

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**CONSENTIMENTO INFORMADO EM ORTODONTIA:
ASPECTOS JURÍDICOS**

Andréa Moraes Borges

Belo Horizonte
2009

Andréa Moraes Borges

**CONSENTIMENTO INFORMADO EM ORTODONTIA:
ASPECTOS JURÍDICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza

Belo Horizonte
2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B732c

Borges, Andréa Moraes

Consentimento informado em ortodontia: aspectos jurídicos / Andréa Moraes
Borges. Belo Horizonte, 2009.
135f.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Consentimento (Direito). 2. Ortodontia. 3. Autonomia. 4. Responsabilidade
(Direito). I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 34:614.253

Andréa Moraes Borges
Consentimento informado em ortodontia: aspectos jurídicos

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Adriano Stanley Rocha Souza (Orientador) – PUC Minas

César Augusto de Castro Fiuza – PUC Minas

Jean Carlos Fernandes – Centro Universitário Newton Paiva

Edgar Gastón Jacobs Flores Filho (Suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, 07 de maio de 2009.

Dedico este trabalho a Deus e agradeço sua ajuda em todos os momentos desta caminhada.
Aos meus pais, Aloysio e Ludovina, pela dedicação, incentivo e compreensão durante este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Adriano Stanley Rocha Souza, que orientou e incentivou meu trabalho sempre com muita disponibilidade e simpatia que o caracterizam.

Aos Professores do Mestrado em Direito Privado da PUC Minas pelas aulas ministradas, conhecimentos transmitidos com sabedoria e pelo incentivo para a minha carreira jurídica.

Aos colegas do Mestrado pela amizade, momentos de aprendizagem na sala de aula, alegrias e, em particular agradeço a Mariana Andrade Rodrigues, ao Felipe Comarela Milanez e João Bosco Dutra Ferreira pela verdadeira amizade.

A Sra. Ten Cel Tânia Pereira dos Reis Aguiar e colegas do Centro Odontológico da Polícia Militar de Minas Gerais pela compreensão e amizade durante a realização do mestrado.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram para que este trabalho consiga atingir aos objetivos propostos.

“Um homem é capaz de uma coisa quando pode fazer o que quer no momento em que o quiser.” (Sócrates)

RESUMO

O consentimento informado é um processo de comunicação entre o paciente e o ortodontista. É um processo dinâmico, que durante o período do tratamento pode ser modificado devido a novas circunstâncias que podem surgir. O ortodontista deve informar seus pacientes em uma linguagem simples para que eles possam entender qual é seu problema ortodôntico; qual tratamento é recomendado; se existem opções viáveis de tratamento; os benefícios, riscos, e limitações que poderiam ser associadas com estas escolhas de tratamento e as conseqüências do não tratamento. Depois de dar o consentimento informado, o paciente concorda em aceitar o tratamento pelo seu ortodontista. Consentimento informado é um ato de autorização autônoma, assim é importante analisar o conceito de autonomia e sua relação com o consentimento informado. Três condições são necessárias para o agir autônomo: intenção, compreensão e ausência de influências controladoras. Os atos podem ser autônomos por níveis, em função dos diferentes níveis de satisfação das condições de compreensão e ausência de influências controladoras. A autonomia satisfatória é um objetivo razoável e executável na decisão e participação nas intervenções ortodônticas. São pressupostos de validade do consentimento informado: a voluntariedade (autonomia), a capacidade (ou competência) de consentir, o dever de informar e a boa-fé objetiva. O consentimento informado não é aplicado nas seguintes situações: nos casos de emergência, grave perigo para a saúde pública, privilégio terapêutico, direito de recusa do paciente, direito do paciente não ser informado e dever do sigilo profissional dos médicos. A simples falta do consentimento informado gera a responsabilidade do ortodontista, e mesmo que o consentimento informado tenha sido obtido, o ortodontista poderá ser legalmente responsabilizado quando agir com culpa.

Palavras-chave: consentimento informado. ortodontia. autonomia. responsabilidade do ortodontista.

ABSTRACT

The informed consent is a process of communication between the patient and the orthodontist. It is a living process that during the period of the treatment may be modified under new circumstances that may occur. The orthodontist must disclose their patients in a simple language that they may understand what their orthodontic problem is; what treatment is recommend; whether there are any other viable treatment options; the benefits, risks, and limitations that might occur with these treatments choices and the consequences of no treatment. After giving the informed consent, the patient agrees to accept the treatment by his orthodontist. Informed consents are acts of autonomous authorizing, so it is important to analyze the concept of autonomy and its relationship to informed consent. Three conditions are necessary by autonomous action: intentionally, understanding and without controlling influences. The actions can be autonomous by degrees, as a function of different levels of satisfaction of the conditions of understanding and lack of controlling influences. Substantial autonomy is a reasonable and achievable goal for decisionmaking and participation in orthodontic interventions. The assumptions of validity of informed consent are: the voluntariness (autonomy), the capacity (or competence) of consent, duty of information and objective good-faith. The exceptional circumstances in which informed consent are not applied: in cases of emergency, serious risk to public health, therapeutic privilege, right of patient to decline, right of the patient not to be informed and duty of medical's secret. The simple lack of informed consent leads to orthodontist's responsibility, so if the informed consent is obtained, the orthodontist may be legally liable when acting with guilt.

Key-words: informed consent. orthodontic. autonomy. orthodontic liability.

LISTA DE ABREVIATURAS

al. – alínea

art. – artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CDHB – Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

n. – número

v. - versus

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. RELAÇÃO PACIENTE-ORTODONTISTA	15
3. CONCEITO DE CONSENTIMENTO INFORMADO	18
4. AUTONOMIA E CONSENTIMENTO INFORMADO	20
4.1 Autonomia centrada no sujeito	20
4.2 Autonomia centrada no ato	22
4.3 As três condições do ato autônomo	25
4.3.1 <i>Intenção</i>	25
4.3.2 <i>Compreensão</i>	26
4.3.3 <i>Ausência de influências controladoras</i>	28.
5. O DESENVOLVIMENTO DO CONSENTIMENTO INFORMADO EM DIVERSOS PAÍSES	31
5.1 O consentimento informado na Inglaterra	31
5.2 A evolução do consentimento informado nos Estados Unidos da América	32
5.2.1 <i>Caso Carpenter v. Blake (1871)</i>	34
5.2.2 <i>Caso Wells v. World's Dispensary Medical Association (1890)</i>	35
5.2.3 <i>Caso Mohr v. Williams (1905)</i>	35
5.2.4 <i>Caso Pratt v. Davis (1906)</i>	36
5.2.5 <i>Caso Rolater v. Strain (1913)</i>	36
5.2.6 <i>Caso Schloendorff v. Society of New York Hospitals (1914)</i>	36
5.2.7 <i>Caso Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees (1957)</i>	38
5.2.8 <i>Caso Natanson v. Kline (1960)</i>	38
5.2.9 <i>Caso Canterbury v. Spencer (1972)</i>	40
5.2.10 <i>Caso Truman v. Thomas (1980)</i>	43
5.2.11 <i>Comissões americanas de pesquisa humana que adotam o consentimento informado</i>	43

5.3 O consentimento informado na União Européia.....	45
5.3.1 Conselho da Europa.....	45
5.3.2 Proteção do direito ao consentimento informado do Conselho da Europa.....	45
5.3.3 A União Européia	46
5.4 O consentimento informado na Itália	46
5.5 O consentimento informado na França	47
5.6 O consentimento informado na Espanha	48
5.7 O consentimento informado em Portugal	51
5.7.1 Código Penal Português	53
5.7.2 Direito Administrativo Português	57
5.7.3 Código Deontológico Médico Português	60
5.8 O consentimento informado na Alemanha	61
5.9 O consentimento informado na Argentina	62
6. CONSENTIMENTO INFORMADO EM ORTODONTIA	64
6.1 Conceito de ortodontia	65
6.2 Diagnóstico e planejamento ortodôntico	67
6.3 Requisitos de validade do consentimento informado	71
6.3.1 A voluntariedade (autonomia).....	71
6.3.2 A capacidade (ou competência) de consentir	72
6.3.3 O dever de informar.....	78
6.3.4 A boa-fé objetiva	84
6.4 Exceções à realização do consentimento informado	86
6.4.1 Emergência	86
6.4.2 Grave perigo para a saúde pública	88
6.4.3 Privilégio terapêutico	89
6.4.4 Direito de recusa do paciente	89
6.4.5 Direito do paciente não ser informado	91
6.4.6 Dever do sigilo profissional dos médicos	91
7. FORMA DO CONSENTIMENTO INFORMADO	94
8. A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA APLICAÇÃO NO CONSENTIMENTO	

INFORMADO EM ORTODONTIA	95
9. CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107
ANEXOS	112

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho desenvolverá o tema do consentimento informado em Ortodontia na relação ortodontista-paciente sob a ótica jurídica do Direito Privado. No Brasil, o estudo do tema ainda dá seus primeiros passos, pois, existem poucas obras que tratam desse assunto, necessitando o mundo jurídico de mais estudos sobre o presente tema, principalmente no Direito Privado.

Nos últimos anos, os profissionais na área de Ortodontia vêm se preocupando com as exigências dos pacientes em relação ao tratamento ortodôntico, e conseqüentemente, o consentimento informado tem um papel fundamental na comunicação e informação prestada pelo ortodontista ao paciente.

Diante da seara da doutrina do consentimento informado, vários são os problemas que surgem da relação ortodontista-paciente de cunho essencialmente jurídico, que os estudiosos do Direito questionam:

1) Como o ortodontista deve proceder ao lidar com um conjunto de informações a serem comunicadas ao paciente para obtenção do consentimento informado?

2) Até que ponto o ortodontista deve respeitar a vontade (autonomia) do paciente na elaboração do plano de tratamento ortodôntico para obter o consentimento informado?

3) Quais as condições de validade das informações que o consentimento informado deve conter para que o ortodontista não seja responsabilizado civilmente?

O trabalho abordará a seguinte hipótese: se o consentimento informado obtido pelo ortodontista deve ser delineado pela autonomia para que se estabeleça uma real comunicação entre paciente-ortodontista, que envolva a manifestação da liberdade e da autonomia como proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana, onde o ortodontista pode ver-se desafiado a apresentar as condições de validade do tratamento proposto e o paciente compartilhará da decisão sobre o tratamento ortodôntico a ser realizado.

O objetivo geral do trabalho é demonstrar como o consentimento informado na práxis ortodôntica faz instaurar o processo de comunicação entre paciente e ortodontista em uma relação jurídica delineada pela autonomia.

Os objetivos específicos do presente trabalho são:

1) Perquirir sobre a validade da manifestação da autonomia do paciente na obtenção do consentimento informado;

2) Analisar as condições do dever de informar, na relação ortodontista-paciente, no compartilhamento dos riscos envolvidos no tratamento;

3) Demonstrar que o consentimento informado como um processo de comunicação entre ortodontista e paciente auxilia na profilaxia de ações concernentes a responsabilidade civil odontológica.

A técnica do estudo teórico será aplicada no presente trabalho, utilizando-se a análise da doutrina jurídica, jurisprudência, artigos selecionados e bem como a produção científica na área de Ortodontia e do Direito.

A importância do estudo do consentimento informado na área odontológica decorre do desenvolvimento de legislações específicas da área médica que tratam da questão do consentimento informado, como por exemplo, a Lei 9.434 de 1997 (Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de Transplante e Tratamento) e o Decreto 2.434 de 1997 que regulamenta essa lei; Lei 11.105 de 2005 (Lei de Biossegurança); a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde que trata das diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos; Lei 8.974 de 1995 que dispõe sobre as normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, e etc.

O primeiro capítulo trata da evolução histórica da relação paciente-ortodontista, cuja relação era distanciada e paternalista até chegarmos a uma nova relação pautada na autodeterminação do paciente.

O segundo capítulo trata dos diversos conceitos de consentimento informado por vários autores.

O terceiro capítulo trata da relação da autonomia e do consentimento informado, que pode ser visto como a busca do real exercício da autonomia. Para chegarmos ao conceito de autonomia, é preciso estudar brevemente o filósofo Immanuel Kant, que em seus trabalhos sobre a filosofia prática averigua a concepção de autonomia ligada à idéia de auto-suficiência.

O modelo teórico contemporâneo apregoa à autonomia dialógica como resultado de uma consciência crítica na relação ortodontista-paciente, em que o paciente é tomado como sujeito e não como mero objeto. Serão analisadas as condições para o ato ser autônomo (intenção, compreensão e ausência de

influências controladoras).

O quarto capítulo trata do consentimento informado em diversos países, tendo em vista a importância de outros sistemas jurídicos no desenvolvimento da teoria do consentimento informado. Será analisado o direito alienígena do direito norte-americano, direito português, direito espanhol, direito argentino e outros que possam contribuir para o presente trabalho. A preferência por estes sistemas jurídicos é uma escolha pessoal e devido à facilidade de compreensão do idioma desses países.

O capítulo quinto trata do consentimento informado em Ortodontia, abordando os requisitos de validade do consentimento (voluntariedade, capacidade, dever de informar e boa-fé objetiva) e as situações de exceções à realização do consentimento informado (emergência, grave perigo para a saúde pública, privilégio terapêutico, direito de recusa do paciente, direito do paciente não ser informado e dever do sigilo profissional).

O sexto capítulo aborda a questão da forma do consentimento informado, analisando qual a melhor forma, se seria verbal, escrita ou por gravação de vídeo.

E o capítulo sétimo irá analisar a aplicação da responsabilidade civil no consentimento informado no ordenamento jurídico brasileiro, que será abordado com base na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor. Serão analisadas algumas jurisprudências pátrias relacionadas com o consentimento informado.

Há várias denominações que são utilizadas para se referir ao termo consentimento informado, podendo ser também: termo de consentimento esclarecido, termo de responsabilidade, consentimento livre e esclarecido, termo de esclarecimento e consentimento, e etc. No presente trabalho será utilizado a expressão *consentimento informado*.

A terminologia médico-paciente utilizada neste trabalho deve ser aplicada por analogia a relação ortodontista-paciente, isso decorre do fato da grande maioria dos livros utilizados tratarem principalmente das relações médicas.

2. RELAÇÃO PACIENTE-ORTODONTISTA

Um breve estudo dos principais marcos históricos, que influenciaram a relação médico-paciente, faz-se necessário para compreendermos a nova relação pautada na autodeterminação do paciente.

Desde a antiguidade até o século XVIII, o médico respondia e decidia sozinho pelo paciente o que fazer, como fazer e quando fazer. A relação médico-paciente era distanciada e a partir do final do século XIX, o paciente assume um papel ativo nessa relação. (RODRIGUES, 2001, p. 15)

Na ética médica clássica derivada da ética hipocrática, o doente era para o médico grego um incapacitado físico, psíquico e moral. O doente devia obedecer ao médico e cumprir suas ordens para restabelecer sua saúde. A informação sobre a doença, diagnóstico, prognóstico e tipo de tratamento do doente não era comunicada, tendo em vista a incapacidade do paciente em entender a informação.

O médico grego não aceitava a participação ativa do paciente nas tomadas de decisões sobre a sua saúde e buscava fazer o melhor para seus pacientes com base no princípio moral de beneficência e na prática paternalista. O paciente era apenas o objeto da prestação de serviços médicos e não um sujeito. Esta forma de relação médico-paciente será mantida durante a Idade Média e a partir do Renascimento, o homem descobre que pode ser protagonista do Novo Mundo em construção. (CUMPLIDO, 2005, p. 25-30)

A entrada do homem como ser inteligente, racional, livre e possuidor de dignidade é retratada na obra “Oratio de Hominis Dignitate” (Discurso sobre a Dignidade Humana) do filósofo Giovanni Pico Della Mirandola, considerado como referência do Primeiro Humanismo.

Pico Della Mirandola retrata o problema da dignidade do homem em função da valorização do homem e do lugar central que este ocupa no universo, destacando como temática a razão, a liberdade humana e o ser. O homem foi colocado no centro do universo e possui o poder de autodeterminar-se, ou seja, o homem como um ser que livremente pode determinar, escolher seu destino e através da capacidade racional, que lhe permitirá tomar consciência da sua dimensão como ser livre. Conforme palavras de Pico Della Mirandola, o homem pode ser o que quer: “Ó suma liberdade de Deus pai, ó suma e admirável felicidade do homem! ao qual é

concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer.” (PICO DELLA MIRANDA, 2006, p. 57)

A partir do século XVI até o final do período da Modernidade, o homem passa a ser sujeito para discernir racionalmente quais ações são corretas e adequadas. E a partir do século XVII e XVIII com o movimento de autonomia sociopolítica e com as obras de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), reconhece-se a liberdade dos cidadãos. Com a obra de Immanuel Kant (1724-1804), o apogeu é alcançado com o conceito de autonomia moral. Na obra “Fundamentação da metafísica dos costumes”, Kant através dos imperativos categóricos, que são leis morais, universais e necessárias, expressa a seguinte fórmula:

Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal. (...)
Age como se a máxima de tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza. (KANT, 1997, p. 59)

Com as idéias de Kant, um novo contexto é criado, apresentando o indivíduo como centro da nova forma de organização política e econômica da sociedade, portanto, o imperativo categórico kantiano acata que o ser humano é um fim em si mesmo.

A partir das duas grandes Guerras Mundiais e das atrocidades realizadas pelos nazistas através das experiências em seres humanos, iniciou-se a preocupação na comunidade internacional de obter o consentimento informado para tais experimentos. O Código de Nuremberg (1948) e a Declaração de Helsinque (1964) são documentos que demonstram a preocupação com a ética na pesquisa biomédica.

As relações médicas sofreram influências dessas mudanças sociopolíticas e a partir da evolução dos recursos tecnológicos, dos conhecimentos médicos, da especialização na área médica e com a despersonalização do serviço médico em instituições, acarretaram, conseqüentemente, uma distanciação na relação médico-paciente. E quando começaram os litígios em processos judiciais, questionando a atuação médica, teve início uma nova fase em que o paciente começa a exercer sua autonomia através da autodeterminação em relação ao próprio corpo. (RODRIGUES, 2001, p. 16-17)

Como explica Ragazzo sobre o desenvolvimento da tecnologia e o distanciamento ocorrido na relação médico-paciente:

Se pode dizer que a tecnologia acabou substituindo a relação intimista entre médico e paciente. Vendo-se atrelado a uma incontável série de novos procedimentos e possíveis diagnósticos, o médico tende a substituir a conversa mais extensa com o paciente por pedidos de exames, por vezes excessivos diante dos sintomas apresentados, até mesmo para se defender de possíveis demandas judiciais, o que comumente se chama de medicina defensiva. (RAGAZZO, 2007, p. 45-46)

O autor português, João Vaz Rodrigues, esclarece que:

o paciente deve poder permitir ou impedir a intervenção do médico na sua esfera físico-psíquica, e, permitindo-a, deve poder pronunciar-se, na medida do possível, sobre o respectivo sentido e limites. (RODRIGUES, 2001, p. 17)

Diante deste novo contexto, que refletiu na relação paciente-ortodontista, podemos indagar como poderia o paciente, que não possui conhecimentos técnicos decidir sobre sua maloclusão e a melhor forma de tratamento? E não seria mais fácil pensar, que o ortodontista como possuidor do conhecimento técnico estaria mais habilitado para fazê-lo?

A resposta para esses questionamentos retrata o novo papel do ortodontista na relação paciente-ortodontista, em que o paciente deixa de ser um mero objeto e passa a ser sujeito dessa relação. O ortodontista irá apresentar ao paciente os elementos necessários para a compreensão do seu problema e informações pertinentes para que possa exercer a sua autonomia conscientemente na escolha de seu tratamento. O paciente informado toma a decisão conjuntamente com o profissional.

O ortodontista deve respeitar o paciente, dever este que se desdobra em informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento informado. O consentimento informado é a manifestação do exercício da autonomia do paciente.

Quando o profissional recebe o consentimento informado do paciente, significa que o paciente concordou em aceitá-lo como seu ortodontista. E quando o ortodontista aceita o paciente para o tratamento está estabelecida a relação paciente-ortodontista. (JERROLD, 2007b, p.289)

3. CONCEITO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

É fundamental o conceito de consentir, cujo termo em latim é *consentire* que significa “dar consenso ou aprovação a; permitir; admitir; tolerar; concordar com; aprovar”. (FERREIRA, 1999, p. 532)

O termo consentimento, etimologicamente *consentir + -mento* significa “ato de consentir; permissão, licença; anuência, aprovação, acordo; aprovação tácita; tolerância.” (FERREIRA, 1999, p. 532)

De Plácido e Silva define consentimento na terminologia jurídica como:

a aceção de manifestação da vontade, séria e definitiva, em virtude da qual a pessoa, concordando com os desejos de outrem, vincula-se à obrigação ou obrigações, que servem de objeto ao ato jurídico ou ao contrato firmado entre elas. (...) Mas, em sentido geral, o consentimento também expressa o significado de aprovação, conseqüente de estar a pessoa de acordo com o ato que se vai praticar, o qual não surtirá efeitos legais sem a satisfação prévia dessa exigência. (SILVA, 2000, p. 205)

Segundo o autor espanhol, Casabona define o consentimento como uma categoria jurídica da “materialização da manifestação da vontade e da livre concorrência de vontades entre as partes de uma relação, isto é, da autonomia, própria das relações jurídico-privadas”. (ROMEIO CASABONA, 2004, p. 128)

A Lei 41/2002 espanhola define consentimento informado como a manifestação livre, voluntária e consciente do paciente após receber a informação adequada.

O autor português, João Vaz Rodrigues, adota a definição de consentimento com o sentido de

comportamento mediante o qual se concede a alguém algo, como seja, uma determinada atuação, no caso do consentimento para o ato médico, uma atuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral. (RODRIGUES, 2001, p. 24)

A proteção da esfera físico-psíquica do paciente está tutelada no direito de personalidade através da autonomia, da liberdade e da integridade, assim, o consentimento informado é a manifestação de um direito fundamental. Como esclarece Casabona, o consentimento informado

pode ser concebido primordialmente como um direito, subjetivo, que entronca com diversos direitos fundamentais e que, enquanto tal, confere legitimidade ao ato médico nas demais e variadas projeções jurídicas que possa apresentar o dito ato (p. ex., civis ou penais). (ROMEO CASABONA, 2004, p. 129)

Para os autores americanos, o termo “consentimento informado é uma autorização autônoma pelo paciente ou sujeito.”¹ (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 3, tradução nossa) O consentimento informado se refere as regras legais que determinam o comportamento do médico e de outros profissionais da saúde em relação a seus pacientes e, segundo a doutrina filosófica, o consentimento se baseia na autonomia, que promove o direito à autodeterminação do paciente em relação ao tratamento médico. (APPELBAUM et al, 2001, p. 3)

João Vaz Rodrigues conceitua o consentimento informado como um processo dialógico entre o médico e o paciente:

Na verdade, o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um médico, ou de recusar (dissentir sobre) um tratamento médico indesejado (da manifestação da liberdade como proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana), não constitui mero requisito para libertar os médicos do espectro da negligência, nem deve servir simplesmente para persuadir o paciente a aceitar a intervenção proposta. Esta necessária obtenção do consentimento, expresso ou tácito, deverá ser sempre resultante de um processo dialógico de recíprocas informações e esclarecimentos que a relação entre o médico e o paciente incorporam, para que este, numa tomada de posição racional, autorize ou tolere àquele o exercício da arte de prevenir, detectar, curar, ou, pelo menos, atenuar as doenças. (RODRIGUES, 2001, p. 25-26)

O processo dialógico apresenta várias fases independentes como a informação, o esclarecimento, o consentimento, a intervenção e a convalescença. (RODRIGUES, 2001, p. 28)

O consentimento do paciente não deve significar apenas que ele aceitou simplesmente o tratamento, pois a decisão para ser legalmente válida deve considerar a verdadeira compreensão e a voluntariedade do paciente. (APPELBAUM et al, 2001, p. 54)

O consentimento informado representa a essência da autonomia do paciente, entretanto, é necessário o estudo da relação entre autonomia e consentimento informado.

¹ Informed consent is an autonomous authorization by a patient or subject.

4. AUTONOMIA E CONSENTIMENTO INFORMADO

É importante esclarecer o conceito de autonomia e justificá-la como o eixo central da doutrina do consentimento informado.

A idéia de autonomia apareceu como uma noção central no campo da filosofia moral e no contexto biomédico, particularmente, na discussão da natureza do consentimento informado e da autonomia do paciente. (DWORKIN, 2001, p. 4-5)

Como afirma Gerald Dworkin, a autonomia é usada para opor a visão paternalista. (DWORKIN, 2001, p. 10)

A idéia central do conceito de autonomia deriva do termo etimológico: *autos* (próprio) e *nomos* (regra ou lei). O termo autonomia foi, primeiramente, aplicado nas cidades do estado da Grécia, para expressar o autogoverno das cidades-estado independentes. A cidade tinha autonomia, quando seus cidadãos faziam suas próprias leis como oposição por estarem sob o controle de um poder conquistador. (DWORKIN, 2001, p. 12-13)

4.1 Autonomia centrada no sujeito

O filósofo alemão, Immanuel Kant, utiliza o termo autonomia que foi extraído “do pensamento político dos séculos XVII e XVIII, em que ele foi usado em discussões da idéia dos estados como entidades autogovernadas”. (SCHEEWIND, 2001, p. 527)

Kant em seus trabalhos sobre a filosofia prática averigua a concepção de autonomia ligada à idéia de auto-suficiência, adotando o modelo da liberdade para a autonomia, segundo a filosofia moral. Brunello Stancioli esclarece que:

Kant argumenta, segundo diretrizes da filosofia moral, que a autonomia do ser humano advém de sua liberdade transcendente. A racionalidade retira os homens do domínio da mera causalidade, seja na natureza, seja no convívio social. (STANCIOLI, 2004, p. 28)

Bruno Torquato explica que “ao eleger a vontade como foco de suas

pesquisas, Kant serviu para fundamentar a noção de auto-suficiência que o liberalismo atribui à autonomia.” (NAVES, 2003, p. 52)

Várias críticas são feitas em relação ao modelo de autonomia preconizado por Kant. A primeira crítica que se faz é a respeito da escolha de regras morais próprias fundamentadas em uma escolha livre. Não sendo possível este tipo de autonomia, pois o indivíduo está inserido em uma sociedade e em uma história. A segunda crítica é a respeito da correlação entre o modelo de autonomia e auto-suficiência, na qual o indivíduo atua solitário, confia apenas em sua própria experiência e não interage com outras pessoas, portanto, a autonomia deve ser dissociada da auto-suficiência. (STANCIOLI, 2004, p. 30-31)

Stancioli aponta que na relação médico-paciente:

Parece, no entanto, que a auto-suficiência não resolve os problemas no ensejo do consentimento do paciente para intervenções médicas. Dada a complexidade da medicina contemporânea, o doente fica, por vezes, perplexo ante às situações a ele apresentadas. Incapaz de decidir por si mesmo, deve buscar insumos que lhe permitam escolher o que de melhor para si pode ser feito. (STANCIOLI, 2004, p. 31)

Neste ponto é importante questionar se há uma relação entre a liberdade do indivíduo e sua autonomia ou se seriam duas noções distintas. Por exemplo, se uma pessoa que é Testemunha de Jeová é forçada a fazer uma transfusão sanguínea, estar-se-ia interferindo em sua liberdade, mas também violando sua capacidade de determinar qual o tipo de tratamento médico que lhe seria mais aceitável. Para Gerald Dworkin, a autonomia do paciente é, justamente, a capacidade que os pacientes têm em decidir qual o tratamento que desejariam. (DWORKIN, 2001, p. 14)

A autonomia, portanto, não pode ser identificada como liberdade. A liberdade é condição necessária para o indivíduo desenvolver seus próprios objetivos, interesses e torná-los efetivo em sua vida. (DWORKIN, 2001, p. 18)

Gerald Dworkin e outros escritores de tradição existencialista analisam a autonomia em termo da autenticidade, para Dworkin a autonomia, entretanto, pode ser compreendida como a capacidade das pessoas em refletir criticamente sobre seus desejos, suas vontades e a capacidade de aceitar ou tentar mudar suas preferências e valores, e exercitando tal capacidade, as pessoas definiriam sua natureza, dariam significado para suas vidas e assumiriam a responsabilidade do

tipo de pessoas que são. (DWORKIN, 2001, p. 20)

A autonomia do agente tanto no modelo em que a autonomia é analisada do ponto de vista da liberdade e da autenticidade são dependentes do estado político, da soberania popular, da participação do cidadão e outros, portanto, vinculadas ao pano de fundo político. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 238)

Para a construção de um novo modelo de autonomia, deve-se focar no agir autônomo e abandonar o ponto de vista do agente autônomo, que ao longo da história da autonomia seguiu o modelo da liberdade e da autenticidade.

