

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO: Responsabilidade
civil pela invalidade do consentimento do paciente.**

**PHYSICIAN’S DUTY TO INFORM:
Civil liability of invalid patient consent.**

PEDRO HENRIQUE PIAZZA NOLDIN

Itajaí-SC, julho de 2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO: Responsabilidade
civil pela invalidade do consentimento do paciente.**

**PHYSICIAN’S DUTY TO INFORM:
Civil liability of invalid patient consent.**

PEDRO HENRIQUE PIAZZA NOLDIN

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e à Widener University Delaware Law School, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e “*LLM in Corporate and Business Law*”.

Orientadora: Professora Doutora Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

Itajaí-SC, julho de 2019

AGRADECIMENTOS

“A vida é breve,

a arte é longa,

a oportunidade passageira,

a experiência enganosa,

e o julgamento difícil”.

– uma adaptação livre de “Ο βίος βραχύς, ἡ δὲ τέχνη μακρὴ, ὁ δὲ καιρὸς ὀξύς, ἡ δὲ πείρα σφαλερὴ, ἡ δὲ κρίσις χαλεπὴ”. (Hipócrates)

À toda equipe do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, na pessoa do nosso guia e coordenador, Professor Dr. Paulo Márcio Cruz, pela oportunidade, crescimento e amizade.

À minha orientadora, Professora Dr^a. Natammy Luana de Aguiar Bonissoni, por aceitar o desafio desta pesquisa, pela orientação precisa e paciente.

Ao Dr. Marcelo Neves Linhares, Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina na gestão 2018/2023, e ao Professor Dr. Gilson Jacobsen, Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4^ª Região, cuja participação na banca de defesa da minha Dissertação de Mestrado, muito me honra e enriquece o resultado final desta pesquisa.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, a quem tudo devo nesta vida, por sua renúncia diária, sacrifício e carinho, o que jamais conseguirei retribuir da mesma forma e intensidade.

À minha noiva, Dâmaris de Martins e Souza, por nossa vida a dois, pelo cuidado, carinho e pela capacidade de me trazer paz todos os dias; também responsável por despertar meu interesse no estudo do Direito Médico.

À minha irmã, Ana Carolina Piazza Noldin, por nosso bem-querer e união de irmãos.

Aos meus avós, cuja honestidade e coragem construíram os exemplos de pessoas que procuro seguir em todos os dias da minha vida.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, julho de 2019



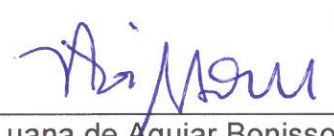
Pedro Henrique Piazza Noldin
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



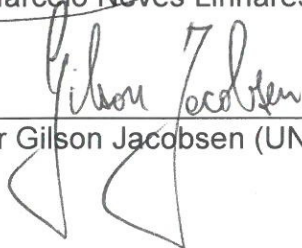
Doutora Natammy Luana de Aguiar Bonissoni (UNIVALI) – Presidente



Doutora Eillen Grena-Piretti (UNIVERSIDADE DE DELAWARE, ESTADOS UNIDOS)
Membro



Doutor Marcelo Neves Linhares (UFSC) – Membro



Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) - Membro

Itajaí(SC), 13 de setembro de 2019

ROL DE CATEGORIAS

Consentimento: O Consentimento é o comportamento mediante o qual se autoriza alguém a determinada atuação. Para o ato médico, o Consentimento é uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio paciente ou de terceiro¹; “[...] é um processo de comunicação (informações sobre diagnóstico, prognóstico, alternativas de tratamento, bem como riscos e benefícios) entre o médico e o paciente, que resulta numa decisão inteligente sobre a intervenção médica no seu próprio corpo”².

Dever de Informação: Dever de conduta incondicional e obrigatório do médico em favor do paciente no sentido de informar este sobre a necessidade de determinados atos ou intervenções médicas, seus riscos e consequências. “O dever de informar é imperativo como requisito prévio para o consentimento”³.

Direito: O Direito é lei e ordem, enquanto um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros⁴; é um fato ou fenômeno social, já que não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela⁵; e é também uma ciência, que tem por objeto o estudo do fenômeno jurídico⁶. O Direito divide-se em duas grandes classes: o Direito Privado e o Direito Público, e abrange um conjunto de disciplinas jurídicas (Direito Civil, Penal, Empresarial, Tributário, Médico, etc.)⁷.

Erro médico: “Erro médico é a falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais”⁸.

¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 271.

² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 270.

³ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 267-268.

⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 01.

⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 02.

⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 16-17.

⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 04.

⁸ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**. Vol. 1, 4ª ed. Florianópolis: CREMESC, 2006, p. 96.

Medicina: A Medicina é uma ciência (teoria da Medicina) e também uma arte (prática da Medicina⁹. “A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade [...]”¹⁰.

Princípio da Autonomia: O Princípio da Autonomia é a denominação mais comum pela qual é conhecido o princípio do respeito às pessoas; exige que aceitemos que elas se autodeterminem ou sejam autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos. Este princípio requer que o médico respeite a vontade do paciente ou do seu representante, bem como seus valores morais e crenças. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade¹¹.

Responsabilidade Civil: A Responsabilidade Civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, da prática de um ato jurídico lícito ou ilícito¹²; e se assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano¹³. Diferencia-se da Responsabilidade Penal, pois enquanto esta é pessoal, intrasferível e responde o réu com a privação da sua liberdade, aquela é patrimonial, sendo o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações¹⁴.

