir, fazendo parte de um conjunto de pessoas dependentes das que administram as instituições de contenção e submetidas a regras estritas, impostas pelo estabelecimento em que essas pessoas estejam recolhidas e que podem, em função de sua fragilidade circunstancial, ser submetidas a tratamento degradante que lhes tragam prejuízo à sua personalidade e à sua saúde física ou mental, cobrando especial proteção não só do médico, como de todos os que com eles lidam. Assim sendo, o art. 28 do Código de Ética Médica dispõe que é vedado ao médico desrespeitar o interesse e a integridade dos pacientes em qualquer instituição na qual estejam recolhidos, independentemente da própria vontade, e que, caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental deles enquanto confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

O Código de Ética Médica, no artigo 25, contém um dispositivo amplo e bastante geral proibindo que o médico pratique ou forneça meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que facilitem tortura ou procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, bem como que seja conivente com quem os realize, assim como impõe que denuncie tais iniquidades para amparar a saúde não só de seu paciente, mas de qualquer ser humano que esteja na situação de sofrê-las. É preciso realçar que a interpretação de “procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis” é ampla o bastante para permitir ao praticante da medicina proteger a saúde de todas as pessoas em geral, funcionando como a conjugação, em prol da sociedade, dos princípios da beneficência com a não maleficência. A expressão conivente é juridicamente muito relevante, porque, em se tratando de velar por pessoa em situação de extremada vulnerabilidade, impõe um comportamento ativo ao médico, e dizer algo como “não era paciente meu” não livra o profissional de responder pela violação do dever profissional nem de enfrentar ação de responsabilização.

Em todos esses casos, como não se pode descartar a prática de crime contra o paciente – ou até mesmo contra quem não seja paciente –, o médico que negligencie as providências de notificar as autoridades para providências cabíveis pode, em tese, praticar a contravenção tipificada no inciso II do art. 66 do Decreto-Lei nº 3.688/41¹⁴², Lei de Contravenções Penais, cujo tipo estabelece: “Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente: [...] II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal”, com previsão da aplicação de multa.

As situações descritas são tais que não há que se falar em violação de sigilo profissional, porque a quebra do segredo imposto ao profissional obedece a determinações legais e é feito em exclusivo benefício do paciente ou de seres humanos outros colocados em situações absolutamente inaceitáveis no mundo contemporâneo, ao se ter em conta a primazia da dignidade da pessoa humana e todo um conjunto interpretativo alcançado à custa de muito sofrimento. Ademais, o médico simplesmente notifica as autoridades competentes para que as devidas providências de investigação sejam envidadas, o que não o coloca na posição de testemunha, tema bem diferente e que escapa do foco deste trabalho.

Uma gama diversa de situações correlatas impõe ao médico o dever de informar não só o paciente para que se comporte adequadamente, cuide-se em relação ao mal que o acomete ou em perspectiva de acometer, mas também em proteção de um conjunto de pessoas que estão na rota de serem acometidas pelo mesmo mal e, assim, notificar autoridades ou empregadores para tomarem providências.

Mesmo com o progresso da medicina do trabalho, das tecnologias e providências públicas e privadas para tornar o ambiente de trabalho menos agressivo à incolumidade do trabalhador, é comum que o exercício das atividades atinentes à produção de bens e serviços coloque em risco a saúde do trabalhador. Sendo assim, o profissional médico, constatando que assim esteja acontecendo, tem que esclarecer o trabalhador sobre o que está pondo em risco sua saúde, e também comunicar o fato ao empregador responsável. E caso a situação persista, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

¹⁴² Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

A Lei nº 6.259/75¹⁴³ trata sobre as normas relativas à notificação compulsória de doenças e prevê no art. 8º que

é dever de todo cidadão comunicar à autoridade sanitária local a ocorrência de fato, comprovado ou presumível, de caso de doença transmissível, sendo obrigatória a médicos e outros profissionais de saúde no exercício da profissão, bem como aos responsáveis por organizações e estabelecimentos públicos e particulares de saúde e ensino a notificação de casos suspeitos ou confirmados das doenças relacionadas em conformidade com o artigo 7º.

Ou seja, mais que qualquer pessoa, o médico está legalmente obrigado a dar ciência às autoridades das doenças e agravos inusitados à saúde, suspeitos ou confirmados, na forma prevista na regulamentação administrativa correspondente. Paralelamente, o art. 269 do Código Penal estabelece o tipo penal de omissão de notificação de doença prevendo como crime em tese “deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”. Então, o médico tem o dever imposto pela lei de revelar não só para o paciente da doença que o acomete, mas também às autoridades públicas a existência da doença e de paciente acometido.

Em função da pandemia de Covid-19, na Lei nº 13.979/20¹⁴⁴ – sancionada para vigorar enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 –, art. 6º, existe previsão de compartilhamento obrigatório entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação e com disposição expressa no sentido de resguardo do sigilo das informações pessoais. Porém, o art. 2º da Resolução CFM nº 1.605/2000¹⁴⁵ estabelece que: “Nos casos do artigo 269 do Código Penal, onde a comunicação de doença é compulsória, o dever do médico restringe-se exclusivamente a comunicar tal fato à autoridade competente, sendo proibida a remessa do prontuário médico do paciente.”

¹⁴³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6259.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

¹⁴⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

¹⁴⁵ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2000/1605>. Acesso em: 23 set. 2020.

Há também o dever de verdade para com os colegas e a comunidade científica como um todo. O médico, à luz do determinado pelo art. 109 do CEM, tem proibição expressa de “deixar de zelar, quando docente ou autor de publicações científicas, pela veracidade, clareza e imparcialidade das informações apresentadas”. É um destaque muito importante, porque, como profissional da ciência médica, o médico que se disponha a dar a conhecer ao mundo suas experiências e eventuais descobertas deve fazê-lo de forma construtiva e encaminhando os colegas no sentido do aprimoramento da arte médica, visando a beneficiar a ciência, em geral, e os pacientes, em especial.

2.6.1 O uso de quarentena

Profissional e eticamente, o compromisso primeiro e majoritário que o médico tem de ter é com a saúde do paciente aos seus cuidados. Entretanto, o profissional da medicina também uma responsabilidade para com a saúde pública, a ele atribuída desde tempos imemoriais e, diante de certas doenças infecciosas, além de tratar e notificar as autoridades competentes, dentre as medidas técnicas que deve tomar, estão o emprego de quarentena e isolamento, com o objetivo declarado de minimizar o risco de propagação da doença e proteger a saúde de todas as pessoas.

Nesse contexto, os médicos – e todos os demais profissionais de saúde – têm a responsabilidade adicional de proteger e cuidar de suas respectivas saúdes, uma vez que precisam se manter aptos à prestação dos cuidados necessários aos doentes, não só da moléstia contagiosa como também das outras doenças em geral.

Pelo Decreto nº 10.212/20¹⁴⁶, que adotou o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional – cujo propósito e a abrangência são prevenir, proteger, controlar e dar uma resposta de saúde pública contra a propagação internacional de doenças, de maneiras proporcionais e restritas aos riscos para a saúde pública, e que evitem interferências desnecessárias com o tráfego e o comércio internacionais –, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005, por meio do Decreto

¹⁴⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10212.htm#anexo. Acesso em: 10 ago. 2020.

Legislativo nº 395, de 9 de julho de 2009, alguns conceitos envolvidos com a imposição de quarentena e isolamento são:

- “contaminação” significa a presença de uma substância ou agente tóxico ou infeccioso na superfície corporal de um ser humano ou de um animal, no interior ou na superfície de um produto preparado para consumo, ou na superfície de outro objeto inanimado, incluindo meios de transporte, que possa constituir risco para a saúde pública;
- “descontaminação” significa um procedimento pelo qual são tomadas medidas de saúde para eliminar uma substância ou agente tóxico ou infeccioso presente na superfície corporal de um ser humano ou animal, no interior ou na superfície de um produto preparado para consumo, ou na superfície de outro objeto inanimado, incluindo meios de transporte, que possa constituir risco para a saúde pública;
- “desinfecção” significa o procedimento pelo qual são tomadas medidas de saúde para controlar ou matar agentes infecciosos na superfície corporal de um ser humano ou animal, no interior ou na superfície de bagagens, cargas, contêineres, meios de transporte, mercadorias e encomendas postais, mediante exposição direta a agentes químicos ou físicos;
- “doença” significa uma doença ou agravo, independentemente de origem ou fonte, que represente ou possa representar um dano significativo para seres humanos;
- “isolamento” significa a separação de pessoas doentes ou contaminadas ou bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas de outros, de maneira a evitar a propagação de infecção ou contaminação; e
- “quarentena” significa a restrição das atividades e/ou a separação de pessoas suspeitas de pessoas que não estão doentes ou de bagagens, contêineres, meios de transporte ou mercadorias suspeitos, de maneira a evitar a possível propagação de infecção ou contaminação.

Um dos princípios preconizados no cumprimento das medidas contidas no regulamento é que seja feito com pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, porque as responsabilidades em prol da saúde pública que são atribuídas aos médicos entram, nesse caso, em relativo conflito com os direitos de autodeterminação dos pacientes. Mas a solução que se apresenta é a recomendada pelos cânones da profissão médica e visa a defender os melhores interesses do seu paciente, até

porque são doenças que sempre cobram cuidados especiais e até mesmo assistência emergencial, e da sociedade como um todo.

A AMA¹⁴⁷ tem várias orientações para os médicos sobre esse importante e oportuno tema, porquanto o mundo está assolado pela pandemia do vírus Covid-19, com a imposição pelos países dessas radicais medidas para controle e impedimento do alastramento dos contágios:

- a) Participar na implementação de medidas de quarentena e isolamento cientificamente e eticamente corretas, de acordo com o dever de prestar assistência em epidemias.
- b) Educar os pacientes e o público sobre a natureza da ameaça à saúde pública, de possíveis danos a terceiros e benefícios da quarentena e isolamento.
- c) Incentivar os pacientes a aderir voluntariamente à quarentena e ao isolamento.
- d) Apoiar a quarentena e o isolamento obrigatórios quando um paciente não aderir voluntariamente.
- e) Informar os pacientes e cumprir com os requisitos obrigatórios de relatórios de saúde pública.
- f) Tomar medidas de proteção e prevenção adequadas para minimizar a transmissão de doenças infecciosas de médico para paciente, incluindo a aceitação de imunização contra doenças evitáveis por vacina, de acordo com as orientações éticas.
- g) Procurar o médico avaliação e tratamento se suspeitar de estar infectado, incluindo o cumprimento de medidas de saúde pública obrigatórias.

Em continuação, a AMA recomenda aos médicos, em conjunto e em colaboração com os colegas de saúde pública e autoridades civis, a responsabilidade ética de:

- a) Garantir que as medidas de quarentena sejam ética e cientificamente apropriadas e válidas:
 - usando os meios menos restritivos disponíveis para controlar doenças na comunidade, protegendo os direitos individuais;
 - sem discriminação contra qualquer classe ou categoria de pacientes.
- b) Defender o mais alto nível possível de confidencialidade quando as informações pessoais de saúde forem transmitidas no contexto dos relatórios de saúde pública.

¹⁴⁷ Disponível em: <https://www.ama-assn.org/sites/ama-assn.org/files/corp/media-browser/code-of-medical-ethics-chapter-8.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

- c) Defender o acesso aos serviços públicos de saúde para garantir a detecção oportuna de riscos e a implementação de intervenções de saúde pública, incluindo quarentena e isolamento.
- d) Defender medidas preventivas e de proteção para médicos e outras pessoas que cuidam de pacientes com doenças transmissíveis.
- e) Desenvolver materiais e programas educacionais sobre quarentena e isolamento como intervenções de saúde pública para pacientes e o público.

Então, no Brasil, em função de estar em vigor a Lei nº 13.979/20, dispondo sobre as medidas que poderão ser adotadas objetivando a proteção da coletividade enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do surto de coronavírus de 2019, as medidas de isolamento e quarentena, dentre outras, estão relacionadas entre aquelas que podem ser tomadas pelas autoridades na tentativa de deter a pandemia.

3 NOVOS PARADIGMAS IMPOSTOS PELA ESCALADA DA TECNOLOGIA

3.1 A evolução tecnológica

Falando sobre tecnologia no livro *Armas, germes e aço*, Jarred Diamond faz uma afirmação que poderia causar perplexidade se não explicada: “a invenção é quase sempre a mãe da necessidade”¹⁴⁸, invertendo os papéis normalmente atribuídos à invenção e à necessidade, bem como contesta a chamada “teoria heroica da invenção”. A crítica a essa teoria floresce porque a pessoa a quem se credita ter feito a invenção – o herói –, na realidade, quase nunca partiu do nada, mas deu sequência de onde alguém que o precedeu havia parado no desenvolvimento de modelos operacionais da coisa inventada, alguns até com sucesso comercial. A lógica das invenções e descobertas seria como Isaac Newton disse: “Se eu vi mais longe que outros, foi apoiando nos ombros de gigantes”¹⁴⁹. Ou seja, o que normalmente acontece é um melhoramento em cima do outro até convergir em algo (produto ou serviço) que ganha o mercado por via do atendimento a uma necessidade, que nem sempre é aquela para a qual o objeto tinha sido projetado ou construído. O que acontece mesmo é que a invenção é atribuída, segundo a teoria heroica da invenção, a quem consegue fazer melhoramentos e aperfeiçoamentos, patentear e conseguir sucesso comercial. Então, “todos os inventores famosos reconhecidos tiveram precursores e sucessores capazes e fizeram os aperfeiçoamentos numa época em que a sociedade estava em condições de usar o produto deles”¹⁵⁰.

Como decorrência, duas conclusões. A primeira é que a tecnologia evolui de modo cumulativo e os exemplos são os mais variados. O automóvel quando começou a ser fabricado em massa era tosco perto dos modelos dos dias de hoje, com mais e mais acréscimos e melhoramentos embarcados, tais como freio a disco, direção elétrica, câmbio automático, injeção eletrônica só para citar alguns.

¹⁴⁸ DIAMOND, Jarred. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 243.

¹⁴⁹ Tradução nossa de: “*If I have seen further than others, it is by standing upon the shoulders of giants.*” Disponível em: https://www.brainyquote.com/quotes/isaac_newton_135885. Acesso em 10 ago. 2020.