4.2 Autonomia centrada no ato

A teoria do ato autônomo foi criada por Beauchamp e Faden para expressar que o objetivo do consentimento informado possibilita que os pacientes façam suas escolhas satisfatoriamente autônomas ao autorizar ou recusar um tratamento ou uma pesquisa na área biomédica. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 237)

Consentir e recusar são atos, portanto, o consentimento informado é um ato de autorização autônoma. Um ato autônomo pode ser realizado por um agente autônomo e também por um agente não-autônomo. Um questionamento que se levanta é se um agente autônomo com a capacidade de prestar o consentimento informado, realmente, consentiu através de uma escolha autônoma ao autorizar ou recusar determinado tratamento. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 235-237)

Beauchamp e Faden esclarecem que: “a capacidade para agir autonomamente é distinta de agir autonomamente, e a posse da capacidade não é garantia de que uma escolha autônoma foi ou será feita.”² (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 237, tradução nossa)

Diante do exposto, um agente autônomo pode falhar em agir autonomamente, como por exemplo, quando uma pessoa está doente em uma cama de um hospital, dominado por uma nova informação, manipulado e outras situações; por isso o questionamento deve deslocar-se do agente autônomo para o agir autônomo. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 237)

² The capacity to act autonomously is distinct from acting autonomously, and possession of the capacity is no guarantee that an autonomous choice has been or will be made.

O modelo teórico contemporâneo apregoa à autonomia dialógica como resultado de uma consciência crítica dialógica na relação profissional-paciente, em que o paciente é tomado como sujeito e não como objeto. Segundo Stancioli,

Pode-se afirmar que o fulcro de um ordenamento jurídico democrático está no exercício da autonomia da vontade nos âmbitos público e privado. Esse exercício deve ocorrer cotidianamente, buscando-se em cada ato o implemento do diálogo, da cognição crítica e da escolha, de maneira que os membros da sociedade possam dar forma e sentido às suas vidas. Tal deve ocorrer de forma sistemática na relação médico-paciente.

Há uma revalorização do negócio jurídico. Essa refinada construção doutrinária encontra um nicho perfeito na teoria do consentimento informado. O diálogo culmina com um encontro de vontades vinculantes (e todos os requisitos e conseqüências implicados) que é a base da relação entre médico e paciente e um dos principais pilares desse não tão recente ramo do conhecimento, que se convencionou chamar de bioética. (STANCIOLI, 2004, p. 110-111)

É necessário, portanto, um novo modelo de autonomia que desvincula a idéia de agente autônomo ou da busca do sujeito para voltar-se para o *agir autônomo*. Beauchamp e Faden analisam o ato autônomo em função do indivíduo com base em três condições necessárias: 1- intenção, 2- compreensão e 3- ausência de influências controladoras. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 238)

A primeira condição do ato autônomo é a intenção do agente, que pode ser um ato intencional (autônomo) ou um ato não intencional (não-autônomo), portanto não apresentando níveis de graduação. Já as duas outras condições do ato autônomo, a compreensão e a ausência de influências controladoras podem ser satisfeitas por uma maior ou menor extensão. O ato autônomo depende dos diferentes níveis de satisfação das condições de compreensão e da ausência de influências controladoras. Conforme a Figura 1, as condições de compreensão e não-controle na área cinza representam a condição de satisfatoriamente autônomo, este ponto é designado como um divisor do ato autônomo, que será caracterizado como sendo o ideal para o consentimento informado. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 238)

O ato completamente autônomo representado a esquerda da Figura 1, graficamente, descreve a idéia de níveis de autonomia. O ato completamente autônomo (circunstância hipotética) é um ato intencional que é completamente entendido e completamente não-controlado pela influência de outros. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 238-239)

O ato satisfatoriamente autônomo na **Figura 1** é aquele representado simbolicamente pela linha tracejada.

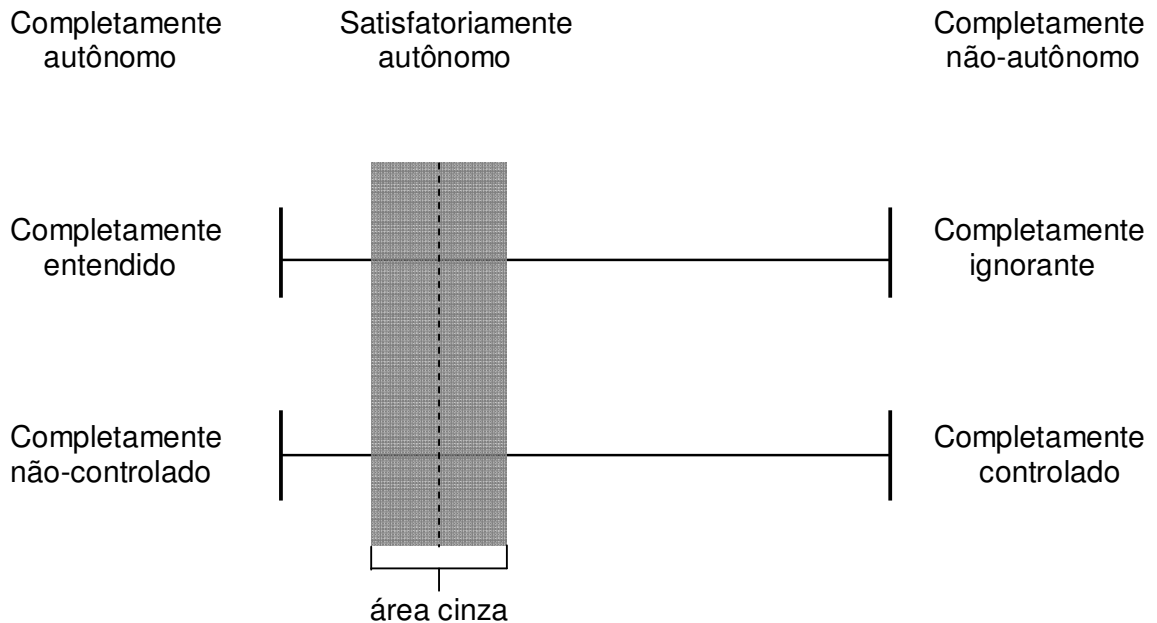


Figura 1 - Níveis de autonomia de atos intencionais (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 239)

A tese de Beauchamp e Faden de que o ato é autônomo por níveis ao invés de ser um ato autônomo ou não-autônomo, é uma consequência das três condições do ato autônomo (intenção, compreensão e ausência de influências controladoras). Não existe um divisor ou uma linha que divide, por exemplo, se estiver acima ou abaixo desta linha será um ato autônomo ou não-autônomo. Na verdade, o ato autônomo se baseia em considerações morais e metas. E acrescenta os autores que, se uma das três condições não forem satisfeitas, o ato será não-autônomo. Os autores acreditam que no consentimento informado é possível alcançar um ato satisfatoriamente autônomo na decisão e participação nas intervenções médicas ou na área de pesquisa. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 239-241)

4.3 As três condições do ato autônomo

4.3.1 Intenção

A intenção do agente é uma das condições do ato autônomo e requer metas planejadas pelo agente. A meta é a integração da cognição (sinônimo de conhecer, termo utilizado na psicologia). Para um ato ser intencional, o ato deve ser deliberado de acordo com um plano, quer o ato seja desejado ou não. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 243)

No consentimento informado podem ocorrer problemas em relação ao ato intencional, ou seja, apesar da intenção do agente querer um ato de acordo com um plano, poderá ocorrer atos indesejados, fatores supervenientes ou riscos de danos. Geralmente, os casos sobre consentimento informado nos tribunais envolvem questionamentos se o profissional informou ao paciente a respeito dos riscos e conseqüências indesejadas, e caso ao contrário, se tivessem sido informados desses problemas, conseqüentemente, o paciente teria alterado sua intenção. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 247)

A respeito do risco que é inerente ao ato autônomo, esclarece Brunello Stancioli que: “Nas sociedades contemporâneas, cujos desenvolvimentos técnico e tecnológico se fazem cada vez mais presentes, há uma tendência de se atribuir o risco envolvido, em certos atos, a agentes específicos.” (STANCIOLI, 2004, p. 40) E acrescenta o autor sobre os fatores supervenientes que podem ocorrer no ato médico:

Quando o médico realiza determinada terapia em um paciente, cria a falsa ilusão de que todos os benefícios e males do tratamento lhe são imputáveis. Nunca é demais lembrar que o sucesso (ou fracasso) de uma terapia não resulta somente da ação médica, mas também de conjunturas alheias à sua vontade. (STANCIOLI, 2004, p. 40)

Na relação médico-paciente o respeito ou não pela autonomia do paciente traz implicações em relação ao ônus do risco que será suportado pelo médico ou paciente:

Quando o médico age sem atender à autonomia do paciente, arcará

sozinho com todo o ônus de sua intervenção. Por outro lado, se a autonomia do paciente é respeitada, há uma repartição do ônus do risco entre médico e seu paciente. Assim, pode-se afirmar que, na atenção aos imperativos da autonomia do paciente, o médico tem um grande instrumento defensivo contra o ônus do risco. (STANCIOLI, 2004, p. 41)

Na relação médico-paciente, o ônus do risco será dividido entre a equipe médica e o paciente, quando a autonomia do paciente for respeitada na intervenção a ser realizada.

4.3.2 Compreensão

A segunda condição para o ato ser autônomo é a compreensão do paciente sobre a intervenção a ser realizada. E esta condição é muito importante para o consentimento informado, pois o paciente necessita compreender sobre seu diagnóstico, prognóstico, procedimentos que possam ser realizados, riscos e etc. O consentimento informado, portanto, “não será só formalmente obtido, mas poderá ser autonomamente fornecido.” (STANCIOLI, 2004, p. 35)

A qualidade da decisão autônoma pode variar muito de acordo como a pessoa compreende determinada informação. A filosofia e a psicologia tentam explicar o que é compreender, mas não chegam a um consenso. Os trabalhos clássicos filosóficos de Locke (*An essay concerning human understanding*) e Hume (*An enquirey concerning human understanding*) referem-se ao termo compreender como intelecto ou inteligência, analisando o significado do termo compreender. Já a psicologia estuda como as pessoas compreendem com ênfase nos processos cognitivos e neurofisiológicos. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 249)

É através da linguagem que o profissional irá transmitir ao paciente as informações sobre sua doença, e desta maneira o paciente irá compreender e interpretar seu problema para que possa agir autonomamente. Segundo Gadamer, “a linguagem é o *medium* universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação.” (GADAMER, 1999, p. 566)

Quanto maior o nível de informação que uma pessoa possa compreender, maiores serão as possibilidades de ocorrer um ato autônomo. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 239)

E como esclarece Brunello Stanciolli:

O processo de compreensão (ou interpretação) esgota-se quando os interlocutores (médico e paciente) chegam a um consenso. Esse acordo de vontades não reflete a 'coisa em si', mas o objeto construído, intersubjetivamente, pelo *medium* da linguagem, pois, por ela, "o conceito do 'ser em si' obtém o caráter de uma determinação volitiva." (STANCIOLI, 2004, p. 38)

Na relação profissional-paciente, aplicando a teoria de Habermas, que declara que os participantes do discurso racional, ou seja, ortodontista-paciente estão em igualdade de participação e que "poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais". (HABERMAS, 1997, p. 142)

Como explica Travessoni e Merle sobre a teoria do discurso racional de Habermas em que:

"Ele pressupõe uma situação ideal de discurso em que os participantes têm iguais oportunidades de participação, apresentando interpretações, objeções, argumentos etc. Nessa situação ideal, os participantes estão excluídos das limitações espaciais e temporais. Todas as questões relativas à verdade e à validade passam a depender, portanto, do acordo potencial dos participantes do discurso. Esse acordo, ao contrário da ética kantiana, não exclui o interesse". (TRAVERSSONI GOMES e MERLE, p. 64-65, 2007)

Os autores, Beauchamp e Faden, irão analisar as características diferenciais de compreender um ato e como identificar as condições para que uma pessoa compreenda a natureza e implicações de seu ato, ou seja, perguntando se "você compreende o que você está fazendo?". (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 250-251)

Os autores, Beauchamp e Faden, começam a analisar, primeiramente, a compreensão completa ou total de uma ação, que ocorrerá se houver um entendimento adequado de toda situação relevante através 1- da natureza do ato e 2- das conseqüências e possíveis resultados previsíveis que poderiam resultar da realização ou não deste ato. Na realidade, esta situação ideal não é totalmente satisfeita, o ato é baseado em uma compreensão menos que completa ou total, e, conseqüentemente, não será um ato completamente autônomo. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 252)

Beauchamp e Faden ilustram o que significa para alguém compreender um ato adequadamente e, se ele é importante ou insignificante, através do exemplo de muitos pacientes, que consentem para fazer uma cirurgia, compreendem que como

conseqüência do seu consentimento eles irão sofrer dor pós-operatória. Muitos pacientes entendem que eles irão experimentar a dor, mas suas expectativas de dor podem ser inadequadas. Em algumas situações, os pacientes, simplesmente, não podem adequadamente avaliar a real natureza da dor, esta deficiência ocorre em função da concepção inadequada do que é dor, como ele responde a dor, como ele se sente e a variação individual de tolerância à dor. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 252-253)

O ato de compreender na relação profissional-paciente para obtenção do consentimento informado relaciona-se com a compreensão que o paciente tem após a comunicação efetiva e das informações recebidas do profissional.

4.3.3 Ausência de influências controladoras

A terceira condição do ato autônomo é uma condição negativa, ou seja, não ser controlado por outras pessoas.

O consentimento informado deve ser voluntário. Pode-se ilustrar através do Código de Nuremberg que dispõe em seu artigo 1º, que o ato voluntário deve ser ausente de influências controladoras:

O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão (...). (STANCIOLI, 2004, p. 53, grifo nosso)

A autonomia, conforme explica Bruno Torquato:

requer que não haja condicionantes à manifestação externa de vontade, isto é, a vontade deve ser o mais livre possível, conformada pelas pré-compreensões do paciente e não por fatores externos, como vícios sociais ou do consentimento. (NAVES, 2003, p. 101)

Um ato completamente controlado é dominado pela vontade de outra pessoa. E pode ser ilustrado, por exemplo, quando um médico ordena o paciente relutante em tomar um medicamento, e o coage a tomá-lo. Neste caso, o paciente está

totalmente controlado e sob a vontade do médico. Uma situação diferente ocorre, quando o médico convence pela primeira vez um paciente relutante a tomar o medicamento, e o paciente acaba por vontade própria tomando o medicamento, portanto, não estando sob a vontade do médico. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 258)

Na relação médico-paciente, o médico precisa tomar certo cuidado para não convencer o paciente a realizar um tratamento, pois o médico é o detentor do conhecimento técnico:

A ausência total de influências controladoras parece não existir na prática, em especial na relação médico-paciente. O médico é detentor de uma forma de saber, a qual está intimamente conectada com manifestações de poder e controle. (STANCIOLI, 2004, p. 42)

Para Beauchamp e Faden existem apenas três formas de influências controladas: coerção, manipulação e persuasão, mas os autores informam que podem existir outras formas. A manipulação é a única forma de influência que é contínua e admite níveis desde a região de controle e não-controle. A coerção e a persuasão não são conceitos contínuos. A coerção é sempre controlada, mas não ocorre em níveis, já a persuasão nunca é controlada e não envolve níveis de não-controle, ver **Figura 2**. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 258-259)

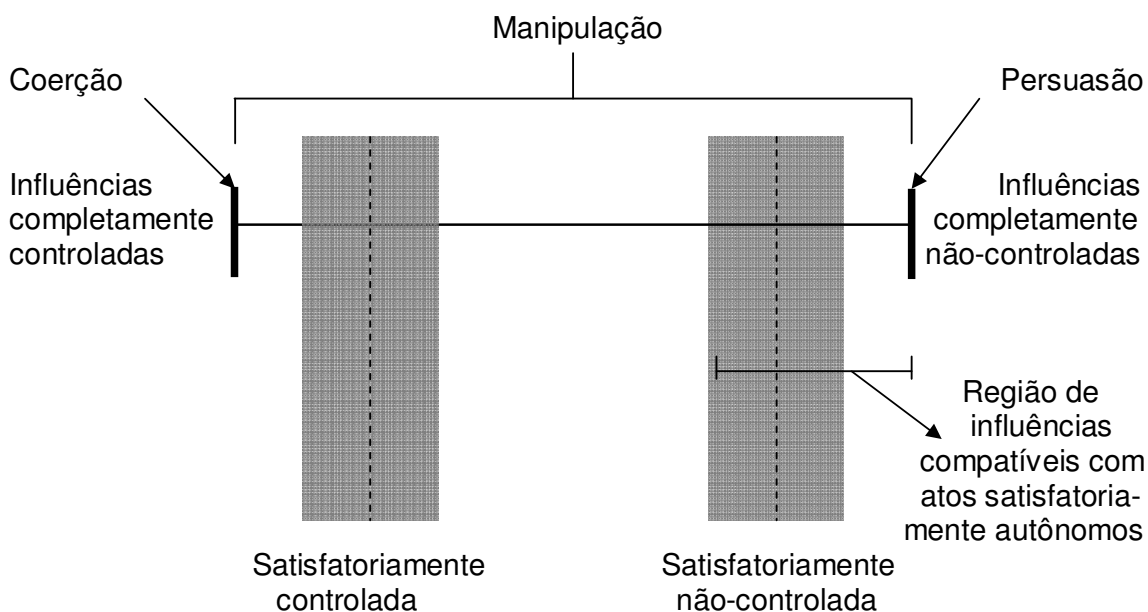


Figura 2 – Influências contínuas desde controladas a não-controladas (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 259)

A persuasão ocorre quando o paciente é submetido a um processo sem que lhe seja dada a oportunidade de que efetue algum tipo de escolha. A persuasão é uma influência intencional que induz a pessoa a aceitar livremente valores defendidos pelo persuasor. (CUMPLIDO, 2005, p. 130)

A coação ocorre quando a pessoa dá seu consentimento, estando ameaçada por outra pessoa de forma explícita ou implícita com conseqüências não desejadas ou inevitáveis, pois a pessoa não pode resistir ou evitar que aconteça o ato. (CUMPLIDO, 2005, p. 130)

A manipulação ocorre quando o médico, em razão dos seus conhecimentos, informa ao paciente de tal modo que o leve a tomar uma determinada decisão. A manipulação é uma influência intencional e efetiva de uma pessoa, que altera as eleições ou percepções da outra pessoa. (CUMPLIDO, 2005, p. 130)

A coação compromete a autonomia, pois o ato é completamente controlado, ver lado esquerdo da Figura 2. Do lado oposto, têm-se influências completamente não-controladas, que proporciona a escolha da pessoa, que pode aceitar ou rejeitar estas influências não-controladas. Quando uma pessoa é persuadida por outrem, aceita a opinião de outrem como se fosse sua própria. As linhas tracejadas e as áreas cinzas da Figura 2 representam a ambigüidade que envolve o limiar do ato satisfatoriamente controlado e satisfatoriamente não-controlado. Não há um critério exato para distinguir quais atos são satisfatoriamente não-controlados dos atos satisfatoriamente controlados. Os autores desta teoria, Beauchamp e Faden, esclarecem que não são rigorosos em defender suas definições contra outras que aparecem na literatura científica filosófica, legal e social. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 259-260)

A coerção ocorre se uma parte influencia intencionalmente e com êxito outra pessoa, podendo ser no campo físico, psicológico, econômico, legal ou outras situações. Na coerção a pessoa é incapaz de evitar ou de resistir à coação. A manipulação é justamente fazer com que uma pessoa faça o que o manipulador pretendeu quer seja uma influência intencional ou com êxito. No consentimento informado, a informação dada pelo médico não deve manipular o paciente em sua decisão, pois, o desejado é que o paciente exerça sua autonomia. A persuasão induz uma pessoa a aceitar livremente como se fosse sua o valor, intenções e atitudes do persuasor. Os atos realizados com base na persuasão são atos não-controlados. É difícil distinguir as várias formas de manipulação da persuasão e não

é possível especificar com precisão onde termina a persuasão e começam alguns tipos de manipulação. O mais importante é ser capaz de distinguir atos que são satisfatoriamente não-controlados de outras formas de influências. Para a perspectiva do consentimento informado, é necessário estabelecer atos que são satisfatoriamente não-controlados. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 261-262)

Após o estudo da autonomia no consentimento informado, faz-se necessário analisar sua aplicação no desenvolvimento da teoria do consentimento informado em diversos países.

5. O DESENVOLVIMENTO DO CONSENTIMENTO INFORMADO EM DIVERSOS PAÍSES

É importante expor o desenvolvimento da doutrina do consentimento informado em vários países como justificativa da importância do tema proposto do presente trabalho.

Preferimos escolher alguns países, que foram relevantes no surgimento da construção da teoria do consentimento informado, apontando, portanto, seus principais aspectos na determinação do consentimento na relação médico-paciente e para tal intuito foram escolhidos os seguintes países: Inglaterra, Estados Unidos da América do Norte, União Européia, Itália, França, Espanha, Portugal, Alemanha, e Argentina.

5.1 O consentimento informado na Inglaterra

O primeiro caso judicial sobre o que mais tarde se denominaria consentimento informado ocorreu na Inglaterra, em 1767 no caso Slater contra Baker & Stapleton, em que os médicos (Dr. Baker e Stapleton) foram responsabilizados por terem voltado a quebrar um osso de uma perna já parcialmente recuperada, quando o paciente (Slater) requisitou apenas que fossem removidas as ligaduras da perna, que tinha sido fraturada. Os médicos pensaram que a fratura não estava bem

consolidada, e a fraturaram de novo, colocando um aparato ortopédico que haviam inventado, portanto os médicos realizaram o procedimento sem o consentimento do paciente. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 116-117)

Os médicos que foram testemunhas neste caso alegaram que o aparato utilizado pelos seus colegas era contrário aos padrões normais. Dois dos médicos que foram testemunhas declararam que não se poderia fraturar novamente o osso sem o consentimento do paciente. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 116)

Neste caso, o Tribunal sentenciou pela informação destinada a favorecer a colaboração do paciente e pela falta do consentimento como contrária ao costume profissional. (RODRIGUES, 2001, p. 33-34)

5.2 A evolução do consentimento informado nos Estados Unidos da América

A teoria do consentimento informado apresenta como mais relevante em sua origem os Estados Unidos da América. O sistema legal americano é o *common law*, diferentemente do nosso sistema jurídico, que se estrutura no Direito Romano-Germânico, e, pertence a família do *civil law*. Diante deste fato, é importante esclarecer, brevemente, alguns pontos da estrutura jurídica norte-americana para melhor compreensão da doutrina do consentimento informado nos Estados Unidos da América.

O *common law* é o sistema jurídico americano, que apresenta as seguintes características:

- 1- É um conjunto de princípios e práticas não escritas;
- 2- É um direito formado pelos juízes;
- 3- Os tribunais inferiores estão obrigados a seguirem as decisões dos tribunais hierarquicamente superiores;
- 4- Os princípios derivados dos antigos costumes só podem ser aplicados no contexto dos procedimentos judiciais,
- 5- É um sistema prático e não teórico;
- 6- Não é um direito codificado;
- 7- As regras do direito do *common law* tratam de dar uma solução a um processo e não são regras gerais para o futuro;

8- Os princípios jurídicos se submetem a uma série de regras emanadas de decisões anteriores. (CUMPLIDO, 2005, p. 47-48)

A doutrina do *common law* se divide em dois grupos: *criminal law* e *civil law*.

A *civil law* se subdivide em *tort law*, *property law* e *contract law*. A doutrina do consentimento informado surgiu dentro da *tort law*. *Tort* em nosso idioma significa “agravo, dano; delito de natureza civil.” (HOUAISS e CARDIM, 1982, p. 811) *Tort* não é uma infração contratual. (GARNER, 2007, p. 1526)

A doutrina do consentimento informado se originou da teoria da responsabilidade civil de *battery*, e atualmente, nos casos de consentimento informado é mais aplicada à teoria de responsabilidade civil por *negligence*. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 26)

A responsabilidade civil americana se divide em *battery* e *negligence*. *Battery* é “um contato físico intencional ou legalmente não autorizado com outra pessoa.”³ (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 27, tradução nossa) O termo *battery* não tem tradução para o português e nenhuma correspondência com o ordenamento jurídico brasileiro.

No caso de um tratamento médico ou odontológico a responsabilidade será por *battery* “quando há a ausência de consentimento do paciente para a intervenção médica. Seu fundamento é o direito à integridade física do ser humano.” (STANCIOLI, 2004, p. 55)

O termo *negligence* se refere a um dano não intencionado como resultado de uma ação ou omissão não intencionada que supõe uma ruptura dos deveres de cuidado. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 27-28)

A responsabilidade por *negligence* no consentimento informado “ocorre quando a informação fornecida pelo médico é incompleta ou falha. Seu fundamento é o direito à autodeterminação do ser humano.” (STANCIOLI, 2004, p. 55-56)

A responsabilidade por *negligence* quando for aplicada ao consentimento informado necessita de cinco elementos fundamentais: (1) o dever de informar do médico ao paciente; (2) o médico quebra este dever; (3) há um dano (medido em termos monetários) para o paciente, que produz um resultado lesivo que não seria produzido se não tivesse feito o procedimento; (4) o dano é a materialização de um risco não informado ou possível e que se relaciona de forma direta com a ruptura do

³ Battery is an intentional and legally unpermitted physical contact with another person.

dever de cuidado por parte do médico; (5) o reclamante não foi informado do risco e como uma pessoa razoável não teria consentido. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 29)

Para melhor compreensão da evolução e desenvolvimento da doutrina do consentimento informado americana serão analisadas as principais decisões judiciais pertinente ao tema do consentimento informado e demonstrada a necessidade do dever de informar para que o paciente possa exercer sua autonomia.

Primeiramente, serão analisados dois casos do século XIX, que têm como objetos principais a negligência médica e tratam do consentimento informado ainda rudimentarmente. E por último, serão analisadas as sentenças do início do século XX, que marcam o nascimento da teoria do consentimento informado.