⁹ FLEMMING, Hugh J. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**. Tradução Fabrício Tavares de Moraes e Felipe Sabino de Araújo Neto. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2017, p. 44.

¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

¹¹ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 08.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume IV: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 06.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 26.

SUMÁRIO

RESUMO.....	11
ABSTRACT.....	12
INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1.....	17
A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	17
1.1 A INTERFACE DA MEDICINA COM O DIREITO	17
1.2 A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE	20
1.2.1 A materialização da relação jurídica médico-paciente.....	23
1.2.2 O desenvolvimento histórico da relação jurídica médico-paciente	25
1.2.3 O grande conflito: a mudança de paradigma na relação médico-paciente.....	34
1.3 DEVERES DE CONDUTA DO MÉDICO.....	37
CAPÍTULO 2.....	42
A INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	42
2.1 O ACESSO À INFORMAÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL.....	42
2.1.1 Previsão infraconstitucional do Direito à informação na relação médico-paciente.....	46
2.2 A PRÁTICA INFORMACIONAL.....	49
2.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA, AUTODETERMINAÇÃO OU LIBERDADE DO PACIENTE	52
2.3.1 Direito de saber a verdade	56
2.3.2 Direito à informação clara e adequada.....	58
2.4 O CONSENTIMENTO DO PACIENTE.....	59
2.4.1 Evolução histórica do Consentimento em direção à construção da doutrina do Consentimento informado	61
2.4.2 A validade do Consentimento do paciente	70
CAPÍTULO 3.....	76
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DECORRENTE DO NÃO CUMPRIMENTO DO SEU DEVER DE INFORMAÇÃO.....	76
3.1 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO.....	76
3.1.1 A evolução da responsabilidade do médico	78
3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	83
3.2.1 Responsabilidade Civil contratual do médico	86
3.2.2 Responsabilidade Civil subjetiva ou objetiva do médico	89
3.2.3 Obrigação de meio ou de resultado do médico	91
3.2.4 Dano patrimonial e extrapatrimonial do paciente	94
3.2.5 A quantificação do dano extrapatrimonial do paciente	96
CAPÍTULO 4.....	100
O DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	100
4.1 O DESCUMPRIMENTO INFORMACIONAL ENQUANTO CAUSA AUTÔNOMA DE CONDENAÇÃO CIVIL DO MÉDICO.....	100
4.2 O DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	102
4.2.1 Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 1.540.580-DF.....	106
4.2.2 Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Apelação Cível nº 0014086-60.2010.8.24.0008	111
4.2.3 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Apelação Cível nº	

0194646-44.2016.8.21.7000	114
4.2.4 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Apelação Cível nº 3068644-10.2000.8.13.0000	117
4.2.5 Princípio da boa-fé contratual (confiança, lealdade e cooperação).....	120
4.3 ÔNUS DA PROVA QUANTO AO CUMPRIMENTO DO DEVER INFORMACIONAL.....	124
4.3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS	130
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	134

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na **linha de pesquisa** Direito e Jurisdição. O **objetivo geral** desta pesquisa é analisar a importância da informação na relação médico-paciente e seus reflexos no campo da Responsabilidade Civil do profissional. Para tanto, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação, tratamento de dados e no relatório da pesquisa, além das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. A pesquisa é **dividida em quatro capítulos**. No **primeiro capítulo** é estudada, com um viés de saúde suplementar, a relação médico-paciente, sua materialização e seu desenvolvimento histórico. Ainda neste capítulo é analisada a mudança de paradigma na relação médico-paciente, a fim de verificar de que forma suas características contemporâneas impactam nas interações existentes entre o profissional e o enfermo, bem como nos deveres de conduta do primeiro. O **segundo capítulo** versa sobre a informação na relação médico-paciente, enquanto vertente do direito ao acesso à informação, e analisa sua previsão constitucional e infraconstitucional. Seguidamente, explora o Princípio da Autonomia e a contrapartida da informação do médico representada pelo Consentimento válido do paciente. No **terceiro capítulo** é tratada a responsabilidade do médico, sua evolução, manifestação no campo do direito civil e natureza jurídica, bem como a dualidade da sua obrigação civil e a categorização do dano sofrido pelo paciente diante da verificação de inadimplemento contratual ou de um erro médico. O **quarto capítulo** aborda a responsabilidade civil do médico pela falta ou deficiência no cumprimento do seu dever informacional, mediante a consulta de recentes decisões colegiadas proferidas pelos Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça dos Estados. Por fim, observa a distribuição do ônus da prova e a importância para o médico em documentar a etapa da transmissão da informação e extração do consentimento do paciente, no intuito de eliminar ou atenuar o risco da condenação profissional. Ao final, em sede de **considerações finais**, conclui-se, a partir dos fundamentos e argumentos apresentados, que, dada a importância da informação, associada a mudança de paradigma na relação médico-paciente, essa constitui um direito fundamental do enfermo e um dever de conduta do profissional. O resultado da pesquisa revela um aumento do número de reclamações profissionais fundamentadas no descumprimento do dever informacional, mas que, fazendo prova da validade do consentimento do paciente, o médico, caso não o afaste, reduz os riscos de uma condenação profissional fundamentada na má prática médica.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Informação; Consentimento; Autonomia.