¹⁵⁰ DIAMOND, *op. cit.*, p. 244.

A segunda conclusão vem no sentido de que a maioria das aplicações de uma invenção vem depois e para satisfazer necessidades que se colocam preparadas para ela no tempo e no espaço. O material borracha, por exemplo, era conhecido pelos índios antes mesmo do descobrimento do Brasil e serve para isolar eletricidade, luz e calor, para apagar escrita a lápis, para amortecimento de choques, para fazer câmaras de ar para pneus de automóvel, para fazer coberturas impermeáveis para sapatos (galochas) e muitas outras aplicações. O material borracha – que apresentava, de origem, grandes problemas, era mole e pegajoso quando submetido a calor e endurecia progressivamente em baixas temperaturas, sendo que exalava odor desagradável – recebeu inúmeras melhorias até se converter num artigo de múltiplas aplicações, sendo que nesse cenário sobressai o nome de Charles Goodyear (1800-1860), conhecido por ter descoberto e patenteado um processo de vulcanização (mistura de enxofre com a borracha a alta temperatura) da borracha, que levou à superação dessas deficiências. O que não é muito conhecido é que a descoberta do processo de vulcanização envolveu vários outros inventores, dentre eles Nathaniel Hayward, Thomas Hancock, porém Charles Goodyear foi quem passou para a história como o descobridor do processo cujo nome derivou de Vulcano, o deus romano do fogo.

Para explicar os motivos pelos quais as invenções são aceitas e incorporadas aos costumes de uma sociedade, Diamond sugere pelo menos quatro fatores:¹⁵¹

- a) vantagem econômica em comparação com a tecnologia existente, que acaba por ser substituída – a roda usada em carroças puxadas por animais representou uma tremenda vantagem econômica sobre o uso de carregadores humanos;
- b) valor social, prestígio atribuído aos usuários – os bens chamados de bens posicionais, que servem para hierarquizar a sociedade por meio de mostrar quem tem ou não tem poder econômico, denotando posição social e financeira do usuário, são muito apreciados até mesmo em detrimento de custarem proporcionalmente muito mais caro;
- c) volume de capital investido numa certa formatação tecnológica força a sociedade a aceitá-la até haver espaço para a substituição – a mídia VHS acabou se impondo sobre outras com melhores vantagens técnicas em função do capital investido não só na fabricação delas, assim como nos aparelhos eletrônicos com elas compatíveis. O teclado QWERTY,

¹⁵¹ DIAMOND, 2005. p. 248.

patenteado em 1868, ganhou tão grande aceitação de fabricantes de máquinas que é padrão até hoje, em detrimento de outros muito mais ergonômicos e tecnologicamente superiores/

d) facilidade com que as vantagens podem ser percebidas – o telefone celular praticamente varreu do mercado o telefone com fio, que só continua a existir porque sustentado pela legislação que regula telecomunicações.

A tecnologia é uma das forças mais impetuosas que agem no curso da história, e como quanto mais tecnologia houver mais tecnologia é gerada, fazendo com que a importância da difusão de uma invenção possivelmente ultrapasse a importância da invenção original, exemplificando um processo que a história da tecnologia chama de autocatalítico.¹⁵² No processo autocatalítico, a presença de catalisador – no caso a existência de tecnologia – faz com que a velocidade do processo aumente.¹⁵³

Uma razão apontada para que a tecnologia tenda a se catalisar é que avanços se consolidam após a solução antecedente de uma série de problemas mais simples. A existência de computadores pessoais, de pequenas dimensões físicas e enormes capacidades de processamento e memória, em quase todas as residências dos países mais desenvolvidos mostra a evolução tecnológica desde as primeiras enormes e pesadas máquinas de processamento de dados, com baixas capacidades de processamento e memória. Outra razão é que os materiais e tecnologias – antigos e novos – podem ser combinados e recombinaados com uma ampla diversidade de materiais e tecnologias – antigos e novos. Até não há muito tempo, as bebidas eram comercializadas somente em frascos de vidro. Sem negar as boas propriedades do vidro para fazer envasamento, considerando-se o custo de retornar as garrafas vazias para reutilização e o risco de acidentes ao manuseá-las, nos dias de hoje a maioria das bebidas são vendidas em latas metálicas recicláveis, mas não reutilizáveis.

Nas palavras de Larry Rosen:

¹⁵² DIAMOND, 2005, p. 259.

¹⁵³ “Os catalisadores cumprem a importante tarefa de fazer com que as moléculas presentes em uma reação reajam com uma velocidade maior. A velocidade de um grande número de reações é influenciada pela presença dessas substâncias, elas aceleram a reação e não influenciam na composição e nem na quantidade do produto final da reação, isto é, permanecem quimicamente inalteradas no processo.” (SOUZA, Líria Alves de. *Catalisadores*. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/quimica/catalisadores.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020).

A tecnologia não vai desaparecer. Ao contrário, ela tende a ficar cada vez mais atraente. Com mais conexões sociais eletrônicas em nossas vidas, as distrações internas também aumentam, e os intervalos tecnológicos podem treinar o cérebro a se concentrar, aplacando a preocupação e a ansiedade com aquilo que podemos estar perdendo no nosso mundo social virtual.¹⁵⁴

Uma das noções mais importantes em ciência é a elaboração de modelos. Neil Gershenfeld falando sobre a elaboração de modelos mostra bem que o progresso científico é um contínuo aprimoramento sem chegar a uma verdade substancial universal:

Kepler, usando a imagem de sólidos platônicos para explicar o movimento observado dos planetas, fez boas previsões, que foram aprimoradas por suas leis do movimento planetário, que foram aprimoradas pelas leis do movimento de Newton, que foram aprimoradas pela relatividade geral de Einstein. Kepler não se tornou errado por causa de Newton estar certo, assim como Newton não se tornou errado por causa de Einstein estar certo; esses modelos sucessivos diferiam em suas suposições, precisão e aplicabilidade, não em sua verdade. [...] Construir modelos é uma forma muito diferente de proclamar verdades. É um processo interminável de descoberta e refinamento, não uma guerra a ganhar ou um destino a ser alcançado. A incerteza é intrínseca ao processo de descobrir o que você não sabe, não uma fraqueza a ser evitada. Falhas são atributos – violações das expectativas são oportunidades para refiná-las. E as decisões são tomadas avaliando o que funciona melhor, não invocando a sabedoria recebida. Compreender qualquer coisa significa criar modelos que possam prever resultados e acomodar observações.¹⁵⁵

Ou seja, se existe uma teoria que funciona, não quer dizer que a verdade suprema está revelada e nem seja prova sequer transitória que a teoria anterior está errada. Mas sendo efetiva para medir e antecipar fenômenos para decidir com a precisão necessária, já representa progresso.

¹⁵⁴ ROSEN, Larry. Geração desconcentrada. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 18/11/2012. Disponível em: https://link.estadao.com.br/noticias/geral,geracao-desconcentrada,10000034591_Acesso em 10 ago. 2020.

¹⁵⁵ Tradução nossa de: “*Kepler; packing Platonic solids to explain the observed motion of planets, made pretty good predictions, which were improved by his laws of planetary motion, which were improved by Newton’s laws of motion, which were improved by Einstein’s general relativity. Kepler didn’t become wrong because of Newton’s being right, just as Newton didn’t then become wrong because of Einstein’s being right; these successive models differed in their assumptions, accuracy, and applicability, not in their truth. [...] Building models is very different from proclaiming truths. It’s never-ending process of discovery and refinement, not a war to win or destination to reach. Uncertainty is intrinsic to de process of finding out what you don’t know, not a weakness to avoid. Bugs are features – violation of expectations are opportunities to refine them. And decisions are made by evaluating what works better, not by invoking received wisdom. [...] Making sense of anything means making models that can predict outcomes and accommodate observations.*” (GERSHENFELD, Neil. *Truth is a model*. In: BROKMAN, John. *This Will Make You Smarter*. New York: Harper Perennial, 2012. p. 72-73).

3.2 O impacto da tecnologia na relação médico-paciente

Na medicina, arte, ciência e tecnologia combinam-se para proporcionar continuamente a substituição de conceitos, técnicas, materiais e equipamentos num processo incessante e que não pode ser detido em nome do benefício dos pacientes e da sociedade em geral. A inovação em tecnologia, incluindo tecnologia da informação, está proporcionando uma nova forma de como os indivíduos interagem uns com os outros e, mais, está redefinindo a noção de tempo e distância e introduzindo mudanças marcantes na relação médico-paciente, incluindo por quem, o que, quando, onde e como os cuidados são sugeridos, consentidos e prestados.

O avanço da telemedicina e da telessaúde está incorporando um *continuum* e práticas e tecnologias que oferecem novas maneiras de os médicos cuidarem dos pacientes.

No entanto, o ponto fulcral, portanto inafastável, da relação médico-paciente, como em qualquer atendimento presencial, é que os pacientes têm de manter o elo de confiança firme tanto no profissional cuidador quanto no modo de atendimento que será utilizado. Ou seja, o paciente precisa continuar a ter certeza de que os médicos encarregados de cuidar dele, qualquer seja o modo de atendimento utilizado, colocarão sempre o bem-estar dele – paciente – acima de qualquer outra preocupação ou interesse; terá de confiar que lhe serão ministrados cuidados tão competentes quanto se fossem prestados da maneira presencial; que lhe serão fornecidas todas as informações que necessita para saber o que está sendo sugerido e tomar as decisões correspondentes bem pensadas e embasadas; que terá preservada e respeitada a privacidade e a confidencialidade de seus dados e situação e que o médico revelará, assim como deve fazer nos atendimentos presenciais, quaisquer interesses financeiros ou outros que estejam no aplicativo, no serviço de telessaúde ou telemedicina, e em favor dos interesses dele – paciente –, gerenciará ou eliminará quaisquer conflitos em benefício do paciente.

Tudo isso porque as responsabilidades éticas, civis, administrativas e penais que medeiam a relação médico-paciente permanecem absolutamente inalteradas, muito embora o *continuum* de possíveis interações médico-paciente em telessaúde ou telemedicina adicionar diferentes pormenores nevrálgicos e demandadores de mais atenção e cautela dos profissionais.

Sob o ponto de vista da medicina em si, vários são os campos hoje que estão sendo desenvolvidos e trazendo alterações marcantes na visão tradicional, caminhando para territórios de pesquisa bastante amplos e que cobram uma postura vigorosa dos médicos em relação aos pacientes, até para proteger direitos personalíssimos deles. Já se colocam no horizonte próximas mudanças paradigmáticas em relação às posturas diagnósticas e terapêuticas, deslocando a atenção para a predição e a prevenção.

Até aqui, o que predominava no sistema de saúde, na opinião pública e na autoconsciência individual das pessoas era que a medicina curativa envolvia um tratamento casual e sintomático de doenças e o acompanhamento pós-enfermidade. O novo impulso da medicalização de hoje que a biomedicina traz consigo uma outra compreensão de saúde e doença. Em vez do tratamento pós-enfermidade e cura, futuramente serão colocadas em primeiro plano as predições, a previsão, assim como a prevenção e a precaução de doenças. O diagnóstico preditivo genético já pertence aos procedimentos estabelecidos na biomedicina, a qual alcançará no futuro, no entanto, uma importância ainda maior. O diagnóstico preditivo genético diz respeito à vida pré-natal, ao recém nascido, assim como ao adulto, afetando a existência humana no seu mais íntimo. [...] Perante essas constatações, são possíveis medidas preventivas adicionais – autoexames, controles radiográficos periódicos, ultrassonografia, imagem de ressonância magnética, entre outros – sem haver uma terapia direta e efetiva. Maior importância também deverá alcançar futuramente o procedimento biomédico de reposição celular, tecidual e de órgãos.¹⁵⁶

A ponte casando o exercício da medicina com a tecnologia tem ficado cada vez mais ampla e pavimentada, mais competente e precisa para atingir resultados cada vez melhores, agregando mais e mais valor à atividade médica e aos serviços de saúde. É um processo que não tem e não pode ter parada, tendo que ser administrado com competência e coragem e prestando atenção à finalidade social da medicina, que não combina com o mercantilismo, ao ser humano que é o objeto dos cuidados do médico, o ser humano que exerce a medicina, incorporando o progresso sem prejudicar a humanidade que sempre tonalizou a medicina. Tecnologia incorpora e vem para ficar, só sendo substituída em circunstâncias especiais e por outra com relação custo-benefício mais apropriada segundo parâmetros de tempo, espaço e custo, eternamente cambiantes. Um exemplo disso é a pandemia de Covid-19, que ao assolar o mundo, fez com que muitas novas tecnologias entrassem em uso, praticamente varrendo métodos menos adequados, pois porquanto impedidas de sair de casa, as pessoas têm, de alguma forma, de continuar tanto quanto possível a produzir.

¹⁵⁶ KRESS, 2008, p. 84-85.

Então, com as cautelas e salvaguardas adequadas, é necessário abrir espaço para a adoção de novas tecnologias (técnicas, materiais, medicações, processos e recursos técnicos e humanos) e não ser obstinadamente contra melhorias em nome de manter um espaço de exercício profissional antiquado e com base em modelos superados. Do aparato técnico de sala de CTI de 30 anos atrás pouco sobrou, mas a proporção dos potenciais para tratar e curar de hoje é muito mais favorável ao paciente, sua saúde e recuperação. Conscientes de que tudo progride, é preciso atentar para o constante processo de alterar os protocolos para incorporar novas tecnologias e fixar parâmetros mais adequados e precisos para diagnosticar e tratar as doenças nos organismos dos pacientes.

A incorporação de máquinas nesses processos não será detida, mas acomodada para melhor servir aos pacientes. O importante para a medicina é que a noção de cuidar do paciente no sentido de cumprir os deveres derivados do humanismo médico não pode ser excluída e não tem como ser atribuída às máquinas (ainda?), permanecendo com o ser humano médico, pessoa habilitada a exercer pessoalmente a medicina, ao pé do paciente para compreender suas dificuldades, temores e tomar as decisões de tratá-lo ainda que ditando parâmetros para as máquinas cumprirem.