5.2.1 Caso Carpenter v. Blake (1871)

O médico tratou uma paciente, que teve o cotovelo deslocado, por um método não convencional e a Corte julgou como *negligence* o réu pelo insucesso de informar a paciente dos cuidados e precauções que ela necessitava de tomar para a cura. A Corte também julgou que o consentimento dado pela paciente para o médico se afastar do caso, tinha sido obtido por informação falsa, dizendo que o braço estava corretamente curado. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 118-119)

Neste caso, pode-se observar que o primeiro argumento julgado pela Corte em relação ao médico aponta para os cuidados e informações a serem dadas a paciente, ou seja, o dever de informar do médico. Neste aspecto, trata-se de um caso de informação e não de um caso de consentimento. O consentimento está presente no segundo argumento do médico que o utilizou em sua defesa, mas questionou-se a validade do consentimento para encerrar o tratamento e não o consentimento dado pela paciente para o tratamento. O consentimento obtido foi considerado fraudulento pela Corte. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 118)

5.2.2 Caso Wells v. World's Dispensary Medical Association (1890)

Neste caso, a autora acusou os réus de dizerem falsamente e fraudulentamente, que ela tinha um tumor uterino com o intuito deles lucrarem fazendo uma operação para removê-lo. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 118)

A Corte sustentou que a autora não conseguiu provar que nenhum tumor não existia na época da cirurgia, neste caso não ocorreu uma fraude. O júri decidiu em favor da autora. O advogado da autora não trabalhou bem a questão do erro médico, questionando se a remoção do tumor, se realmente existisse, era uma boa conduta médica sobre tais circunstâncias. A Corte sustentou o veredicto do júri, alegando que os réus foram negligentes em não obter o consentimento para a remoção do tumor. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 119)

5.2.3 Caso Mohr v. Williams (1905)

Neste caso o médico, Dr. Williams, obteve o consentimento da paciente Anna Mohr para realizar uma operação em seu ouvido direito. Durante o curso da operação, o médico determinou que o ouvido esquerdo era o que necessitava de fazer a cirurgia primeiramente. O médico operou o ouvido esquerdo ao invés do ouvido direito. A paciente Ana perdeu a audição do ouvido esquerdo e ingressou com uma ação contra o Dr. Williams por tê-la operada sem seu consentimento. A ação foi pautada na responsabilidade por *battery* com a finalidade de proteger a integridade física e assegurar que a paciente fizesse uma decisão efetiva do seu tratamento. O médico foi condenado por não obter o consentimento da paciente para operar o outro ouvido e também por não informar dos perigos e dos riscos do procedimento, já que o ouvido operado apresentava diferentes condições do outro ouvido. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 120-122)

5.2.4 Caso Pratt v. Davis (1906)

O médico realizou uma histerectomia (remoção do útero) sem obter o consentimento da paciente. O advogado do médico sustentou que o médico ou o cirurgião tem licença implícita para fazer tudo no exercício de sua função quando for necessário, mas o tribunal não aceitou este argumento, limitando o consentimento implícito apenas nos casos de urgência e naqueles casos em que o paciente deixa nas mãos do médico a tomada de decisão. Neste caso foi discutida a necessidade do consentimento e da sua extensão. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 122)

5.2.5 Caso Rolater v. Strain (1913)

A Sra. Rolater consentiu em realizar uma operação no pé para drenar uma infecção e informou ao médico que não queria que fosse removido nenhum osso. Apesar de sua orientação, o médico removeu um osso do seu dedo do pé. O médico foi condenado, mesmo tendo o consentimento para realizar a cirurgia, que foi realizada no correto pé. A corte sustentou que a operação não foi realizada conforme o acordo e o consentido. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 122-123)

5.2.6 Caso Schloendorff v. Society of New York Hospitals (1914)

No caso Schloendorff contra Society of New York Hospital julgado pelo Juiz da Corte de Apelação de Nova York, Benjamin Cardoso, a autora Mary Schloendorff ao ingressar no hospital queixou de dores e desarranjo estomacal, após algumas semanas de tratamento, o médico descobriu um tumor e que necessitava fazer um exame invasivo para determinar a natureza do tumor. Mary consentiu que fosse realizado o exame, mas se opunha a intervenção cirúrgica. No dia do exame, o médico operou e extraiu o tumor, posteriormente, a autora desenvolveu gangrena no braço esquerdo e teve que amputar alguns dedos e suportar fortes dores. Neste

caso o Tribunal decidiu que o dano advinha da existência de uma atuação forte e violenta dos médicos sobre a paciente e não de um caso de negligência médica. (HIGHTON e WIERZBA, 2003, p. 13 e 14)

Neste caso, a paciente ingressou com uma ação contra a administração do hospital e não contra o médico, visando à culpabilidade da instituição quando um cirurgião comete atos de *tort* em suas instalações. (CUMPLIDO, 2005, p. 58)

O primeiro caso em destaque na história do consentimento informado sobre o direito de autodeterminação do próprio corpo foi esta sentença proferida pelo juiz Benjamin Nathan Cardoso, em 14 de abril de 1914, que consagrou pela primeira vez o termo autodeterminação:

Todo ser humano de idade adulta e mentalmente são tem o direito de determinar o que deve fazer com seu próprio corpo; e o cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento de seu paciente comete uma agressão, pela qual ele é responsável pelos danos.⁴ (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 123, tradução nossa)

Esta sentença demonstra a teoria da responsabilidade por *battery*, que protege o direito à integridade física da pessoa. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 28)

O juiz Cardoso no caso *Schloendorff contra Society of New York Hospital* sentenciou os antecedentes da doutrina do consentimento informado:

- a) que o dano em questão não advinha unicamente da negligência, mas sim da violência ou força na invasão do corpo do paciente;
- b) que todo ser humano adulto e mentalmente são tem direito a determinar o que se fará com seu próprio corpo;
- c) que o cirurgião que pratica uma operação sem o consentimento de seu paciente comete uma agressão, um atentado violento, contrário à lei, pelo que se torna responsável, devendo responder pela reparação dos prejuízos;
- d) que tal é a regra, salvo em casos de urgência, nos quais o paciente se encontre inconsciente e seja necessário operar, antes de obter-se o consentimento;
- e) que o caso em tela se embasa em força direta ou violência, não em negligência, traço que o distingue da maioria dos precedentes.⁵ (HIGHTON

⁴ Every human being of adult years and sound of mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages.

⁵ a) que el daño involucrado no se basa únicamente en negligencia sino en violencia o fuerza en la invasión al cuerpo de la paciente;

b) que todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que se hará con su propio cuerpo;

c) que un cirujano que practica una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, un atentado con fuerza contrario a la ley, por el cual responde, debiendo hacerse cargo de la reparación de los perjuicios;

e WIERZBA, 2003, p. 14, tradução nossa)

5.2.7 Caso Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees (1957)

Na segunda metade do século XX, foi introduzida pela primeira vez a expressão *informed consent*, ou seja, consentimento informado em uma decisão nos Estados Unidos da América, no Estado da Califórnia, no ano de 1957, no caso Salgo contra Leland Stanford Jr. University Board of Trustees. O paciente, Martin Salgo, não foi informado dos riscos da paralisia, que acabou por acontecer, após uma aortografia translombar a que se submeteu. (RODRIGUES, 2001, p. 29-30)

O paciente denunciou o médico por negligência e por não ter informado do risco da paralisia: “neste caso se determinou que é dever dos médicos revelarem ao paciente toda a informação que possa ser necessária para que este realize uma decisão inteligente.”⁶ (CUMPLIDO, 2005, p. 60, tradução nossa)

Martin Salgo não foi esclarecido dos riscos da cirurgia a que foi submetido e também não foi informado sobre as alternativas de tratamento possíveis, sendo o direito de autodeterminação ou autonomia não exercido neste caso. (STANCIOLI, 2004, p. 55)

O tribunal americano neste caso afirmou que “o consentimento formal ou documentado era ineficaz quando o paciente não compreendia as implicações do tratamento que havia autorizado”. (CAMERON, 2002, p. 86)

5.2.8 Caso Natanson v. Kline (1960)

Este caso é o pioneiro na teoria de responsabilidade por *negligence* nos casos de consentimento informado e foi julgado pela Suprema Corte do Estado de

d) que ello es así, a excepción de los casos de urgencia en los cuales el paciente se halla inconsciente y es necesario operar antes de que sea posible obtener el consentimiento;
e) que el hecho de que el daño aquí reclamado se funde en una fuerza directa o violencia y no en una negligencia, distingue este caso de la mayoría de los precedentes.

⁶ Es deber de los médicos revelar al paciente toda la información que pueda ser necesaria para que éste realice una decisión inteligente.

Kansas. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 129)

A Sra. Natanson realizou uma mastectomia e após foi submetida a uma terapia à base de radiação de cobalto na área de invasão do tumor. A radioterapia provocou graves queimaduras no peito, na pele e na cartilagem. A Sra. Natanson ingressou em juízo contra o Dr. Kline, radiologista, alegando negligência do médico por não informá-la dos riscos e complicações que poderiam advir do novo método de radioterapia de cobalto utilizado. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 130)

A Corte estabeleceu os deveres e as obrigações de informar dos médicos sobre a natureza, conseqüências, riscos e alternativas de tratamento, declarando que:

para revelar e explicar ao paciente em linguagem tão simples como a natureza da doença, a natureza do tratamento proposto, a probabilidade de sucesso ou das alternativas, e talvez dos riscos de resultados não esperados e condições imprevisíveis com o corpo.⁷ (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 130, tradução nossa)

E a Corte explicou em sua decisão que o médico ao informar a paciente sobre sua doença e tratamento, também seria necessário avaliar quais as informações que um médico razoável informaria se estivesse na mesma situação:

O depoimento de um perito de uma testemunha médica é necessário para estabelecer quais informações estão em acordo com aquelas que um médico razoável faria sobre as mesmas ou similares circunstâncias.⁸ (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 130, tradução nossa)

A partir deste caso, o tribunal americano deu uma nova interpretação ao consentimento informado, surgindo o *padrão do meio profissional*:

A obrigação médica de fornecer informações limita-se às informações que um profissional médico razoável faria em circunstâncias idênticas ou semelhantes... (Ela) envolve basicamente a questão do julgamento médico. Desde que as informações prestadas sejam suficientes para permitir o entendimento e o consentimento consciente, a escolha feita pelo médico entre opções plausíveis não deve ser posta em questão, se entendido for que, consideradas as circunstâncias, o médico agiu com exclusivo interesse terapêutico e que sua maneira de proceder guardou semelhança com a de

⁷ To disclose and explain to the patient in language as simple as necessary the nature of the ailment, the nature of the proposed treatment, the probability of success or of alternatives, and perhaps the risks of unfortunate results and unforeseen conditions within the body.

⁸ The expert testimony of a medical witness is required to establish whether such disclosures are in accordance with those which a reasonable medical practitioner would make under the same or similar circumstances.

outro competente profissional médico em situação semelhante.
(CAMERON, 2002, p. 87)

O *padrão do meio profissional*, ou seja, a prática costumeira ou tradicional toma como base às práticas usuais do grêmio profissional e à prova deve ser fundamentada em pareceres técnicos por demandar um conhecimento técnico.

O mero consentimento do paciente não protege o médico da negligência mesmo se a atuação médica é correta ou perfeita, mas se o dano resultar de um risco conhecido que não foi informado ao paciente, o médico poderá ser responsabilizado civilmente. Esta noção é nova para os casos de erro médico, mesmo que a teoria de responsabilidade por *battery* tenha sempre mantido que um tratamento realizado perfeitamente, mas sem autorização, poderia levar a uma responsabilidade civil. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 131)

A responsabilidade por *battery* e *negligence* apareceram depois do caso Natanson idênticas na maneira de revelar os requisitos das informações que deveriam ser transmitidas para obter o consentimento informado tais como: a natureza do procedimento, conseqüências, riscos e alternativas de tratamento. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 131)

A diferença entre os casos de responsabilidade civil por *battery* e *negligence* reside que o mero consentimento foi considerado insuficiente no caso Natanson, porque a paciente não foi informada dos riscos, que qualquer médico razoável informaria a seu paciente, portanto, o médico foi responsabilizado por *negligence* pela informação insuficiente. Ao contrário, os casos de responsabilidade por *battery*, o dano decorre de um contato físico sem o consentimento informado. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 131)

5.2.9 Caso Canterbury v. Spencer (1972)

O paciente foi submetido a uma laminectomia (resseção de lâmina vertebral) com a finalidade de aliviar fortes dores nas costas, posteriormente a intervenção, o paciente caiu da cama do hospital e mais tarde sofreu uma paralisia generalizada. O paciente não foi informado com anterioridade que a laminectomia apresentava um risco de 1% de paralisia. Uma segunda operação foi realizada com o intuito de aliviar

a paralisia, mas não obteve êxito. Na apelação a corte sustentou que a o risco de uma possível paralisia deveria ter sido informado antes do primeiro procedimento. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 133)

O juiz Spottswood Robinson sustentou sua decisão na autodeterminação do paciente, citando como jurisprudência americana, a sentença do juiz Benjamin Cardoso no caso Schloendorff contra Society of New York Hospital e sustentou sua sentença, também, na necessidade de informação suficiente:

O verdadeiro consentimento para o que poderá ocorrer com a própria pessoa é o exercício informado de uma escolha, a qual vincula a oportunidade de avaliar sabiamente as opções disponíveis e os riscos resultantes de cada uma. O paciente médio tem um pouco ou nenhum entendimento da técnica médica, e geralmente tem apenas seu médico a qual ele pode procurar para esclarecimento para alcançar uma decisão inteligente.⁹ (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 133, tradução nossa)

O paciente deve ser informado sobre o tratamento a ser realizado, alternativas terapêuticas e possíveis riscos dos tratamentos propostos para decidir com autonomia. O médico apresenta como dever dar uma boa informação ao paciente do seu problema de saúde para que a relação médico-paciente seja estabelecida com qualidade.

A corte declarou que “o dever de cuidado normalmente demanda que o médico avise o paciente de quaisquer riscos para seu bem-estar que contemple a terapia envolvida.”¹⁰ (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 134, tradução nossa)

A corte no caso Canterbury justificou o direito de decisão do paciente na autodeterminação e no dever do médico em informar ao paciente do tratamento, alternativas e riscos. Historicamente, a corte rejeitou em sua decisão o *padrão do meio profissional*, alegando que os riscos e benefícios para o paciente não é medido por um padrão profissional, porque não é intrinsecamente um julgamento profissional. A corte interpretou este caso, segundo o direito de autodeterminação do paciente. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 135-136)

Este caso estabeleceu o *padrão de relevância* ou do *indivíduo razoável*, que se baseia na autonomia do paciente em decidir sobre seu tratamento. A corte

⁹ True consent to what happens to one's self is the informed exercise of a choice, and that entails an opportunity to evaluate knowledgeably the options available and the risks attendant upon each. The average patient has little or no understanding of the medical arts, and ordinarily has only his physician to whom he can look for enlightenment with which to reach an intelligent decision.

¹⁰ Due care normally demands that the physician warn the patient of any risks to his well-being which contemplated therapy may involve.

declarou que:

Não existe base para aplicação de um padrão médico no qual o exercício da atividade profissional não implique o uso de suas habilidades e conhecimentos. E quando a conduta médica não é pautada no padrão específico, segue-se que as normas médicas não podem fornecer prova de sua propriedade. (...) A decisão de revelar a condição do paciente e as chances de cura (...) com freqüência depende de um julgamento não-médico e, assim, é uma decisão fora dos objetivos de um padrão específico. Quando esse é o caso, as normas profissionais dificilmente fornecerão critérios legais para aferição da responsabilidade do médico de informar razoavelmente seu paciente quanto às opções e riscos do tratamento. (...) E seguramente, nos casos de falta de informação, as investigações nem sempre funcionam em áreas de tal complexidade técnica que precisem estar ligadas às normas médicas como uma inexorável aplicação do padrão de cuidados razoáveis do meio profissional. (...) Afirmamos que o padrão para aferição do desempenho (obrigação do médico de fornecer informações) é a conduta razoável dentro dessas circunstâncias. (CAMERON, 2002, p. 88)

O *padrão de relevância* leva em conta as perspectivas do paciente e destaca-se pelo aspecto qualitativo da relação profissional-paciente, que deve basear-se no diálogo, na compreensão do paciente e em sua autonomia para decidir sobre o tratamento. Este padrão não exige pareceres técnicos para comprovar a falta do consentimento informado.

Canterbury é um caso de responsabilidade civil por *negligence*, tendo em vista que o paciente deve provar que se tivesse sido informado do risco do tratamento, sua decisão seria contrária ao tratamento e que também o dano decorreu da materialização do risco. Para evitar uma interpretação subjetiva do que o paciente faria se tivesse sido informado, a corte utilizou um critério objetivo, ou seja, o que uma pessoa prudente e bem informada decidiria se estivesse na posição do paciente. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 136-137)

A partir do caso Canterbury, os Estados Unidos passaram a adotar os dois padrões de obrigações referentes ao consentimento informado: o *padrão de relevância* ou do *indivíduo razoável* e o *padrão do meio profissional*, sendo que alguns tribunais adotam o padrão híbrido em relação à prestação de informações ao paciente.

A partir dos casos acima citados, formou-se a necessidade de obter a autorização do paciente previamente a qualquer intervenção médica, seja para diagnóstico, prognóstico ou terapia. E a partir de 1975, os Estados Unidos vem adotando a legislação do consentimento informado fundamentada na proteção da

liberdade e da autonomia ou autodeterminação do paciente. (RODRIGUES, 2001, p. 31 e 33)

5.2.10 Caso Truman v. Thomas (1980)

Os filhos de uma mulher demandaram o médico de sua mãe, quando esta faleceu de um câncer cervical por não ter sido informada corretamente do risco que corria ao negar-se a realizar uma citologia vaginal periódica com o *método de screening*. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 138)

Este caso foi decidido pela Corte da Califórnia e a novidade para a teoria do consentimento foi em relação à falta de informar do médico a paciente dos riscos do não-tratamento, e também por não apresentar alternativas de tratamento, mesmo quando a paciente se recuse ao tratamento e não tenha ocorrido violação à integridade física da paciente, portanto, este não foi um caso de responsabilidade por *battery*. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 138)

O caso Truman reforçou a autodeterminação do paciente em relação ao consentimento informado, protegendo o direito de decidir que não está atrelado a limitação legal da teoria de responsabilidade civil, mas também apontou para a necessidade de uma teoria do consentimento informado, que seja independente das restrições das distinções das teoria de *battery* e *negligence*. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 139)

5.2.11 Comissões americanas de pesquisa humana que adotam o consentimento informado

Na área de pesquisa biomédica surgiu a necessidade de proteger a pessoa humana de danos, da exploração e da injustiça, tendo como pano de fundo a moral e a autonomia, assim, surgiram as comissões e regulamentos governamentais americanos para justificar a necessidade do consentimento informado. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 200-201)

Um caso muito conhecido sobre as experiências médicas e a falta do dever de informar, é o caso Tuskegee, que ocorreu nos Estados Unidos da América em que:

399 homens negros com sífilis em Macon County, Alabama, ficaram sem tratamento, para que os efeitos e conseqüências da patologia pudessem ser estudados. Nenhum desses indivíduos foi avisado que era portador de sífilis. E, mesmo depois do surgimento do tratamento à base de penicilina, nenhum foi medicado, continuando-se o experimento. (ANGEL, 1997, p. 847)

Em 1973, a Associação Americana de Hospitais aprovou sua *Carta de Direitos do Paciente*, observando o direito geral à informação e ao consentimento. (CUMPLIDO, 2005, p. 62-63)

Em 1974, o Congresso Norte-americano criou a *Comimission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* para que as pesquisas com seres humanos fossem realizadas com os princípios éticos. Em 1978, esta comissão também elaborou o *Informe Belmont* com o intuito de determinar os princípios fundamentais que deveriam orientar as investigações em seres humanos, que são o respeito pelas pessoas (autonomia), a beneficência e a justiça. E destes princípios se baseiam as responsabilidades éticas: consentimento informado, valoração de riscos e benefícios, procedimentos justos e seleção de sujeitos. (CUMPLIDO, 2005, p. 62-63)

Em 1982, foi criada a *President Commission for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research*, que apresentou o consentimento informado como um caráter jurídico e político. O consentimento informado passa a ser o núcleo ético da relação médico-paciente. (CUMPLIDO, 2005, p. 63) Esta comissão traz modelos de avaliação dos graus da capacidade de entendimento e de decisão dos pacientes, segundo uma perspectiva médica. (RODRIGUES, 2001, p. 200-201)

5.3 Consentimento informado na União Européia

5.3.1 Conselho da Europa

O Conselho da Europa é uma organização inter-governamental para os Estados europeus. O Comitê de Ministros do Conselho da Europa e a Assembléia Parlamentar nos anos 90 elaboraram na área de saúde, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, que trata sobre os direitos dos pacientes, genoma humano e investigação científica. Em 04 de abril de 1997 em Oviedo 10 Estados membros da União Européia assinaram a Convenção: Dinamarca, Finlândia, França, Grécia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Espanha e Suécia. (PEREIRA, 2004, p. 80-83)

A Convenção apresenta em seu art. 1º a proteção da pessoa na sua dignidade e identidade face às aplicações da biologia e da medicina. O art. 5º trata do consentimento informado como proteção da integridade física e moral da pessoa. (PEREIRA, 2004, p. 85-87)

5.3.2 Proteção do direito ao consentimento informado no direito do Conselho da Europa

O Conselho da Europa defende o direito ao consentimento informado como pressuposto de todo ato médico e que “uma intervenção biomédica praticada sem o consentimento do indivíduo constitui uma ingerência na sua vida privada.” (PEREIRA, 2004, p. 89)

5.3.3 A União Européia

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia apresenta o consentimento informado como direito à integridade do ser humano no campo da medicina e da biologia e, assim dispõe o artigo 3º da Carta:

Direito à integridade do ser humano:

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.
2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:
 - o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei,
 - a proibição das práticas eugênicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas,
 - a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro,
 - a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.¹¹

5.4 O consentimento informado na Itália

As fontes do consentimento informado estão presentes nas normas da Constituição italiana que tutelam os princípios fundamentais de proteção da vida, da integridade física, da saúde e da dignidade da pessoa humana. A proteção a integridade físico-psíquica nas intervenções médicas está presente tanto no Código Civil italiano como em legislações esparsas. (RODRIGUES, 2001, p. 37-38)

O consentimento informado apresenta sua origem na jurisprudência italiana em uma sentença proferida em 21 de março de 1939 pela Corte d'Apello de Milão, apesar do dever de informar do médico sobre os perigos de uma intervenção tenha sido delineado vagamente:

caso em que o paciente, com graves distúrbios no crânio, foi internado e submetido a exames para diagnóstico, acabando por merecer uma intervenção cirúrgica para extração de líquido raquidiano e uma radiografia para apurar a existência de um tumor cerebral. Após a intervenção, as condições de saúde do doente deterioraram-se rápida e irremediavelmente, vindo este a falecer. A viúva demandou o médico, acusando-o de ter errado nos procedimentos e de ter atuado sem prévio pedido de autorização. O

¹¹ Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 07.01.2009

tribunal não deu razão à A., por, neste caso concreto, não se ter demonstrado a violação de um específico dever de comportamento por parte do médico. (RODRIGUES, 2001, p. 40)

O Código italiano de Deontologia dos Médicos e dos Odontologistas de 1995 trata nos artigos 29 a 34 sobre o consentimento informado. O artigo 29 informa o dever do médico transmitir ao paciente a informação sobre seu diagnóstico, prognóstico e perspectiva de tratamento, conforme o nível de cultura, emotividade e capacidade de discernimento do paciente. O artigo 30 dispõe que o fornecimento de informação está sob a condição do paciente em consentir. Já o artigo 31 enuncia a necessidade do consentimento informado do paciente antes do início de qualquer atividade de diagnóstico ou terapêutica e que deverá ser prestado por escrito quando envolver grave risco e seqüelas para o paciente. Também trata o artigo sobre o respeito pelo dissentimento do paciente. O artigo 33 enuncia sobre o consentimento dos representantes legais dos incapazes, cabendo ao médico o dever de informar à autoridade judiciária sobre a oposição dos representantes em caso de tratamento necessário e inadiável. O artigo 34 trata das situações, que os pacientes não podem manifestar-se, como por exemplo, nos casos de necessidade, urgência e perigo de vida. Nestes casos, o médico poderá atuar sem o consentimento do paciente. (RODRIGUES, 2001, p. 39)

5.5 O consentimento informado na França

No fim do século XIX, o tribunal civil de Liège, em 27 de novembro de 1889, proferiu uma sentença que declara o dever do médico em obter o consentimento informado do paciente antes da realização da intervenção. (RODRIGUES, 2001, p. 43)

A jurisprudência francesa não distingue na doutrina do consentimento informado os direitos especiais de personalidade como a proteção da integridade físico-psíquica e a liberdade de vontade do paciente. Esta só foi reconhecida a partir da relação contratual entre médico e paciente, e apresenta-se, atualmente, positivada no Código Civil francês no artigo 16-3, al. 2, no Código de Saúde Pública e no Código de Deontologia Médica francês nos artigos 35 sobre a informação e

artigo 36 sobre o consentimento. (RODRIGUES, 2001, p. 43-44)

O Decreto 74/27, de 14 de janeiro de 1974 reconhece a *Carta dos Direitos e Deveres dos Pacientes* (ver Anexo C).

5.6 O consentimento informado na Espanha

Em 1959 foi proferida uma sentença pelo Supremo Tribunal Espanhol sobre o dever do médico em obter o consentimento informado do paciente maior de idade por ser o dono da sua integridade corporal. Neste caso o paciente foi submetido a uma cirurgia de hérnia inguinal sem qualquer análise prévia. Como esclarece o autor português sobre este caso:

Aberta a cavidade abdominal, o médico detectou um tumor que identificou como um sarcoma do pênis, pelo que decepou, pela raiz, o membro viril do enfermo, sem que, para tanto, tivesse feito uma biopsia pré ou pós-operatória. Tão pouco conservou o órgão para ulterior análise. Neste caso concreto, teria sido possível obter o consentimento do paciente, ou, pelo menos, dos seus familiares. (RODRIGUES, 2001, p. 45)

Neste caso o médico não obteve o consentimento informado do paciente, e poderia tê-lo feito, pois o paciente estava anestesiado localmente e consciente. Seus familiares, irmão e esposa encontravam-se na clínica médica e poderiam prestar o consentimento informado. O médico foi condenado pelo crime de imprudência temerária (arts. 565, § 1º e 420, nº 1, do Código Penal espanhol) e a uma pena de prisão de 6 meses e 1 dia. (RODRIGUES, 2001, p. 45-46)

O consentimento informado na Espanha decorre dos direitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa e o direito à integridade física. A Constituição Espanhola de 1978 consagra em seu artigo 10.1 a dignidade da pessoa e em seu artigo 15 a integridade física e moral.

A Lei Geral de Saúde (Lei nº 14/1986, de 25 de Abril) tem por objeto a proteção da saúde reconhecida no artigo 43 da Constituição Espanhola de 1978. O artigo 10 da Lei Geral de Saúde estabelece a necessidade do consentimento informado por escrito tanto nas instituições administrativas públicas de saúde como nos serviços de saúde privados, e assim dispõe:

Art. 10 Todos têm os seguintes direitos relativamente às várias instituições administrativas públicas de saúde:

1. Ao respeito pela sua personalidade, dignidade humana e intimidade, sem que possa ser discriminado por razões de raça, tipo social (ou por motivos relacionados com) sexo, moral, economia, ideologia, política ou sindicalidade;
2. A informação sobre os serviços de saúde a que podem recorrer e sobre os requisitos necessários para a respectiva utilização;
- (...) 4. A ser advertido sobre os procedimentos de prognóstico, de diagnóstico e terapêuticos a serem-lhe aplicados o são em função de um projeto docente ou de investigação, que, em nenhuma circunstância, poderá comportar perigo adicional para a sua saúde. Em todo o caso será imprescindível a prévia autorização, e por escrito, do paciente, a aceitação por parte do médico e da direção do correspondente centro de saúde;
- (...) 15. Respeitando o peculiar regime económico de cada serviço de saúde, os direitos contemplados nos números 1,3,4,5,6,7,9 e 11 deste artigo serão susceptíveis de serem exercidos também perante os serviços de saúde privados.¹² (Lei 14/1986, de 25 de abril, tradução nossa)

O direito espanhol recepcionou a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, outorgada em Oviedo em 4 de abril de 1997, que entrou em vigor no Reino da Espanha em 1º de janeiro de 2000. (ROME CASABONA, 2004, p. 136-137)

Esta convenção é conhecida pelas iniciais CDHB (Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina) e apresenta como signatários os Estados membros do Conselho da Europa, outros Estados e a Comunidade Europeia. A CDHB é um importante instrumento jurídico sobre os direitos individuais e dedica um capítulo específico ao consentimento informado.

O Código de Ética e Deontologia Médica (1990) apresenta nos artigos 10,11 e 12 normas sobre o dever do médico em obter o consentimento informado. (RODRIGUES, 2001, p. 47-48)

A Lei 41/2002 de 14 de novembro regula a autonomia do paciente, direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica.

¹² **Artículo Diez.** Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.
2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.
- (...) 4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.
- (...) 15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

O artigo 2º da Lei 41/2002 informa os princípios básicos que são a dignidade da pessoa humana, o respeito pela autonomia e intimidade, o direito do paciente em decidir livremente depois de receber a informação adequada, o consentimento do paciente ou a sua negativa ao tratamento proposto, que deverá ser feito por escrito.

Os artigos de 8º a 10º da Lei 41/2002 tratam, especificamente, do consentimento informado que está inserido no capítulo IV (O respeito da autonomia do paciente).