ABSTRACT

This dissertation is part of the **line of research** Law and Jurisdiction. Its **general objective** is to analyze the importance of information in the physician-patient relationship, and its repercussions in the field of the Professional Liability. It uses the inductive method in the research phase, data processing, and research report, as well as the techniques of referent, category, operational concepts, bibliographic research and annotation. The research is **divided into four chapters**. The **first chapter** focuses, with a supplementary health bias, on the physician-patient relationship, its materialization and its historical development. This chapter also analyzes the paradigm shift in the physician-patient, in order to verify how its contemporary characteristics impact the interactions between professional and patient. The **second chapter** focuses on information in the physician-patient relationship, as part of the right of access to information, and analyzes its constitutional and non-constitutional provisions. It then goes on to explore the Principle of Autonomy and the contribution of information from the physician represented by the patient's valid consent. The **third chapter** deals with the physician's liability, its evolution, its manifestation in the field of civil law, and its legal nature, as well as the duality of the physician's civil obligation and the categorization of the damage suffered by the patient in the event of contractual default or medical error. The **fourth chapter** deals with the physician's civil liability for a lack or deficiency in the fulfillment of his/her duty to provide information, with reference to recent collegiate decisions issued by the Superior Court and State's Court. Finally, the distribution of the burden of proof is observed, and the importance for the physician of documenting the stages of conveying information and obtaining the patient's consent, in order to eliminate or mitigate the risk of professional condemnation. Finally, in the light of **final considerations**, and based on the foundations and arguments presented, this work concludes that given the importance of information, associated with a paradigm shift in the physician-patient relationship, the right to information is a fundamental right of the sick, and a duty of conduct of the professional. The result of the research reveals an increase in the number of professional complaints based on non-compliance with the duty to inform, but that by proving the validity of the patient's consent, the doctor can reduce, if not completely eliminate, the risks of a professional conviction based on medical malpractice.

Keywords: Civil Liability; Information; Consent; Autonomy.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, avaliar a responsabilidade de um profissional exige que se leve em conta seus deveres de conduta, pois são estes que delimitam a linha tênue – e para muitos cruel – existente entre o bom e o mau exercício da profissão.

No campo da atividade médica não é diferente. Ao médico são atribuídos inúmeros deveres de conduta, os quais, de certa forma, são mais cobrados do que os relativos ao exercício de outras profissões, dada a natureza dos bens jurídicos tutelados pela Medicina: o bem-estar, a saúde e vida do paciente.

Concomitantemente, é bem verdade que toda e qualquer intervenção médica, por mais simples que seja, enseja um risco que não deriva necessariamente de falhas na prestação do serviço, mas sim de imponderáveis reações do corpo humano a determinadas ações sobre o mesmo¹⁵.

Em princípio, não se responsabiliza o profissional por esses riscos inerentes, já que, na busca da cura ou da melhoria das condições de sua saúde, deve o próprio paciente assumir os riscos relacionados às intervenções médicas, sempre, é certo, que não houver falhas na prestação do serviço¹⁶.

Entretanto, para que tal posição se sustente no campo jurídico, faz-se indispensável que o paciente tenha sido devidamente informado sobre todos os desdobramentos da intervenção médica adotada e, com isso, tenha manifestado seu consentimento¹⁷.

Neste panorama, justifica-se a importância do tema eleito em decorrência da aura atribuída à informação na relação médico-paciente contemporânea, já que, enquanto dever de conduta do médico e direito fundamental do paciente, seus

¹⁵ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**. Revista Eletrônica da AJURIS, Porto Alegre, v. 42, n. 138, 2015, p. 52. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/553>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

¹⁶ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 52.

¹⁷ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 52.

desdobramentos são devastadores no campo da responsabilidade profissional.

Acredita-se que a relevância da pesquisa para a área médica se apoia nos esclarecimentos que procura conferir à classe, quanto ao cumprimento do seu Dever de Informação, visando afastar ou diminuir o risco da condenação profissional.

O sucesso da pesquisa estará na incorporação do tema ao conhecimento da medicina defensiva, mas o seu resultado, por assim dizer, só será alcançado quando o cumprimento do dever informacional for validado por um médico, em detrimento de um paciente mal-intencionado.

Para tanto, a presente Dissertação tem por **objetivo científico** verificar se a invalidade do consentimento do paciente, em razão da falta ou deficiência da informação transmitida pelo médico acerca dos desdobramentos da intervenção clínica ou cirúrgica empregada, constitui uma causa autônoma de responsabilização civil do profissional, por si só danosa e passível de indenização¹⁸.

O **objetivo institucional** consiste na obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, e na obtenção do título “*LLM in Corporate and Business Law*” pela Widener University Delaware Law School.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Nas últimas décadas se verificou uma substituição de paradigma na relação médico-paciente, resultando no perfil de um paciente mais autônomo e livre, e que não mais se submete de forma passiva às decisões tomadas pelo médico, mas sim exige informações compartilhadas para a boa preservação da sua autonomia;

b) O acesso à informação constitui um direito fundamental do paciente, e o seu descumprimento viola sua autonomia, autodeterminação e liberdade, enquanto a transmissão da informação constitui um dever de conduta do médico, de

¹⁸ O objeto científico já contém o problema da pesquisa.

natureza instrumental, cuja contrapartida é o consentimento informado do paciente;

c) No campo da saúde suplementar, médico e paciente travam uma relação jurídica contratual e de consumo, sendo que o descumprimento pelo médico do seu Dever de Informação acarreta em inadimplemento;

d) A falta ou deficiência da informação invalida o consentimento do paciente e constitui uma causa autônoma de condenação civil do médico, por si só danosa e passível de gerar indenização, mesmo se verificando que o profissional não incorreu em erro médico na intervenção clínica ou cirúrgica adotada.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, dividida em quatro capítulos.