3.3 Os novos meios de comunicação entre médico e paciente

Nos dias de hoje está se tornando comum a integração de várias ferramentas de comunicação à realidade de todas as pessoas. E não demorou muito para serem agregadas, embora ainda timidamente até antes da pandemia de Covid-19, ao dia a dia dos médicos. Em tempos não tão distantes, o telefone foi agregado complementarmente à relação médico-paciente e prestou inestimáveis serviços às comunicações. E embora sem substituir o contato pessoal entre médico e paciente, muitas vezes ajudou a manter os pacientes informados, e por que não dizer, ajudando a fortalecer a relação de confiança que os unia.

As comunicações eletrônicas, tais como *e-mail* e mensagens de texto, estão ingressando vigorosamente como ferramentas de comunicação inegavelmente úteis e, se usadas com cautela e reserva, que podem facilitar em muito os contatos entre médico e paciente, militando em benefício do fortalecimento dessa relação, até porque proporcionam uma sensação de proximidade e amparo. Evidentemente que, sendo ferramentas novas, podem

levantar questões sensíveis, entretanto, não incontornáveis. Uma primeira é que os padrões técnicos de atendimento por esses contatos têm de funcionar tal qual fosse a consulta presencial, o que em certos casos não é possível, cobrando do profissional atenção na detecção desses casos e que aja apropriadamente para não incidir em responsabilidade. Depois, a troca de informações confidenciais através desses meios de comunicação por via eletrônica pode gerar impactos indesejados na confidencialidade e na privacidade dos pacientes, proporcionando uma margem de risco de prejuízos advirem, porque quando o médico aceita envolver-se nesse tipo de troca de mensagens precisa ter em mente que está preso às mesmas obrigações éticas caso a consulta acontecesse num ambiente reservado.

Evidentemente, em função da confiança, pessoalidade e boa-fé que envolvem o estabelecimento de uma firme e construtiva relação médico-paciente, esses meios de comunicação eletrônica não servem para funcionar como o elo inicial da relação, mas podem ser úteis quanto a manter o paciente informado e orientado em complementação aos encontros presenciais, porém, sem prescindir deles de todo. Nem todo tipo de necessidade clínica ou tratamento pode ser discutido e encaminhado por meios não presenciais e, na dúvida, o profissional deve recomendar a vinda do paciente para maiores exames, mas se isso não for possível, sugerir ou tomar alguma outra medida adequada.

O médico, caso entenda serem os canais eletrônicos adequados para serem usados complementarmente aos contatos presenciais sem prejuízo qualitativo do atendimento, deve combinar com o paciente e dar oportunidade a ele de aceitar ou recusar as comunicações pela via eletrônica, fazendo as correspondentes anotações no prontuário médico. O profissional pode até combinar que tipo de informação pode ser veiculada, porque o conteúdo das mensagens pode ir desde lembrar a hora de uma consulta agendada até envolver informações sensíveis sobre o paciente. O paciente deve ser também alertado que o médico nem sempre tem como checar sobre a identidade de quem está manejando o *e-mail* ou o celular dele – paciente – enquanto trocam mensagens, porque não é incomum que outras pessoas do convívio do paciente tenham acesso franqueado a esses equipamentos. As informações que o médico enviar pela via eletrônica não podem ser apresentadas de maneira descuidada, pelo contrário, devem atender plenamente aos padrões exigidos para o exercício da profissão, bem como o que se disser sobre diagnósticos e propostas terapêuticas devem ser conforme os padrões clínicos aceitos.

Não se pode deixar de levar em conta que as mensagens enviadas pela via eletrônica chegam muito rapidamente ao destinatário, mas nem sempre o profissional pode tomar ciência delas imediatamente e retornar por conta das peculiaridades do exercício da profissão médica, motivo pelo qual o médico deve tomar o cuidado de informar o paciente que não se deve confiar nesses meios de comunicação para urgências ou emergências. Se o paciente tomar a iniciativa de iniciar os contatos usando meios eletrônicos, o profissional deve alertá-lo que não é toda situação médica que pode ser tratada por esse meio de comunicação, bem como avisar sobre a fragilidade que pode ser acarretada à confidencialidade de informações sensíveis, obtendo a concordância do paciente para continuar os contatos pela via eletrônica – se o caso – e fazendo as correspondentes anotações no prontuário médico.¹⁵⁷

Tem sido introduzido o uso de dispositivos de detecção e monitoramento remoto, permitindo a leitura dos sinais vitais ou o estado de saúde do paciente sem a necessidade do encontro pessoal dele com os médicos e outros profissionais de saúde. A obtenção dessas informações remotamente, para monitoramento oportuno sobre a saúde do paciente, pode beneficiá-lo sem o transtorno de deslocamento para um encontro pessoal, às vezes envolvendo economia de tempo e recursos. Uma outra utilidade dos dispositivos implantáveis é permitir a identificação rápida, pelos médicos e serviços de saúde, do paciente com ganho de tempo no acesso aos seus registros médicos, com melhoria na eficiência e qualidade de atendimento.

Logicamente, e em contraposição, com a funcionalidade vem a sempre presente preocupação com a fragilização da segurança e da confidencialidade das informações pessoais do paciente. O médico que combinar com o paciente a instalação de sensores nele para empregar dispositivos de monitoramento remoto deve determinar se o uso de um ou mais desses equipamentos é apropriado à luz das necessidades médicas e circunstâncias individuais desse paciente, assim como certificar-se – orientando-o – da capacidade de o paciente usar o dispositivo escolhido de forma adequada. Não se deve esquecer que muitas das vezes o paciente é pessoa fragilizada em vários sentidos, fato que não pode ser ignorado pelo profissional, que deve cercar o paciente de cuidados para que o uso de dispositivo não seja incorreto, vindo a causar prejuízo ao paciente e implicando responsabilização ao médico.

¹⁵⁷ Ver item 2.3.1, disponível em: <https://www.ama-assn.org/system/files/2019-06/code-of-medical-ethics-chapter-2.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

O profissional deve proporcionar explicações de como o dispositivo será usado, quais as cautelas devem ser usadas pelo paciente para não haver danificação do dispositivo ou situações que possam levar a leituras incorretas, o que é de se esperar alcançar com o uso daquela tecnologia, sem prejuízo de informar das limitações, riscos ou incertezas médicas associadas, bem como das eventuais dificuldades com a transmissão dos dados.

O passo seguinte é, antes de instalar qualquer dispositivo no corpo do paciente, obter o consentimento informado dele e registrar expressamente o que será instalado em seu prontuário. O médico deve ter sempre em mente também os limites técnicos (os dados têm de ser lidos, transmitidos e lidos corretamente) dos equipamentos e velar para que os dispositivos sejam sempre supervisionados para evitar falhas.¹⁵⁸ Há dispositivos desse gênero que podem ser usados para propósitos não médicos, mas para monitoramento pessoal.

3.4 O advento da telessaúde e da telemedicina

A prestação de cuidados médicos por telemedicina ou telessaúde vem ganhando espaço no mundo. Embora as responsabilidades éticas fundamentais dos médicos não mudem, o *continuum* de possíveis interações médico-paciente em teleassistência/telemedicina dá origem a diferentes desdobramentos na responsabilidade que os médicos têm para com os pacientes.

A Declaração da Associação Médica Mundial¹⁵⁹ sobre a ética da telemedicina, adotada pela 58ª Assembleia Geral, em Copenhague, Dinamarca, em outubro de 2007, e adotada pela 69ª Assembleia Geral, em Reykjavik, Islândia, em outubro de 2018, define a telemedicina como sendo a prática da medicina a distância, realizada entre um médico e um paciente ou entre dois ou mais médicos, incluindo outros profissionais de saúde, na qual intervenções, diagnósticos, decisões terapêuticas e subseqüentes recomendações de tratamento são baseadas em dados do paciente, documentos e outras informações transmitidas por sistemas de telecomunicações.

¹⁵⁸ Item 1.2.9, disponível em: https://www.ama-assn.org/system/files/2019-01/code-of-medical-ethics-chapter-1_0.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

¹⁵⁹ Disponível em: <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-the-ethics-of-telemedicine/>. Acesso em: 18 ago. 2020.

A telemedicina, obviamente sem afastar a excelência da medicina presencial, apoiando-se em evidências, dados, documentos e informações transmitidas por sistemas de telecomunicações tem, ainda mais se considerar a dimensão continental de países como o Brasil, o potencial de ser valiosa para melhorar o padrão dos cuidados de saúde para pacientes com acesso limitado à assistência médica, porque que não têm como consultar pessoalmente um médico adequado em tempo hábil em função das dificuldades de acesso devido à distância, limitações decorrentes de deficiência física, impossibilidade de ausentar-se do emprego para comparecer a consultas, compromissos pessoais ou familiares, incluindo cuidar de outras pessoas, altos custos a serem suportados e dificuldade de conciliar horários pessoais com os horários do médico.

Pelo fato de a telemedicina ser uma forma de exercer a medicina, a relação médico-paciente tem de se estabelecer e continuar fundada na personalidade, confiança e respeito mútuos, com o médico e o paciente tendo à disposição meios seguros de se identificarem mutuamente de maneira confiável e reservada. Igualmente, como a medicina não pode ser exercida com caráter mercantilista, a modalidade telemedicina não deve ser vista como substitutivo dos cuidados de saúde presenciais e não pode ser introduzida apenas para cortar custos ou como um incentivo perverso para simplesmente visar ao aumento dos rendimentos dos médicos, impondo ter sempre em mente que agregar novas tecnologias e maneiras de integração prática deve militar em benefício do paciente e cobra novos e apropriados protocolos, regulamentações, diretrizes e padrões.

O mecanismo de informar o paciente e colher o consentimento dele demanda que, adicionalmente, todos os destaques, distinções e mesmo limitações imbricadas na consulta por telemedicina e que possam impactar no caso específico em análise sejam minuciosamente explicados. Sem se restringir a explicar como funciona a telemedicina, lembrando que há pacientes com debilidades que os impedem de usar dispositivos tecnológicos adequadamente, esse conjunto de informações deve incluir: como agendar as consultas virtuais e os protocolos a serem seguidos antes, durante e depois dessas consultas virtuais; as preocupações concernentes à privacidade e aos dados sensíveis do paciente; a possibilidade, indesejada mas não passível de ser totalmente evitada, de falha tecnológica, com potencialidade nociva tanto para a saúde do paciente quanto a privacidade dos dados armazenados e os cuidados que o paciente deve tomar, caso queira ter sua privacidade preservada durante as consultas virtuais.

O médico deve deixar o paciente ciente de que as entrevistas, consultas e dados serão gravados, armazenados e, eventualmente e na necessidade, divulgados ainda que em parte para outros profissionais envolvidos no atendimento. Se essas providências auxiliam para aferir todo o atendimento, que fica totalmente documentado, por outro lado traz preocupação em relação à confidencialidade. O paciente tem de aquiescer com essas medidas porque, senão, não haverá como atendê-lo de maneira remota.

É ponto pacífico que as informações dos pacientes geralmente são mantidas sob obrigações éticas e legais de confidencialidade. Uma primeira importante consequência é que as informações que podem identificar pacientes individualmente devem ser tratadas de modo diferente das anônimas e não devem ser usadas ou divulgadas para outros fins que não os de cuidar e tratar da saúde dele sem consentimento explícito do indivíduo, a menos em caso de obrigação imposta em lei ou diante de forte interesse público para fazê-lo. Mesmo considerando que o paciente entenda que as informações precisam ser compartilhadas entre membros das equipes de atendimento e, eventualmente, entre diferentes organizações envolvidas na prestação de cuidados de saúde, deve ser feito esforço para dar uma noção da amplitude da divulgação eventualmente necessária.¹⁶⁰

Vale abrir parêntesis para esclarecer que, de acordo com a lei, os médicos estão autorizados a divulgar informações pessoais a fim de prevenir, apoiar a detecção, investigação e punição de crimes graves, bem como para prevenir abusos ou danos graves a terceiros quando julgarem, caso a caso, que o interesse público restaria prestigiado com a divulgação, superando, assim, a obrigação de confidencialidade para com o paciente individual em questão. Nesses casos, o profissional que autoriza a divulgação deve fazer um registro de tais circunstâncias, anotando no prontuário médico de forma clara as evidências detectadas e que fundamentaram a tomada da decisão, até porque pode vir a ser necessário justificar tais divulgações aos tribunais ou órgãos reguladores.

Um dos cuidados que o profissional que exerce a telemedicina precisa tomar é alertar, registrando no prontuário médico do paciente, dos riscos da eventual indisponibilidade dos meios ou serviços de comunicação eletrônicos, que porventura inviabilize o acesso do

¹⁶⁰ Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/200146/Confidentiality_-_NHS_Code_of_Practice.pdf. Acesso em: 3 nov. 2020. p. 7.

paciente à plataforma, e recomendar serviços médicos disponíveis para contornar alguma urgência ou emergência no caso desse tipo de situação acontecer.

Todo médico que atenda por telemedicina tem a responsabilidade ética de cumprir todas as obrigações fiduciárias fundamentais e caracterizadoras do exercício profissional, sem prejuízo de, obrigatoriamente, divulgar quaisquer interesses financeiros ou outros que tenha no aplicativo ou serviço de telemedicina, e tomar medidas para gerenciar ou eliminar conflitos de interesses. Sempre que produzir e divulgar informações sobre o tema saúde para sites ou aplicativos móveis de saúde, o médico deve garantir que as informações fornecidas – ou que lhes são atribuídas – sejam compreensíveis, ponderadas, objetivas e precisas, sem visar a influenciar as escolhas dos pacientes e sem pender para a captação de clientela, enfim, não pode, de modo algum, derivar para o mercantilismo profissional.

O acesso à telemedicina, por ser desigual para ricos e pobres, pode colocar-se em conflito com o princípio da justiça. É que a disponibilidade de certos tratamentos, de elevado padrão técnico e usando aparato tecnológico de alto custo, poderá beneficiar somente pacientes com recursos financeiros suficientes para custeá-los e, ao mesmo tempo, deixará os mais pobres alijados, implicando aumentar ainda mais a lacuna das possibilidades de bons resultados dos tratamentos de saúde entre os pobres e os ricos.