O art. 8º da Lei 41/2002 esclarece que o consentimento informado será necessário em toda atuação de saúde e deve ser livre e voluntário. O consentimento será verbal como regra geral e será por escrito nos procedimentos que apresentem riscos à saúde do paciente. O consentimento prestado pelo paciente poderá ser revogado por escrito a qualquer tempo.

Já o art. 9º da Lei 41/2002 trata dos limites do consentimento informado e da representação. A renúncia do paciente em não querer ser informado será respeitada e deverá ser registrada no documento. O consentimento será outorgado por representação quando o paciente não for capaz de tomar decisões a critério do médico ou seu estado físico ou psíquico não permitir, quando o paciente estiver incapacitado legalmente e quando o paciente menor de idade não for capaz intelectual e nem emocionalmente de compreender a intervenção. Neste caso o consentimento informado será obtido do representante legal depois de ouvir a opinião do menor se tiver 12 anos completos. No caso de menores com 16 anos completos e emancipados, a atuação que envolva grave risco poderá ser facultada aos pais serem informados e suas opiniões serão levadas em conta na tomada da decisão.

O art. 10º da Lei 41/2002 trata das informações básicas que devem ser feitas antes do paciente dar o consentimento por escrito. As informações devem tratar das conseqüências relevantes da intervenção, os riscos relacionados com as circunstâncias pessoais ou profissionais do paciente, os riscos prováveis em condições normais, conforme a experiência e o estado da ciência e as contra-indicações. O médico deverá ponderar em cada caso que quanto mais duvidoso seja o resultado da intervenção mais será necessário o prévio consentimento por escrito do paciente.

5.7 O consentimento informado em Portugal

O consentimento informado no ordenamento jurídico português deriva dos direitos especiais de personalidade como o direito à integridade físico-psíquica, conforme tutela o artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa, que dispõe sobre o dever de respeitar a livre vontade do paciente (autodeterminação) em matéria de sua saúde. (RODRIGUES, 2001, p. 49-51)

O artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e dispõe que: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

O artigo 24.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa afirma a inviolabilidade da vida humana e o artigo 25.º, n.º 1 também tutela a inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas. Já o artigo 26.º tutela outros direitos especiais de personalidade, como por exemplo, o desenvolvimento da personalidade; a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano em face do desenvolvimento das tecnologias e na experimentação científica.

O direito português recepcionou a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, outorgada em Oviedo em 4 de abril de 1997, que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 1º de dezembro de 2001. Esta convenção é conhecida pelas iniciais CDHB (Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina) que apresenta como signatários os Estados membros do Conselho da Europa, outros Estados e a Comunidade Européia. A CDHB é um importante instrumento jurídico sobre os direitos individuais. A CDHB dedica o capítulo II, especificamente, ao consentimento informado (artigo 5º ao 9º).

O artigo 5º da CDHB trata da necessidade do consentimento informado em qualquer intervenção na área da saúde e dispõe que a qualquer tempo o paciente poderá revogar o seu consentimento:

Artigo 5º. Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas conseqüências e

riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

A CDHB estabelece nos artigos 6º e 7º as regras para a incapacidade:

Artigo 6.º Proteção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento.

1 - Sem prejuízo dos artigos 17.º e 20.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efetuada em seu benefício direto.

2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A opinião do menor é tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.

4 - O representante, a autoridade, a pessoa ou a instância mencionados nos n.os 2 e 3 recebem, nas mesmas condições, a informação citada no artigo 5.º

5 - A autorização referida nos n.os 2 e 3 pode, em qualquer momento, ser retirada no interesse da pessoa em questão.

Artigo 7.º Proteção das pessoas que sofram de perturbação mental.

Sem prejuízo das condições de proteção previstas na lei, incluindo os procedimentos de vigilância e de controle, bem como as vias de recurso, toda a pessoa que sofra de perturbação mental grave não poderá ser submetida, sem o seu consentimento, a uma intervenção que tenha por objetivo o tratamento dessa mesma perturbação, salvo se a ausência de tal tratamento puser seriamente em risco a sua saúde.

Já o artigo 8º da CDHB trata das situações de urgência em que o consentimento não pode ser obtido, prevalecendo o privilégio terapêutico:

Artigo 8.º Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa.

O artigo 9º da CDHB dispõe sobre a vontade anteriormente manifestada na intervenção médica:

Artigo 9.º A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em

conta.

5.7.1 Código Penal Português

O Código Penal português tutela determinados bens jurídicos que podem ser lesados pela atuação médica, pois a ação médica pode interferir na esfera físico-psíquica do paciente.

O artigo 150º do Código Penal português estabelece que as intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos, que forem realizados com finalidade terapêutica e respeitem a *leges artis* não serão considerados como ofensa à integridade física. A *leges artis* pode ser entendida como a atuação conforme as regras tidas por adequadas pela ciência médica. Assim, estabelece, expressamente, o artigo 150º, nº 1 do Código Penal português:

As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

A intervenção médica não será considerada como crime de ofensa à integridade física, quando apresentar os quatro elementos apresentados no artigo 150º, nº 1 do Código Penal português que são: “indicação médica; respeito pela *leges artis*; qualificação técnico-profissional do interventor; e visar uma teologia médico-medicamentosa.” (RODRIGUES, 2001, p. 59)

O artigo 150º, nº 2 do Código Penal português estabelece que, se a atuação médica mesmo com intenção terapêutica vier a desrespeitar a *leges artis*, criando perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, serão punidos os agentes com pena de prisão ou pena de multa. Com efeito, o artigo 150º, nº 2 do Código Penal português estabelece que:

As pessoas indicadas no nº anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal. (Redação da Lei nº 65/98, de 2 de

Setembro)

Quando ocorrer a violação da *leges artis* acompanhada da ausência de intuito terapêutico, a intervenção médica for praticada com dolo poderá ser tipificada como:

- 1- crime de ofensa à integridade física simples (art. 143º do Código Penal português);
- 2- crime de ofensa à integridade física grave (art. 144º do Código Penal português);
- 3- agravação pelo resultado se produzir morte (art. 147º do Código Penal português);
- 4- crime de ofensa à integridade qualificada, quando forem produzidas em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente (art. 145º do Código Penal português)
- 5- crime de ofensa à integridade privilegiada (art. 146º do Código Penal português).

Caso o tratamento médico for praticado com negligência, poderá ser tipificado no art. 148º do Código Penal português por ofensa à integridade física por negligência, conforme dispõe o artigo:

- 1 - Quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.
- 2 - No caso previsto no número anterior, o tribunal pode dispensar de pena quando:
 - a) O agente for médico no exercício da sua profissão e do ato médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias; ou
 - b) Da ofensa não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 3 dias.
- 3 - Se do fato resultar ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.
- 4 - O procedimento criminal depende de queixa.

O consentimento informado poderá justificar a lesão à integridade física em todos os tipos criminais descritos acima, conforme dispõe o artigo 149º, nº 1 do Código Penal português: “Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível.”

E o nº 2 do artigo 149º do Código Penal português relaciona a ofensa ao corpo com os bons costumes, assim dispondo:

Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.

O consentimento descrito no artigo 149º do Código Penal português para ser válido deve ser livre e esclarecido, conforme dispõe o artigo 38º, nº 2 da Parte Geral do Código Penal português:

2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do fato.

Caso a atuação médica for realizada conforme a *leges artis* e com sucesso poderá ser censurável quando não apresentar o consentimento informado e esclarecido, pois o consentimento não é elemento integrante da *leges artis*. O consentimento informado pertence ao campo da autodeterminação. Neste caso o tratamento médico não é qualificado jurídico-penalmente como ofensa à integridade física, conforme dispõe o artigo 150º, nº 1 do Código Penal português. (RODRIGUES, 2001, p. 70-71)

Já o artigo 156º, nº 1 do Código Penal português estabelece sobre as intervenções e tratamentos médicos-cirúrgicos arbitrários quando ausente o consentimento do paciente, sendo neste caso punível penalmente com prisão ou pena de multa:

As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

O autor português esclarece sobre a autodeterminação do paciente no consentimento informado que “viabiliza a atividade médica dirigida à respectiva esfera de integridade físico-psíquica – constitui um bem jurídico autonomamente protegido pela lei penal.” (RODRIGUES, 2001, p. 71)

Caso o médico, por negligência grosseira, ou seja, convencendo falsamente do consentimento informado, sua atuação será punível com pena de prisão ou pena de multa, conforme artigo 156º, nº 3 do Código Penal português:

Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

Nos casos de tratamentos ou intervenções médico-cirúrgicos arbitrários, o procedimento criminal depende de queixa, conforme artigo 156º, nº 4 do Código

Penal português.

O consentimento informado é causa de justificativa de ilicitude quando não violar o respeito pelos bons costumes, conforme dispõe o artigo 38º da Parte Geral do Código Penal português:

1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do fato quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o fato não ofender os bons costumes.

2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do fato.

3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

4 - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.

O artigo 38º do Código Penal português enumera alguns requisitos necessários para o consentimento informado ser válido como a manifestação de vontade séria, livre e esclarecida, e esta pode ser revogável a qualquer tempo.

O autor português, João Vaz Rodrigues, explica que o consentimento informado deverá “respeitar igualmente a autonomia do consentinte, sentido em que a vontade deste tem de ser formada com integral consciência do sentido e alcance da intervenção pretendida.” (RODRIGUES, 2001, p. 73)

O Código Penal português atribui importância igual ao consentimento presumido, conforme estabelece o artigo 39º que dispõe:

1 - Ao consentimento efetivo é equiparado o consentimento presumido.

2 - Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no fato, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.

O artigo 157º do Código Penal português estabelece sobre o dever do esclarecimento no consentimento informado, sendo necessário esclarecer ao paciente sobre o diagnóstico, das conseqüências e riscos possíveis do tratamento, assim dispõe o artigo:

Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis conseqüências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou

seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

5.7.2 Direito administrativo português

No campo do direito administrativo português, o Estado tem o dever de assegurar o direito à proteção da saúde a todos os cidadãos, segundo, o artigo 64º, nº 3 da Constituição da República portuguesa que dispõe:

Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

- a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
- b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
- c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
- d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
- e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
- f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da tóxicodependência.

O sistema de saúde português é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde, pelas entidades públicas, entidades privadas e pelos profissionais liberais, conforme a Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90, de 24 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei nº 27/2002, de 8 de novembro) Base XII, nº 1.

A Lei de Bases de Saúde estabelece nos direitos dos utentes sobre o consentimento informado, dispondo que o utente tem a liberdade de decidir ou recusar o tratamento, ser informado dos tratamentos possíveis para seu caso e do prognóstico do seu estado, conforme a Base XIV:

- a) Escolher, no âmbito do sistema de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores;
- b) Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei;
- c) Ser tratados pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correção técnica, privacidade e respeito;

- d) Ter rigorosamente respeitada a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados;
- e) Ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado;

A Base XIV, nº 2, alínea c) da Lei de Bases de Saúde estabelece os deveres dos utentes que devem “colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria situação”. E os profissionais de saúde devem respeitar os direitos das pessoas e dos doentes, conforme Base XVI, nº 3 da Lei de Bases de Saúde.

A Direção Geral de Saúde elaborou uma circular informativa (nº 15 de 23 de março de 1998) sobre a utilização do consentimento informado e esclarecido; e também elaborou a *Carta dos direitos e deveres dos doentes* para ser divulgada nos centros de saúde e hospitais. (RODRIGUES, 2001, p. 77-78)

A *Carta dos direitos e deveres dos doentes* enumera como direitos dos doentes:

1. Respeito pela dignidade humana: O doente tem direito a ser tratado no respeito pela dignidade humana.
2. Respeito pelas convicções culturais, filosóficas e religiosas: O doente tem direito ao respeito pelas suas convicções culturais, filosóficas e religiosas.
3. Cuidados apropriados ao estado de saúde: O doente tem direito a receber os cuidados apropriados ao seu estado de saúde, no âmbito dos cuidados preventivos, de reabilitação e terminais.
4. Prestação de cuidados continuados: O doente tem direito à prestação de cuidados continuados.
5. Informação sobre os serviços de saúde existentes: O doente tem direito a ser informado acerca dos serviços de saúde existentes, suas competências e níveis de cuidados.
6. Informação ao doente: O doente tem direito a ser informado sobre a sua situação de saúde.
7. Segunda opinião: O doente tem direito de obter uma segunda opinião sobre a sua situação de saúde.
8. Consentimento livre e esclarecido: O doente tem direito a dar ou recusar o seu consentimento, antes de qualquer ato médico ou participação em investigação ou ensino clínico.

9. Confidencialidade: O doente tem direito à confidencialidade de toda a informação clínica e elementos identificativos que lhes respeitam.

10. Acesso à informação clínica: O doente tem direito de acesso aos dados registrados no seu processo clínico.

11. Respeito pela privacidade: O doente tem direito à privacidade na prestação de todo e qualquer ato médico.

12. Sugestões e reclamações: O doente tem direito por si ou por organizações representativas, a apresentar sugestões e reclamações.

A *Carta dos direitos e deveres dos doentes* enumera como deveres dos doentes:

1. O doente tem o dever de zelar pelo seu estado de saúde, por forma a garantir o seu bem-estar e o seu restabelecimento.

2. O doente tem o dever de fornecer aos profissionais de saúde todas as informações relevantes para a obtenção de um correto diagnóstico e adequada terapêutica.

3. O doente tem o dever de respeitar os direitos dos outros doentes.

4. O doente tem o dever de colaborar com os profissionais de saúde, respeitando as prescrições que lhe são indicadas e por si livremente aceites.

5. O doente tem o dever de respeitar as regras de funcionamento das instituições prestadoras de cuidados de saúde a que recorre.

6. O doente tem o dever de proceder ao pagamento dos encargos que derivem da prestação dos cuidados de saúde, quando for caso disso.

É importante destacar na *Carta dos direitos e deveres dos doentes* o dever de informar ao doente sobre a sua situação de saúde, sendo que a informação prestada deve ser clara, levar em conta o grau de instrução e as condições psíquicas e clínicas do doente. A informação deve conter o diagnóstico, prognóstico, tratamentos, riscos e alternativas de tratamento. O doente também tem o direito a não querer ser informado do seu estado de saúde e poderá indicar uma terceira pessoa a quem a mesma deverá ser prestada.

Outro ponto importante da *Carta* a destacar-se é sobre o consentimento livre e esclarecido que é imprescindível antes da realização do ato médico, em que o doente irá decidir se aceita ou recusa o tratamento, podendo de acordo com sua vontade alterar sua decisão posteriormente. O direito à autodeterminação é assegurado ao doente com o consentimento livre e esclarecido.

5.7.3 Código Deontológico Médico português

O novo Código Deontológico Médico de Portugal de 2008 é um conjunto de normas de comportamento destinados aos médicos, que deve servir de orientação nos diferentes aspectos da relação humana que se estabelece no decurso do exercício profissional. É importante analisar alguns aspectos do Código Deontológico Médico em relação à autodeterminação do paciente e ao consentimento informado.¹³

Em matéria de esclarecimento do médico ao doente, o médico tem o dever de prestar o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da doença ao paciente, de forma simples e clara, levando em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural (art. 44º).

O art. 45º trata do consentimento do doente, esclarecendo que só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente e quando a decisão envolver grandes riscos ou graves conseqüências, o médico pode sugerir que o paciente procure outra opinião médica.

No caso de pacientes incapazes temporária ou definitivamente de dar o seu consentimento, este deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível. No caso de crianças, as suas opiniões devem ser levadas em conta, conforme a maturidade, sendo necessário obter o consentimento dos representantes legais. Quando a opinião dos representantes legais ou dos familiares puder esclarecer o que o doente gostaria para ele próprio se pudesse manifestar a sua vontade, neste caso, o processo de tomada de decisão pelo paciente foi complementado pelos familiares ou representante deste (art. 46º).

O consentimento é implícito ou presumido, quando o doente estiver em situações de urgência ou quando já tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento o consentimento informado (art. 47º).

As formas de consentimento são tratadas no art. 48º, podendo ser escrita ou oral.

O dissentimento ocorre quando o paciente, a família ou representante legal se recusa a realizar exames ou tratamento, e no caso de perigo de vida do paciente

¹³ Veja o Código Deontológico Médico de Portugal – Anexo D

com capacidade, a recusa só poder ser feita pelo próprio paciente expressamente (art. 49º).

A revelação do diagnóstico e prognóstico deve ser revelada ao paciente em respeito a sua dignidade e autonomia. No caso do paciente não desejar saber sobre a verdade, sua vontade deve ser respeitada (art. 50º).

As crenças religiosas, filosóficas ou ideológicas do paciente devem ser respeitadas pelo médico (art. 51º).

5.8 O consentimento informado na Alemanha

Após a Segunda Guerra Mundial foi promulgado o Código de Nuremberg em 1948. Este Código foi resultado das experiências nazistas em seres humanos nos campos de concentração em que os pacientes ingeriam venenos, tomavam gasolina intravenosa e eram imersos em água gelada etc. (STANCIOLI, 2004, p. 52)

O Código de Nuremberg representa uma nova visão, estabelecendo o respeito pelo ser humano e o direito à livre autodeterminação em relação aos experimentos médicos com fins de pesquisa.

O Código de Nuremberg consagra expressamente a doutrina do consentimento informado e em seu artigo 1º, que enuncia os requisitos do consentimento informado como “ser voluntário, dado por quem seja capaz, após ter sido informado e encontrando-se esclarecido.” (RODRIGUES, 2001, p. 35)

O artigo 1º do Código de Nuremberg dispõe que:

O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. (STANCIOLI, 2004, p. 53)

Em 1958 o Supremo Tribunal Federal alemão proferiu uma sentença, cuja proteção aos direitos da personalidade e da dignidade decorrem da autodeterminação do paciente:

Um doente desconhecedor de assuntos médicos olha para o médico como para um conselheiro e espera deste conselho e informação (...). O conveniente respeito pelo direito de autodeterminação do paciente aumentará, ao invés de diminuir, a confiança no seu médico (...). Respeitar a vontade do paciente é respeitar a sua liberdade e a sua dignidade enquanto ser humano. (RODRIGUES, 2001, p. 36)

A jurisprudência alemã até 1990 considerava a questão da falta do consentimento informado como justificativa dos tipos de crimes de ofensa à integridade física e homicídio, mas a falta do consentimento não é típica no sentido das ofensas corporais ou do homicídio. (RODRIGUES, 2001, p. 36-37)

E esclarece o autor português que “a falta de consentimento constitui, por si só, um desvalor face à reconhecida autodeterminação e à liberdade do indivíduo, bens jurídicos estes susceptíveis de integrar um tipo de crime autónomo.” (RODRIGUES, 2001, p. 37)

A Constituição da Alemanha tutela os direitos de personalidade e dignidade no artigo 1º, alínea 1 e artigo 2º, alínea 1.

O princípio da dignidade expresso no artigo 1º, alínea 1 da Constituição Alemã dispõe que: “A dignidade do homem é intangível. Seu respeito e sua proteção são obrigações de todo poder estatal.”

A cláusula geral de tutela da personalidade humana expressa em seu artigo 2º, alínea 1 reza que: “Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, nos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral.”

5.9 Consentimento informado na Argentina

O desenvolvimento do consentimento informado na República Argentina através de demandas judiciais contra os médicos começou por volta do ano de 1970 uma maior incidência. (CUMPLIDO, 2005, p. 99)

A Constituição Nacional Argentina reconhece em seus artigos 14 e 19 o princípio da autonomia e da liberdade para todas as pessoas. E o artigo 42 do mesmo diploma trata dos direitos dos consumidores e usuários nas relações de consumo, proteção da saúde, a informação adequada e da liberdade de eleição, que por analogia são aplicáveis aos pacientes, pois são consumidores de saúde. (CUMPLIDO, 2005, p. 99)

A Lei 17.132 regula o exercício da medicina, odontologia e atividades de colaboração e, seu artigo 19 estabelece que os profissionais são obrigados a respeitar a vontade do paciente e solicitar por escrito o consentimento do paciente em operações mutilantes. (CUMPLIDO, 2005, p. 100)

A Constituição da Província de Santa Fé, em seu artigo 19 exige de modo expreso o consentimento informado para tratamento médico. (CUMPLIDO, 2005, p. 100)

Algumas sentenças dos tribunais argentinos tratam da informação e da autonomia do paciente. Como exemplo, pode-se citar o caso “Parodi” da Cidade de Mar del Plata, julgado pelo juiz Pedro Hoof, em que um homem com gangrena diabética em sua perna e, que por indicação médica e concordância de seu filho queriam amputar-lhe. O paciente negou-se a realizar a operação e seu filho recorreu ao judiciário para pedir autorização para o procedimento. O próprio juiz visitou o paciente, que expôs que sabia de sua enfermidade e as conseqüências de não realizar a operação, mas não queria morrer mutilado. O juiz também se opôs a ordenar a amputação da perna contra a vontade do paciente e caso fosse ordenada, implicaria em uma grave violação da esfera de liberdade pessoal, de sua integridade e privacidade, ou seja, seria uma grave ofensa a sua dignidade. (CUMPLIDO, 2005, p. 101-102)

Pode-se citar, para ilustrar os direitos e obrigações das pessoas em relação ao sistema de saúde, a Lei Básica de Saúde da Cidade de Buenos Aires, que consagra em seu artigo 4º o respeito à personalidade, à dignidade, o acesso a receber informação completa e compreensível sobre seu estado de saúde, a realização do consentimento informado previamente ao tratamento ou pesquisas e, inexistência de interferências na relação entre o profissional e o paciente. (CUMPLIDO, 2005, p. 109)

A teoria do consentimento informado na República Argentina consagra a liberdade da pessoa adulta tomar decisões que lhe concerne, considerando sua total

independência nas motivações após receber informação adequada, que a conduza a recusar ou não um tratamento e, assim, reconhece-se o princípio da autonomia.

6. CONSENTIMENTO INFORMADO EM ORTODONTIA

O consentimento informado em ortodontia é de extrema importância na clínica diária do ortodontista devido ao aumento das demandas que ocorrem no Poder Judiciário e perante os Conselhos Regionais de Odontologia na esfera administrativa.

Conforme o Código de Ética Odontológica, o relacionamento com o paciente é tratado no Capítulo V e o art. 7º reza que constitui infração ética a falta de esclarecimento do tratamento a ser proposto ao paciente, decorrendo a importância do consentimento informado:

Art. 7º. Constitui infração ética:

IV - deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento;

XII – iniciar qualquer procedimento ou tratamento odontológico sem o consentimento prévio do paciente ou do seu responsável legal, exceto em casos de urgência ou emergência. (CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA)

Entre os anos de 1998 e 2001 foram instaurados perante o Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais alguns processos na área de ortodontia, sendo que 18 (dezoito) processos já concluídos (60%), 8 (oito) profissionais foram punidos (27%), 7 (sete) absolvidos (23%) e em 3 (três) casos (10%) houve acordo entre as partes. E outros casos ainda se encontram em andamento (40%). (ETO; BOUSQUET; PERONI, 2002, p. 8-15)

O objeto do consentimento informado é a intervenção ortodôntica, incluindo o diagnóstico, o tratamento e também os riscos de danos que possam ocorrer.

Toda intervenção ortodôntica necessita do consentimento informado, pois o paciente tem o direito de proteger sua integridade e autodeterminar conforme sua vontade. Neste âmbito menciona Oliveira e Borges que:

O ser humano, por ser dotado de razão e consciência, deve ter sua autonomia respeitada. A essência desse direito é o consentimento esclarecido, que deve ser emitido antes de qualquer procedimento de natureza física ou psíquica sobre o organismo humano. O respeito pela autonomia conjuga-se com o princípio da dignidade humana. Autonomia não é individualismo, pois o ser humano vive em sociedade e deve nortear com regras sociais, mas sim o respeito aos valores e às decisões de cada pessoa como componente dessa sociedade. (OLIVEIRA e BORGES, 2000, p. 20-21)

6.1 Conceito de ortodontia

A palavra ortodontia vem do grego *orthos*, que significa reto, e *odontos*, que significa dente.

A Resolução n. 185, do Conselho Federal de Odontologia, de 26 de abril de 1993, dispõe sobre as especialidades odontológicas e conceitua a ortodontia como:

A especialidade que tem como objetivo a prevenção, a supervisão e a orientação do desenvolvimento do aparelho mastigatório e a correção das estruturas dento-faciais, incluindo as condições que requeiram movimentação dentária, bem como harmonização da face no complexo maxilo-mandibular. (CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA, 1993)

Segundo Moyers, ortodontia é “o ramo da odontologia relacionado com o estudo do crescimento do complexo craniofacial, com o desenvolvimento da oclusão e com o tratamento das anomalias dentofaciais”. (MOYERS, 1991, p.4)

A definição mais recente de ortodontia adotada pela Associação Americana de Ortodontistas em 1981 é:

Ortodontia (ortopedia dentofacial) é a área da odontologia que diz respeito à supervisão, guia e correção do crescimento e maturação das estruturas dentofaciais, incluindo essas condições que requerem movimentos dos dentes ou correção de má relação e malformação das estruturas relacionadas pelo ajuste da relação entre e com dentes e ossos faciais pela aplicação de forças e/ou a estimulação e redirecionamento das forças funcionais dentro do complexo craniofacial. (PROFFIT, 1991, p. 15)

Profitt resume a meta da ortodontia moderna como “a criação da melhor relação oclusal possível, dentro da estrutura de trabalho de estética facial aceitável e estabilidade do resultado oclusal”. (PROFFIT, 1991, p. 14)

O campo de ação da terapêutica ortodôntica envolve a dentição, o esqueleto craniofacial, e a musculatura facial e maxilar. O aparelho ortodôntico é utilizado para a correção dos três sistemas, ou seja, quando ocorrer uma maloclusão dentária, crescimento anormal do complexo ósseo craniofacial e má função neuromuscular orofacial. Para a correção dos dentes individualmente utiliza-se o aparelho ortodôntico fixo, para a correção do esqueleto craniofacial pode se utilizar aparelhos ortopédicos, cirurgia e mioterapia. Como explica Moyers sobre os tipos de correções possíveis na ortodontia:

Através de uma aparelhagem apropriada, a função muscular pode ser melhorada e os dentes posicionados mais favoravelmente para proporcionar melhores estética, função oclusal, saúde oral e dicção. A correção do esqueleto craniofacial, no entanto, é uma questão diferente, uma vez que é mais difícil alterar o esqueleto craniofacial do que posicionar dentes. É possível, entretanto, direcionar alterar favoravelmente o crescimento do esqueleto craniofacial em crianças jovens. Em pacientes mais velhos, nos quais o crescimento facial está praticamente completo, os dentes são posicionados para camuflar desarmonias no padrão esquelético facial. Nos casos mais severos, a cirurgia ortognática é utilizada juntamente com a ortodontia. Finalmente, a neuromuscular, uma parte importante na melhora da função e estética, é usada no tratamento ortodôntico para modificar o crescimento do esqueleto craniofacial. (MOYERS, 1991, p. 5)

Alguns autores classificam a especialidade de ortodontia como uma obrigação de meio e outros como de resultado. Os autores, Oliveira e Araújo, classificam-na como de resultado, sem justificar a classificação dada. (OLIVEIRA, 1999, p. 92) (ARAÚJO, 1991, p. 173) E Miguel Kfoury Neto classifica-a como obrigação de meio. (KFOURI NETO, 2001, p. 211)

A ortodontia deve ser considerada como obrigação de meio devido a sua complexidade de atuação no esqueleto craniofacial, no sistema dentário e neuromuscular. Eduardo Tanaka faz uma brilhante explicação justificando porque a ortodontia deve ser considerada como obrigação de meio:

A ortodontia, vista de forma simplista, pode levar ao leigo a idéia equivocada de que os aparelhos são meramente elementos mecânicos que posicionam os dentes em qualquer lugar e à vontade do cirurgião-dentista. Porém, o sucesso do tratamento ortodôntico está ligado a fatores relacionados ao próprio organismo, tais como o crescimento e seu potencial (nos casos de crianças e adolescentes), formações ósseas e reorganização dos tecidos periodontais, idade do paciente, potencial de reabsorção do dente na região do periápice, respostas biológicas individuais em relação à mecanoterapia, etc. Além disso, há a necessidade de fatores subjetivos, relacionados à própria conduta do paciente, como: o uso adequado e pelo período indicado

dos aparelhos ortodônticos e ortopédicos, a higienização correta para boa manutenção da integridade dos aparelhos removível e fixo, etc. A ortodontia poderia ser, “grosso modo”, comparada à especialidade médica da ortopedia, que é considerada obrigação de meio, pelo fato de se trabalhar com a resposta óssea do organismo, com a diferença de que a ortodontia trabalha com mecanismos complexos de movimentação dentária e óssea, visando um posicionamento em correta oclusão (encaixe dentário), dependente da colaboração e manutenção extensiva do paciente. Portanto, a atividade do odontólogo na especialidade da ortodontia é tomada como obrigação de meio. (TANAKA, 2002, p. 267)

Nas obrigações de meio, o ortodontista assume a obrigação de empregar toda sua ciência e consciência no tratamento do seu paciente, observando as regras da ética odontológica e tratando com sinceridade seu paciente. Após o diagnóstico e planejamento ortodôntico, que serão dadas as explicações e informações ao paciente sobre seu tratamento, dos riscos do tratamento ortodôntico a ser realizado e as alternativas possíveis de tratamento. Posteriormente a essa fase é que será obtido o consentimento informado, decorrendo, assim, o importantíssimo papel de um diagnóstico e planejamento bem feito para obtenção do tratamento adequado ao paciente.