O **primeiro capítulo** apresenta, com um viés de saúde suplementar, a relação médico-paciente, sua materialização e seu desenvolvimento histórico. Ainda, neste momento inicial, é analisada a mudança de paradigma na relação médico-paciente, a fim de verificar de que forma suas características contemporâneas impactam as interações existentes entre o profissional e o enfermo.

O **segundo capítulo** versa sobre a informação na relação médico-paciente, enquanto vertente do direito ao acesso à informação, e analisa sua previsão constitucional e infraconstitucional. Seguidamente, explora o Princípio da Autonomia e a contrapartida da informação do médico representada pelo Consentimento válido do paciente.

No **terceiro capítulo** é apresentada a responsabilidade do médico, sua evolução, manifestação no campo do direito civil e natureza jurídica, bem como a dualidade da obrigação civil e a categorização do dano sofrido pelo paciente diante da verificação de inadimplemento contratual ou de um erro médico.

O **quarto capítulo** aborda a responsabilidade civil do médico pela falta ou deficiência no cumprimento do seu dever informacional, mediante a consulta de recentes decisões colegiadas proferidas pelos Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça dos Estados. Por fim, observa a distribuição do ônus da prova e a

importância para o médico em documentar a etapa da transmissão da informação e extração do consentimento do paciente, no intuito de eliminar ou atenuar o risco da condenação profissional.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as **Considerações Finais**, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos no que concerne a importância e aos desdobramentos da informação da relação médico-paciente.

No que tange à metodologia¹⁹, foram considerados os parâmetros²⁰ adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

O Método utilizado na fase de Investigação, de Tratamento dos Dados e no Relatório da Pesquisa foi o Indutivo²¹. Nas diversas fases da Pesquisa²², foram acionadas as Técnicas do Referente²³, da Categoria²⁴, do Conceito Operacional²⁵ e da Pesquisa Bibliográfica²⁶.

Nesta Dissertação as Categorias principais e seus respectivos Conceitos Operacionais estão apresentados em glossário inicial²⁷.

¹⁹ “[...] postura lógica adotada bem como os procedimentos que devem ser sistematicamente cumpridos no trabalho investigatório e que [...] requer compatibilidade quer com o Objeto quanto com o Objetivo”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 69.

²⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**.

²¹ Compreendido como a maneira ou forma de “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. p. 86.

²² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p.85-90

²³ Denomina-se referente “[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 54.

²⁴ Entende-se por categoria a “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 25.

²⁵ Por conceito operacional entende-se a “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 198.

²⁶ Pesquisa bibliográfica é a “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 207

²⁷ Sobre Categorias e Conceitos Operacionais vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p.31-60.

CAPÍTULO 1

A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

1.1 A INTERFACE DA MEDICINA COM O DIREITO

Todos os dias algum aspecto referente à conexão entre a Medicina e o Direito vem à tona nos canais de comunicação, embora as pessoas nem sempre visualizem tal relação. Mas ela existe, seja vinculada a algum aspecto de saúde pública ou suplementar, que atinge um único indivíduo ou um grupo de pessoas, que afronta direitos fundamentais ou a legislação infraconstitucional e que visa regulamentar a atividade médica em suas mais diversas esferas de atuação.

A maioria das pessoas provavelmente acha que o Direito e a Medicina são, embora de prestígio, profissões separadas, que ocupam reinos independentes. Porém, na verdade, o sistema legal tem um papel de suma importância na prestação de cuidados médicos, mais do que se pode imaginar²⁸.

De que modo a legislação pode moldar a organização e o financiamento e da saúde pública, com que intensidade os tribunais podem influenciar na atividade e na prestação da atividade médica, como a supervisão regulatória pode influenciar a relação médico-paciente, são alguns dos aspectos que correlacionam a Medicina e o Direito²⁹.

Mais do que nunca, o sistema legal é parte integrante de praticamente todos os aspectos do sistema de saúde moderno, desde sua organização até a forma como é financiado e prestado.

Todavia, a falsa ideia de pensar a Medicina e o Direito como dois institutos totalmente separados e sem relação é justificável, aliás, foi assim que surgiram e permaneceram durante um longo tempo em sociedade: como ciências

²⁸ JACOBSON, Peter D. **Strangers in the night: law and medicine in the managed care era**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 09-10.

²⁹ JACOBSON, Peter D. **Strangers in the night: law and medicine in the managed care era**, p. 09-10.

desconexas.

A atividade médica é tão antiga quanto a dor, e seu humanismo tão velho quanto a piedade humana, tendo sempre perseguido sua finalidade precípua, através da investigação das mais diversas entidades nosológicas e do estabelecimento de condutas, no sentido de manter ou restituir a saúde dos indivíduos³⁰.

Victor Robinson³¹ esclarece que a história da Medicina remonta à Idade da Pedra e o primeiro grito de dor proferido na humanidade foi clamando por um médico para possibilitar o salvamento de uma vida.

Embora no Egito Antigo já fossem realizadas cirurgias bastante complexas, foi na Grécia que a Medicina se desenvolveu e onde surgiram as primeiras técnicas na arte de identificar os sintomas das doenças.