O emprego da telemedicina pode envolver caso de consulta entre dois ou mais profissionais, dentro ou entre jurisdições diferentes, causando uma problemática delicada. Um ponto básico em todas essas hipóteses é que o médico principal permanece sempre como o responsável pelos cuidados médicos ministrados e coordenação do paciente com os demais membros da equipe médica ou outros profissionais envolvidos nos cuidados a serem prestados. Logo, o paciente tem de ser informado com destaque e clareza para essa peculiaridade, até porque o elo de confiança primário é o estabelecido com o médico principal. Os outros elos de confiança são estabelecidos sem destituir o médico principal de sua importante posição de coordenador. Entretanto, é básico que o paciente pode alterar a qualquer momento essa posição, porque tem preservado sempre o direito tanto de haver outra opinião como de trocar o profissional que o atende.

O problema da jurisdição é grave, porque a medicina é uma profissão regulamentada e fiscalizada pelos países. No Brasil, por exemplo, além da graduação em medicina, para exercê-la o profissional deve cumprir outras exigências legais e administrativas, o que se replica praticamente em todos os países do mundo. Assim, como a habilitação para o exercício da medicina é concedida nos termos do Direito interno de cada país, resta implicado que uma pessoa seja médico numa jurisdição, podendo exercer a profissão no território, e não seja noutra, não podendo nesta exercer a medicina. Então, se o exercício da medicina é regulamentado de país para país e telemedicina é exercício de medicina, então, as plataformas viabilizadoras dos serviços de telemedicina não podem permitir a prestação de serviços médicos para pacientes situados num país por profissional não autorizado legalmente a exercer a medicina nesse país.

Mais: como a telemedicina é exercício de medicina, depende de ser regulamentada de acordo com o Direito interno de cada país. No caso brasileiro, o art. 37 do Código de Ética Médica veda ao médico “prescrever tratamento e outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente depois de cessado o impedimento, assim como consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa” e ressalva no §1º que a possibilidade de haver “atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina”¹⁶¹.

A regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina foi feita de modo incipiente pela Resolução CFM nº 1.643/2002¹⁶². Em 6 de fevereiro de 2019, foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução CFM nº 2.227/2018, revogando a Resolução CFM nº 1.643/2002 e regulamentando o exercício da telemedicina em bases mais detalhadas. Porém, muito pouco tempo depois, em 6 de março de 2019, o Conselho Federal de Medicina fez publicar a Resolução CFM nº 2.228/2019, revogando a Resolução CFM 2.227/2018 e restaurando a Resolução CFM nº 1.643/2002.

¹⁶¹ Ver art. 6º da Lei nº 13.989/20 (BRASIL. *Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020*. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm. Acesso em: 20 ago. 2020).

¹⁶² Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 23 set. 2020.

Nesse cenário normativo vem a pandemia de Covid-19, cujo nome técnico é SARS-CoV-2, impondo isolamento social e mostrando os riscos de contaminação ao frequentar hospitais e realçando a importância dos bons serviços que poderiam ser prestados pelo exercício da telemedicina. Assim, o governo federal editou a Lei nº 13.989/20¹⁶³, com a promulgação de partes vetadas pelo presidente da República, autorizando o uso da telemedicina enquanto durar a crise ocasionada pelo coronavírus (SARS-CoV-2) e ressaltando que, passada a pandemia, compete ao Conselho Federal de Medicina regulamentar a telemedicina. Na sequência, o Ministério da Saúde edita a Portaria nº 467¹⁶⁴, de 20 de março de 2020, dispondo em caráter excepcional e temporário sobre as ações de telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de coronavírus (SARS-CoV-2).

3.5 O dever de informar em contraponto à manutenção da confidencialidade das informações do paciente

Uma preocupação adicional e que assombra quando se usa mídias e transmissões eletrônicas, sempre se colocando como uma ubiquidade na atualidade, é que os serviços de telemedicina precisam tomar medidas preventivas para garantir a segurança e integridade das informações e dados do paciente e prevenir para que não haja acesso não autorizado. É mesmo um problema porque a segurança da informação deve acontecer em todas as transmissões de dados, desde o momento em que o paciente entra no site do serviço de telemedicina, durante as consultas eletrônicas e depois delas, bem como envolvendo todos os cuidados de saúde profissionais e sem esquecer as outras pessoas que participam do serviço, de acordo com suas funções individuais. E mais: o conteúdo das informações colocado pelo médico responsável pela coordenação dos cuidados a serem ministrados ao paciente ao conhecimento de outros profissionais que precisam atuar no caso deve ser restrito ao mínimo necessário e suficiente para o bom exercício das respectivas funções, porque não é eticamente aceitável expor desnecessariamente a intimidade do paciente.

¹⁶³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

¹⁶⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20467-20ms.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

A problemática de manter a confidencialidade tornou-se tão importante para os médicos individualmente e para as instituições que, no Reino Unido, a National Health Service (NHS) expediu um código de práticas¹⁶⁵, montando um modelo descrevendo os requisitos que devem ser supridos para que o paciente tenha um atendimento confidencial, sendo que os detentores dos dados e registros devem avisar o paciente sobre o uso pretendido de suas informações e dar-lhe a opção de conceder ou negar consentimento. Adicionalmente, devem proteger as informações identificáveis dos pacientes de divulgações injustificadas. O modelo da NHS é fundado em quatro requisitos, sendo: o primeiro focado em proteger as informações do paciente; o segundo, garantir que o paciente esteja plenamente ciente de como suas informações serão utilizadas; o terceiro, dar ao paciente a opção de decidir se suas informações podem ser – ou não ser – divulgadas ou usadas de maneiras particulares; e o quarto requisito, sempre procurar as melhores maneiras de proteger, informar e oferecer opções de decisão para o paciente. Os médicos ou outros profissionais não devem deixar terminais, computadores portáteis, registros médicos ou arquivos, físicos ou eletrônicos, em áreas de fácil acesso. A normativa sugere que o ideal é armazenar todos os arquivos e equipamentos trancados à chave quando não estiverem sendo usados, e os membros da equipe não devem levar os registros do paciente para casa, mas quando isso não puder ser evitado, procedimentos para proteger as informações de maneira eficaz devem previstos.

Um detalhe com o qual a normativa do Reino Unido preocupa-se é orientar várias medidas quanto ao uso de qualquer sistema ou aplicativos de computador e adoção de medidas sistematizadas quando terminar de trabalhar com eles. Dentre as medidas recomendadas estão: não deixar um terminal conectado sem supervisão; não compartilhar logins com outras pessoas; caso pessoas de outra equipe precisarem acessar registros, então, acesso apropriado deve ser concedido para eles, sem uso de identidades de acesso de outras pessoas; nunca revelar ou compartilhar senhas pessoais com colegas e com terceiros; trocar de senha em intervalos regulares para minimizar o risco de acesso de pessoas indevidas; evitar usar senhas curtas e nomes ou palavras que são conhecidos por estarem associados com o usuário autorizado (por exemplo, nomes de crianças, animais de estimação ou aniversários); sempre limpar a tela das informações de um paciente anterior antes de ver outro e usar

¹⁶⁵ NHS Confidentiality Code of Practice. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/200146/Confidentiality_-_NHS_Code_of_Practice.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

protetor de tela protegido por senha para evitar a visualização casual indevida e irrestrita de informações do paciente por outras pessoas. Durante o atendimento, a quantidade de informações sobre o paciente compartilhada deve ser equilibrada com a necessidade de fornecer cuidados adequados e seguros, em que a ausência de informações essenciais pode ser perigosa. O médico deve considerar cautelosamente quantas e quais informações são necessárias antes de divulgá-las. O simples fornecimento indiscriminado de todo o prontuário é geralmente desnecessário e ineficiente (para ambas as partes) e pode vir a se constituir uma quebra de confiança.

Para lidar com informações do paciente, a NHS adota os princípios de Caldicott. Os princípios Caldicott foram desenvolvidos em 1997 sob a presidência de Dame Fiona Caldicott, após uma revisão de como as informações dos pacientes eram tratadas no serviço de saúde do Reino Unido, onde nos dias atuais devem ser seguidos para garantir que informações com potencial de identificar o paciente sejam protegidas e só usadas quando for apropriado; e, ao decidir se é necessário o uso de informações que identifiquem um indivíduo, a organização deve usar os princípios como um teste. Em 2000, houve uma revisão, o sétimo princípio foi adicionado e os princípios foram estendidos aos registros de assistência social de adultos. Essa preocupação se deve, em grande parte, ao desenvolvimento da tecnologia da informação nos serviços de saúde e à sua capacidade de propagar informações sobre os pacientes de forma rápida e extensa. Os princípios Caldicott¹⁶⁶ são os seguintes:

- Princípio 1: O propósito deve ser justificado. Cada proposta de uso ou transferência de informações pessoais sigilosas dentro ou de uma organização deve ter propósito claramente definido, examinado e documentado, com uso contínuo regularmente revisado, por um guardião apropriado.
- Princípio 2: Não usar dados pessoais confidenciais a menos que seja absolutamente necessário. Dados pessoais sigilosos não devem ser incluídos a menos que seja essencial para o propósito especificado daquele fluxo. A necessidade de o paciente ser identificado deve ser considerada em cada estágio de cumprimento do propósito.
- Princípio 3: Usar o mínimo necessário de dados confidenciais. Onde e quando o uso de dados pessoais confidenciais é considerado essencial, a inclusão de cada item individual de

¹⁶⁶ Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/251750/9731-2901141-TSO-Caldicott-Government_Response_ACCESSIBLE.PDF. Acesso em: 4 nov. 2020.

dados deve ser considerada e justificada, para que a quantidade mínima de dados pessoais confidenciais, conforme a necessidade de propósito determinado a ser cumprido, seja transferida ou fique acessível.

- Princípio 4: O acesso a dados pessoais sigilosos deve ser em uma base restrita à necessidade de os conhecer. Apenas aqueles indivíduos que têm necessidade de acessar dados confidenciais devem ter acesso e somente aos itens de dados que eles precisam ver. Isso pode significar a introdução de controles de acesso ou divisão em fluxos de dados, em que um fluxo de dados possa ser usado para várias finalidades.
- Princípio 5: Todos com acesso a dados pessoais confidenciais devem estar cientes de suas responsabilidades. Ações devem ser tomadas para garantir que aqueles que lidam com dados pessoais sigilosos – tanto o pessoal clínico como não clínico – estejam plenamente cientes de suas responsabilidades e obrigações de respeitar a confidencialidade do paciente.
- Princípio 6: Cumprir a lei. Todo uso de dados pessoais sigilosos deve ser feito segundo permissivos legais. Todo aquele em cada organização que lida com dados pessoais sigilosos deve ser responsável por garantir que a organização cumpra os requisitos legais.
- Princípio 7: O dever de compartilhar informações pode ser tão importante quanto o dever de proteger a confidencialidade do paciente. Os profissionais de saúde e de assistência social devem ter a confiança de compartilhar informações no melhor interesse de seus pacientes dentro da estrutura estabelecida por esses princípios. Eles devem ser apoiados pelas políticas de seus empregadores, reguladores e órgãos profissionais.

No cenário brasileiro, há duas leis importantes e recentes sobre o tema. A primeira delas é a Lei nº 12.965/14¹⁶⁷, conhecida como Marco Civil da Internet, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. A outra, que entrou em vigor recentemente, é a Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais, conhecida como LGPD, Lei nº 13.709/18¹⁶⁸, introduzindo um panorama novo no tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

¹⁶⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

¹⁶⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

4 RESPONSABILIDADE PELA VIOLAÇÃO PELO MÉDICO DO DEVER DE INFORMAR

4.1 Natureza jurídica

Conforme já explicitado algures, na doutrina e na jurisprudência nacionais já é pacífico e sedimentado o entendimento de que a atividade profissional do médico enquadra-se como relação de consumo, em que o profissional figura como fornecedor e o paciente (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor) e, eventualmente, pessoas a ele juridicamente relacionadas (familiares ou não) podem vir a ocupar a posição de consumidores (art. 29 do Código de Defesa do Consumidor), uma vez que sejam destinatários finais dos serviços médicos ou de saúde. A atividade profissional do médico prestada a seus clientes é enquadrada juridicamente como serviço, nos termos do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

O fornecedor de serviços, de modo geral, responde nos termos do art. 14 da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, independentemente da existência de culpa por danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Por defeito ou vício de qualidade, o Código de Defesa do Consumidor entende a qualificação de desvalor impingida a um serviço por não corresponder à legítima expectativa nele depositada pelo consumidor quanto à utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por acrescentar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou terceiros¹⁶⁹, com a ressalva que todo serviço perigoso é defeituoso, mas a recíproca (todo serviço defeituoso é perigoso) nem sempre é verdadeira.

As excludentes que os fornecedores de serviços em geral dispõem para afastar a responsabilidade estão, sem excluir força maior e caso fortuito que rompem com o nexo de causalidade, expressas nos incisos I e II do § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando provarem: que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu; e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

¹⁶⁹ GRINOVER *et al.*, 2001, p. 155.

Um diferencial fundamental do profissional liberal para os fornecedores de serviço em geral é que aqueles respondem mediante a apuração da culpa, nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Em princípio, o médico está unido ao paciente por um contrato, pelo qual o profissional vincula-se com o paciente a executar, em regra, uma obrigação de meio ou, só excepcionalmente, como a jurisprudência majoritária entende no caso de cirurgia estética embelezadora, de resultado¹⁷⁰. A jurisprudência entende que há casos em que a cirurgia estética é de característica mista de reparação e embelezamento, caso em que a responsabilidade do profissional também terá característica mista, ou seja, de meio pela parte reparadora e de resultado pela parte embelezadora¹⁷¹.

Na obrigação contratual em geral, o devedor responde sempre que o resultado contratado não é atingido. A identificação da distinção entre obrigação de meio e de resultado tirou a obrigação assumida pelo médico da vala comum da responsabilidade contratual e fez com que o profissional, que se pautava pela boa técnica e prestação de cuidados, não seja responsabilizado ainda que o tratamento não der certo no organismo do paciente.