6.2 Diagnóstico e planejamento ortodôntico

Segundo o Código de Ética Odontológica é direito fundamental do cirurgião-dentista diagnosticar e planejar observando a ciência e sua dignidade:

Art. 3º. Constituem direitos fundamentais dos profissionais inscritos, segundo suas atribuições específicas:

I - diagnosticar, planejar e executar tratamentos, com liberdade de convicção, nos limites de suas atribuições, observados o estado atual da ciência e sua dignidade profissional.

O tratamento ortodôntico visa a estabelecer a função dentária, mandibular e a estética dentofacial. Segundo os autores Willian Proffit e James Ackerman, a ortodontia tem como objetivo “obter contato oclusal e proximal dos dentes (oclusão) dentro do quadro da função normal e adaptação fisiológica, estética dentofacial aceitável, e estabilidade razoável.” (PROFFIT e ACKERMAN, 1996, p. 3)

O diagnóstico ortodôntico é:

o estudo e a interpretação de dados concernentes a um problema clínico, para determinar a presença ou ausência de anormalidades. Em ortodontia, o diagnóstico estabelece ou nega a existência e o caráter de uma deformidade dentofacial. (MOYERS, 1991, p. 143)

O diagnóstico ortodôntico requer a aquisição de dados, visando listar os problemas do paciente e sintetizar as possibilidades de tratamento, conduzindo ao plano de tratamento. O diagnóstico é importante para obtenção de um tratamento bem sucedido, devendo o ortodontista analisar o aspecto facial, dentário e esquelético.

O ortodontista deve fornecer ao paciente uma explicação sobre o diagnóstico, o tratamento a ser realizado, tempo de duração do tratamento e custo dos aparelhos e manutenções ortodônticas.

A documentação ortodôntica é imprescindível para o diagnóstico, devendo conter fotografias, modelos de estudo, radiografias periapical ou panorâmica e telerradiografia para que o ortodontista possa estabelecer um diagnóstico preciso.

O planejamento ortodôntico começa, primeiramente, com a separação dos problemas patológicos, como por exemplo, a doença periodontal que deve ser tratada antes de iniciar-se o tratamento ortodôntico, e, posteriormente, separar os problemas estruturais, colocando-os em uma ordem de prioridade. Depois serão estudadas as soluções possíveis para o caso do paciente, apresentando o plano de tratamento para que o consentimento informado seja obtido.

O ortodontista deverá descrever os aspectos do tratamento com o auxílio da documentação ortodôntica para o paciente ou responsável, estabelecendo os objetivos e os aspectos do tratamento de forma clara.

No diagnóstico e planejamento do tratamento ortodôntico, o ortodontista deve:

1. Reconhecer as várias características das maloclusões e deformidade faciais.
2. Definir a natureza do problema, incluindo a etiologia, se for possível.
3. Elaborar uma estratégia de tratamento baseada em necessidades específicas e desejos do indivíduo. (PROFFIT e ACKERMAN, 1996, p. 4)

A decisão do tratamento ortodôntico, hoje em dia, é tomada conjuntamente com o ortodontista e paciente, mudando o paradigma da tomada de decisão, conforme explica os autores Willian Proffit e James Ackerman:

O diagnóstico ortodôntico tem mudado nos últimos anos. O diagnóstico agora inclui uma ênfase maior nas ramificações funcionais e psicológicas da deformação facial. Ao mesmo tempo, ocorreu uma mudança dramática no planejamento do tratamento, que se tornou um processo mais interativo entre o paciente e/ ou pais e o ortodontista. Esta mudança aconteceu por causa da mudança na visão estética da relação doutor-paciente. Anteriormente, o ortodontista decidia o plano de tratamento mais ideal para o paciente (ou pais) aceitava ou rejeitava o plano, com pouco espaço para considerações alternativas. Hoje, o ortodontista faz um apanhado dos problemas do paciente, usa informações do paciente para estabelecer as prioridades ao lidar com os problemas, apresenta alternativas de tratamento razoáveis, e explica as considerações quanto ao risco-benefício de cada alternativa, incluindo a opção de não tratamento. Depois, o paciente, considerando as recomendações do ortodontista, elege o plano que melhor se ajuste às suas necessidades. O paradigma da tomada de decisão, passado do profissional para o paciente faz com que se torne co-autor da decisão tomada. (PROFFIT e ACKERMAN, 1996, p. 3)

O tratamento ortodôntico pode ser realizado em quatro modalidades, podendo ser usadas separadamente ou em combinação:

- 1.Reposicionamento dos dentes através de movimento dentário ortodôntico.
- 2.Redirecionamento do crescimento facial através de alteração funcional ou o uso de forças modificadoras fortes.
- 3.Ortopedia dentofacial na qual o crescimento dentofacial é alterado através do uso de forças modificadores fortes.
- 4.Tratamento cirúrgico-ortodôntico. (PROFFIT e ACKERMAN, 1996, p. 4-5)

Decidir qual a melhor modalidade de tratamento é uma das situações mais difíceis que um ortodontista pode se deparar em sua clínica diária. Por exemplo, quando um paciente procura o profissional e apresenta uma discrepância óssea acentuada dos maxilares, e o ortodontista através da análise da documentação ortodôntica estuda qual seria a melhor alternativa de tratamento para o caso, que poderia ser uma compensação dentária ou uma correção cirúrgica-ortodôntica. A decisão do plano de tratamento deve ser feita conjuntamente com o paciente e o ortodontista, pois a escolha do tratamento é um processo interativo entre as partes. (ACKERMAN e PROFFIT, 1994, p. 253)

O ortodontista, Jack Dale, adota em sua clínica diária o seguinte princípio, que deveria ser utilizado por todos profissionais:

A busca da verdade e a indagação para a excelência no diagnóstico e tratamento é caracterizado pela honestidade com nós mesmos, com nossos colegas e, acima de tudo, com nossos pacientes. É uma sinceridade de propósito e de ação, com a convicção de que o serviço prestado é infinitamente mais importante que a recompensa recebida. Ela admite que o ortodontista limitará sua prática ao número de pacientes que pode

corretamente cuidar, e que conduzirá por si só de maneira a refletir créditos sobre sua profissão. (DALE, 1996, p. 314)

O ortodontista deve ser cauteloso na fase do diagnóstico, pois qualquer informação errada “pode ser o fundamento para a indenização de um dano que resultar mais tarde pelo tratamento.” (FABIAN, 2002, p. 88)

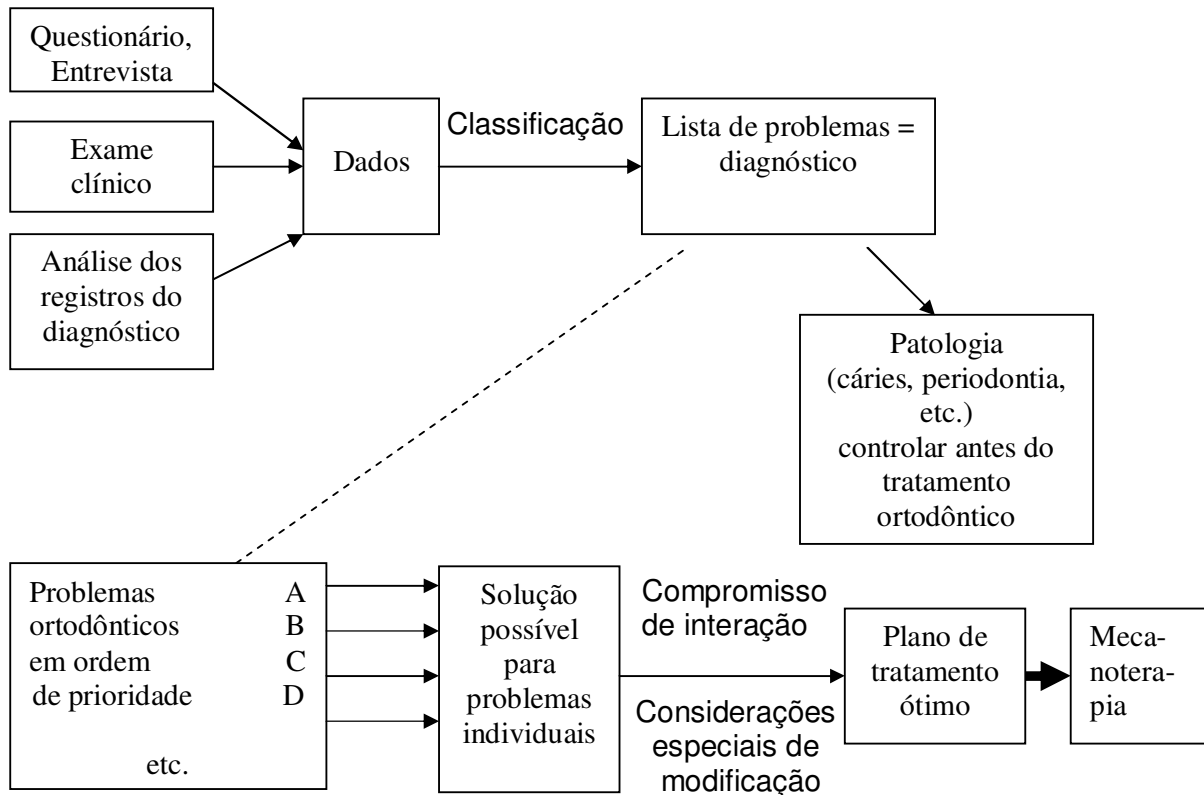


Fig. 3 Este gráfico ilustra a seqüência de diagnóstico orientado para o problema e o planejamento de tratamento. O diagnóstico requer a aquisição de dados adequados, organizados, em uma base de dados com três componentes, do qual uma lista de problemas é resumida. A lista de problemas é o diagnóstico.

O plano de tratamento começa com separação dos problemas patológicos e estruturais (desenvolvimento). Os problemas patológicos (doença periodontal, por exemplo) devem ser tratados primeiro e trazidos para o controle antes que os problemas estruturais possam ser seguidos. O primeiro passo no planejamento do tratamento ortodôntico é colocar o problema estrutural em ordem de prioridade. Depois, as soluções possíveis desses problemas são consideradas como se cada problema fosse o único que o paciente tinha, e então as interações entre as soluções possíveis e médias de custo-risco/benefício são consideradas na sintetização das possibilidades, em um plano desenhado para aumentar o benefício ao paciente.

Este método de separação de problemas, enquanto se considera as soluções possíveis e depois sintetizam-se as possibilidades, meramente formaliza o processo pensado, usado por muitos ortodontistas experientes. As vantagens deste método são que os problemas do paciente são considerados amplamente, e que o plano é desenvolvido de forma que é quase compatível com a obtenção do consentimento informado para o tratamento. (PROFFIT e ACKERMAN, 1996, p.4)

A documentação ortodôntica e a ficha clínica do paciente são um meio de prova em favor do ortodontista em caso de suspeita sobre o tratamento realizado, portanto, a ficha clínica deve estar “corretamente preenchida, com clareza e por completo, se possível com as advertências, pode provar uma conduta profissional irreprovável.” (FABIAN, 2002, p. 93)

O melhor momento para o ortodontista iniciar as discussões sobre o consentimento informado com o paciente é após o diagnóstico e o plano de tratamento proposto. (JERROLD, 2007b, p. 290)

6.3 Requisitos de validade do consentimento informado

O consentimento informado deve reunir quatro componentes para sua validade:

- **Voluntariedade (autonomia):** o paciente deve consentir sobre o tratamento de acordo com sua vontade para que o consentimento informado seja de uma forma livre, voluntária e consciente.
- **Capacidade (ou competência) de consentir:** o paciente deve ter competência para entender seu problema e não estar incapacitado para prestar o consentimento.
- **Dever de informar:** a informação deve ser em quantidade suficiente e com qualidade sobre a natureza, propósito, riscos, benefícios e alternativas de tratamento para a compreensão do paciente.
- **Boa-fé objetiva:** representa a conduta adequada, correta, leal e honesta indispensável em todas as relações sociais.

6.3.1 A voluntariedade (autonomia)

A vontade do paciente deve ser livre e ausente de influências controladoras como manipulação, persuasão e coação. Se o consentimento informado não foi obtido de forma voluntária não será aceitável legalmente e nem eticamente,

portanto, a vontade não pode apresentar vícios, conforme artigos 138 e seguintes do Código Civil de 2002.

O consentimento informado poderá ser inválido se a vontade do paciente está viciada. Os artigos 138 e 139 do Código Civil de 2002 dispõem que apenas os erros substanciais podem invalidar o consentimento informado. Em um caso concreto será necessário averiguar as informações fornecidas pelo profissional, analisar as condições e, também a qualidade e quantidade de informações recebidas que conduziram a tomada de decisão do paciente.

Silvio de Salvo Venosa explica muito bem a diferença do erro substancial do erro acidental:

A lei exige que o erro, para anular o ato, seja substancial. O erro substancial ou essencial contrapõe-se ao erro acidental ou incidental. Erro essencial é o que tem papel decisivo na determinação da vontade do declarante, de modo que, se conhecesse o verdadeiro estado de coisas, não teria desejado, de modo nenhum, concluir o negócio. Erro substancial ou essencial é, portanto, o que dá causa ao negócio (causam danos), mas não é necessário que tenha sido a causa única. Pode ter sido concausa ou causa concomitante. Dessa forma, o erro deve ser causa suficiente para a conclusão do negócio, uma das causas. (VENOSA, 2003, p. 429-430)

Laurance Jerrold exemplifica uma situação de coação que pode ocorrer quando o consentimento foi voluntário e transforma-se, posteriormente, em uma queixa do paciente, que alega que foi coagido mentalmente em aceitar o tratamento ortodôntico. Esta situação pode ocorrer quando o ortodontista diz ao paciente se não fizer o tratamento ortodôntico, você poderá perder todos seus dentes por doença periodontal ou sofrer de disfunção da articulação temporomandibular. Estes tipos de comentários não devem ser feitos sem evidências clínicas ou científicas. Estes tipos de comentários levam o paciente a sentir-se culpado caso não aceite o tratamento recomendado. (JERROLD, 2007b, p. 288-289)

6.3.2 A capacidade (ou competência) de consentir

Uma parte da doutrina considera que a capacidade para consentir é do paciente, sendo necessário para a validade do consentimento informado em

ortodontia, conforme disposição legal, nos termos do art. 104, inciso I do Código Civil, que a pessoa seja capaz.

A capacidade de Direito é “o potencial inerente a toda pessoa para o exercício de atos da vida civil” (FIUZA, 2007, p. 130), ou seja, é atribuída a todos, como por exemplo, o deficiente mental e o recém-nascido possuem capacidade de Direito. Já a capacidade de fato é “o poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil” (FIUZA, 2007, p. 130), podendo classificar as pessoas naturais em absolutamente incapazes, relativamente incapazes e capazes.

A noção de capacidade (competência) da pessoa, ou seja, do paciente no caso da relação ortodontista-paciente está ligada à autonomia privada. O paciente que irá decidir sobre o tratamento a que vai se submeter, por isso é importante a competência e não a capacidade civil legal. Conforme esclarecem os autores Highton e Wierzba:

A capacidade ou incapacidade consiste na possibilidade de decidir por si mesmo a submeter-se a um tratamento, por parte de um doente deve se examinar em forma especialíssima, pois não se trata de capacidade legal para realizar atos jurídicos, mas sim da possibilidade de expressar sua vontade, previa compreensão do ato médico e de suas conseqüências sobre a vida e a saúde, da faculdade de comparar as vantagens alternativas, ademais a possibilidade para se sobrepor ao medo, a angústia e ao nervosismo que levam uma situação desta índole.¹⁴ (HIGHTON e WIERZBA, 2003, p. 104, tradução nossa)

E acrescenta Carlos Emmanuel sobre a questão de capacidade e competência:

Isso porque a competência é um conceito clínico, devendo ser aferido por um profissional de saúde, ao passo que a capacidade tem essência primordialmente jurídica (aptidão para praticar atos jurídicos), observando os ditames previstos na legislação. Aliás, os critérios de capacidade estipulados pelo Código Civil (arts. 1º, 3º, 4º e 5º) servem como bons indicadores de competência para tomar decisões médicas, mas nem sempre correspondem à realidade. Há casos de pacientes civilmente capazes, mas incompetentes, muito embora o contrário seja raro. (RAGAZZO, 2007, p. 90)

¹⁴ La capacidad o incapacidad consistente en la posibilidad de decidir por si mismo someterse a un tratamiento por parte de un enfermo debe mirarse en forma especialísima, pues no se trata de la capacidad legal para realizar actos jurídicos, sino de posibilidad de expresión de su voluntad, previa comprensión del acto médico y de sus consecuencias sobre la vida y la salud, de la facultad de comparar las ventajas alternativas, además de la posibilidad para sobreponerse al miedo, a la angustia y al nerviosismo que conlleva una citación de esta índole.

Diante do exposto sobre a diferença de capacidade legal e competência para decidir sobre o tratamento, faz-se necessário abordar sobre a capacidade legal brevemente.

O Código Civil em seu art. 5º *caput* estabelece que “a menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”, portanto apenas as pessoas capazes civilmente poderão prestar o consentimento informado.

O Código Civil Brasileiro adota o critério da idade para estabelecer os atos da vida civil que poderão ser exercidos pela pessoa, levando em conta o desenvolvimento da autonomia, portanto, o legislador visa a proteger e preservar os incapazes, partindo que lhes falta maturidade necessária para julgar.

Segundo Stanciolli, o critério do legislador é objetivo e inflexível: “não há que se perquirir o grau de cognição, ou entendimento, da pessoa natural, que não se enquadre nas idades fixadas normativamente.” (STANCIOLLI, 2004, p. 46)

O art. 3º do Código Civil enumera os absolutamente incapazes, que carecem de capacidade de fato:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I – os menores de 16 (dezesesseis) anos;
II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Os absolutamente incapazes serão representados por seus pais, tutor ou curador, dependendo do caso em concreto. É mais comum que os menores de 16 anos sejam representados pelos seus pais, e, por exemplo, nos casos de morte ou incapacidade dos pais, podendo ocorrer que aqueles sejam representados pelo tutor, que poderá ser nomeado pelos próprios pais ou pelo juiz, podendo ser o avô, tio, irmão ou qualquer outra pessoa. Já os maiores de 18 anos serão representados pelo curador, caso apresentem enfermidade, deficiência mental e não possam expressar sua vontade, sendo a interdição declarada por sentença judicial.

Já o art. 4º do Código Civil trata dos relativamente incapazes, que poderão prestar o consentimento informado, ou seja, exercer sua autonomia, desde que assistidos por seus pais, tutor ou curador dependendo da situação, dispendo a lei civil que:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV- os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Os emancipados são aqueles “menores de 18 anos aos quais a Lei, os pais ou o juiz concede capacidade” (FIUZA, 2007, p. 133), aqueles enumerados no art. 5º, § único do Código Civil, sendo, portanto, capazes de assinar o termo do consentimento informado. A emancipação é “a cessação da incapacidade e opera-se por concessão dos pais, por determinação legal, ou por sentença judicial”. (FIUZA, 2007, p. 135).

A capacidade legal é importante, pois será nulo o negócio jurídico quando praticado pelo absolutamente incapaz, conforme estabelece o art. 166, inciso I do Código Civil. E anulável quando praticado por incapazes relativamente nos termos do art. 171, inciso I do Código Civil.

Em oposição ao direito brasileiro, o direito alienígena adota a capacidade de entendimento para os menores em relação à aceitação ou não de um tratamento médico. Pode-se citar o paradigmático caso inglês de 1985, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*. Este caso trata-se do uso de anticoncepcionais por uma menor de 16 anos, em que o médico os prescreveu de acordo com o critério médico sem o consentimento dos pais. A Corte decidiu que os menores de 16 anos podem prestar o consentimento para realização de tratamentos específicos, levando-se em conta a maturidade, o desenvolvimento, o entendimento e o melhor interesse do menor. (HIGHTON e WIERZBA, 2003, p. 131 – 134)

Outro país que permite a manifestação da vontade do menor é a Espanha, cujo artigo 162 do Código Civil espanhol prevê que os atos que envolvam o direito de personalidade, o menor poderá se manifestar de acordo com seu grau de maturidade.¹⁵

¹⁵ **Art. 162** Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a derechos de la personalidad otros que el hijo, de acuerdo con las Leys y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Na clínica diária de um ortodontista, é comum que um grande número de pacientes menores de 18 anos necessite de tratamento ortodôntico e as suas opiniões são importantes no planejamento do ortodontista, pois alguns aparelhos exigem a colaboração do paciente para a obtenção de um resultado satisfatório. Nestes casos, o ortodontista deve ouvir a opinião do menor, tendo em vista o desenvolvimento, a maturidade e a capacidade de discernimento do paciente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/1990) em seu art. 15 e 16 garante o direito à liberdade, ao respeito, opinião e expressão da criança e do adolescente, portanto, os menores de 18 anos devem expressar suas opiniões sobre o tratamento ortodôntico, que irão realizar desde que tenham condições de compreensão das informações sobre o tratamento que lhes foi transmitida e sejam capazes de comunicar sua decisão.

O respeito à autonomia do menor está tutelado no artigo 17 do ECA que dispõe:

O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Quando houver divergência entre a opinião do menor e dos pais para realização de um tratamento, e desde que não ocorra risco de vida ou grave lesão “deverá prevalecer a opinião do menor, nos casos em que se reconhece a sua maturidade para esse tipo de decisão.” (RAGAZZO, 2007, p.101)

Uma situação interessante que pode ocorrer na clínica diária do ortodontista é o paciente menor em tratamento ortodôntico e durante o tratamento alcança a maioridade legal. O paciente, então, requisita ao ortodontista para a remoção dos aparelhos e os pais não concordam com a retirada do aparelho, sendo que são os responsáveis pelo pagamento do aparelho e manutenção ortodôntica. Neste caso, a palavra final deve ser do paciente e não importa quem está pagando o tratamento. (JERROLD, 2007b, p. 288)

É mais raro encontrar na clínica diária do ortodontista casos de pacientes com doenças mentais que necessitem de tratamento ortodôntico. (JERROLD, 2007b, p. 288) Nesta situação, o ortodontista deverá avaliar o grau de maturidade e discernimento para fornecer as informações pertinentes e obter o consentimento

informado do paciente. Caso não seja possível a compreensão pelo paciente com doença mental, o consentimento informado deverá ser dado pelo representante legal.

A Lei 10.216 de 06 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, prevê em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso II que a pessoa portadora de transtorno mental deve “ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade.” E o artigo 2º, inciso VII estabelece que a pessoa com doença mental deverá “receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento.”

O direito europeu prevê na Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina em seu artigo 7º o consentimento informado do doente mental. No Brasil, a Lei 10.216 de 2001 em seu artigo 11 dispõe que para “pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal.”

Conforme esclarece Carlos Emmanuel sobre o consentimento informado do doente mental:

Os autores brasileiros já se manifestaram a esse respeito, admitindo a viabilidade de uma autonomia, ainda que moderada, para pacientes doentes mentais, ressaltando apenas que ‘o consentimento deverá ser obtido com redobrada cautela, principalmente pela dificuldade de compreensão das informações, sendo recomendável o acompanhamento legal do incapaz, que deverá intervir nas situações em que haja possibilidade de lesão’.
(RAGAZZO, 2007, p. 104-105)

A autonomia do paciente deve ser considerada nos caso de menores e doentes mentais para obtenção do consentimento informado, mas o ortodontista deve ser cuidadoso, verificar se realmente houve compreensão das informações e nos casos que envolvam risco deverá o representante legal dar seu consentimento.

6.3.3 O dever de informar

A informação é um elemento essencial na obtenção do consentimento informado na medida em que o paciente decidirá baseado nas informações recebidas pelo ortodontista.

Existem três critérios para valorar a quantidade de informação necessária que deve ser transmitida ao paciente. O primeiro critério seria os dados que o paciente considera necessário para tomar uma decisão, o segundo critério seria os dados que o profissional considera importante e por último a informação necessária para estabelecer o propósito ao dar o consentimento informado. (BEAUCHAMP & FADEN, 1986, p. 305)

O dever de informar na relação paciente-ortodontista decorre do princípio da boa-fé objetiva, do princípio da transparência e da interpretação de cláusulas gerais conforme os direitos fundamentais. (FABIAN, 2002, p. 57)

O dever de informar ao paciente sobre o tratamento ortodôntico, alternativas, riscos, diagnóstico e prognóstico decorre do artigo 7º do Código de Ética Odontológica e também das disposições do Código de Defesa do Consumidor, principalmente, dos artigos 6º, inciso III, 9º e 31.

Conforme disposto pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais sobre a obrigação de informar:

A relação médico/paciente, por caracterizar uma prestação de serviço, está subordinada ao regramento previsto no Código de Defesa do Consumidor, estando o profissional obrigado a informar ao paciente os riscos e conseqüências possíveis. (Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Ap. Cív. 400.722-9 da 7ª Câmara Cível. Des. Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes. DJ. 11.03.2004)

A relação paciente-ortodontista é reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor como uma relação de desequilíbrio, pois o ortodontista detém o conhecimento científico e o paciente se encontra em uma posição vulnerável.

As informações fornecidas pelo profissional para obter o consentimento informado devem esclarecer muito bem sobre os riscos envolvidos no tratamento a se realizar, conforme julgado do Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

Deflui desse contexto probatório, de forma indubitosa, que a recorrente não informou à autora as circunstâncias específicas que envolviam a cirurgia realizada, não a alertando sobre os riscos envolvidos e tampouco sobre os resultados que poderiam ser alcançados com a intervenção (...) Acarretando a deformidade, resultante da cirurgia, complicações de convivência, depreciando a aparência e impingindo à autora vexame e sensações internas e externas de desagrado, tem-se como devido o ressarcimento por dano estético. (TAMG. Ap. Cív. 334.519-5 da 3ª Câmara Cível. Desª. Relª. Jurema Brasil Marins. DJ 09.05.2001)

Laurance Jerrold aponta em seu artigo algumas informações que não deveriam ser transmitidas pelo profissional ao paciente:

1) Informação além do que um médico bem qualificado razoavelmente em uma classificação médica similar saberia.

2) Informação técnica detalhada que provavelmente não seria compreendida.

3) Riscos aparentes e conhecidos para o paciente.

4) Possibilidades remotas extremas que podem falsamente ou prejudicialmente alarmar o paciente.

5) Informações em emergências onde fracassam em prover o tratamento e que seria mais prejudicial para o paciente do que para o tratamento.