Também na Grécia nasceu Hipócrates, considerado o Pai da Medicina, por isso dizer que a arte médica permaneceu por um longo tempo no chamado período hipocrático, prisioneira dos rigores, da tradição e das influências religiosas³².

A seu tempo, o Direito teve efetivação mais recente, haja vista que nas sociedades primitivas a norma era desconhecida e os conflitos eram solucionados pela força e pela astúcia. Com a repetição dessas situações, foi o homem vendo que as experiências vividas eram ou não úteis e vantajosas, pelo que constituíram uma modalidade de decisão: o costume³³.

Miguel Reale³⁴ pontua que durante milênios o homem viveu ou cumpriu o Direito, fazendo-o de acordo com regras de conduta religiosas e/ou costumeiras, muito embora sem o conhecer como fato social ou ciência e sem se propor o problema de seu significado lógico ou moral.

Diante do surgimento de relações mais complexas, apareceram os

³⁰ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 16.

³¹ ROBISON, Victor. **The history of medicine**. New York: The New Home Library, 1943, p. 01.

³² DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 34.

³³ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 16.

³⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 02.

primeiros órgãos especiais para julgar os infratores da ordem social, compostos inicialmente pelos sacerdotes e pelo conselho de anciãos, escolhidos entre as diversas tribos. Foi quando o costume cedeu espaço ao costume jurídico e surgiu o chamado Direito Consuetudinário.

Com o aparecimento da escrita, o homem pôde registrar seus pensamentos e, dispondo desse recurso, assim o fez em relação às normas jurídicas, a fim de que melhor pudessem ser compreendidas e aceitas, momento em que ocorreu a transição do costume para a Lei.

Reale ensina que foi somente neste estágio mais maduro da civilização que as regras jurídicas adquiriram estrutura e valor próprios e, por consequência, que a humanidade passou a considerar o Direito como algo merecedor de estudos³⁵.

Medicina e Direito então se encontram a partir do século XV, quando surge a ideia mais precisa de uma deontologia médica, assentada em direitos e obrigações ao profissional médico e orientada no sentido coletivo e social.

Com o decorrer da história, essas ciências atingiram um ponto de conexão inseparável, fazendo surgir novos ramos de estudo, como a Medicina Legal, a Bioética, o Biodireito, o Direito Médico, o Direito à Saúde e também o Direito Sanitário, dentre outros.

À vista disso, a Medicina se tornou uma instituição de interesse coletivo, e o Estado passou a exigir mais dos profissionais, como elementos de grande valia para esclarecer a ordem pública e a paz social. Atualmente, em quase todos os países do mundo, as atividades dos médicos estão estruturadas por Leis, quer no terreno individual da clínica privada, quer nas instituições de caráter público³⁶.

Diante deste contexto, o próprio papel que o Direito exerce sobre a Medicina também mudou. Hoje, a atividade médica não mais pode se divorciar e deixar de ser analisada sob a égide da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais, das Declarações Universais e das Leis Infraconstitucionais, que

³⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 02.

³⁶ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 17.

orientam os Estados em diversas vertentes, seja no sentido da promoção do bem comum, da dignidade da pessoa humana, da integridade física e moral do cidadão, da proteção à vida, etc.

Entender esse novo papel que o Direito exerce sobre a Medicina também ajuda a explicar a sensível relação médico-paciente que se firmou na contemporaneidade, com reflexos entre a boa prática médica pelos profissionais da área e a defesa dos direitos conferidos aos pacientes.

1.2 A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE

Médico (atendente) e paciente (atendido) obrigam-se, bilateralmente, a deveres recíprocos, sendo que entre ambos existe uma relação jurídica propriamente dita, de cunho contratual (*ex contractu*)³⁷. O médico, na qualidade de sujeito ativo, detentor dos conhecimentos científicos e de habilidades técnicas. O paciente, na qualidade de sujeito passivo, detentor das informações a serem repassadas e do seu próprio sigilo.

Nelson Grisard³⁸, no mesmo sentido, considera que as relações do médico com o paciente são de cunho contratual, visto que se estabelece entre ambos um pacto de obrigações recíprocas que culminam na efetiva prestação do serviço médico.

No campo do direito privado, com foco na saúde suplementar, médico e paciente, ao contratarem entre si, travam uma verdadeira relação jurídica de consumo, que é analisada sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990³⁹), enquanto lei especial, e também sob o ponto de vista do Código Civil (Lei nº 10.406/2002⁴⁰), enquanto instrumento fixador de normas gerais para regulamentar a ordem jurídica privada no âmbito infraconstitucional.

Isso é, o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica,

³⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 91.

³⁸ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 96.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

estruturada em princípios e cláusulas gerais do Direito Civil, estabelecendo uma estrutura jurídica ou um minissistema a ser aplicado em todas as relações de consumo. Já o Código Civil é uma norma de disciplina social, com regras tipificadoras de condutas e regulamentadoras de várias espécies de contratos.

O médico, pois, na qualidade de fornecedor, desenvolve a atividade de prestação de serviços de saúde, e o paciente, na qualidade de consumidor, utiliza esses serviços prestados enquanto destinatário final, conforme disciplinam os arts. 2º e 3º, ambos do Código Consumerista⁴¹:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O objeto contratado então vem a ser o serviço de saúde; até porque, o que leva o paciente a procurar a figura do médico e seus serviços é a própria dúvida da doença⁴². E o serviço de saúde nada mais é do que um ato realizado pelo médico em favor do paciente, mediante remuneração, podendo consistir em uma avaliação física, uma análise clínica, um procedimento clínico ou cirúrgico, etc.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 12.842/2013⁴³, também conhecida como Lei do Ato Médico, “o objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo,

⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

⁴² GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 73.