Sabemos que a distinção entre as duas categorias de obrigações foi proposta pela primeira vez pelo Demogue e que recebeu uma ampla recepção na doutrina antes de ser finalmente consagrada pela jurisprudência. Certos autores queriam dar-lhe um escopo muito geral, estendendo-se tanto ao campo delitual quanto ao campo contratual. Eles também mudaram a redação e distinguiram entre obrigações específicas e a obrigação geral de prudência e diligência. Os autores que permanecem a favor da distinção também falam mais prontamente de obrigações de diligência do que de obrigações de meios. Essas discussões tornam ainda mais interessante comparar as obrigações dos membros das profissões liberais com a classificação das obrigações de meios e resultados. O principal interesse da classificação é a reversão do ônus da prova: embora o devedor de uma obrigação de resultado deva provar a execução, cabe ao credor da obrigação de meios provar a inexecução ou a culpa de seu devedor. Os efeitos dessa reversão do ônus da prova são consideráveis no jogo da responsabilidade profissional. [...] Não que a atividade do profissional não tenda a um resultado determinado. Mas esse resultado não depende apenas da habilidade do profissional. É aleatório e é essa aleatoriedade do objeto perseguido que, como M. Tunc demonstrou muito bem, é a característica da obrigação de diligência. Incapaz de prometer um resultado que não depende inteiramente

¹⁷⁰ Ver REsp 8.110 - PR.

¹⁷¹ Ver REsp 1.097.955 - MG.

dele, o membro das profissões liberais apenas se compromete a usar os meios ao seu alcance para alcançá-lo. Ao examinar as principais profissões liberais, é fácil perceber que essa é realmente a situação do profissional.¹⁷²

Assim, em regra, mesmo sendo a obrigação assumida pelo médico de meio, não se pode afastar de que o diagnóstico incorreto, que pudesse ter sido evitado com mais estudos, cuidados, conhecimento, atenção, precauções e cautelas, pode levar à responsabilização.

Um médico incorreria em responsabilidade se seu diagnóstico fosse feito de modo superficial; de fato, não se poderia colocar na conta da boa-fé um erro manifesto e grosseiro nos pontos da técnica ensinados e aceitos por toda a profissão médica. Como regra geral, um médico incorreria em responsabilidade se tivesse realizado apenas um exame apressado ou superficial ou se tivesse negligenciado os procedimentos usuais de investigação ou controle.¹⁷³

A jurisprudência brasileira tem seguido na linha de que exame laboratorial, principalmente de DNA, feito por laboratório, muito embora sendo ato médico e feito por profissional da medicina, ganha a qualificação de obrigação de resultado e obriga o laboratório, independentemente de culpa, quando o resultado incorpora defeito na prestação do serviço, na medida em que o serviço não ofereceu a segurança que o consumidor podia esperar. É passada para o consumidor uma expectativa de exatidão das conclusões apostas nos laudos “de modo que eventual erro de diagnóstico de patologia ou equívoco no atestado de

¹⁷² Tradução nossa de: “*On sait que la distinction des deux catégories d'obligations a été proposée pour la première fois par Demogue et qu'elle a reçu ensuite un large accueil dans la doctrine avant d'être finalement consacrée par la jurisprudence. Certains auteurs ont voulu lui donner une portée très générale s'étendant au domaine délictuel comme au domaine contractuel. Ils en ont d'ailleurs changé l'énoncé et ont distingué 'les obligations déterminées' et 'l'obligation générale de prudence et de diligence'. Les auteurs qui demeurent partisans de la distinction parlent plus volontiers également d'obligations 'de diligence' que d'obligations 'de moyens'. Ces discussions rendent d'autant plus intéressante la confrontation des obligations des membres des professions libérales avec la classification en obligations de moyens et de résultat. Le principal intérêt de la classification est un renversement de la charge de la preuve: alors que le débiteur d'une obligation de résultat doit prouver l'exécution, c'est au créancier de l'obligation de moyens de prouver l'inexécution ou la faute de son débiteur. Les effets de ce renversement de la charge de la preuve sont considérables sur le jeu de la responsabilité professionnelle. [...] Cette obligation a certainement pour objet principal, dans les plus importants des professions libérales, non un résultat mais une diligence. Non pas que l'activité du professionnel ne tende à un résultat déterminé. Mais ce résultat ne dépend pas uniquement de l'habileté du professionnel. Il est aléatoire et c'est ce caractère aléatoire de l'objet poursuivi que, com l'a très bien montré M. Tunc, est la caractéristique de l'obligation de diligence. Ne pouvant promettre un résultat que ne dépend pas entièrement de lui, le membre des professions libérales s'engage seulement à employer les moyens en son pouvoir y parvenir. A l'examen des principales professions libérales, il est facile de constater que telle est bien la situation du professionnel.*” (SAVATIER, 1947, p. 270-271).

¹⁷³ Tradução nossa de: “*Un médecin engagerait sa responsabilité si son diagnostic était posé à la légère: en effet, on ne peut pas mettre sur le compte de la bonne foi une erreur manifeste et grossière sur des points de technique enseignés et admis par l'ensemble du corps médical. En règle générale, un médecin engagerait sa responsabilité s'il n'avait procédé qu'à un examen hâtif ou léger ou s'il avait négligé les procédés habituels d'investigation ou de contrôle.*” (CHAMMARD; MONZEIN, 1974, p. 120).

determinada condição biológica implica defeito na prestação do serviço a atrair a responsabilidade objetiva do laboratório”¹⁷⁴.

Excepcionalmente, a responsabilidade do médico será extracontratual, tanto em relação a certos casos de atendimento como em relação a terceiros.

Primeiramente, em casos nos quais a responsabilidade vem à baila com relação ao paciente. Uma primeira hipótese acontece com dano que é infligido ao paciente fora do contrato de prestação de serviços médicos, como no caso de lesão a algum objeto pertencente ao paciente e sem relação com o atendimento. Isso pode acontecer, por exemplo, quando terminada a consulta, o médico deixa o paciente cuidando de problemas burocráticos com o convênio médico e ao sair da clínica abalroa com o seu o automóvel do paciente, deixado por este estacionado na rua defronte o estabelecimento.

Por regra que tonaliza o exercício da medicina, o médico é obrigado a agir¹⁷⁵ em certos casos mesmo na ausência de contrato. O fato de não haver contrato não permite ao médico deixar de atender diante de situação de urgência, e a omissão é uma das maneiras de atrair a culpa médica, fazendo com que o médico seja responsabilizado se, numa situação dessas, deixar de tratar e dano advier à pessoa nessas condições. São várias e importantes hipóteses a iniciar pela situação de o médico deparar-se com alguém desacordado e necessitando de cuidados imediatos. Nesse caso, o profissional tem de agir para tratar o desfalecido, mesmo não estando unido a ele por uma relação contratual. Outro caso similar é o médico atender uma pessoa incapaz, desfalecida ou não, que precisa cuidados imediatos sem que o representante legal esteja presente para consentir validamente.

Mesmo sem focar especialmente na responsabilidade do anestesista, pode acontecer de ser extracontratual a responsabilidade do especialista anestesista que não conhece o paciente, mas pertence à equipe médica montada por profissional contratado pelo paciente para chefiá-la ou mesmo indicado pelo hospital para participar, e cuide da anestesia durante a intervenção cirúrgica, fazendo a reanimação do paciente depois do ato cirúrgico concluído¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Ver REsp 1.700.827 – PR.

¹⁷⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 54.

¹⁷⁶ Ver REsp 605.435-RJ.

O atendimento proporcionado pelo médico do trabalho indicado pelo empregador para fazer exames pré-admissionais também não está regulado por disposições contratuais combinadas entre o paciente e ele. Por último, e não menos importante, é a hipótese do médico que atende no serviço público, não escolhido pelo paciente, mas sim em função da organização interna do serviço do órgão que está proporcionando o atendimento.

O contrato entre médico e paciente pode ser nulo. Uma primeira modalidade de nulidade é a falta de consentimento do paciente consciente e capaz para a atuação do médico. Nesse caso, se o profissional prosseguir pura e simplesmente à míngua de consentimento do paciente, poderá até estar ingressando no campo criminal, na medida em que a permissão do paciente aos atos cirúrgicos diferencia o ato médico da lesão corporal. A regra geral é que a recusa do paciente, desde que manifestada de forma firme e consciente, não deve ser ultrapassada e coloca delicados problemas.

Evidentemente, o médico não deve admitir passivamente e se contentar com a recusa de cuidados médicos necessários, devendo envolver as instâncias competentes sob pena de ser tachado de negligente. As instituições normalmente contam com um protocolo para o caso de recusa envolvendo, dependendo do caso, a diretoria médica, comitês éticos e até mesmo lavrar boletim de ocorrência ou mesmo contatar o Ministério Público. No caso da recusa ser formulada pelos representantes legais de crianças ou adolescentes, levar o fato ao conhecimento do Conselho Tutelar competente é de ser aventado para providências de acordo com a Lei nº 8.069/90 (ECA – Estatuto da Infância e da Adolescência).

Assim, é sempre possível que o paciente recuse o tratamento e queira abandonar o estabelecimento e, se assim acontecer, como consultório ou hospital não é prisão, os médicos devem prestar atenção às modalidades instituídas para exprimir essa recusa: declaração do próprio paciente ou, na falta dela, lavratura de um relatório de recusa com testemunhas. De todo modo, quando for o caso que a lei dá ao paciente a faculdade de negar o consentimento, a violação dessa formalidade é penalizada, e tanto o consentimento quanto a recusa devem ter o alcance esclarecido e explicado ao paciente de forma que ele entenda e ser sempre destacadas no prontuário médico, que acaba sendo o meio primordial de prova do ocorrido, obviamente sem prejuízo de outros.

O contrato pode ser nulo, por exemplo, no caso de ilicitude do objeto, como o médico que ajusta com paciente a retirada de um rim para venda.

Quanto a terceiros, o médico pode vir a responder extracontratualmente em várias hipóteses, e o universo de pessoas que podem formular pedido de indenização contra o médico alcança um conjunto bem mais amplo do que à primeira vista poderia parecer, até porque o art. 17 do CDC equipara aos consumidores todas as vítimas do evento danoso. Os herdeiros do paciente vítima de erro médico, na qualidade de vítimas indiretas do evento, são legitimados ao ingresso de pleitos reparatórios tanto de ordem patrimonial quanto extrapatrimonial, tanto contra o médico como contra a instituição, na qualidade de devedora solidária, a que está vinculado o médico¹⁷⁷. Especialmente, conforme previsão do art. 948 do Código Civil, se a vítima do erro médico vier a falecer, quem desembolsou para pagamento as despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família pode pleiteá-las. No mesmo dispositivo legal existe previsão de que as pessoas a quem o morto devia prestação de alimentos podem pedi-la, levada conta a duração provável da vida da vítima, ao ofensor¹⁷⁸.

Tendo-se em conta o art. 951 do Código Civil, terceiros ligados afetivamente à vítima direta do erro médico, lesados indiretamente na medida em que sofram abalo a suas integridades morais em função do dano perpetrado (morte, agravar mal, lesão ou inabilitação para o trabalho) contra o ente querido, ficam em posição de pedir indenização extrapatrimonial. Esse tipo de dano é conhecido como dano em ricochete ou dano reflexo e leva a uma reparação que se constitui num direito personalíssimo e autônomo das vítimas indiretamente atingidas pelo erro médico.¹⁷⁹

O terceiro, como por exemplo o empregador do trabalhador que faltou escorado em atestado médico falso, pode formular pleito indenizatório com base em responsabilidade extracontratual do médico autor do documento, visando ao ressarcimento de danos sofridos.

No tocante ao dever de informar, nem de longe pode se tornar uma faculdade para o profissional, porque previsto na lei e em regulamentações administrativas vinculativas. Isso

¹⁷⁷ Ver REsp 1.097.955-MG.

¹⁷⁸ Ver REsp 976.888-MG.

¹⁷⁹ Ver REsp 1.698.812-RJ.

quer dizer que descumprimento do dever de informar pode levar, em tese, a acionamento civil por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, administrativo por violação ao Código de Ética Médica e consequente punição pelo órgão fiscalizador da profissão e, no limite, configuração de crime punível pela lei penal (vide art. 66 do Código de Defesa do Consumidor).

Vendo por outra banda, o contrato que une médico e paciente definitivamente não pode conter cláusula liberando o médico do cumprimento, durante toda a ocorrência da relação ou de parte dela, do dever de informar e obter o consentimento válido do paciente, porque se assim fosse estaria permitido que cláusula contratual afastasse a lei, consubstanciada na cláusula geral do convívio social que veda a um lesar direito do outro e colocaria o médico na posição de senhor do paciente, seu corpo e sua vontade.

Como o dever de informar vem, em decorrência de disposições contidas em leis imperativas, implícito no contrato, à luz do direito do consumidor há pouco espaço para escapar de entender a violação do dever de informar como sendo de outra espécie que não a contratual.

Entretanto, vale anotar a existência de doutrina que aponta inconveniências, mas sem querer criar um terceiro tipo, encartam-na como extracontratual¹⁸⁰. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁸¹ já teve oportunidade de apreciar o tema e sintetizou da seguinte forma:¹⁸²

A controvérsia consiste em definir a responsabilidade civil decorrente da inobservância do dever de informação (falta ou deficiência) acerca de procedimento cirúrgico implementado em tratamento neurocirúrgico, que compromete o denominado consentimento informado – manifestação do direito fundamental de autodeterminação do paciente. Registre-se que, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que imponha o consentimento escrito do paciente, expresso em documento assinado. Diante da inexistência de legislação específica para regulamentação do dever de informação e do direito ao consentimento livre e informado na relação médico-paciente, o Código de Defesa do Consumidor é o diploma que reúne

¹⁸⁰ COSTA, Judith H. Martins. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 867/2008, p. 11-51, jan. 2008, p. 26.

¹⁸¹ Ver REsp. 1.540.580 – DF.

¹⁸² Informativo 632, disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=RESPONSABILIDADE+E+CI VIL+E+M%C9DICO&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 24 set. 2020.

as regras capazes de proteger o sujeito em estado de vulnerabilidade e hipossuficiência, a partir de uma visão da relação contratual, com prevalência do interesse social. Nesse sentido, consoante dispõe o art. 6º, III, do CDC, caracterizada a relação de consumo, o dever de informar pode assumir caráter de direito básico, principal, denominado pela doutrina como dever instrumental, de conduta, dever de proteção ou deveres de tutela. Além disso, no âmbito do direito do consumidor, serão indenizados os danos causados por produto ou serviço defeituoso. A ausência do consentimento informado será considerada defeito tendo em vista a ‘falta ou insuficiência de instruções sobre a correta utilização do produto ou serviço, bem como sobre riscos por ele ensejados’. A falta de segurança pode decorrer da falta de informação da periculosidade de serviço que o consumidor não tenha sido advertido dos riscos a serem suportados. Nesse rumo de ideias, de extrema importância esclarecer que o dano indenizável, não é o dano físico, a piora nas condições físicas ou neurológicas do paciente. Todavia, este dano, embora não possa ser atribuído à falha técnica do médico, poderia ter sido evitado diante da informação sobre o risco de sua ocorrência, que permitiria que o paciente não se submetesse ao procedimento. O dano indenizável é, na verdade, a violação da autodeterminação do paciente que não pôde escolher livremente submeter-se ou não ao risco previsível. Deste modo, pelos critérios tradicionais dos regimes de responsabilidade civil, a violação dos deveres informativos dos médicos seria caracterizada como responsabilidade extracontratual.