6) Informação em casos onde o paciente é incapaz de consentir. (JERROLD, 2001, p. 85)

Na relação paciente-ortodontista, conforme esclarece Christoph Fabian “o dever de informar fundamenta-se no conceito da cooperação e, finalmente, na boa-fé. As partes devem ajudar-se na realização da obrigação.” (FABIAN, 2002, p. 158) E acrescenta Fabian:

Aqui é preciso alertar que o dever de se informar não é uma questão de ser cuidadoso para com a outra parte ou de controlar se a contraparte falou a verdade ou, ainda, de proteger-se contra a outra parte. A boa-fé, e também a boa-fé da contraparte, é presumida. A parte contratual pode confiar na contraparte. A confiança é um elemento essencial para o funcionamento do tráfego jurídico e, finalmente, da sociedade. (FABIAN, 2002, p. 158)

Após receber as informações do ortodontista, o paciente poderá exercer sua autonomia na escolha do tratamento ortodôntico. Carlos Emmanuel exemplifica um fato sobre o dever de informar ocorrido na Inglaterra com dentistas:

(...) o relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre concorrência em serviços médicos, em que se identificou, na Inglaterra, pesquisas indicando que dentistas estariam retendo informações a respeito de opções menos onerosas de tratamento, deixando

também de fornecer, previamente ao fornecimento dos serviços, informações sobre os preços de consultas e procedimentos.” (RAGAZZO, 2007, p. 69)

A informação ao paciente deve ser simples, clara, objetiva e com qualidade suficiente sobre o tratamento ortodôntico proposto, o diagnóstico, o prognóstico, os riscos de tratamentos e as alternativas terapêuticas. Como esclarece Christoph Fabian “se uma pessoa decidiu emitir informações a outrem, a informação deve ser correta e completa. Importam aqui os princípios da lealdade e da veracidade.” (FABIAN, 2002, p. 54)

Existem dois aspectos em relação à qualidade de informação: a dificuldade objetiva e a dificuldade subjetiva. A dificuldade objetiva ocorre devido ao uso de vocabulário técnico, esta dificuldade é gerada pelo ortodontista ao transmitir a informação. Já a dificuldade subjetiva se relaciona com a capacidade de compreensão da informação pelo paciente. (CUMPLIDO, 2005, p. 136)

O ortodontista não deve utilizar uma linguagem técnica, como por exemplo, dizer ao paciente que ele apresenta uma mandíbula retrognata e agenesia do dente 12 e, que o tratamento recomendado é uma osteotomia sagital da mandíbula seguida por um implante na maxila, embora possa ser tecnicamente correto, não é compreensível pelo paciente. O correto seria o ortodontista explicar ao paciente em uma linguagem simples e popular que seu queixo é muito pequeno e está faltando um dente superior na frente e, que a melhor maneira de solucionar estes problemas seria trazer cirurgicamente o queixo para frente e substituir o dente ausente por um falso dente que seria o implante. (JERROLD, 2007b, p. 289)

O dever de informar decorre também do princípio da transparência (art. 4º do CDC), que “descreve um modo de informar, isto é, informar de forma clara” e na relação paciente-ortodontista “serve para realizar a lealdade e confiança.” (FABIAN, 2002, p. 68 e 70)

O ortodontista não deve usar um vocabulário técnico de difícil compreensão para o leigo. Para facilitar o entendimento do paciente sobre o tratamento, o ortodontista poderá utilizar a tela de computador, programas de ortodontia ou fotos de pacientes, que já realizaram o tratamento ortodôntico para ilustrar casos semelhantes e tipos de aparelhos que serão utilizados em seu caso. Para assegurar que o paciente entendeu as informações recebidas, o ortodontista poderá fazer

perguntas ao paciente para verificar se ele realmente compreendeu as informações transmitidas.

O consentimento informado é um processo vivo, como afirma Laurance Jerrold, pois o paciente muda seu quadro durante o período de tratamento que é prolongado e, por isso o profissional deve discutir continuamente com o paciente alguma seqüela negativa e documentar no consentimento informado. (JERROLD, 2004, p. 393)

Qualquer mudança durante o tratamento ortodôntico deve ser informada ao paciente e deverá ser obtido um novo consentimento informado (consentimento continuado), como, por exemplo, nas seguintes situações:

Passar de um tratamento que implicava ancoragem extra-oral para outro que envolva extração do pré-molar superior, ou na colocação não prevista de um dispositivo para expansão palatal rápida. (SPEIDEL, 2002, p. 115)

Durante o tratamento ortodôntico pode ocorrer que o paciente deseje interromper o tratamento ortodôntico e não dar mais continuidade, desejando remover os aparelhos. Neste caso, o ortodontista deve esclarecer sobre a situação atual em que se encontra o tratamento ortodôntico e os prejuízos da não continuidade do tratamento proposto. Após as informações prestadas ao paciente será necessário fazer um novo consentimento informado para a remoção do aparelho. (FRANÇA, RIBAS e LIMA, 2002, p. 25-31)

Muito comum ocorrer o abandono do tratamento ortodôntico por parte do paciente sem estar concluído o tratamento. Nestes casos, o ortodontista deverá informar o paciente quanto às possíveis complicações do tratamento interrompido e realizar um novo consentimento informado com a situação atual do tratamento e possíveis riscos de danos.

No caso do paciente não comparecer mais ao consultório do ortodontista, este deverá informar ao paciente por escrito e enviar uma carta registrada para sua residência, para não ser responsabilizado por abandono do caso.

Quando o paciente 'desaparece', as obrigações do ortodontista podem ser suspensas pelo período que esteve afastado do consultório. Quando 'reaparece', o profissional reassume as obrigações e responsabilidades, e, caso recuse a remoção dos aparelhos, será responsabilizado no futuro por todos os danos eventualmente ocorridos. (SPEIDEL, 2002, p. 115)

O dever de informar no consentimento informado na relação paciente-ortodontista decorre dos valores constitucionais como a saúde e a vida, que são direitos da personalidade, segundo Christoph Fabian:

A liberdade de o paciente decidir sobre o tratamento (a autonomia decisiva) é compreendida como concretização do dever geral da personalidade e demanda um esclarecimento sobre o tratamento e os seus riscos. (FABIAN, 2002, p. 49)

O paciente deve ser informado do tratamento ortodôntico para que possa decidir livremente e exerça sua autodeterminação, que decorre do direito da personalidade, conforme explica Christoph Fabian “toda pessoa pode decidir livremente ou conforme a sua vontade sobre si ou suas atividades. Vários deveres de informar asseguram a possibilidade de decidir livremente.” (FABIAN, 2002, p. 75)

O ortodontista sempre pede ao paciente para realizar a documentação ortodôntica antes de iniciar o tratamento ortodôntico e segundo Christoph Fabian “a documentação assegura o direito à personalidade, pois o paciente pode informar-se permanentemente sobre o decurso do tratamento.” (FABIAN, 2002, p. 75)

A documentação ortodôntica proporciona certa segurança para o paciente, que poderá esclarecer e visualizar a evolução de seu tratamento através da comparação das fotos e modelos ortodônticos do início do caso.

O dever de informar, conforme destaca Lorenzetti, decorre de fundamentos constitucionais, dogmáticos e legais:

- a) fundamentos constitucionais – o dever de informar possui base constitucional. Assenta-se no respeito à liberdade, posto que não se pode comprometer a autodeterminação da pessoa, sem seu expresso consentimento;
- b) fundamentos dogmáticos – sendo o contrato um ato jurídico, deve ser voluntário. Para que exista voluntariedade, deve haver discernimento, intenção e autonomia. A ocorrência de um desnível informativo afeta esses três elementos;
- c) fundamentos legais – todos temos direito a receber adequada informação sobre a terapia que nos será dispensada. (LORENZETTI apud KFOURI NETO, 2002, p. 298)

O consentimento informado em ortodontia incorporado na clínica diária aumenta a comunicação entre o ortodontista e o paciente, então, fazemos a seguinte pergunta: o que o ortodontista deve informar ou não informar ao paciente?

Chiccone citado por Proffit e Ackerman sugeriu alguns pontos importantes que devem ser informados ao paciente como:

1. Diagnóstico, apresentando em linguagem que o paciente possa entender.
2. Plano de tratamento completo, explicando quais os procedimentos recomendados e como serão realizados.
3. Visão das alternativas razoáveis de tratamento que são disponíveis, se ou não o ortodontista os realizará.
4. Prováveis seqüelas do tratamento.
5. Riscos potenciais, conseqüências do tratamento. (É a complicação não discutida com o paciente que engatilha a reivindicação por responsabilidade. Alguns estados norte-americanos adotaram a legislação que define pela porcentagem de ocorrência a necessidade de se discutir um risco potencial; por exemplo, no estado de Montana uma porcentagem de risco de 0,5% a 3% não necessita ser declarada ao paciente.)
6. Resultado previsto do tratamento, incluindo como o paciente se beneficiará e a probabilidade de sucesso (manter em mente que a realidade deve sempre substituir o otimismo).

Chiccone continua a dizer que há advertências para serem cuidadas ao implementar a doutrina de consentimento informado:

1. Quanto maior o potencial para danos, até mesmo se o risco for mínimo, maior a obrigação de informar o paciente. (Portanto, se o ortodontista está recomendando cirurgia ortognática, o risco de morte por causa da anestesia geral deve ser discutido, embora seja um risco extremamente pequeno.)
2. Quanto maior a chance de ocorrer um risco, maior a obrigação de informar o paciente. (Portanto, o ortodontista deve apontar que uma reabsorção mínima, quase imperceptível, ocorre em quase todos os dentes em quase todos os pacientes que passam por movimentação dentária.)
3. Quanto mais chance de escolha para o tratamento, mais hostil a intrusão do paciente em caso de um dano. (Portanto, cirurgias por razões estéticas mínimas deverão ser discutidas cuidadosamente.) (CHICCONI apud PROFFIT e ACKERMAN, 1996, p. 83-84)

O consentimento informado em ortodontia é indispensável na prática diária, devendo o ortodontista prestar ao paciente todas as informações necessárias sobre o tratamento proposto, seus riscos, possíveis resultados e alternativas de tratamento mesmo que o profissional não o realize, a duração do tratamento, portanto, o paciente que irá avaliar a melhor terapêutica e aceitar ou não a solução proposta pelo ortodontista.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator do Recurso Especial nº 436.827, em seu voto esclarece sobre o dever de informar do médico ao paciente:

Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as conseqüências da cirurgia, o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria difícil e demorado, nada esclarecendo sobre a conveniência da intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento do quadro.

A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no

exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano, ou diminui a possibilidade de êxito. Nas circunstâncias dos autos, assim como admitido pelo Tribunal e acima parcialmente descrito, o dever de informação antes e depois da cirurgia não foi cumprido. (STJ – RE 436.827. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 18/11/2002)

A informação para o consentimento informado pode levar a uma visão legal e para uma visão baseada na doutrina moral. A visão legal do consentimento informado leva a uma medicina defensiva, quando a informação é realizada de forma exaustiva sobre riscos prováveis e raros que podem acontecer. Já a visão da doutrina moral se baseia no respeito da autonomia do paciente, quando a informação ao paciente será a necessária para assegurar que os pacientes compreendam a natureza, riscos, benefícios e alternativas do tratamento, permitindo, portanto, que o paciente tome uma decisão com autonomia. (CUMPLIDO, 2005, p. 133)

6.3.4 A boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva é um dos requisitos de validade do consentimento informado na relação paciente-ortodontista e deve ser aplicado mesmo antes da relação contratual estar estabelecida, portanto, a boa-fé é “um princípio de repersonalização da relação contratual.” (FABIAN, 2002, p. 11)

A boa-fé está presente no Código Civil de 2002 no artigo 422 que dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. A boa-fé representa “uma couraça de todo o ordenamento jurídico para informar que todos os direitos subjetivos por ele assegurados somente poderão ser exercidos no limite da boa-fé.” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 59-60)

Para Sérgio Cavalieri Filho, a boa-fé é “um cinto-de-segurança da ordem jurídica, além do qual não se pode ir sem incorrer em ilicitude.” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 170)

O Código de Defesa do Consumidor também apresenta o princípio da boa-fé objetiva, consagrado no art. 4º, inciso III e art. 51, inciso IV do CDC com a finalidade de assegurar o equilíbrio entre as partes na relação de consumo.

A boa-fé é “um conceito jurídico aberto ou, na perspectiva positivista, uma cláusula geral” e “penetra em todas as relações do direito privado.” (FABIAN, 2002, p. 48 e 59)

A boa-fé é lealdade, honestidade, cooperação, respeito e corresponde à confiança reciprocamente depositada na relação paciente-ortodontista. Segundo o Ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior:

A boa-fé objetiva é o princípio de lealdade que deve orientar as relações humanas, de sorte que todos devem permitir sejam realizadas as expectativas que os outros têm nas relações humanas mantidas na vida social, princípio ético que preside o ordenamento, está presente e serve de guia para todas as relações no campo do Direito privado, e também no âmbito do Direito público. Diz o art. 422 que esse princípio, em se tratando de relação obrigacional, deve ser observado desde a celebração até a execução.

Acrescento eu que o enunciado ainda admite maior extensão, pois a boa-fé deve estar presente mesmo antes da realização do contrato, isto é, já nas tratativas, porque é a boa-fé que sustenta a idéia da responsabilidade pré-contratual. Antes, de celebrar o contrato, as partes estão obrigadas umas com as outras a ser honestas, probas, a não causar danos injustificados, a não criar expectativas inatingíveis, a não frustrar o que legitimamente delas era esperado.

(...) Há de se entender, também, que essa boa-fé preside as relações mesmo depois de extinto ou de integralmente executado o contrato. Aquele que, depois de cumpridas todas as prestações contratadas, frustra as expectativas do outro, pode ser obrigado a indenizar por ter violado o princípio da boa-fé. (...) Quero dizer que a boa-fé objetiva, criando obrigações ou limitando direitos, atua antes, na celebração, na execução, e até depois de extinto o contrato. O art. 422 do CC permite essa interpretação. (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 59-60)

Na relação paciente-ortodontista pode-se dizer que a boa-fé objetiva representa:

uma atuação “refletida”, atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso da posição contratual, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, com cuidado para com a pessoa e o patrimônio do parceiro contratual, cooperando para atingir o bom fim das obrigações, isto é, o cumprimento objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos os parceiros. Trata-se de uma boa-fé objetiva, um paradigma de conduta leal, e não apenas da boa-fé subjetiva, conhecida regra de conduta subjetiva no Código Civil. Boa-fé objetiva é um standard de comportamento leal, com base na confiança despertada na outra parte co-contratante, respeitando

suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais. (MARQUES, 1999, p. 107)

Na relação paciente-ortodontista, o ortodontista deve empregar toda sua ciência no tratamento ortodôntico, sua conduta ética e lealdade para com o paciente, pois a boa-fé é um princípio de materialização da vontade contratual, agora balizada pelas exigências de considerar as expectativas legítimas do outro.

6.4 Exceções à realização do consentimento informado

Algumas intervenções médicas podem ser realizadas sem ou até mesmo contra a vontade do paciente, sendo, portanto, situações excepcionais.

O consentimento informado não será necessário na relação médico-paciente em algumas situações como, por exemplo, situação de emergência, grave perigo para a saúde pública, privilégio terapêutico, direito de recusa do paciente, direito de o paciente não ser informado e dever de sigilo profissional dos médicos. (RAGAZZO, 2007, p. 105)

No caso específico do consentimento informado em ortodontia, aplicam-se as situações de dispensa do consentimento nas situações de emergência, privilégio terapêutico, direito de recusa do paciente e direito de o paciente não ser informado.

6.4.1 Emergência

A emergência é uma justificativa legal da falta do consentimento informado, pois, a demora em realizar determinada intervenção pode por em perigo de vida ou agravar o estado de saúde do paciente. Nesta situação ocorre um conflito de direitos e deveres, ou seja, o direito de consentir do paciente e o dever do médico de tratar e obter o consentimento informado. (PEREIRA, 2004, p. 562)

Conforme, esclarece André Gonçalo Dias Pereira:

O ordenamento jurídico cria, assim, uma verdadeira autorização para a intervenção médica. No exercício de concordância prática entre o direito à livre disposição do seu corpo e o direito à vida e à saúde, a lei criou as condições para que o médico possa intervir salvando a vida ou evitando uma lesão grave da integridade física. (PEREIRA, 2004, p. 563)

O princípio da autonomia não será exercido na situação de emergência porque “importa prestar ao doente os cuidados médicos adequados para que, em virtude de um processo de reabilitação terapêutica, ele possa vir a alcançar um estado de saúde.” (PEREIRA, 2004, p. 562)

O Código Penal excetua a responsabilidade criminal do médico no crime de constrangimento ilegal em seu artigo 146, § 3º, inciso I que dispõe: “não se compreendem na disposição deste artigo: I- a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”

A exclusão da tipicidade decorre da preservação do bem jurídico protegido (a vida) em face da liberdade pessoal e esclarece, Cezar Roberto Bitencourt que:

A intervenção do médico, sem consentimento, ou a coação, nas circunstâncias descritas, estão excluídas da adequação típica contida no caput do art. 146, ou seja, a intervenção para impedir o suicídio são atípicas. A iminência de perigo de vida ou de suicídio constitui causa excludente de tipicidade. (BITENCOURT, 2001, p. 426)

No caso do consentimento informado em ortodontia, poderão ocorrer situações de emergência, que podem vir a acontecer na clínica diária do ortodontista. Laurance Jerrold exemplifica em seu artigo uma situação muito comum com crianças: um paciente que está em tratamento ortodôntico teve seu dente avulsionado em uma brincadeira na escola e chega ao consultório do ortodontista, que é próximo da escola, com o dente na mão. Neste caso para o sucesso do reimplante do próprio dente, este deverá ser realizado o mais rápido possível e o consentimento informado não será obtido dos pais por não terem sido encontrados no momento. O profissional fará o procedimento necessário para implantar o dente do paciente, portanto, o profissional poderá alegar a doutrina da emergência em não ter obtido o consentimento informado dos pais. (JERROLD, 2004, p. 393)

Esta situação exemplifica bem uma situação de dano irreversível que pode vir a acontecer, caso não seja realizado o implante do dente em um período de tempo

curto, pois quanto maior a demora em reimplantar o dente menos favorável será o prognóstico.

6.4.2 Grave perigo para a saúde pública

O consentimento informado não será obtido quando houver grave risco para a saúde coletiva. As campanhas de vacinação obrigatórias são o exemplo mais comum desta situação. Neste caso ocorre uma “primazia do interesse coletivo sobre o interesse individual.” (RAGAZZO, 2007, p. 105)

Como explica o autor português sobre o direito fundamental à saúde, a nível coletivo e individual:

Os direitos fundamentais poderão igualmente colidir, ou intersectarem-se nas respectivas esferas de proteção, justificando, por exemplo, o sacrifício total ou parcial dos bens jurídicos contidos na respectiva esfera, por se justificar a proteção dos valores em causa. (RODRIGUES, 2001, p. 294)

A Lei 6.259/75 estabelece normas relativas à notificação compulsória para pacientes com doenças infecto-contagiosas pela vigilância epidemiológica, que adotará as medidas necessárias ao controle da doença.

A Lei 10.216/01 dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e seu artigo 6º, inciso III e 9º tratam da internação psiquiátrica compulsória (determinada pela Justiça), mas o paciente receberá o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento (art. 2º, § único, inc. VII).

O autor português João Vaz Rodrigues esclarece que:

No que concerne ao consentimento em caso de tratamento compulsivo, temos já por assente que pode estar vedada ao visado a possibilidade de, licitamente, recusar a intervenção proposta pelas autoridades sanitárias em salvaguarda da saúde pública. Mas a desnecessidade da obtenção do consentimento não prejudica o dever (independente) de o agente médico prestar as informações prévias ao ato compulsivo, certificando-se do esclarecimento do paciente. (RODRIGUES, 2001, p. 303)

A dispensa do consentimento informado nestas situações acima descritas não significa a dispensa total de informar e esclarecer o paciente sobre seu estado de

saúde, portanto, só será restringida a informação na medida necessária ao interesse público, sem retirar o direito da pessoa em ser informada e até mesmo consentir com o poder público, desta maneira, ocorrerá o respeito pela dignidade da pessoa.

6.4.3 Privilégio terapêutico

O privilégio terapêutico é uma exceção de obter o consentimento informado e “consiste na faculdade de atuação médica, perante situações de mal iminente ou conseqüente, sem que previamente se prestem as informações devidas ao esclarecimento do paciente.” (RODRIGUES, 2001, p. 279)

O privilégio terapêutico capacita ao médico ocultar informação a respeito dos riscos de um tratamento, pois, estas informações poderiam gerar danos à integridade psicológica do paciente e à saúde.

Na verdade, “o privilégio médico transcende a proteção da liberdade e da autonomia do paciente, porque justifica a preferência pela proteção da saúde e vida quando estes valores concorram ou colidam com aqueles.” (RODRIGUES, 2001, p. 281-282)

O artigo 59 do Código de Ética Médica estabelece que o médico pode deixar de informar o paciente “quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.”

As informações que devem ser ocultadas do paciente são aquelas que poderiam provocar danos ao paciente, mas as outras informações podem ser transmitidas ao paciente. (HIGHTON e WIERZBA, 2003, p. 601)

6.4.4 Direito de recusa do paciente

O direito à recusa do tratamento é conseqüência do consentimento informado e do exercício da autonomia, pois o paciente tem o direito de ser informado dos aspectos relevantes, do risco do tratamento e posteriormente emitirá ou não o seu consentimento.

O artigo 15 do Código Civil estabelece que: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” A doutrina entende que o paciente pode recusar qualquer tratamento ou cirurgia desde que não apresente risco de vida.

Carlos Emmanuel explica que nos casos das transfusões sanguíneas em pacientes, que são testemunhas de Jeová, que

a prevalência do direito à vida, considerado como verdadeiramente indisponível, sobre o direito de autodeterminação constitui o fundamento das decisões judiciais que permitem a intervenção médica quando há risco iminente de vida.

A melhor solução, no entanto demandaria uma valorização maior da vontade do paciente. Caso se verifique que a sua manifestação é livre e voluntária, e sendo o indivíduo devidamente competente para tomar decisões médicas, não há razão para obrigá-lo a sofrer intervenção médica que julga descabida. Esse entendimento se torna ainda mais forte nas hipóteses em que a cirurgia apresenta riscos de lesão grave ou mesmo de morte por si própria ou em que o procedimento médico apenas adiará um resultado já certo. (RAGAZZO, 2007, p. 114-115)

Existem várias posições perante a doutrina e jurisprudência a respeito do direito à vida x direito à autodeterminação, no entanto, quando o paciente está com capacidade para consentir e se nega a realizar determinado tratamento, sua vontade deve ser respeitada, assim, sua autonomia estará sendo exercida. O debate gira em torno do direito que o paciente tem em exercer sua autodeterminação e o dever de curar do médico, além do mais se pode argumentar que o titular do direito à saúde é o paciente, não é o Estado e nem o médico.

Um caso muito interessante citado pelo autor português, João Vaz Rodrigues, faz repensar a relação médico-paciente e se o médico deveria investigar os motivos da recusa em realizar o tratamento:

O Sr. Hart, que possuía uma longa história de insuficiência cardíaca – a *bypass surgery* – mediante a qual poderia ultrapassar a sua grave doença cardíaca; contudo, inexplicavelmente, recusava a intervenção. Durante seis meses a sua decisão permaneceu inabalável, muito embora as sucessivas razões apresentadas, resultando da persistência do médico, não fossem consistentes... Até que se apurou o verdadeiro motivo da recusa: o Sr. Hart vivia com um neto de sete anos de idade, não tendo ninguém a quem o confiar pelo período em que estivesse internado em convalescença. A sua timidez impedia-o de explicar esse problema que, pensava, as pessoas ligadas ao hospital nunca poderiam resolver. (RODRIGUES, 2001, p. 356)

A decisão do paciente deve ser respeitada e o médico deverá observar e persistir sobre os verdadeiros motivos da recusa ao tratamento pelo paciente.

6.4.5 Direito do paciente não ser informado

O direito de o paciente não ser informado é uma exceção a realização do consentimento informado. Nesta situação o paciente não deseja receber as informações que o profissional teria o dever de transmitir, portanto, o paciente está exercendo sua autonomia em não querer ser informado.

Nos casos de exames genéticos, que permitem prever a predisposição para o desenvolvimento de determinadas doenças, ou quando o diagnóstico informa doenças infecto-contagiosas, ocorrendo nestas situações que o paciente não deseja ser informado sobre uma patologia que poderá ter futuramente ou que apresenta no momento. (RAGAZZO, 2007, p. 117)

Carlos Emmanuel enumera os deveres do médico ao defrontar com um paciente que não quer ser informado de seu estado de saúde:

- (i) ele tem direito a ser informado sobre o tratamento;
- (ii) pacientes têm o direito de tomar decisões sobre o tratamento;
- (iii) médicos não podem fornecer tratamento sem o consentimento do paciente;
- (iv) o direito de decidir inclui o direito a consentir ou recusar tratamentos. (RAGAZZO, 2007, p. 117)

6.4.6 Dever de sigilo profissional dos médicos

O dever de sigilo do médico decorre do respeito à autonomia do paciente. A quebra deste sigilo poderá gerar responsabilidade nas esferas ética, civil e criminal.

O Código de Ética Médica, veda ao médico:

Art. 102 - Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.

Parágrafo único: Permanece essa proibição: a) Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido. b) Quando do depoimento como testemunha. Nesta hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento.

O médico não pode revelar a terceiros sem o consentimento do paciente informações sobre sua doença e seu prontuário médico, pois existe a confidencialidade das informações na relação médico-paciente e, desta maneira, estaria sendo violado o direito à intimidade tutelado no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

A violação do segredo profissional é tipificada no artigo 154 do Código Penal e dispõe que: “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.”

Existem situações em que o médico se vê confrontado com a violação do dever de sigilo em face da proteção da saúde de terceiro ou da coletividade, segundo o Código de Ética Médica em seu artigo 11 dispõe que:

O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.

A omissão de notificação de doença é crime contra a saúde pública, conforme artigo 269 do Código Penal, que assim dispõe: “deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”. E o artigo 66, inciso II da Lei de Contravenções Penais tipifica a omissão de comunicação de crime de ação pública se o médico teve conhecimento pelo exercício de sua profissão:

Art. 66 - Deixar de comunicar à autoridade competente:

I - crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

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:

Questão interessante é a respeito do paciente infectado com o vírus da AIDS ou com outra doença infecto-contagiosa ou transmissível, nestes casos, o médico ou dentista deveriam revelar ao cônjuge ou terceiro esta informação?

Conforme esclarece João Vaz Rodrigues sobre esta situação:

É evidente que a situação exige ao médico as maiores cautelas: ele terá de se convencer, aferindo objetivamente, da verificação de elevados riscos de contágio do cônjuge, ou de terceiro que com o paciente conviva intimamente, designadamente – repetimos – porque o paciente se recusa a informar quem consigo conviva nessa esfera de intimidade e a autorizar o médico a fazê-lo. Neste quadro, convencendo-se o médico de que as pessoas que convivem no círculo de relações do paciente devem adotar medidas preventivas que as salvaguardem do perigo inerente, acreditamos que a revelação ficará a coberto de uma causa de justificação da ilicitude, mas subsiste a dúvida: deve ou pode divulgar? Em França, perante circunstâncias análogas (riscos detectados por exames genéticos), aponta-se como dever do médico tudo fazer para convencer (responsabilizar) o paciente a revelar o seu estado e perigosidade aos seus próximos. Caso não consiga, então o dever de informar entrará em colisão com o dever de sigilo, pugnando-se pela imperatividade do dever de assistência médica a pessoas cuja saúde esteja em perigo. (RODRIGUES, 2001, p. 249-250)

Nestes casos, existe o conflito entre o dever de sigilo das informações recebidas do paciente e o dever de proteção da saúde de terceiros. Conforme o artigo 102 do Código de Ética Médica, a revelação pelo médico dar-se-ia por justa causa para evitar a contaminação de terceiros. Algumas hipóteses de justa causa que podem ocorrer:

- a) para evitar casamento de portador de moléstia grave e transmissível por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do futuro cônjuge ou descendência;
- b) casos de piloto-aviador, motorista de transporte público ou motoristas de transporte de escolares, portadores de moléstia que possa acarretar catástrofe;
- c) caso de abusos de pátrio poder ou abuso de curatela ou tutela;
- d) para defender interesse legítimo próprio ou de terceiros. (RAGAZZO, 2007, p. 120)

O médico, para revelar as informações do paciente e quebrar a confidencialidade na relação-médico paciente, deve analisar no caso concreto a magnitude do risco envolvido e a magnitude do dano para a vítima. (STANCIOLI, 2004, p. 82)

7. FORMA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é resultante do processo de comunicação entre o paciente e o ortodontista, iniciando-se de forma oral e posteriormente deverá ser formalizado por escrito. O consentimento informado escrito é mais seguro para o profissional e poderá ser um meio de prova caso ocorra uma demanda judicial ou administrativa.