⁴³ BRASIL. Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza”.

A saúde do ser humano e das coletividades humanas é justamente o elemento teleológico existente na relação jurídica médico-paciente, donde Hélio Angotti Neto pontua sobre sua essencialidade e imutabilidade:

A medicina não é uma página em branco na qual a sociedade escreve o que quiser. É uma realidade derivada de condições existenciais objetivas e concretas. Alguém, acometido por uma doença ou um tormento de qualquer espécie, busca auxílio; alguém se presta a auxiliar o próximo em condição de fragilidade. A relação entre os dois é a tradicionalíssima relação médico-paciente, e esse elemento teleológico é essencial e imutável⁴⁴.

Por sua vez, o objeto da relação médico-paciente, vem devidamente fixado em um contrato prévio de prestação de serviço, tácito ou expresso, nos termos das disposições do Capítulo VII (Da Prestação de Serviço) do Código Civil⁴⁵, com especial atenção aos seus arts. 593 e 594:

Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

Sendo assim, na linguagem do Código Civil e do Consumidor, “o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o fornecedor que desenvolve atividades de prestações de serviços; e o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício”⁴⁶.

E não se pode perder de vista, como mais adiante se verá, que essa relação jurídica é, em verdade, uma relação de confiança, acreditada na disposição alheia em contar a verdade e cumprir promessas⁴⁷.

O que quer dizer que nem mesmo nas situações mais comuns do

⁴⁴ ANGOTTI NETO, Hélio. **A tradição da medicina**. Brasília, DF: Academia Monergista, 2016, p. 20.

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

⁴⁶ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 97.

⁴⁷ ANGOTTI NETO, Hélio. **A tradição da medicina**. Brasília, DF: Academia Monergista, 2016, p. 151.

cotidiano médico se pode abrir mão da confiabilidade, pois o paciente precisa acreditar que esse mesmo médico é confiável e benevolente, ou jamais confiará no plano terapêutico prescrito; interesses secundários, discretos ou ocultos não cabem em uma saudável relação médico-paciente saudável, pois sem confiabilidade, a Medicina gerará apenas desconfiança e hostilidade⁴⁸.

1.2.1 A materialização da relação jurídica médico-paciente

A relação jurídica médico-paciente, como visto, materializa-se pela realização do ato médico, o que se dá através de atividades privativas do profissional, assim previstas nos arts. 4º e 5º, ambos da Lei nº 12.824/2013⁴⁹:

Art. 4º São atividades privativas do médico:

I - (VETADO);

II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios;

III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias;

IV - intubação traqueal;

V - coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal;

VI - execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral;

VII - emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos;

VIII - (VETADO);

IX - (VETADO);

X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;

XI - indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde;

XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular;

XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas;

XIV - atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

[...].

⁴⁸ ANGOTTI NETO, Hélio. **A tradição da medicina**, p. 155.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

Art. 5º São privativos de médico:

I - (VETADO);

II - perícia e auditoria médicas; coordenação e supervisão vinculadas, de forma imediata e direta, às atividades privativas de médico;

III - ensino de disciplinas especificamente médicas;

IV - coordenação dos cursos de graduação em Medicina, dos programas de residência médica e dos cursos de pós-graduação específicos para médicos.

[...].

Em resumo, o ato médico é o ato profissional realizado por quem está habilitado a exercer a Medicina e o ponto central de interação da relação médico-paciente é justamente a união da anamnese, exame físico e a vontade do paciente, bem como o conhecimento ético de diceologia e deontologia⁵⁰.

Em síntese, sem o ato médico não haverá oportunidade de o paciente revelar ao médico suas queixas e tampouco este o examinará e o segredo médico não fluirá. Sem os três pilares da atenção médica – ato médico, relacionamento médico-paciente e segredo profissional – torna-se impossível o exercício da Medicina⁵¹.

No ato médico se inclui o encontro entre o médico e o paciente, sendo pautado na capacidade de diálogo de ambos, em especial na do médico, para se concretizar uma atitude benéfica para o paciente⁵².

Ocorre que, apesar da evolução da Medicina e do Direito enquanto ciências interrelacionadas, certo é que essa conexão ainda, e apesar dos esforços, não conseguiu eliminar as hipóteses de mau relacionamento entre médico-paciente, constituindo-se em um dos pontos fracos da prática profissional médica.

Grisard explica que para o bom relacionamento, impõe-se compromissos de parte a parte, e que o mau relacionamento é um mal, não somente para os médicos, mas também para os seus pacientes:

O médico se propõe a fazer o melhor pelo paciente e este se compromete informar corretamente seu médico sobre seus

⁵⁰ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 73.

⁵¹ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 77.

⁵² ANGOTTI NETO, Hélio. **A tradição da medicina**, p. 195

problemas e a seguir as prescrições e recomendações profissionais que lhe forem feitas. Este compromisso solene, pois baseado na confiança mútua, caracteriza um contrato implícito entre médico e paciente, de alto sentido moral e do seu cumprimento resultará o bom ou mau relacionamento médico-paciente. [...]. No relacionamento médico-paciente os caminhos do direito e do dever se aplicam a médico e paciente. A diceologia e a deontologia pregam os direitos e os deveres do médico para com os pacientes que, em última análise, são também os direitos destes; do mesmo modo, os pacientes têm deveres para com seu médico que também correspondem aos direitos do médico na tarefa de bem assistir⁵³.