4.2 – Ação ou omissão culposa

A imputação da responsabilidade ao profissional médico tem como um dos elementos a prática voluntária de ação ou omissão (imperícia, imprudência ou negligência) no âmbito do cumprimento da obrigação de meio (em apertado resumo cuidar e tratar) a que se vinculou o profissional. Normalmente, refere-se a esse grupo de comportamentos como sendo falta técnica no exercício profissional da medicina.

As práticas recomendadas pela arte médica são como regras de comportamento profissional consagradas, eficientes, difundidas pela comunidade médica e correntemente manejadas pelos profissionais médicos, e se seguidas com cautela e diligência não deixam que falta seja imputada ao facultativo, mesmo que o caso do doente assim tratado não evolua bem.

A obediência às regras de conduta consagradas da medicina é, pois, um padrão de referência que deve ser seguido por todo bom exercente da medicina para o cumprimento da obrigação de meio a que profissionalmente se comprometeu para com o paciente. Entretanto – e isto é um complicador que leva a uma casuística praticamente infinita –, de modo geral, o médico que agir de forma adesiva a uma regra da arte médica ainda não acolhida

unanimemente pode estar cometendo uma falta. Pode ser que, uma vez que tenha sido ultrapassada a fase da experimentação e a aplicação da técnica seja suficientemente dominada pela comunidade científica, mesmo diante da controvérsia, pode ser considerado um comportamento tecnicamente defensável, desde que fique demonstrada a maior diligência no que diz respeito, em particular, ao monitoramento e cuidado para com o paciente.¹⁸³ Pode, nesse particular, dar-se como exemplo a projetada vacinação contra a covid-19, se e quando a vacina for encontrada, porque mesmo feitos todos os testes prévios recomendados pela boa técnica não se pode garantir (até em função da pressa extrema causada pela pandemia) será ela plena e inócua para todos.

Na verificação de falhas técnicas o diagnóstico ocupa um lugar destacado. Em princípio, nem todo erro de diagnóstico levará à imputação de responsabilidade ao médico porque em sendo de meio a obrigação assumida pelo profissional, não é de se exigir como se fosse ela de resultado.¹⁸⁴ Ademais, é preciso verificar o estado da técnica¹⁸⁵ para analisar o que seria um erro de diagnóstico capaz de configurar a culpa profissional do médico, porque a regra geral é que o médico, ainda que bem preparado e atualizado tecnicamente¹⁸⁶, não tem como antecipar os progressos da ciência e ainda testá-los em seus pacientes antes de consagrados¹⁸⁷ pela arte médica. Os exames de imagem, por exemplo, evoluíram da radiografia, para o ultrassom, para a tomografia computadorizada e, mais presentemente e sem parar por aí, para a ressonância magnética nuclear, todos auxiliando no estabelecimento de diagnósticos muitos mais precisos que os anteriores, sem que tenha o condão de fazer retroceder no tempo e classificar como errôneos muitos dos diagnósticos menos precisos que os de hoje, alcançados com os meios disponíveis à época. O §2º do art. 14 do CDC faz ressalva expressa no sentido de que “o serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas”.

¹⁸³ PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin, La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977. p. 23.

¹⁸⁴ CHAMMARD; MONZEIN, 1974, p. 119.

¹⁸⁵ Prevê o Código de Ética Médica entre os Princípios Fundamentais: “XXVI - A medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados.”

¹⁸⁶ Prevê o Código de Ética Médica entre os Princípios Fundamentais: “V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade.”

¹⁸⁷ Código de Ética Médica – É vedado ao médico: “Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.”

Tendo em conta as regras consagradas para o exercício da medicina, *a priori*, negligência nos exames prévios às prescrições de medicamentos, erro na escolha da opção de tratamento ou mesmo execução tecnicamente defeituosa dele podem constituir falhas e, caso causem dano, clamar por reparação.

O dever de ser diligentemente vigilante do que ocorre com o paciente durante todas as fases da relação médico-paciente é fundamental. Como já dito, a escolha de um tratamento tecnicamente defensável e que não funcione para o paciente não clama, necessariamente, responsabilização do profissional. Mas se o profissional não for diligente em cuidar ou mesmo demorar a constatar que o tratamento a que o paciente foi submetido não está funcionando ou mesmo o está prejudicando, pode levar à responsabilização do médico. O mesmo dever de vigilância impõe para o profissional supervisionar os seus assistentes e substitutos: estes devem ter o mesmo gabarito técnico do substituído, sob pena de o paciente ser entregue a quem deveria ter – e eventualmente não tem – a mesma condição técnica para tratar do seu caso. Lembre-se que o médico é escolhido pelo paciente muito em função da qualificação técnica, habilidade e experiência no combate ao mal que o aflige, somadas à boa-fé e confiança depositadas no profissional.

Outro conjunto de comportamentos voluntários culposos que ensejam responsabilização são relativos à violação dos deveres do humanismo médico: deficiência ou falta de informação, defeito ou falta no consentimento, violação do sigilo profissional, além de abusos.

Tanto a violação do sigilo profissional quanto a vedação a abusos do médico no exercício da atividade são muito importantes por causa da gama de direitos vulnerados, todos de ordem personalíssima e relacionados com a dignidade da pessoa humana.

Mas recolocando o foco no tema deste trabalho – dever de informar –, a responsabilidade do médico, da equipe médica e do hospital vão da fase pré-contratual, passando pela do cumprimento do contrato e podendo ir até a fase pós-contratual¹⁸⁸. Judith H. Martins Costa coloca os parâmetros de como o dever de informar pode ser violado:

¹⁸⁸ MARQUES, set. 2004.

Os deveres informativos tanto podem ser violados por ação – por meio de informações falsas ou inexatas – como por omissão, ou seja, silenciando elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer. Fazer informação inverídica sobre fato importante ou deixar de declarar fato importante – fato esse necessário, a fim de evitar que as declarações feitas, à luz das circunstâncias em que foram feitas não fossem enganadoras – constituem, afinal, as duas faces de uma mesma moeda. Na verdade, há uma zona cinzenta entre o âmbito dos deveres informativos e o dos deveres de lealdade, pois poderá produzir dano a ausência de uma informação adequada que conduza, lealmente, ao consentimento esclarecido do parceiro pré-contratual. Sem que se afaste o axioma segundo o qual cada um de nós tem deveres (*rectius*: ônus jurídicos) consigo próprio, há casos em que a informação não poderia ter sido conhecida pelo lesado, ainda que este tivesse agido com diligência reativamente aos próprios interesses.¹⁸⁹

Quanto ao consentimento cobrado de ser obtido do paciente para o ato médico, Jean Penneau¹⁹⁰ aponta a existência de uma ambiguidade, porque, ao se ter em conta a relação contratual entre médico e paciente, é uma condição para completar a formação do contrato e, durante a execução contratual, o consentimento funciona como um permanente exprimir de liberdade do paciente, que pode aceitar ou recusar a prática do ato médico em seu corpo. Inclusive, vale anotar, no plano legislativo brasileiro, o art. 15 do Código Civil reconhece essa liberdade ao estabelecer que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

O dever de informar é cumprido pelo médico por meio de dar à compreensão do paciente – ou a quem de direito – um conjunto informativo completo o suficiente para suprir um dos antecedentes lógicos a que o paciente – ou alguém por ele – possa expressar um consentimento válido para o ato médico em projeto. É assim porque o consentimento válido depende, além da informação, de outras condições necessárias, tais como: deve ser prévio à execução do ato médico; o paciente deve ser livre para, se o caso, decidir não se submeter e, portanto, não pode estar sujeito a alguma pressão ou constrangimento. E aqui vai um destaque essencial, mesmo que a decisão legalmente válida seja deferida pelo direito a outrem: o paciente tem, na medida de sua compreensão e autonomia, direito de conhecer o que ocorrerá, até porque acontecerá no corpo dele, e, tanto quanto possível, ser envolvido no sentido de aderir ao ato médico. E, posteriormente, no limite da autonomia que tiver, terá de cooperar no tratamento.

¹⁸⁹ COSTA, jan. 2008, p. 8.

¹⁹⁰ PENNEAU, 1996, p. 19.

Pode acontecer de o médico assistente, em função da complexidade do caso e das condições financeiras do paciente em tratamento, ficar ante a necessidade de informar da existência de especialista mais apto a tratá-lo ou mesmo dar ciência de centro hospitalar mais bem aparelhado, tanto em meios quanto em recursos humanos, eventualmente sugerindo a transferência. Nesses tempos de pandemia, tem sido comum notícias jornalísticas dando conta de personalidades sendo transferidas, em regime de urgência e por meios nem sempre ao alcance das pessoas comuns, para centros médicos das grandes cidades, que, em tese, têm capacidade de proporcionar tratamentos mais apropriados. Dependendo de como esse tipo de evento ocorra e evolua, pode o dever de informar negligenciado gerar perda de chance e correspondente imposição de indenização.

O médico, profissional liberal que é, responde por verificação de culpa, porém a instituição a que se encontra vinculado com subordinação responde na forma geral dos fornecedores de serviço, ou seja, sem verificação de culpa dela. Assim, apurado mediante a verificação da culpa, comunica-se à instituição o erro profissional do médico a que vinculado com subordinação, colocando-a também na posição de indenizar os danos sofridos pelo paciente.¹⁹¹ Evidentemente, a falha na prestação do serviço atinente à atividade hospitalar atua independentemente da culpa do médico, subordinado ao hospital ou não, obrigando o hospital a indenizar com base no *caput* do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

4.3 Dano

Destacando que, para fins de responsabilidade médica, a noção física de dano difere da noção jurídica de dano, os danos – no sentido jurídico – que podem advir da atividade do médico são de ampla gama, todos relacionados com culpa médica, indo dos puramente patrimoniais até os puramente extrapatrimoniais, havendo uma multiplicidade de situações mistas, sem deixar de relacionar com realce o dano estético.

¹⁹¹ Anote-se a existência de jurisprudência do STJ tem entendimento no sentido de exigir vínculo com subordinação do médico com o hospital – seja de emprego ou preposição – para impor a obrigação de indenizar àquele, não sendo suficiente que o médico seja cadastrado para utilizar as instalações hospitalares para trabalhar realizando cirurgias (ver REsp 351.178-SP). Igualmente, o STJ tem entendimento de somente atribuir a responsabilidade objetiva da operadora do plano de saúde em relação à atividade de seu profissional (Ver AgInt Agr REsp 1.561.095-SP).

No exercício da atividade, o médico aplica produtos (v.g. próteses e órteses)¹⁹² e, desde que se restrinja à prática dos atos médicos correlatos, não estará na rota de responsabilidade por danos causados ao paciente em decorrência de defeitos de qualidade ou quantidade. É assim porque os produtos utilizados na medicina são homologados, e os fornecedores¹⁹³ desses produtos são aqueles que têm as condições ótimas de controlar com o rigor técnico necessário todas as fases da produção, desde o projeto passando pelo acondicionamento e entrega para instalação pelo profissional. Só que o médico não pode descuidar no suprimento ao paciente de todas as informações pertinentes aos usos e riscos advindos para ele e terceiros. Entretanto, em especial para o paciente, há que ser dado o conjunto de todas as informações necessárias para dar a conhecer as utilidades e limitações do equipamento, bem como das eventuais práticas que devem ser agregadas ao seu comportamento para permitir-lhe auferir os benefícios proporcionados pelo equipamento e evitar os riscos a ele nefastos. Não se deve perder de vista que o paciente não informado pode comportar-se de modo prejudicial e sofrer dano, o que chama a responsabilidade do médico assistente pela vulneração do dever de informar.

A dosagem de medicamentos é um problema sempre latente, porque o profissional tem o dever de instruir e informar o paciente (ou familiares dependendo da situação do paciente) sobre o uso ou dosagem do produto, e falha nesse tocante configurará mau desempenho do dever de informar e atrairá a responsabilização do médico no caso de algum dano advindo. E

¹⁹² “Há médicos que trazem ou fazem trazer do exterior produtos (próteses, medicamentos, dentre outros) não existentes no mercado nacional e os utilizam no desempenho de sua atividade. Os pacientes, por sua vez, pagam ao médico o custo desses produtos, bem como remuneram o serviço médico prestado. Evidentemente, é uma relação complexa, que deve ser decomposta, para melhor atribuição da responsabilidade por eventos danosos, relacionados aos produtos fornecidos e utilizados. A atividade de trazer produtos do exterior não se pode confundir com ato médico, até mesmo porque não é reservada por lei aos profissionais da medicina. O instalar próteses no corpo humano ou prescrever o uso de medicamentos, nacionais ou importados, é atividade privativa da medicina e por elas o médico responde por culpa. Centrando a análise na importação, salta aos olhos que o médico está despido da condição profissional, tornando-se, assim, importador-comerciante, vale dizer fornecedor. Se assim é, responde o médico, eis que ostentando a qualidade de importador-comerciante, com base na respectiva sistemática do Código do Consumidor, onde a culpa deixa de ser o centro de gravitação.” (CASTRO, 2005a, p. 176).