No direito espanhol, a Conferência de Consenso de INSALUD, em 1993, estabeleceu algumas orientações sobre o consentimento informado escrito que deve conter o diagnóstico e o tratamento proposto ao paciente, assegurando que o paciente entendeu a natureza e o propósito do procedimento proposto. O formulário escrito serve como registro do processo de obtenção do consentimento informado na medida em que o paciente autonomamente decide se aceita ou não o tratamento. E também serve como uma proteção do profissional. (CUMPLIDO, 2005, p. 166)

O formulário de consentimento informado deve apresentar duas partes no documento. A primeira parte se destina ao paciente e deverá conter informação sobre o problema, tratamento e procedimentos alternativos, a técnica a ser realizada, duração de tempo, descrever os benefícios esperados, riscos possíveis e a possibilidade de o paciente reconsiderar a qualquer momento sua decisão. A segunda parte deve registrar que o consentimento informado foi emitido efetivamente com as declarações, nome completo do paciente, declaração que leu e compreendeu todo o exposto e as explicações, expressão explícita de seu consentimento voluntário para a realização do tratamento proposto, assinaturas do paciente ou responsável legal e do profissional, local e data. (CUMPLIDO, 2005, p. 168-169)

Conforme o advogado, James Bowlin, da AAO – *American Association of Orthodontists*, é recomendável que além das assinaturas do paciente ou do responsável legal e do ortodontista, também tenha a assinatura de uma testemunha. (TURPIN, 2005, p. 643)

Laurance Jerrold em seu artigo intitulado *Informed consent and orthodontics* apresenta um modelo de consentimento informado que é utilizado pelos ortodontistas americanos, ver Anexos E e F. (JERROLD, 1988, p. 256)

As informações que irão estar no consentimento informado sobre o paciente devem ser individualizadas, contendo informações adequadas para seu caso específico. Os formulários padrões e formulários genéricos não devem ser utilizados, pois não refletem as informações personalizadas do paciente.

Outra forma de consentimento informado seria a utilização de gravação de vídeo, que seria uma forma bem completa de provar sobre as informações transmitidas ou não pelo ortodontista ao paciente. (JERROLD, 2007b, p. 290)

8. A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA APLICAÇÃO NO CONSENTIMENTO INFORMADO EM ORTODONTIA

Conforme a doutrina e a jurisprudência aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor à responsabilidade civil de médicos, dentistas e profissionais liberais em geral. Segundo o artigo 14, § 4º, do CDC, “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

O Código de Defesa do Consumidor abraçou a teoria da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, sendo que na relação paciente-ortodontista, a regra da responsabilidade objetiva é excepcionada pelo § 4º do art. 14 do CDC.

A culpa na responsabilidade civil odontológica deve ser certa e não presumida como esclarece o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

A sua apuração obedece aos mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, como o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não a observou, agiu com culpa. Essa culpa tem que ser certa, ainda que não necessariamente grave. (AGUIAR, 1997, p. 128)

O profissional liberal tem a garantia da responsabilidade subjetiva, nesse sentido, as jurisprudências:

No sistema do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, § 4º). (Recurso Especial nº 122.505-SP, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Diário de Justiça da União 24.08.1998).

Caracterizado o serviço dentário realizado como obrigação de resultado, ainda mais quando se evidencia problema estético, e comprovada a imperícia pelo Conselho Regional de Odontologia e pela perícia judicial, resta plenamente evidenciada a responsabilidade do cirurgião-dentista, quebrando a relação de confiança para o refazimento do trabalho, a possibilitar que o novo tratamento seja feito por outro profissional, este escolhido pelo autor, sem, contudo, agravar a situação do réu. A verba de ressarcimento, em casos tais, pode ser dada tendo em vista o pagamento do novo tratamento, além de despesas extras expendidas pelo autor, sem que resulte em afronta ao postulado na inicial. (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap. Cível nº 267.169-4, Juiz Dorival Guimarães Pereira, Diário do Judiciário-MG, 17.04.1999)

O ortodontista deve compartilhar com o paciente e orientá-lo sobre os riscos do tratamento proposto, desta maneira, o ortodontista não assumirá sozinho a responsabilidade, tendo em vista o exercício da autonomia pelo paciente ao consentir no tratamento e nos riscos prováveis ou previsíveis. Um exemplo de um risco provável, que ocorre geralmente, é uma pequena reabsorção radicular nos dentes, ou seja, arredondamento do ápice radicular.

Não deve ocorrer, portanto, a transferência da responsabilidade do ortodontista para o paciente, a assunção do tratamento ortodôntico e riscos de danos pelo paciente só é eficaz em relação aos seus efeitos, que são reconhecidos pelo dever de informar e pela obtenção do consentimento informado livre e esclarecido. Quando ocorrer uma negligência do profissional, a imputação continuará recaindo sobre o ortodontista.

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator do Recurso Especial nº 436.827, tratou da falta de obtenção do consentimento informado pelo médico, resultando negligência do profissional, conforme a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (STJ – Rec. Esp. 436.827. Relator Min Ruy Rosado de Aguiar. DJ 18/11/2002)

Carlos Emmanuel aponta pela responsabilização do profissional mesmo que a atuação tenha sido correta, mas não tenha sido obtido o consentimento informado,

portanto, ocorreu uma violação da autonomia do paciente e do direito da personalidade:

Dessa forma, a doutrina brasileira entende que, ainda que o procedimento tenha sido perfeito dentro dos limites da ciência médica atual, o médico irá responder civilmente por ter desrespeitado o direito personalíssimo do seu paciente consistente na sua autonomia para decidir informada e livremente se irá se submeter ao procedimento proposto e, se for o caso, dentro das alternativas que lhe são dadas, qual julga mais apropriada para si. (RAGAZZO, 2007, p. 88)

Muito comum que ortodontistas trabalhem em clínicas ou até mesmo em instituições sem fins lucrativos, nestes casos o ortodontista tem o dever de informar ao paciente sobre o tratamento ortodôntico, alternativas de tratamentos, riscos e obter o consentimento informado. Caso ocorra um dano ao paciente por falta de informação que deveria ser prestada pelo ortodontista, a clínica, portanto, será responsabilizada solidariamente com o profissional.

A responsabilidade de clínicas ou hospitais passou a ser enquadrada no Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 1º), pois são fornecedoras de serviços e respondem independentemente da existência de culpa pelos danos causados ao paciente. As clínicas ou hospitais respondem pelo risco da escolha do profissional. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 382-384)

Artur Cristiano Arantes esclarece sobre a responsabilidade civil da pessoa jurídica no caso de prestadora de serviço de odontologia, que será avaliada pela teoria objetiva do risco e, a do profissional liberal que será analisada pela teoria da responsabilidade subjetiva:

Quando se tratar de assistência odontológica prestada por empresa de Odontologia ou mesmo médico-odontológica, estas estão sujeitas, como fornecedoras de serviços, a apuração da responsabilidade independente da existência de culpa (*princípio da responsabilidade sem culpa*), pois a atividade nos casos de planos de saúde odontológica são típicas de massa; basta o nexo causal e o dano sofrido. O fornecedor de serviços empresa responde, independentemente da existência da culpa, pela reparação do dano causado aos consumidores por vícios e ou defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos, a não ser que exista culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros não prepostos, representantes ou empregados do fornecedor ou prestador de serviços. Nesse particular, só há culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. O terceiro de que trata a presente lei, é aquele sem qualquer relação jurídica com o fornecedor. No que diz respeito aos cirurgiões-dentistas ou médicos que tenham vínculo empregatício com essas pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou a elas prestam serviços, a reparação civil por dano será argüida dos respectivos

estabelecimentos de Saúde, combinado com os artigos 3º e 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; porém, ainda assim, terão as empresas direito de regresso, em relação ao profissional, conforme estabelece as Súmulas 187 e 188 do STF. (ARANTES, 2006, p. 103-104)

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar trata da falta do consentimento informado e da responsabilidade solidária da pessoa jurídica, no Recurso Especial nº 467.878 conforme a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado.

A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente.

Recurso não conhecido. (STJ – Rec. Esp. 467.878. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 10/02/2003)

A falta de obtenção do consentimento informado em ortodontia pode resultar a responsabilização do ortodontista por negligência devido a sua omissão em informar ao paciente sobre o tratamento, alternativas viáveis de tratamento e riscos prováveis. Esta falta do dever de informar pode gerar direitos a uma indenização.

A negligência profissional na maioria das demandas judiciais poderá ocorrer por má conduta do ortodontista nas seguintes situações:

1. Negligência no cumprimento das obrigações relativas ao “consentimento informado”.
2. Negligência no diagnóstico ou no encaminhamento do paciente a outro profissional.
3. Negligência no resultado do tratamento, pois este não corresponde à perspectiva do paciente.
4. Desistência do profissional do tratamento do paciente.
5. Total negligência. (SPEIDEL, 2002, p. 112)

Pode-se ilustrar a negligência do ortodontista relacionada ao diagnóstico e a falta de encaminhamento do paciente a outro especialista na demanda judicial de Clark contra Laughlin:

O ortodontista assumiu o tratamento de um paciente de 12 anos que estava sendo atendido por um ortodontista que veio a falecer. O profissional foi considerado negligente, pois não realizou uma reavaliação diagnóstica do paciente, quando teria tido a oportunidade de informar aos pais a existência de uma afecção temporomandibular que estava fora da sua especialização, e não providenciou o encaminhamento do paciente para outro profissional especializado. (SPEIDEL, 2002, p. 112)

O ortodontista foi considerado negligente no caso americano Kushner v. Mullin “no qual o paciente perdeu seis dentes anteriores superiores devido a perda óssea no curso do tratamento que durou cinco anos.” (SPEIDEL, 2002, p. 113)

Outros casos americanos que ilustram a negligência do ortodontista em diversas situações:

Em alguns casos, os juízes entenderam a negligência do ortodontista, por deixar de identificar afecções durante o curso do tratamento e por descuidar da necessária providência de encaminhamento do paciente para profissionais especializados. Os pacientes com afecções periodontais preexistentes ou com raízes curtas pré-tratamento são candidatos a exames mais detalhados, tratamento simples ou até mesmo ausência total de tratamento. (SPEIDEL, 2002, p. 113-114)

Muito comum ocorrer na clínica diária, pacientes que no meio do tratamento ortodôntico tiveram que mudar de cidade e irão dar continuidade do caso com outro profissional. Nesses casos é importante que o ortodontista para dar continuidade ao tratamento ortodôntico, solicite ao colega, que interrompeu o tratamento, a documentação ortodôntica inicial e um relatório sobre o tratamento já realizado. O novo ortodontista deverá pedir ao paciente para realizar, novamente, as fotografias e uma radiografia panorâmica para documentar a chegada do paciente antes de dar continuidade ao tratamento ortodôntico. (FRANÇA, RIBAS e LIMA, 2002, p. 25-31) É muito importante que o ortodontista, que irá dar continuidade ao caso, tome estes cuidados para não ser responsabilizado por algum dano que possa ter sido causado pelo profissional que iniciou o tratamento ortodôntico.

A irrealização dos resultados esperados e previstos no plano de tratamento ortodôntico, que já foi consentido pelo paciente, pode conduzir o ortodontista a ser responsabilizado como negligente.

Os riscos conhecidos ou óbvios não geram responsabilidade civil, como por exemplo, a irritação da gengiva devido aos braquetes ou a irritação da mucosa bucal durante o período de adaptação do paciente ao aparelho. (JERROLD, 2004, p. 393)

Uma questão que se tem levantado nos casos de responsabilidade civil nos tribunais americanos é o problema do *evidence-based data*, que traduzindo para o português significaria a evidência estatística de dado. E podemos levantar as seguintes perguntas: 1- O que a evidência estatística de dado mostraria a respeito da conduta de um ortodontista se ele foi ou não negligente? 2- Para que os ortodontistas podem usar a evidência estatística de dado?

Respondendo a primeira pergunta, a evidência estatística de dado não apresenta nenhuma relação se o tratamento foi executado pelo ortodontista apropriadamente; se o paciente colaborou com o tratamento; e se foi obtido o

resultado esperado no tratamento; portanto, a evidência estatística de dado não demonstra se o ortodontista foi ou não negligente, considerando os vários tipos de mecanoterapia possíveis para certo caso. (JERROLD, 2007a, p. 103)

Respondendo a segunda pergunta, a evidência estatística de dado poderia ajudar o ortodontista e o paciente na escolha do melhor tratamento dentre as várias modalidades de tratamentos possíveis para um caso específico. A evidência estatística de dado poderia determinar qual a mecânica mais apropriada em um caso, por exemplo, para um paciente com maloclusão de classe II, se seria um aparelho ortopédico ou elásticos de classe II ou arco extra-bucal e, qual destas opções teria um resultado mais eficaz e rápido em um determinado período de tempo em modificar a posição da mandíbula. (JERROLD, 2007a, p. 103)

A evidência estatística de dado pode ajudar o paciente e o ortodontista na escolha da melhor opção de tratamento ortodôntico dentre as possibilidades de mecanoterapias e também analisar os riscos e vantagens de cada uma das opções, portanto, a evidência estatística de dado tem um papel importante durante o processo do consentimento informado na relação paciente-ortodontista.

O ortodontista deve ser cauteloso em obter o consentimento informado e informar ao paciente sobre seu tratamento, pois se aplica a critério do juiz para facilitar a defesa do paciente diante de certas circunstâncias, o inciso VIII do art. 6º do CDC que assegura a inversão do ônus da prova quanto ao profissional liberal, portanto, terá o ortodontista que comprovar que não houve ilícito. Pode-se ilustrar pela jurisprudência a inversão do ônus da prova:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

1.No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º).

2.A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstância concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3.Recurso especial não conhecido. (STJ - RESP 122505. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 24/08/1998. RSTJ v. 115, p.271)

Para que ocorra a inversão do ônus da prova na relação paciente-ortodontista deverá estar presentes os seguintes requisitos de hipossuficiência e verossimilhança conforme dispõe a redação do artigo 6º, inciso VIII do CDC:

A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Aplica-se na relação paciente-ortodontista, conforme o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, a inversão do ônus da prova:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às prestações de serviço do profissional liberal dentista, incidindo suas normas materiais e instrumentais dentre essas a da inversão do ônus da prova, quando verossímil a alegação, conforme disposto no art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90. (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível 254.255-0, Juiz Wander Marotta, Diário do Judiciário – MG, 12.08.1998)

O juiz poderá inverter o ônus da prova quando for verossímil a alegação, conforme explica Sérgio Cavaliere sobre o significado de verossímil:

Verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face da realidade fática. Não se trata de prova robusta e definitiva, mas da chamada prova de primeira aparência, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permite um juízo de probabilidade. Essa inversão tem por fundamento a hipossuficiência do consumidor, não apenas econômica, mas também jurídica, mormente no plano processual. (CAVALIERI FILHO, 2003a p. 492)

Outra questão interessante é a respeito do paciente não poder fazer prova de fato negativo, ou seja, o profissional que irá provar que informou adequadamente e obteve o consentimento informado do paciente, conforme esclarece a jurisprudência:

O demandado alega que informou corretamente à sua paciente sobre todos os riscos da operação, inclusive sobre a possibilidade de a mesma vir a engravidar mesmo após a realização da laqueadura. Acontece que não fez prova de suas alegações. Por um lado, não se pode exigir da demandante que produza provas negativas (de que não foi informada pelo requerido), e, por outro, estão aqui presentes os requisitos exigidos pelo CDC (art. 6º, inc. VIII) para a inversão do ônus da prova, isto é, a verossimilhança nas alegações e a hipossuficiência do consumidor (...). Caberia, então, ao profissional requerido fazer prova de que expôs à demandante todos os riscos e possíveis conseqüências da cirurgia da laqueadura de trompas, ônus do qual não se desincumbiu. (TJRS. Ap. Cív. 70005322730-2002 da 10ª Câmara Cível. Des. Rel. Luiz Ary Vessini de Lima. DJ - 19.02.2004)

O Código Civil de 2002 ao se referir à responsabilidade dos profissionais liberais excepciona a regra do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, portanto, não sendo os ortodontistas submetidos à responsabilidade objetiva e sim à responsabilidade subjetiva encontrada no art. 951 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 951- O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

A cláusula geral da responsabilidade subjetiva é encontrada conjugando o art. 927 com o art. 186 do Código Civil, assim dispõe o art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e o art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O conceito de ato ilícito é subjetivo, porque tem como elemento integrante a culpa, que está expressamente no Código como negligência e imprudência.

Esse ato ilícito subjetivo gera o dever de indenizar, responsabilidade fundada na culpa, a cláusula geral de responsabilidade subjetiva do novo Código (...) Essa responsabilidade só vai se configurar quando houver conduta culposa, nexos causal e dano, com aquela complexidade toda de ficar provada a culpa, como violação ao dever de cuidado. Cláusula geral, aberta, que sempre exigirá um juízo de valor, porque em cada caso teremos que ver se houve previsibilidade, se houve um comportamento adequado etc. (CAVALIERI FILHO, 2003b, p. 74)

A responsabilidade do ortodontista decorre do dever legal de informar, esclarecer o paciente sobre o tratamento, riscos, alternativas e da falta de obtenção do consentimento informado.

A falta de informação ou a informação incorreta ao paciente pode constituir em uma possível indenização por culpa do ortodontista, não sendo necessária a negligência no tratamento. É necessário também verificar o nexo causal entre a omissão da informação e o dano para que se estabeleça o dever de indenizar, conforme Lorenzetti citado por Kfoury Neto “quanto ao nexo causal, a vítima deve demonstrar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento.” (KFOURI NETO, 2002, p. 303)

A deficiência do consentimento informado acarreta a presunção de que o paciente não concordou com o tratamento, podendo responder civilmente o ortodontista. Assim, o consentimento informado tem um papel fundamental no campo probatório.

A obtenção do consentimento informado não implica a exoneração do profissional de eventual responsabilidade, sendo necessária a comprovação da culpa e explica Pierangeli citado por Miguel Kfourí Neto:

Não pode ser justificado pelo consentimento o erro do médico que se manifesta por uma equivocada utilização de meio, em razão de um diagnóstico incorreto ou de aplicação de teoria errônea. Se o erro deriva de manifesta imperícia (erro inescusável), ou seja, quando o erro deriva de falta de conhecimentos ou capacitação que nenhum profissional habilitado poderia cometer, o fato culposo não é consentido, pois, a representação do risco está ligada a uma regular intervenção em que se deve observar a *lex artis*.

Diversa, porém, se apresenta a solução quando o erro do médico é escusável, por ter ele observado os sistemas e os métodos terapêuticos preconizados e estabelecidos pela ciência médica. Em tal hipótese, o consentimento do paciente é válido para justificar o erro, salvo quando o próprio paciente tenha estabelecido como condição a utilização de um determinado método, dentre aqueles que a ciência médica indica, pois, em tal caso, o consentimento não pode ser derogado unilateralmente pelo facultativo. (PIERANGELI apud KFOURI NETO, 2002, p. 313)

Caso ocorra a caracterização da culpa do ortodontista por imperícia, imprudência ou negligência, não será a existência do consentimento informado que isentará o profissional do dever de indenizar. O consentimento informado registra a relação ortodontista-paciente da qual decorrerão os direitos e deveres correspondentes e “não deve confundir-se com as causas excludentes de responsabilidade - como a ausência do nexo causal, o caso fortuito, a força maior ou a culpa da vítima ou de terceiro, dentre outras.” (KFOURI NETO, 2002, p. 291)

9. CONCLUSÃO

Apresento, por fim, uma síntese final desta dissertação, destacando os seguintes pontos:

1. A ética médica grega (ética hipocrática) considerava o doente como um incapacitado físico, psíquico e moral. O doente devia obedecer ao médico, que priorizava o seu bem-estar, baseado no princípio moral da beneficência e no paternalismo.

2. Um novo modelo para a relação profissional-paciente será necessário, que deverá ser pautado na autodeterminação do paciente. O paciente deixa de ser objeto e passa a ser sujeito ao exercer sua autonomia em relação ao próprio corpo.

3. O consentimento informado na relação ortodontista-paciente é a expressão da manifestação do exercício da autonomia do paciente neste processo dialógico, que culmina com um encontro de vontades vinculantes.

4. O consentimento informado é o núcleo ético da relação ortodontista-paciente.

5. A autonomia é o eixo central da doutrina do consentimento informado.

6. Para Immanuel Kant a concepção de autonomia está ligada a idéia de auto-suficiência, na qual o indivíduo atua solitário. Na relação ortodontista-paciente a auto-suficiência não soluciona os problemas do consentimento informado, pois o paciente não seria capaz de decidir por si mesmo.

7. Faz-se necessário, portanto, um novo modelo de autonomia, que abandona o ponto de vista do agente autônomo e foca no agir autônomo, assim surge à autonomia dialógica. Os pacientes ao consentirem devem fazer suas escolhas satisfatoriamente autônomas, portanto o consentimento é um ato de autorização autônoma.

8. Três condições são necessárias para o ato ser autônomo: intenção, compreensão e ausência de influências controladoras. No consentimento informado é possível alcançar um ato satisfatoriamente autônomo na relação ortodontista-paciente.

9. O consentimento informado para ser válido apresenta como requisitos: a voluntariedade (autonomia), a competência de consentir, o dever de informar e a

boa-fé objetiva.

10. O paciente deve consentir de forma livre, esclarecida, voluntária e consciente.

11. A vontade do paciente deve ser livre de influências controladoras como a manipulação, a persuasão e a coação, portanto a vontade não pode apresentar vícios.

12. A capacidade para consentir é distinta da capacidade negocial, que rege a matéria dos negócios jurídicos. A competência para consentir deve ser avaliada em função da capacidade intelectual, volitiva e emocional, que permitirá ao paciente agir autonomamente.

13. A capacidade da pessoa ao consentir na relação ortodontista-paciente está ligada à autonomia. A pessoa incapaz deve participar no processo do consentimento na medida do possível e o ortodontista deverá verificar se realmente houve compreensão das informações e nos casos que envolvam riscos, o representante legal deve dar seu consentimento para a realização do tratamento.

14. As regras de proteção dos consumidores devem ser aplicadas na obrigação de informar na relação ortodontista-paciente. O ortodontista deve informar e esclarecer sobre o tratamento ortodôntico, o prognóstico, os riscos prováveis e previsíveis, os benefícios e alternativas dos tratamentos possíveis, a duração e custo do tratamento e, os riscos e conseqüências da recusa do tratamento pelo paciente. Após os esclarecimentos o paciente irá consentir ou não na intervenção proposta.

15. O dever de informar é excepcionado nas situações de: emergência, grave perigo para a saúde pública, privilégio terapêutico, direito de recusa do paciente, direito do paciente não ser informado e dever do sigilo profissional.

16. A boa-fé objetiva assegura o equilíbrio na relação ortodontista-paciente, que deve ser orientada pela lealdade, honestidade, cooperação, respeito e confiança.

17. O consentimento informado deve ser prestado antes do início do tratamento ortodôntico. Quanto à forma do consentimento informado em ortodontia, este deve ser formalizado por escrito, contendo as informações sobre o tratamento proposto, benefícios, riscos possíveis e previsíveis e alternativas de tratamentos. O consentimento por escrito será um meio de prova caso ocorra um demanda judicial ou administrativa.

18. As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicadas na relação ortodontista-paciente para se apurar a responsabilidade civil do ortodontista.

19. A responsabilidade civil será subjetiva para os profissionais liberais (art. 14 § 4º do CDC).

20. A falta do consentimento informado na relação ortodontista-paciente conduz a responsabilização do profissional pela violação da autonomia do paciente e do direito da personalidade.

21. A presença do consentimento informado em ortodontia não exonera o ortodontista de suas responsabilidades, portanto, não deve ocorrer a transferência da responsabilidade do ortodontista para o paciente.

22. A aplicação do consentimento informado na prática diária do ortodontista faz com que os princípios éticos da pessoa humana sejam respeitados, assegura a relação de confiança entre o ortodontista e o paciente e eleva o nível de qualidade do tratamento ortodôntico. O eixo central do consentimento informado, portanto, passa a ser a pessoa no exercício de sua autonomia na medida em que a dignidade é potencializada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, James e PROFFIT, William R. Communication in orthodontic treatment planning: bioethical and informed consent issues. **The Angle Orthodontist**. Appleton, v. 65, n. 4, p. 253-261, 1994.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista Jurídica**: Porto Alegre, n. 231, v. 45, jan.1997.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – Pontos de convergência. **Revista de Direito do Consumidor**. RT: São Paulo, n. 48, out.-dez. 2003.

ANGEL, Marcia. The ethics of clinical research in third world. **New England Journal of Medicine**. Boston: Massachusetts Medical Society, v. 337, n. 12, p. 847-849, sep. 1997.

APPELBAUM, Paul S et al. **Informed consent: legal theory and clinical practice**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2001.

ARANTES, Artur Cristiano. **Responsabilidade civil do cirurgião-dentista**. Leme: Mizuno, 2006.

ARAÚJO, André Luis Maluf de. Responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil, médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BEAUCHAMP, Tom L. & FADEN, Ruth R. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford University Press, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte especial**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

BORGES, Andréa Moraes. **Consentimento informado em ortodontia**. 2004. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário Newton Paiva, 2004.

CAMERON, Cheryl A. Consentimento informado em ortodontia. In: SADOWKSY, P. Lionel. Trad. Edi G. Oliveira e Terezinha Oppido. **Atualidades em Ortodontia**. São Paulo: Editorial Premier, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. São Paulo: RT. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 48, p. 74, out.-dez. 2003b.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**. Res. nº 246/1988. 3. ed. Brasília: CFM, 1996.

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. Resolução n. 185 de 26 de abril de 1993. Rio de Janeiro: CFO, 1993.

CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. **Código de Ética Odontológica**. Resolução n. 42 de 20 de maio de 2003. Rio de Janeiro: CFO, 2003.

CUMPLIDO, Manuel J. **Consentimiento informado: derecho médico, evolución histórica desde la Antigua Grécia a la actualidad, aspectos jurídicos y legales nacionales e internacionales, teoría del consentimiento informado, información al paciente**. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2005.

DALE, Jack G.. Direcionamento interceptativo da oclusão com ênfase no diagnóstico. In: GRABER, M. Thomas e VANARSDALL, Robert L. **Ortodontia: Princípios e Técnicas Atuais**. 2. ed. Trad. Jurandir A. Barbosa. Rio de Janeiro: Guanabara, 1996.

DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

ETO, Luiz Fernando; BOUSQUET, Lilian Loureiro; PERONI, Luciana Domingues. Litígios em Ortodontia. **Revista Brasileira de Ortodontia e Ortopedia Dento-Facial**. Belo Horizonte: Sociedade Mineira de Ortodontia, v. 5, n. ½, p. 8-15, 2002.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRANÇA, Beatriz Helena Sottile, RIBAS, Marina de Oliveira e LIMA, Antonio Adilson Soares. Orientações legais aos ortodontistas. **Revista Clínica de Ortodontia**. Dental Press: Maringá, v. 2, n. 2, p. 25-31, abr./maio 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 8. ed. United States of America: Thomson West, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre facticidade e validade**. v. 1. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIGTON, Elena I. e WIERZBA, Sandra M. **La relación médico-paciente: el consentimiento informado**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HOUAISS, Antônio e CARDIM, Ismael. **Dicionário Inglês-Português Webster's**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1982.

JERROLD, Laurance. Informed consent and orthodontics. **American Journal of Orthodontics Dentofacial Orthopedics**. St. Louis: Mosby, v.93, p. 251-258, mar. 1988.

JERROLD, Laurance. Informed consent and contributory negligence. **American Journal of Orthodontics Dentofacial Orthopedics**. St. Louis: Mosby, v.119, p. 85-87, jan. 2001.

JERROLD, Laurance. Defending claims for lack of informed consent. **American Journal of Orthodontics Dentofacial Orthopedics**. St. Louis: Mosby, v.125, p. 391, 2004.

JERROLD, Laurance. Evidence-based data. **American Journal of Orthodontics Dentofacial Orthopedics**. St. Louis: Mosby, v.131, p. 102-103, n. 1, 2007a.