Esses episódios ocorrem por diversos fatores que levam os médicos a desagradar social e afetivamente seus pacientes e familiares: “eles oscilam entre a falta de boa formação social, a insuficiente formação ética e condições de trabalho adversas com reflexos sobre a vida sócio-econômica do profissional”⁵⁴.

Médicos e pacientes então se reservam direitos e detêm camadas de deveres entre si, sendo o bom relacionamento uma questão de respeito aos preceitos éticos da profissão e o mau uma questão de desvirtuamento destes mesmos preceitos.

Razão pela qual, na realização de um ato profissional com tantas vertentes, além da formação técnica, o médico precisa ter conhecimentos éticos de diceologia (direitos) e deontologia (deveres) para a perfeita prática de atos médicos legítimos, de tal forma que o seu comportamento ético e o seu modo de ser e agir no exercício da profissão, não o faça desaguar numa lide judicial ou em um processo ético-disciplinar⁵⁵.

Todavia, essa interação entre o profissional e o enfermo não surgiu como hoje é conhecida. Ao contrário, desenvolveu-se gradativamente ao longo da história e vivenciou nos últimos anos uma verdadeira mudança de paradigma, que se fez sentir em todo o mundo.

1.2.2 O desenvolvimento histórico da relação jurídica médico-paciente

A relação jurídica médico-paciente guarda estreita relação com a evolução

⁵³ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 68-69.

⁵⁴ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 67.

⁵⁵ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 73.

da ética médica, a qual se sustenta em valores predominantemente culturais e que foi fortemente influenciada pelo pensamento religioso⁵⁶.

Analisando a origem histórica da Medicina ocidental, ensinam Pierre Góis do Nascimento Júnior e Teresinha Maria de Macêdo Guimarães que:

[...] a medicina ocidental era uma ciência essencialmente humanística, cujas raízes se assentavam no solo da filosofia, da natureza, e o seu sistema teórico partia de uma visão holística que entendia o homem como um ser dotado de corpo e espírito. Nesse sentido, para os médicos dessa época, as doenças não eram consideradas isoladamente como um problema especial, mas sim como uma consequência da interação entre o homem, vítima da enfermidade, e da natureza que o rodeava, as leis universais que o regiam e sua qualidade individual. [...], na época, o médico deveria ser mais do que um grande pesquisador ou estudioso, necessitava ser fundamentalmente um humanista, um homem sábio que na elaboração do seu diagnóstico levava em consideração não somente dados biológicos, mas também dados ambientais, socioculturais, familiares, psicológicos e até mesmo espirituais, uma vez que para a civilização daquele momento os deuses eram sujeitos ativos na história e na vida das pessoas⁵⁷.

História que em muito coincide com a evolução da ética médica no ocidente, podendo ser dividida em quatro grandes fases: religiosidade, tempo dos filósofos, era monástica e predomínio laico⁵⁸.

O período de religiosidade se firmou nos povos pré-históricos e entre aqueles que viveram nos primeiros séculos da antiguidade, época em que a prática da Medicina e a religião estavam tão entrelaçadas que os valores religiosos tinham predominância sobre os valores morais propriamente médicos, tanto é que a prática médica era, na maioria das vezes, conduzida por sacerdotes⁵⁹.

Período este em que ética e religião não só andavam juntas, mas eram

⁵⁶ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**. Revista Eletrônica de Bioética. Brasília, v. 17, n. 3, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/507. Acesso em: 04 de abril de 2019, p. 408.

⁵⁷ DO NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos**. Revista Eletrônica de Bioética. Brasília, v. 2, n. 1, 2003. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/152. Acesso em: 26 de março de 2019, p. 102.

⁵⁸ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 408.

⁵⁹ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 408.

igualmente dependentes do caráter e da vontade de Deus⁶⁰. Através das escrituras do Antigo Testamento, fazia-se menção a uma denominada “ética cristã”, não consistindo apenas no código escrito, mas na relação pessoal entre homem e Deus e homem e homem⁶¹:

O ministério da cura de Jesus baseava-se na convicção de que o Pai celestial o havia capacitado para curar a alma e o corpo. Os registros do Evangelho o retratam como o médico onipotente com poder para curar todas as enfermidades espirituais, físicas e mesmo mentais do homem. Seu poder de cura e seu poder salvador eram o mesmo. Não se pode separar o Jesus Salvador do Jesus curador⁶².

Em seguida, no tempo dos filósofos, “os gregos parecem ter sido o primeiro povo a tratar as questões éticas de forma distanciada do ponto de vista religioso, considerando-as tema filosófico”⁶³.