¹⁹³ “Os produtos utilizados na medicina devem ser observados com redobrada cautela. De modo geral, são produtos com complexidade técnica e afeitos à arte médica. Quem quer se enquadre como fornecedor do produto, deve disponibilizar para o profissional todas as informações hábeis a permitir-lhe fazer prescrições, auferindo toda a possibilidade curativa, sem causar risco exagerado para a saúde do consumidor. Se o médico prescreve o produto para o paciente, deve fazê-lo com recomendações minuciosas, de forma a estreitar qualquer possibilidade de uso inadequado, sempre potencialmente perigoso. Ademais, o produto deve conter todas as instruções e advertências dirigidas ao consumidor, pois ele será o usuário final, logo, pessoa mais interessada em que o tratamento funcione. Por outro lado, se o médico utiliza diretamente o produto para intervir no organismo do paciente, deve fazê-lo com as cautelas da arte médica, e municiado com todas as informações necessárias, pois, como já realçado, o uso inadequado pode causar danos, trair culpa e implicar em reparação.” (*Ibid.*, p. 172).

mais, esse caso de mau desempenho do dever de informar, até mesmo sem que dano à saúde do paciente venha a ocorrer, vale dizer ante o puro e simples ato de se desincumbir do dever de informar e diante da tensão causada no paciente e risco a que acabou submetido, o serviço do profissional terá sido negligentemente prestado e pode implicar responsabilidade e indenização, ainda que por dano extrapatrimonial.¹⁹⁴

O médico não pode descuidar do dano estético que advém de praticamente todos os atos cirúrgicos que, a depender da técnica utilizada, pode variar de extensão, ficando empenhado em discutir com o paciente sobre ele, bem como eventuais complicações, como a possibilidade da formação de quelóide nas incisões feitas.

O dano estético implica afeamento da vítima e pode comprometer parte ou todo o corpo da pessoa, parada ou em movimento, configurando dano dessa espécie tanto a cicatriz ou mancha, pequena ou grande, visível ou não, em lugar do corpo normalmente exposto ou não, como também a claudicação ao caminhar ou diferença na simetria dos membros, a limitação de fazer certos movimentos, porque destrói uma harmonia corporal antes existente. O dano estético tanto pode implicar uma permanente exposição à curiosidade indesejável das pessoas como complexo de inferioridade, podendo, em certos casos, ter impacto negativo na capacidade laborativa da vítima.¹⁹⁵ Tanto é assim que a Súmula nº 387¹⁹⁶ do STJ reconheceu a estatura do dano estético ao prever a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

O art. 403 do Código Civil defere ressarcimento de perdas e danos apenas para prejuízos efetivos e lucros cessantes por efeito direto e imediato da inexecução obrigacional. Assim, todos os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, cujos nexos de causalidade com a culpa médica ficarem evidenciados, devem ser indenizados.

A jurisprudência nacional tem reconhecido que, em casos em que haja prova da culpa médica sem que haja nexo de causalidade direto com o dano efetivamente sofrido pelo paciente, possa haver aplicação da teoria da perda de chance. A teoria da perda de chance

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 102.

¹⁹⁵ CASTRO, 2005a, p. 36.

¹⁹⁶ Súmula 387 - É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. (Súmula 387, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 29 set. 2020).

clássica, de inspiração francesa, trata de casos em que é certa a autoria de fato que tirou alguma oportunidade da vítima, mas não há como mensurar, por incertos, os danos conectados com o fato. Nesses casos, feita a difícil diferenciação entre o “improvável” do “quase certo”, entre a “probabilidade de perda” da “chance de lucro”, restando apurada a probabilidade, e não a simples possibilidade acerca de um dano incerto (este não indenizável), a indenização vem a ser fixada fazendo-se uma redução percentual no ganho que, em princípio, estaria no alcance do prejudicado¹⁹⁷, sem vedação de também haver, dadas as peculiaridades do caso, o reconhecimento de danos morais¹⁹⁸.

Na seara da responsabilidade civil do médico também a teoria da perda de chance encontrou campo de aplicação, nos casos em que o tratamento adequado poderia interromper um processo nefasto (não provocado pelo médico) em curso, este sim que vitimou o paciente.

Jean Penneau coloca o problema nos seguintes termos:

A perda de chances de recuperação ou sobrevivência é colocada em uma perspectiva completamente diferente. Aqui, o paciente está incapacitado ou morreu; o processo chegou ao seu estágio final e conhecemos o dano final e sua importância. A única incógnita é, na realidade, a relação causal entre esse dano e a falha do praticante; não sabemos com suficiente certeza qual é a verdadeira causa do dano: esta falha ou o fluxo natural (complicação) da doença.¹⁹⁹

A oportunidade de aplicação da teoria da perda de chance só encontra espaço de aplicação se não houve demonstração de nexo de causalidade direto entre a má conduta profissional do médico e o dano afinal sofrido pelo paciente, mas tão somente restou evidenciada a frustração da oportunidade de incerta recuperação ou cura. Nestes casos, o que foi identificado é nexo de causalidade da má conduta profissional com a chance perdida do paciente haver sido melhor tratado e, eventualmente, recuperar-se. A aplicação da teoria da perda de chance faz com que seja a chance ser considerada um bem autônomo que, uma vez

¹⁹⁷ Ver REsp 821.004-MG.

¹⁹⁸ Ver REsp 1.079.185-MG.

¹⁹⁹ Tradução nossa de: “*La perte de chances de guérison ou de survie se place dans une tout autre perspective. Ici, le malade est invalide ou bien décédé; le processus s'est déroulé jusqu'à son stade ultime et on connaît le préjudice final et son importance. La seule inconnue est, en réalité, la relation de causalité entre ce préjudice et la faute du praticien; on ne sait pas avec une certitude suffisante quelle est la véritable cause du préjudice: cette faute ou l'évoution (la complication) naturelle de la maladie.*” (PENNEAU, 1996, p. 32).

violado, dá lugar à indenização, calculando-se o valor da reparação em uma proporção do prejuízo final sofrido pela vítima, sem alcançar a totalidade do dano.²⁰⁰

O tema dever de informar enquadra-se no contexto da qualidade dos serviços prestados pelo médico ao paciente e a regra geral, bem como a exceção estão no Código de Ética Médica ao estabelecer que é vedado ao médico: “Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.” Exemplificando: os pacientes pediátricos, sem maturidade e condição de entendimento, os pacientes psiquiátricos desconectados da realidade, os pacientes suicidas, os psicologicamente frágeis, que não conseguem lidar adequadamente com a integralidade da informação do diagnóstico e prognóstico, são pessoas a quem pode advir mais dano se prestigiada descuidadamente a plenitude da autonomia e devem ser tratados com muita cautela pelo médico assistente e sempre informando e envolvendo os representantes legais com as decisões e tratamentos.

O dano advindo do mau desempenho do dever de informar, exemplificando, será somente patrimonial no caso de o médico não haver dito que o ato médico, que fora perfeitamente executado sob o aspecto técnico, poderia ser praticado com segurança dentro de alguns dias, o que acabou por incutir impressão de urgência no paciente que ficou já hospitalizado depois da consulta, perdendo o exercício de opções lucrativas que havia feito no mercado de valores mobiliários e vindo a ter prejuízo. Por outro lado e simetricamente, o dano será exclusivamente extrapatrimonial quando o médico, também exemplificando, propor, colher consentimento e aplicar um tratamento que é adequado para o mal de que sofre o paciente, sem, entretanto, deixar de avisar um outro tratamento também consagrado pela medicina, mas por meio de uma técnica menos dolorosa e igualmente segura.

Do exposto e sintetizando, pode-se constatar facilmente que descuidar do cumprimento do dever de informar pode clamar por reparação patrimonial ou extrapatrimonial mesmo quando o tratamento proposto é o consagrado e é executado com sucesso.

²⁰⁰ Ver REsp 1.254.141-PR.

4.4 Nexo de causalidade

O terceiro dos elementos que, se existentes no caso, dão origem à obrigação de indenizar é a prova do nexo de causalidade entre a culpa e o dano. O nexo de causalidade é, de longe, o mais delicado dos três elementos que vão definir a responsabilidade civil subjetiva, porque não basta que o agente tenha militado com culpa (elemento subjetivo) e, igualmente, não basta que dano (elemento objetivo) tenha sido infligido a alguém. É necessário ficar demonstrado que o dano – ou agravamento da condição – não teria ocorrido se não houvesse erro de conduta. Assim, para o nascimento da responsabilidade é indispensável uma conexão lógica, operando de tal modo que se possa afirmar que o dano existiu porque o agente praticou o erro de conduta, ou seja, procedeu contra o direito²⁰¹.

O Direito Positivo brasileiro acolheu, em benefício da vítima, a possibilidade para ela de, em havendo vários causadores do dano, todos respondem solidariamente pela reparação dos danos (parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor e art. 942 do Código Civil).

Não se pode descartar a situação da vítima também agir de maneira a concorrer culposamente para o fato danoso, caso em que, em qualquer modalidade de relação jurídica ou ato ilícito, nos termos do art. 945 do Código Civil, será indenizada levando em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. Daí conclui-se que, no limite, a culpa exclusiva da vítima pode provocar a ruptura do nexo de causalidade e liberar o autor do dano de compor os danos por ela – vítima – sofridos.

Em especial, e na mesma linha da ruptura do nexo de causalidade, mesmo considerando a responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços ser independente de culpa, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (inciso II do § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor), alegada e provada, libera o fornecedor do ressarcimento do dano porventura sofrido pelo consumidor.

O parágrafo único do art. 393 do Código Civil conceitua conjuntamente como sendo “caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível

²⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 75.

evitar ou impedir”. O caso fortuito ou a força maior também milita por eximir a responsabilidade civil. A ideia nuclear dessa por detrás da liberação da responsabilidade, proporcionada pela ocorrência de caso fortuito ou força maior é “se a obrigação de ressarcimento não é causada pelo fato do agente mas em decorrência de acontecimento que escapa ao seu poder, por se filiar a um fator estranho, ocorre a isenção da própria obrigação de compor as perdas e danos”.²⁰²

A doutrina costuma apontar três requisitos para a caracterização de caso fortuito ou de força maior: necessariedade e inevitabilidade²⁰³, sendo que alguns autores acrescentam a imprevisibilidade. Independentemente das proporções, só o acontecimento que necessariamente leva ao fato danoso pode ser tido como liberalizante da responsabilidade. Para ser liberalizante, o fato danoso há de ocorrer de tal modo que não há coisa alguma que possa fazer o agente que impeça sua ocorrência. O caso fortuito ou a força maior têm de ser desencadeados como uma força irresistível que não possa ser de algum modo antecipada pelo agente, porque, se puder ser prevista e evitada por cautelas, o agente colocou-se na posição agindo com imprudência ou negligência. Como exemplo: imagine-se um piloto de helicóptero que, tendo resolvido decolar com tempo encoberto e chuvoso, vê a aeronave ser fulminada e abatida por um raio; antes do caso fortuito houve imprudência.

Quanto à responsabilidade derivada da atividade médica é muito importante anotar que o médico atua para obstar o curso da doença:

A tônica na responsabilidade médica é característica da atividade médica e da especificidade das obrigações assumidas pelos médicos. Em princípio, quando se extrai um nexo de causalidade entre a culpa e o dano, este poderia ser evitado. Em outras palavras, não haveria o dano sem o ato ou o comportamento anormal de uma pessoa. A particularidade da responsabilidade médica é que, ao contrário, a vítima já estava embarcada num curso normal das coisas que lhe traria dano, eis que doente. Os médicos têm por missão interromper esse curso normal, por seus atos e cuidados. Por outro lado, os médicos quase nunca são os causadores da doença, não sendo, pois, causa eficiente, no sentido jurídico. Todavia, se eles podem curar o paciente e não o fazem, porque cometeram um erro culposo de diagnóstico ou de tratamento, eles, então, serão responsáveis, e essa culpa é, pois, considerada como tendo causado, no senso jurídico do termo, o dano.²⁰⁴

²⁰² PEREIRA, 1997, p. 302.

²⁰³ *Ibid.*, p. 304.

²⁰⁴ CASTRO, 2005a, p. 50.

A violação do dever de informar não se classifica como falta técnica no exercício da medicina e desta é independente. Ou seja, a violação do dever de informar pode ocorrer ou não concomitante à falta técnica.

4.5 Reparação do dano

A lei é clara no sentido de que todos os danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, relativos à má prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas, devem ser indenizados (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor).

A falha no dever de informar prejudica a decisão – “se” será feito o procedimento – depois de haver alguma falha no conjunto de informações que deveriam ser prestadas pelo médico ao paciente acerca de “o que” e respectivos benefícios e riscos, “como” e respectivos benefícios e riscos, “quando” é para ser feito e “onde” será praticado o ato médico. Como consequência da avaliação de todo o mosaico apresentado pelo médico, o paciente decide se vai se submeter ao ato médico sugerido, e esse processo de informação-decisão tem de ocorrer sempre, em todas as fases e intercorrências havidas na relação médico-paciente. Defeito na prestação das informações implica sempre em dano moral, porque tolhe a liberdade do paciente e, dependendo do encaminhamento fático dos eventuais desdobramentos casuísticos, pode também gerar dano patrimonial.

Sem querer entrar em exemplos casuísticos, é de bom alvitre analisar as duas possibilidades do ato médico praticado com o consentimento viciado pela falta de informação. Se o ato médico transcorreu bem e o resultado beneficiou o paciente, não houve culpa e nem dano em decorrência de erro médico, mas o paciente não teve oportunidade de decidir voluntariamente se correria ou evitaria correr os riscos embutidos no procedimento. O dano extrapatrimonial indenizável consiste em haver sido tirada do paciente a possibilidade de agir com autodeterminação e ter obstada a liberdade de submeter-se – ou não – ao ato médico, uma vez considerados concretamente os benefícios e riscos envolvidos.

A segunda hipótese se subdivide em dois desdobramentos. No primeiro, o ato médico praticado com falha nas informações não deu certo sem que o profissional tenha agido com culpa na técnica médica usada. Então, neste caso, não é porque não deu certo que

necessariamente houve erro médico, “*stricto sensu*”, indenizável. Nesta situação haverá dano extrapatrimonial indenizável porque, apesar de não haver culpa médica “*stricto sensu*” levando a indenizar as decorrências do ato médico, que não foi bem-sucedido no organismo do paciente, terá havido a vulneração da autodeterminação dele e exsurge a obrigação de indenizá-la.

No segundo desdobramento, o ato médico praticado no organismo do paciente sem que antes ele tenha sido suprido com todas as informações necessárias para externar consentimento válido e na realização – ou depois dele – houve imprudência, imperícia ou negligência dos serviços médicos, implicando erro médico culpável. Nesse caso, houve dano decorrente da culpa médica que deverá ser indenizado e, adicionalmente, o dano decorrente da privação do paciente da autodeterminação, também indenizável independentemente daquele.