JERROLD, Laurance. Integrating the fourth dimension into orthodontic administration. **American Journal of Orthodontics Dentofacial Orthopedics**. St. Louis: Mosby, v.131, p. 288-291, n. 2, 2007b.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad.: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4. ed. São Paulo: RT, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MOYERS, Robert E. **Ortodontia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1991.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Relacionalidade e autonomia privada: o princípio da autonomia privada na pós-modernidade**. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. **Responsabilidade civil odontológica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez e BORGES Jr., Edson. Consentimento informado. In: OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez e BORGES Jr., Edson

Reprodução assistida: até onde podemos chegar?: compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PICO DELLA MIRANDA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem** (1486). Trad. M. L. Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização:** normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 01/09/2008.

PORTUGAL. **Código Penal Português.** Disponível em: <<http://www.gnr.pt/portal/internet/legislacao/pdf/CP.pdf>> Acesso em: 05 set. 2008.

PORTUGAL. **Código Deontológico da Ordem dos Médicos.** Disponível em: <<https://www.ordmdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=ed3d2c21991e3bef5e069713af9fa6ca&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>> Acesso em: 05 out. 2008

PORTUGAL. **Lei de Bases de Saúde.** Disponível em: <<http://www.min.saude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/politica+da+saude/enquadramento+legal/leibasessaude.htm>> Acesso em: 01 de nov. 2008

PORTUGAL. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>> Acesso em: 05 nov. 2008

PROFFIT, William R. **Ortodontia contemporânea.** São Paulo: Pancast, 1991.

PROFFIT, Willian R. e ACKERMAN, James L. Diagnóstico e Planejamento do Tratamento Ortodôntico. In: GRABER, M. Thomas e VANARSDALL, Robert L. **Ortodontia: Princípios e Técnicas Atuais.** 2. ed. Trad. Jurandir A. Barbosa. Rio de Janeiro: Guanabara, 1996.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado.** 1ª Ed. (ano 2006), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente).** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROMEO CASABONA, Carlos María. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos María e QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHNEEWIND, J. B. **A invenção da autonomia: uma história da filosofia moral moderna**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SPEIDEL, T. Michael. O padrão de atendimento: responsabilidade do ortodontista por ilícitos contratuais. In: SADOWKSY, P. Lionel. Trad. Edi G. Oliveira e Terezinha Oppido. **Atualidades em Ortodontia**. São Paulo: Editorial Premier, 2002.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TANAKA, Eduardo. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. Obrigação de meio ou de resultado? In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes (Coord.). **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

TRAVESSONI GOMES, Alexandre e MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

TURPIN, David L. The evolution of informed consent. **American Journal of Orthodontics Dentofacial Orthopedics**. St. Louis: Mosby, v.127, p. 643, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXOS

ANEXO A - Código Penal Português

ANEXO B - Lei de Bases da Saúde

ANEXO C – Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes

ANEXO D – Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal

ANEXO E- Consent for orthodontic treatment

ANEXO F - Consentimento para tratamento ortodôntico

ANEXO A - Código Penal Português¹⁶

Lei 59/2007, de 4 de Setembro

CAPÍTULO III

Causas que excluem a ilicitude e a culpa

Artigo 38.º

Consentimento

1 — Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do fato quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o fato não ofender os bons costumes.

2 — O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do fato.

3 — O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

4 — Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.

Artigo 39.º

Consentimento presumido

1 — Ao consentimento efetivo é equiparado o consentimento presumido.

2 — Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no fato, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.

CAPÍTULO III

Dos crimes contra a integridade física

Artigo 143º

Ofensa à integridade física simples

¹⁶ PORTUGAL. **Código Penal Português.** Disponível em: <<http://www.gnr.pt/portal/internet/legislacao/pdf/CP.pdf>> Acesso em: 05 set. 2008.

1 - Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 - O procedimento criminal depende de queixa.

3 - O tribunal pode dispensar de pena quando:

a) Tiver havido lesões recíprocas e se não tiver provado qualquer dos contendores agrediu primeiro; ou

b) O agente tiver unicamente exercido retorsão sobre o agressor.

Artigo 144º

Ofensa à integridade física grave

Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a:

a) Privá-lo de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente;

b) Tirar-lhe ou afetar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais ou de procriação, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem;

c) Provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou

d) Provocar-lhe perigo para a vida;

é punido com pena de prisão de dois a dez anos.

Artigo 145º

Ofensa à integridade física qualificada

1 — Se as ofensas à integridade física forem produzidas em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido:

a) Com pena de prisão até quatro anos no caso do artigo 143.º;

b) Com pena de prisão de três a doze anos no caso do artigo 144.º

2 — São susceptíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade do agente, entre outras, as circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 132.º

Artigo 146º

Ofensa à integridade física privilegiada

Se as ofensas à integridade física forem produzidas nas circunstâncias previstas no artigo 133.º, o agente é punido:

- a) Com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa no caso do artigo 143.º;
- b) Com pena de prisão de seis meses a quatro anos no caso do artigo 144.º

Artigo 147º

Agravação pelo resultado

1 — Se das ofensas previstas nos artigos 143.º a 146.º resultar a morte da vítima, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

2 — Se das ofensas previstas no artigo 143.º, na alínea a) do n.º 1 do artigo 145.º e na alínea a) do artigo 146.º resultarem as ofensas previstas no artigo 144.º, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada de um quarto nos seus limites mínimo e máximo.

Artigo 148º

Ofensa à integridade física por negligência

1 - Quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - No caso previsto no número anterior, o tribunal pode dispensar de pena quando:

- a) O agente for médico no exercício da sua profissão e do ato médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias; ou
- b) Da ofensa não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 3 dias.

3 - Se do fato resultar ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

4 - O procedimento criminal depende de queixa.

Artigo 149º

Consentimento

1 - Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível.

2 - Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.

Artigo 150º**Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos**

1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.

2 - As pessoas indicadas no nº anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.

(Redação da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 156º**Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários**

1 - As pessoas indicadas no artigo 150º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 - O fato não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

4 - O procedimento criminal depende de queixa.

Artigo 157º**Dever de esclarecimento**

Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis conseqüências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

ANEXO B - Lei de Bases da Saúde¹⁷**Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto**

(Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro)

CAPÍTULO II**Das entidades prestadoras dos cuidados de saúde em geral****Base XII****Sistema de saúde**

1 - O sistema de saúde é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam atividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de algumas daquelas atividades.

2 - O Serviço Nacional de Saúde abrange todas as instituições e serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde dependentes do Ministério da Saúde e dispõe de estatuto próprio.

3 - O Ministério da Saúde e as administrações regionais de saúde podem contratar com entidades privadas a prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde sempre que tal se afigure vantajoso, nomeadamente face à consideração do binómio qualidade-custos, e desde que esteja garantido o direito de acesso.

4 - A rede nacional de prestação de cuidados de saúde abrange os estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde e os estabelecimentos privados e os profissionais em regime liberal com quem sejam celebrados contratos nos termos do número anterior.

5 - Tendencialmente, devem ser adotadas as mesmas regras no pagamento de cuidados e no financiamento de unidades de saúde da rede nacional da prestação de cuidados de saúde.

6 - O controlo de qualidade de toda a prestação de cuidados de saúde está sujeito ao mesmo nível de exigência.

¹⁷ PORTUGAL. **Lei de Bases de Saúde.** Disponível em: <<http://www.min-saude.pt/portugal/conteudos/a+saude+em+portugal/politica+da+saude/enquadramento+legal/leibasessaude.htm>> Acesso em: 01 de nov. 2008

Base XIV

Estatuto dos utentes

1 - Os utentes têm direito a:

- a) Escolher, no âmbito do sistema de saúde e na medida dos recursos existentes e de acordo com as regras de organização, o serviço e agentes prestadores;
- b) Decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, salvo disposição especial da lei;
- c) Ser tratados pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correção técnica, privacidade e respeito;
- d) Ter rigorosamente respeitada a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados;
- e) Ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado;
- f) Receber, se o desejarem, assistência religiosa;
- g) Reclamar e fazer queixa sobre a forma como são tratados e, se for caso disso, a receber indenização por prejuízos sofridos;
- h) Constituir entidades que os representem e defendam os seus interesses;
- i) Constituir entidades que colaborem com o sistema de saúde, nomeadamente sob a forma de associações para a promoção e defesa da saúde ou de grupos de amigos de estabelecimentos de saúde.

2 - Os utentes devem:

- a) Respeitar os direitos dos outros utentes;
- b) Observar as regras sobre a organização e o funcionamento dos serviços e estabelecimentos;
- c) Colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria situação;
- d) Utilizar os serviços de acordo com as regras estabelecidas;
- e) Pagar os encargos que derivem da prestação dos cuidados de saúde, quando for caso disso.

3 - Relativamente a menores e incapazes, a lei deve prever as condições em que os seus representantes legais podem exercer os direitos que lhes cabem, designadamente o de recusarem a assistência, com observância dos princípios constitucionalmente definidos.

Base XVI**Formação do pessoal de saúde**

1 - A formação e o aperfeiçoamento profissional, incluindo a formação permanente, do pessoal de saúde constituem um objetivo fundamental a prosseguir.

2 - O Ministério da Saúde colabora com o Ministério da Educação nas atividades de formação que estiverem a cargo deste, designadamente facultando nos seus serviços campos de ensino prático e de estágios, e prossegue as atividades que lhe estiverem cometidas por lei nesse domínio.

3 - A formação do pessoal deve assegurar uma qualificação técnico-científica tão elevada quanto possível tendo em conta o ramo e o nível do pessoal em causa, despertar nele o sentido da responsabilidade profissional, sem esquecer a preocupação da melhor utilização dos recursos disponíveis, e, em todos os casos, orientar-se no sentido de inculcar nos profissionais o respeito pela vida e pelos direitos das pessoas e dos doentes como o primeiro dever que lhes cumpre observar.

ANEXO C – Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes¹⁸

Direitos dos Doentes

1. Respeito pela dignidade humana

O doente tem direito a ser tratado no respeito pela dignidade humana.

Trata-se de um direito humano fundamental que adquire particular importância em situação de doença. Deve ser respeitado por todos os intervenientes no processo de prestação de cuidados quer no que diz respeito à prestação técnica, quer ao ato de acolhimento, orientação e encaminhamento dos doentes que deve efetuar-se dentro de uma respectiva humanizada, segundo a “legis artis”.

Este direito abrange também as condições das instalações e equipamentos que terão de proporcionar o conforto e o bem-estar que a situação de vulnerabilidade, em que o doente se encontra, requer.

2. Respeito pelas convicções culturais, filosóficas e religiosas

O doente tem direito ao respeito pelas suas convicções culturais, filosóficas e religiosas.

Considerando que cada doente é um indivíduo com as suas convicções próprias e valores culturais e religiosos, forçoso se torna que as instituições e os prestadores de saúde as respeitem e providenciem a sua satisfação.

O apoio de familiares e amigos deve ser facilitado e incentivado com a finalidade de tornar menos penosa a situação do doente e proporcionar um mais rápido restabelecimento.

¹⁸ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 508-513.

Do mesmo modo, deve ser proporcionado o apoio espiritual requerido pelo doente ou, se necessário, por quem legitimamente o represente, de acordo com as suas convicções.

Este direito apenas terá como limite condicionalismos inultrapassáveis existentes nas instituições e sua organização, bem como o respeito pelos direitos dos outros doentes.

3. Cuidados apropriados ao estado de saúde

O doente tem direito a receber os cuidados apropriados ao seu estado de saúde, no âmbito dos cuidados preventivos, curativos, de reabilitação e terminais.

Os serviços de saúde devem estar acessíveis a todos os cidadãos por forma a prestar em tempo útil os cuidados técnicos e cientificamente adequados quer à melhoria da condição do doente e seu restabelecimento, quer ao acompanhamento digno e humano em caso de situações terminais.

A determinação da oportunidade e adequação dos cuidados deve pautar-se por critérios científicos, não podendo daí resultar qualquer forma de discriminação.

Os recursos existentes deverão ser integralmente postos ao serviço do doente e da comunidade, até ao limite das disponibilidades.

4. Prestação de cuidados continuados

O doente tem direito à prestação de cuidados continuados.

Em situação de doença devem todos os cidadãos obter dos diversos níveis de prestação de cuidados uma resposta pronta e eficiente que se integre num plano de cuidados continuados, de modo a proporcionar-lhes um acompanhamento adequado até ao seu completo restabelecimento.

Os diversos níveis de cuidados devem coordenar-se, de forma a não haver quaisquer quebras na sua prestação que possam ocasionar danos ao doente e sua família.

O doente deve ser informado das razões da transferências de um para outro nível de cuidados, bem como da garantia da continuidade da sua prestação.

Deste modo se procurará obter a confiança e proporcionar a segurança necessárias ao seu equilíbrio físico e psíquico.

Ao doente e sua família devem ainda ser proporcionados informações e conhecimentos que se mostrem essenciais aos cuidados que o doente deve continuar a receber no seu domicílio. Quando necessário, deverão ser postos à sua disposição cuidados domiciliários ou comunitários.

5. Informação sobre os serviços de saúde existentes

O doente tem direito a ser informado acerca dos serviços de saúde existentes, suas competências e níveis de cuidados.

Deve estar acessível ao cidadão informação acerca da rede de serviços de saúde locais, regionais e nacionais, competências e níveis de cuidados, regras de organização e funcionamento, de forma a otimizar e a tornar mais cômoda a sua utilização.

Os serviços prestadores dos direitos dos diversos níveis de cuidados devem assegurar que o doente seja sempre acompanhado dos elementos de diagnóstico e terapêutica que sejam importantes para a prossecução do tratamento, de modo a evitar submetê-lo de novo a exames e tratamentos penosos e dispendiosos para a comunidade.

6. Informação ao doente

O doente tem direito a ser informado sobre a sua situação de saúde.

Esta informação deve ser prestada de forma clara, devendo ter sempre em conta a personalidade, o grau de instrução e as condições clínicas e psíquicas do doente.

Especificamente, a informação deve conter elementos relativos ao diagnóstico (tipo de doença), ao prognóstico (evolução da doença), tratamentos a efetuar, riscos associados e eventuais tratamentos alternativos.

O doente tem direito a não querer ser informado do seu estado de saúde, devendo esta vontade ser inequivocamente expressa e a indicar, caso o entenda, quem deverá ser informado em seu lugar.

7. Segunda opinião

O doente tem direito de obter uma segunda opinião sobre a sua situação de saúde.

Este direito, que se traduz na obtenção de parecer de um outro médico, permite ao doente complementar a informação sobre o seu estado de saúde, dando-lhe a possibilidade de decidir, de forma mais fundamentada, acerca do tratamento a prosseguir.

8. Consentimento livre e esclarecido

O doente tem direito a dar ou recusar o seu consentimento, antes de qualquer ato médico ou participação em investigação ou ensino clínico.

O consentimento do doente é imprescindível antes da realização de qualquer ato médico, após ter sido corretamente informado.

O doente pode, excetuando alguns casos particulares, decidir de forma livre e esclarecida se aceita ou recusa um tratamento ou uma intervenção, bem como alterar a sua decisão.

Pretende-se assim assegurar o direito à autodeterminação ou seja, a capacidade e a autonomia que os doentes têm de decidir sobre si próprios.

O consentimento pode ser presumido em situações de emergência e, em caso de incapacidade, deve este direito ser exercido pelo representante legal do doente.

9. Confidencialidade

O doente tem direito à confidencialidade de toda a informação clínica e elementos identificativos que lhe respeitam.

A confidencialidade de toda a informação referente a um doente tem como finalidade proteger a sua esfera privada e personalidade. Contudo, se o doente explicitar o seu consentimento e não houver ilícitos prejuízos para terceiros, ou se a lei o determinar, pode esta informação ser utilizada.

É igualmente neste âmbito que se insere a obrigatoriedade do segredo profissional, a respeitar por todo o pessoal que desenvolve a sua atividade nos serviços de saúde e que se encontra envolvido no tratamento do doente.

10. Acesso à informação clínica

O doente tem direito de acesso aos dados registados no seu processo clínico.

Toda informação clínica e elementos identificativos de um doente estão contidos no seu processo clínico.

O doente tem o direito de tomar conhecimento dos dados registados no seu processo, devendo essa informação ser fornecida de forma precisa e esclarecedora.

A omissão de alguns dados apenas é justificável se, fundamentalmente, a sua revelação for considerada prejudicial para o doente ou se revelar informação sobre terceiras pessoas.

11. Respeito pela privacidade

O doente tem direito à privacidade na prestação de todo e qualquer ato médico.

A prestação de cuidados de saúde deve ser sempre efetuada no respeito rigoroso do doente, o que significa que qualquer ato de diagnóstico ou terapêutica só pode ser efetuado na presença dos profissionais indispensáveis à sua execução, salvo se o doente consentir ou solicitar a presença de outros elementos.

Ainda neste âmbito se considera necessário garantir instalações e equipamentos que assegurem a dignidade e o respeito pelo indivíduo.

A vida privada ou familiar do doente não pode ser objeto de intromissão a não ser que se revele necessária para o diagnóstico ou tratamento e o doente expresse o seu consentimento.

12. Sugestões e reclamações

O doente tem direito por si ou por organizações representativas, a apresentar sugestões e reclamações.

Deve ser reconhecida a capacidade do doente para, por si, ou por organizações representativas, avaliar a qualidade das prestações e apresentar sugestões ou reclamações.

As informações assim obtidas devem ser objeto de análise e constituir um conjunto de dados susceptível de introduzir correções na organização, de forma a adequá-la a uma maior garantia da satisfação da comunidade em que atua.

Esta interação obriga a que aos doentes seja sempre dado conhecimento, em tempo útil, do seguimento das suas sugestões ou reclamações.

Deveres dos Doentes

1. O doente tem o dever de zelar pelo seu estado de saúde, por forma a garantir o seu bem-estar e o seu restabelecimento.
2. O doente tem o dever de fornecer aos profissionais de saúde todas as informações relevantes para a obtenção de um correto diagnóstico e adequada terapêutica.
3. O doente tem o dever de respeitar os direitos dos outros doentes.

4. O doente tem o dever de colaborar com os profissionais de saúde, respeitando as prescrições que lhe são indicadas e por si livremente aceites.
5. O doente tem o dever de respeitar as regras de funcionamento das instituições prestadoras de cuidados de saúde a que recorre.
6. O doente tem o dever de proceder ao pagamento dos encargos que derivem da prestação dos cuidados de saúde, quando for caso disso.

ANEXO D – Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal¹⁹

Artigo 44º

(Esclarecimento do médico ao doente)

1. O doente tem o direito a receber e o médico o dever de prestar o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença.
2. O esclarecimento deve ser prestado previamente e incidir sobre os aspectos relevantes de atos e práticas, dos seus objetivos e conseqüências funcionais, permitindo que o doente possa consentir em consciência.
3. O esclarecimento deve ser prestado pelo médico com palavras adequadas, em termos compreensíveis, adaptados a cada doente, realçando o que tem importância ou o que, sendo menos importante, preocupa o doente.
4. O esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente, a sua capacidade de compreensão e o seu nível cultural.
5. O esclarecimento deve ser feito, sempre que possível, em função dos dados probabilísticos e dando ao doente as informações necessárias para que possa ter uma visão clara da situação clínica e optar com decisão consciente.

Artigo 45º

(Consentimento do doente)

1. Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais.
2. Poderá ser útil passar algum tempo entre o esclarecimento e o consentimento para que o doente possa meditar e aconselhar-se.
3. O médico deve aceitar e pode mesmo sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver grandes riscos ou graves conseqüências.

Artigo 46º

(Doentes incapazes de dar o consentimento)

¹⁹ PORTUGAL. **Código Deontológico da Ordem dos Médicos**. Disponível em: <<https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=ed3d2c21991e3bef5e069713af9fa6ca&id=cc42acc8ce334185e0193753adb6cb77>> Acesso em: 05 out. 2008

1. No caso de crianças ou de doentes com alterações cognitivas que os torne incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, este deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível.
2. Se houver uma diretiva escrita pelo doente exprimindo a sua vontade, o médico deve tê-la em conta quando aplicável à situação em causa.
3. A opinião das crianças deve ser tida em conta, de acordo com a sua maturidade, mas o médico não fica desobrigado de pedir o consentimento aos representantes legais daqueles.
4. A atuação dos médicos deve ter sempre como finalidade a defesa dos melhores interesses dos doentes, com especial cuidado relativamente aos doentes incapazes de comunicarem a sua opinião, entendendo-se como melhor interesse do doente a decisão que este tomaria de forma livre e esclarecida caso o pudesse fazer. No caso de se considerar que as decisões dos representantes legais ou familiares são contrárias aos melhores interesses do doente, os médicos devem requerer o suprimento judicial de consentimento para salvaguardar os interesses e defender o doente.
5. Os representantes legais ou os familiares podem ajudar a esclarecer o que os doentes quereriam para eles próprios se pudessem manifestar a sua vontade.

Artigo 47º

(Consentimento implícito)

1. O médico deve presumir o consentimento dos doentes em situações de urgência, quando não for possível obter o consentimento do doente, e desde que não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria a intervenção se tivesse a possibilidade de manifestar a sua vontade.
2. O médico deve presumir o consentimento se este só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para a saúde.
3. O médico deve presumir o consentimento quando este tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente, por se ter revelado imposto como meio para evitar perigo para a vida ou perigo grave para a saúde, na impossibilidade de obter outro consentimento.

Artigo 48º

(Formas de consentimento)

1. O consentimento pode assumir a forma oral ou escrita.
2. O consentimento escrito e/ou testemunhado é exigível em casos expressamente determinados pela lei ou regulamento deontológico.
3. No caso de menores ou incapazes, o consentimento formal será dado pelos pais ou representantes legais, mas o médico não fica dispensado de tentar obter a concordância do doente, nos termos do número 3 do artigo 46º e do artigo 52º.

Artigo 49º

(Recusa de exames e tratamentos)

1. Se o doente, a família ou o representante legal, esgotadas todas as formas de esclarecimento adequadas, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-lo nos termos do artigo 41º, sem prejuízo do disposto na parte final do nº 4 do artigo 46º.
2. Em caso de perigo de vida do doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressamente e sem quaisquer coações.

Artigo 50º

(Revelação da verdade)

1. O diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia.
2. A revelação da verdade exige prudência e delicadeza, devendo ser dada em toda a extensão e no ritmo requerido pelo doente, ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar.
3. A revelação da verdade não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser dada se este a não quiser.
4. A revelação da verdade só pode ser dada a terceiros, nomeadamente familiares, sem prejuízo do disposto no artigo 89º deste Código, com o consentimento expresso do doente, a menos que este seja menor ou cognitivamente incompetente.

Artigo 51º

(Respeito pelas crenças e interesses do doente)

1. O médico deve respeitar as opções religiosas, filosóficas ou ideológicas e os interesses legítimos do doente.
2. Todo o doente tem o direito a receber ou a recusar conforto moral e espiritual, nomeadamente o auxílio de um membro qualificado da sua própria religião.
3. Se o doente ou, na incapacidade deste, os seus familiares ou representantes legais quiserem chamar um ministro ou outro membro de qualquer culto, um notário ou outra entidade legalmente competente, o médico tem o dever de o possibilitar no momento que considere mais oportuno.

Artigo 52º

(Crianças, idosos e deficientes)

O médico deve usar de particular solicitude e cuidado para com a criança, o idoso ou o deficiente, especialmente quando verificar que os seus familiares ou outros responsáveis não são suficientemente capazes ou cuidadosos para tratar da sua saúde ou assegurar o seu bem-estar.

Artigo 53º

(Proteção de diminuídos e incapazes)

Sempre que o médico, chamado a tratar uma criança, um idoso, um deficiente ou um incapaz, verifique que estes são vítimas de sevícias, maus tratos ou assédio, deve tomar providências adequadas para os proteger, nomeadamente alertando as autoridades competentes.

Artigo 54º

(Acompanhante do doente e limitação de visitas)

1. O médico respeitará o desejo do doente de fazer-se acompanhar por alguém da sua confiança, exceto quando tal possa interferir com o normal desenvolvimento do ato médico.
2. O médico pode limitar o horário e a duração das visitas de terceiros aos doentes sob sua responsabilidade, se entender necessário à saúde do doente ou à defesa dos direitos de terceiros, tendo em vista o normal funcionamento dos serviços.

ANEXO E- Consent for orthodontic treatment²⁰

I. I authorize Dr. _____ and/or such assistants as may be selected and/or supervised by him to treat the following condition(s):

(Cross out N° II or III, whichever does not apply.)

II. Dr. _____ has discussed with me the information summarized below:

A. The reason for and the nature of the proposed treatment is

B. The risks, consequences, compromises, and any limitations of the proposed treatment are _____

C. Other feasible treatment options and their risks, consequences, compromises, limitations, and probable effectiveness are _____

D. The program for long-term stability is _____

E. If no treatment is received, the following may occur: _____

²⁰ JERROLD, Laurance. Informed consent and orthodontics. **American Journal of Orthod. Dento-facial Orthop.** St. Louis: Mosby, v. 93, p. 256, mar. 1988.

III. I have indicated to Dr. _____ that I do not wish to know the details of my case or the proposed treatment and ramifications thereof. I trust his professional judgment to do what is in my/my child's best interest regarding care and treatment. Should Dr. _____ deem it advisable or necessary to consult with someone about my course of therapy I designate

(name and relationship) (address and phone)

IV. I am aware and accept that, in addition to the risks etc. described above in item II (as the practice of orthodontics is not an exact science), there may be other risks etc. not usually encountered or expected that may occur. I also acknowledge that no guarantees have been made to me concerning the results of the proposed treatment.

V. I have had sufficient opportunity to discuss the orthodontic problem and the proposed plan of treatment with Dr. _____ and all questions have been answered to my satisfaction. Therefore, I believe I have adequate knowledge upon which to grant an informed consent to the proposed treatment.

VI. I impose no specific limitations, constraints, or prohibitions regarding treatment other than: _____

Date: _____

Dr. _____

Patient _____

ANEXO F - Consentimento para tratamento ortodôntico²¹

I. Eu autorizo o Dr. _____ e/ou seus assistentes que possam vir a ser selecionados e/ou supervisionados por ele para efetuar o tratamento na(s) seguinte(s) condição(ões):

(Cancelar os n^{os} II ou III, se não forem aplicáveis)

II. O Dr. _____ discutiu comigo as informações, que, resumidamente são as seguintes:

A- A razão e a natureza do tratamento proposto é

B- Os riscos, conseqüências, compromissos, e limitações do tratamento proposto são:

C- Outras opções de tratamentos possíveis e seus riscos, conseqüências, compromissos, limitações, e prováveis eficácias são _____

D- O prognóstico para a estabilidade pós-tratamento é

E- Se nenhum tratamento for realizado, o seguinte pode ocorrer:

²¹ JERROLD, Laurance. Informed consent and orthodontics. **American Journal of Orthod. Dento-facial Orthop.** St. Louis: Mosby, v. 93, p. 256, mar. 1988. (tradução nossa)

III. Eu disse ao Dr. _____ que eu não desejo saber sobre os detalhes do meu caso ou tratamento proposto. Eu confio no seu juízo profissional para fazer em mim/meu filho o melhor tratamento que seja de nosso interesse. Caso o Dr. _____ considere necessário ou recomendável consultar outra pessoa a respeito da minha terapia, Eu designo _____ (nome e parentesco) e _____ (endereço e telefone).

IV. Eu estou ciente e aceito que, além dos riscos e etc. descritos acima no item II (como a prática ortodôntica não é uma ciência exata), pode haver outros riscos etc. geralmente não esperados que podem ocorrer. Eu também admito que nenhuma garantia foi feita para mim a respeito dos resultados do tratamento proposto.

V. Eu tive oportunidade suficiente de discutir o problema ortodôntico e o plano de tratamento proposto com o Dr. _____ e todas as perguntas foram respondidas satisfatoriamente. Portanto, Eu creio que tive adequado esclarecimentos para concordar com o tratamento proposto através do consentimento informado.

VI. Eu não imponho nenhuma limitação específica, sujeição ou proibição a respeito do tratamento, exceto:

Data ___ de _____ de ____

Dr.

Paciente