E mais: dependendo de como se desenrola a falta de informação, os familiares e pessoas com relação afetiva com o paciente podem postular por danos reflexos decorrentes da supressão da autodeterminação do ente querido e, quando da fixação do valor da indenização, deve-se levar em conta a situação isolada de cada um, e não do grupo familiar²⁰⁵.

²⁰⁵ Ver REsp 1.540.580-DF.

CONCLUSÃO

O dever de informar, analisado sob várias óticas para ser objetivado quanto a seus contornos fáticos e jurídicos, ajuda a construir um padrão para nortear a relações do médico com o paciente, do médico com a instituição a que esteja vinculado e do médico com a sociedade, na quais tanto o médico quanto o paciente e até mesmo terceiros, enfim, todos os destinatários de cuidados tenham espaço para, com honestidade, boa-fé e respeito recíprocos, estudar as propostas de tratamento ou encaminhamento de providências formuladas pelo médico, compreendê-las, pesar os benefícios esperados com os riscos a serem enfrentados, aceitá-las ou não e manifestar essa decisão de modo consciente, autodeterminado e livre de influências impositivas externas, porque o exercício da medicina tem um papel social muito caro a todos os seres humanos. Deve-se lembrar que, em última análise, o objeto último dos cuidados da medicina é o conjunto de todos os integrantes da sociedade.

Fica bem evidente que, com o ganho de espaço da atenção para com a dignidade da pessoa humana, a concretização dos direitos da personalidade e da autodeterminação para decidir sobre o corpo, o princípio da autonomia recebeu relevo e trouxe consigo o consentimento prévio, informado e livre para a pauta. Assim, a relação médico-paciente deixou a gravitação em torno do princípio da beneficência e deslocou o eixo de giro no sentido do princípio da autonomia, dando oportunidade do paciente, desde que consciente ou por meio de disposição de vontade previamente manifestada, assim como por representante legal, opor-se a tratamentos ou optar entre eles.

Em paralelo, fica claro que a importância do dever de informar ganhou contornos novos, obrigando os profissionais da medicina a se desdobrarem, porque precisam se manter atualizados e familiarizados com o uso de novas tecnologias, fazendo com que o alargamento das possibilidades de exercício da atividade médica, por meio das múltiplas e novas formas de agir para com o paciente e o organismo dele, que estão sendo e serão ainda mais complexas no futuro e que virão com mais rapidez, se dê de forma proveitosa para eles, para os pacientes e para a sociedade.

Nesse novo cenário atual, do médico, mais que nunca antes, é exigido o cumprimento do dever de informar, com os novas delimitações impostas pelo respeito à dignidade humana,

autodeterminação e autonomia, com o acréscimo do dever do médico de ser o guardião das informações sobre o paciente, velando pela confidencialidade e sigilo de tudo que vai para arquivos eletrônicos, aí incluída a liberação administrada para eventuais outros profissionais que também tratem da saúde do paciente.

Não se pode perder de vista que, quando se foca na sociedade, a responsabilidade civil quanto ao exercício da medicina vem assumindo um papel de vanguarda em três direções diferentes. Na primeira dela, as relações sociais estão cada vez mais patrimonialistas e os ofendidos não mais se conformam com a alegação de haverem sido vitimados por má sorte ou infortúnio, levando as pessoas a ficarem mais cômicas de seus direitos e de que, quando vulnerados, patrimoniais ou morais que sejam, têm de ser reparados.

Em segundo lugar, o foco saiu do ofensor e veio para a vítima, com a identificação e a imposição de indenizar a violação de um conjunto de bens jurídicos cada vez mais prestigiadores da dignidade da pessoa humana no plano personalíssimo, dando, assim, relevo à autodeterminação da pessoa, que antes era praticamente ignorada pela medicina hipocrática. Com a elevação de complexidade da relação médico-paciente, em caso de ação de responsabilidade civil, o juiz vê-se obrigado a penetrar nos meandros dos casos práticos para fixar indenização congruente com base em vários parâmetros valorativos em relação a cada tipo de dano.

Numa terceira direção, a lei e a jurisprudência, ainda que não tenham sido objeto de análise casuística neste trabalho, têm feito por ampliar o universo de pessoas responsáveis pela indenização (médicos e instituições, públicas ou privadas, a que se vinculam), assim como têm sido admitidos pleitos indenizatórios formulados por pessoas da relação do lesado e que com ele tenham relações qualificadas.

Em todo o desenvolver do trabalho, ficou patente que o dever de informar ocupa um local central na preservação da autonomia e da autodeterminação do paciente e que o médico, pessoa que pode legalmente exercer a medicina, é o operador inafastável do canal informativo que o liga no plano humano ao paciente, por mais que praticada com auxílio de um aparato tecnológico cada vez mais complexo, sofisticado e, porque não dizer, caro.

Mesmo com várias tarefas podendo ser desempenhadas por máquinas emuladas por inteligência artificial ou mesmo superinteligência artificial, o espaço para exercício da profissão médica sempre estará preservado, porque o médico é o elo humano indispensável entre o paciente e o uso de toda a parafernália tecnológica que existe e vier a existir, cujas intervenções no organismo do paciente nunca prescindirão da informação para obter dele o consentimento prévio, informado e livre para serem aplicadas, com o médico ao pé da cama do paciente para informar, cuidar, consolar, cumprindo todos os deveres profissionais derivados do humanismo médico, enfim, trazendo algum conforto quando do trânsito final, que é certo para todos os seres humanos.

Como conclusão, constata-se da análise feita que o médico, definitivamente, é – e continuará inexoravelmente sendo – a interface humana entre os cuidados proporcionados pela medicina e o paciente e a informação de pessoa para pessoa, com olho no olho, nunca poderá ser afastada, porque, senão, o atendimento perderá a característica de humanidade e o ser humano paciente passará a ser visto como coisa e encaixado em parâmetros estatísticos frios, tornando-se objeto de análises econômico-financeiras feitas por máquinas insensíveis, programadas para serem o mais possível eficientes para faturar e lucrar. Tirando o médico da relação, haverá uma descida escorregadia em que o ser humano será o único prejudicado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995.

ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia, bioética e vidas sucessivas*. Sorocaba-SP, Brazilian Books, 2001.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION – AMA. *Principles of Medical Ethics*. Disponível em: https://www.ama-assn.org/system/files/2019-01/code-of-medical-ethics-chapter-1_0.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *AJURIS*, Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 224-235, nov. 1993.

AUTÔNOMO. In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 225.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 2 out. 2020.

_____. *Decreto-Lei nº 3.588, de 3 de outubro de 1941*. Lei das Contravenções Penais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. *Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975*. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6259.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. [Constituição Federal (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. [Estatuto da Criança e do Adolescente]. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. [Código de Defesa do Consumidor]. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. [Código Civil]. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. [Estatuto do Idoso]. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. *Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020*. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10212.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria 467, de 20 de março de 2020*. Brasília, DF: Ministério da Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20467-20-ms.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. *Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020*. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

CARRASCO DE PAULA, Ignacio. What Should be Done with the Power of the Professionals of Medicine? *Dolentium Hominum*, Vatican City, n. 49, year XVII, n. 1, p. 93-96, 2002. Disponível em: http://www.humandevlopment.va/content/dam/sviluppoumano/pubblicazioni-documenti/archivio/salute/dolentium-hominum-en-1-72/DH_49_En.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *El medico ante el derecho*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaria General Técnica, Publicaciones, Documentación y Biblioteca, 1990.

CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Método, 2005a.

_____. Eutanásia vista sob a ótica da ética biomédica. In: VENTURA, Zenio; FAGUNDEZ, Paulo Roney Avila. *XXXI Congresso Nacional de Procuradores do Estado*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005b.

_____. Apontamentos sobre o sigilo profissional do advogado. In: MARQUES, Claudia Villagra da Silva (coord.). *Temas atuais do direito brasileiro e internacional*. Botucatu/SP: QuintAventura Edições, 2015. v. 2. p. 157.

CHAMMARD, Georges Boyer; MONZEIN, Paul. *La responsabilité médicale*. Vendôme: Presses Universitaires de France, 1974.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CNN – CABLE NEWS NETWORK. Disponível em: https://www.cnncreativemarketing.com/project/cnn_factsfirst/. Acesso em: 10 ago. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.605/2000, 29 de setembro de 2000 e republicada em 31 de janeiro de 2002*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2000/1605>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. *Resolução CFM nº 1.643/2002, de 26 de agosto de 2002*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. *Resolução CFM nº 1.643/2002, de 26 de agosto de 2002*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em 23 set. 2020.

_____. [Código de Ética Médica]. *Resolução CFM nº 2.217, de 01 de novembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. *Resolução CFM nº 2.227/2018, de 6 de fevereiro de 2019*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2227>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. *Resolução CFM nº 2.228/2018, de 6 de março de 2019*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>. Acesso em: 23 set. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ. *Juramento de Hipócrates*. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml>. Acesso em: 10 ago. 2020.

COSTA, Judith H. Martins. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 867/2008, p. 11-51, jan. 2008.

DEPERGOLA, P. A. Euthanasia, Assisted-Suicide, and Palliative Sedation: A Brief Clarification and Reinforcement of the Moral Logic. *Online Journal of Health Ethics*, 14(2), 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18785/ojhe.1402.04> ou em <https://aquila.usm.edu/ojhe/vol14/iss2/4/>. Acesso em: 11 ago. de 2020.

DIAMOND, Jarred. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3 e 7.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1998.

FRANKENA, William K. Frankena. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

FURROW, Barry R.; JOHNSON, Sandra H.; JOST, Timothy S.; SCHWARTZ, Robert L. *Health law cases, materials and Problems*. Saint Paul, Minn.: West Publishing, 1991.

GERSHENFELD, Neil. Truth is a model. In: BROKMAN, John. *This Will Make You Smarter*. New York: Harper Perennial, 2012.

GIGERENZER, Gerd. Risk Literacy. In: BROKMAN, John (ed.). *This Will Make You Smarter*. New York: Harper Perennial, 2012.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2002.

GODOY, Roberto. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 777, p. 87-116, jul. 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HENK A. M. J. ten Have; JEAN, Michèle L. (ed.). *The Unesco Universal Declaration on Bioethics and Human Rights: background, principles and application*. Paris: Unesco, 2009.

HERRING, Jonathan. *Medical Law and Ethics*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KLAIDMAN, Stephen; BEAUCHAMP, Tom L. *The virtuous journalist*. New York: Oxford University Press, 1987.

KRESS, Hartmut. *Ética médica*. São Paulo: Loyola, 2008.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Death: the final stage of growth*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1975.

LAWSON, J. Gilchrist. *The World's Best Proverbs and Maxims*. New York: Grosset & Dunlap, 1926.

LUCRO da Merck cai 89% no 3º tri por encargos e menores vendas. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 29/10/2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/822253-lucro-da-merck-cai-89-no-3-tri-por-encargos-e-menores-vendas.shtml>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 827, p. 4-32, set. 2004.

MATA, Cléber; SCHLINDWEIN, Manoel (com informações da Secretaria da Segurança Pública). Polícia prende quadrilha que fraudou R\$ 63 milhões do Estado. Portal do Governo do Estado de São Paulo, 01/09/2008. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas->

noticias/policia-prende-quadrilha-que-fraudou-r-63-milhoes-do-estado/. Acesso em: 10 ago. 2020.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Porto Alegre: L&PM, 2016.

MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Lejus, 1998.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NHS Confidentiality Code of Practice. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/200146/Confidentiality_-_NHS_Code_of_Practice.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

ORENTLICHER, David. Cruzan and Surrogate Decision-Making. *SMU Law Review*, Dallas, v. 73, issue 1, article 9, p.155-162, 2020. Disponível em: <https://scholar.smu.edu/smulr/vol73/iss1/9>. Acesso em: 11 ago. 2020.

PENCE, Gregory E. *Medical Ethics – Accounts of Ground-Breaking Cases*. 7. ed. Birmingham, Alabama: McGraw-Hill Education, 2015.

PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin, La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977.

_____. *La responsabilité du médecin*. 2^é éd. Paris: Dalloz, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTUGAL. *Lei nº 25/2012, de 16 de julho de 2012*. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Lisboa: Assembleia da República. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/25/2012/07/16/p/dre/pt/html>. Acesso em: 23 set. 2020.

ROFECOXIB. In: *WIKIPÉDIA: A enciclopédia livre*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Rofecoxib>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ROFES I CAPO, Salvador. The Power of Health Professionals. *Dolentium Hominum*, Vatican City, n. 49, year XVII, n. 1, p. 34-38, 2002. Disponível em:

http://www.humandevlopment.va/content/dam/sviluppoumano/pubblicazioni-documenti/archivio/salute/dolentium-hominum-en-1-72/DH_49_En.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

ROSEN, Jay. Wicked Problems. In: BROKMAN, John (ed.). *This Will Make You Smarter*. New York: Harper Perennial, 2012.

ROSEN, Larry. Geração desconcentrada. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 18/11/2012. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/geral,geracao-desconcentrada,10000034591>. Acesso em 10 ago. 2020.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3. ed. São Paulo: Método, 2001.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAVATIER, René. *Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, [s.d.].

_____. *La profession liberale: étude juridique et pratique*. Paris: LGDJ, 1947.

_____. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2^é éd. Paris: LGDJ, 1951. v. 2.

_____; SAVATIER, Jean; AUBY, Jean-Marie; PEQUIGNOT, Henri. *Traité de droit médical*. Paris: Librairies Techniques, 1956.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes contratuais das obrigações – responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Freitas Bastos, 1962. v. 5.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SOUZA, Líria Alves de. *Catalisadores*. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/quimica/catalisadores.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SPRENT, Peter. *Taking Risks – the science of uncertainty*. London: Penguin Books, 1988,

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Basic documents*. 49th ed. 2020. Disponível em: https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=7. Acesso em: 10 ago. 2020.

XIMENES, Rafael. *Juramento de Hipócrates*. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=22249:juramento-de-hipocrates. Acesso em: 10 ago. 2020.

YUNGANO, Arturo Ricardo *et al.* *Responsabilidad profesional de los médicos*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1992.