O que se deve, em grande parte, ao conflito estabelecido entre o cristianismo e a tradição da cura greco-romana, conforme discorre Hugh J. Flemming:

Quando o cristianismo, como religião de cura, começou a se espalhar por todo o mundo greco-romano, ele entrou em conflito com a tradição de cura pagã firmemente estabelecida havia vários séculos. Seu principal rival foi Asclépio – Esculápio para os romanos –, a mais proeminente divindade de cura no antigo panteão greco-romano. Como a maioria das figuras religiosas, sua origem é obscura, mas por volta do século V a.C. seu culto estava estabelecido em todo o mundo mediterrâneo, como indica a evidência de inscrições. No início, Asclépio era um médico humano, tido como filho de Apolo por Hesíodo e Píndaro. Tornou-se a principal divindade curadora do famoso santuário de Epidauro, e reconhecido como semideus em Atenas. Por fim, foi venerado como o grande deus curador Esculápio, em Roma. Sua reputação não se restringiu à capacidade curativa, mas foi ampliada e cresceu até ele ser reconhecido libertador e salvador (*sōtēr*) e também curador. Seu culto tornou-se tão difundido, sua fama tão universal e seu poder curador tão famoso que Asclépio foi considerado, por parte dos cristãos primitivos, o principal rival de Cristo, devido à sua marcante semelhança no papel e ensino do Grande Médico⁶⁴.

Ainda no século V a.C. surge o juramento hipocrático, tido como o mais

⁶⁰ FLEMMING, Hugh J. **A medicina pós-hipocrática**: o problema e a solução, p. 15.

⁶¹ FLEMMING, Hugh J. **A medicina pós-hipocrática**: o problema e a solução, 2017, p. 21.

⁶² FLEMMING, Hugh J. **A medicina pós-hipocrática**: o problema e a solução, p. 28-29.

⁶³ MONTE, Fernando Q. **Ética médica**: evolução histórica e conceitos, p. 409.

⁶⁴ FLEMMING, Hugh J. **A medicina pós-hipocrática**: o problema e a solução, p. 33.

antigo código de ética médica conhecido. Desenvolvido por Hipócrates (470 a.C. – 370 a.C.) – médico grego nascido na ilha de Cós e considerado por muitos o “pai da Medicina” –, “o juramento é uma das preciosas heranças hipocráticas definidoras do padrão humanístico a ser seguido”⁶⁵ e sua causa essencial “é a orientação ética ampla na forma de compromisso voluntário quanto à atitude e valores do médico na prática da arte médica”⁶⁶.

O juramento iniciava com uma invocação aos deuses, o que permite colocá-lo como produto de sua época histórica, onde a Medicina ainda não era considerada atividade essencialmente laica. O restante do juramento “é composto por deveres gerais do médico para com a sociedade e constituído de proibições com uma única afirmação: conservarei pura e santa minha vida e minha arte”⁶⁷.

Por si só, observa-se que “tal imperativo exige mais do médico do que a média dos cidadãos e demais profissionais. Sua obediência atendia a motivos utilitários: a obtenção de boa reputação”⁶⁸.

Foram estes padrões que fundamentaram o modelo do médico hipocrático, isto é, um médico que dispunha de dois alicerces básicos para o exercício da Medicina: o exame clínico e, em especial, a relação médico-paciente. Postulados estes que “colocavam o médico muito mais perto da cortesia e da caridade que de um profissional que enfrenta no seu dia a dia uma avalanche medonha de situações muito complexas e desafiadoras”⁶⁹.

Consciente do caráter social da Medicina, Platão (427 a.C. - 347 a.C.) via os aspectos éticos inerentes à profissão, que transmitiu em trechos de “A República” como⁷⁰:

[...]. — Ora, nenhum médico, na medida em que é médico, procura ou prescreve o que é vantajoso ao médico, mas sim ao doente? Pois concordamos que médico, no sentido rigoroso, é o que governa os corpos, e não o que faz dinheiro com eles. Ou não concordamos?

⁶⁵ ANGOTTI NETO, Hélio. **A tradição da medicina**, p. 27.

⁶⁶ ANGOTTI NETO, Hélio. **A tradição da medicina**, p. 44.

⁶⁷ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 410-411.

⁶⁸ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 410-411.

⁶⁹ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 34.

⁷⁰ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 410.

— Concordamos. [...] ⁷¹.

— [...]. Mas que dizes acerca deste ponto, Sócrates: porventura não é preciso que tenhamos bons médicos na cidade? E eles serão em tanto maior número, quantas mais pessoas sãs e doentes tiverem tratado, e da mesma maneira serão os juízes que tiverem convivido com a maior variedade de naturezas.

— Certamente que sim — respondi —, se forem bons. [...] ⁷².

Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), a seu tempo e em “A Política” compartimentalizou a Medicina em duas categorias distintas, a saber: a prática da Medicina (arte) e a teoria da Medicina (ciência) ⁷³.

No século V d.C., inicia-se a era monástica. Mais especificamente na Espanha, ocupada pelos visigodos, obedecia-se às leis dos germanos e seus costumes, inclusive as que regulavam o comportamento dos médicos com os pacientes sob o aspecto do sexo ⁷⁴.

No século VI, no reino da Itália dos ostrogodos, chegaram até os dias atuais os registros de Cassiodoro (490-585), cuja preocupação maior dirigia-se para os aspectos mais formais da conduta dos médicos, representadas por regras de etiqueta ⁷⁵.

Mas foi entre os séculos VIII ao X que a medicina monástica predominou no Norte da Europa, refletindo a ideologia de Hipócrates. Iniciada no século X, a Escola Médica de Salerno invoca a ajuda de Deus e repete as advertências de Hipócrates contra a imoralidade, mas preocupa-se fundamentalmente com o lado materialista da prática médica, de modo que a inteligência profissional obscurece tanto o idealismo hipocrático quanto os valores cristãos ⁷⁶.

Foi a partir do século XV que surgiu uma ideia mais precisa de deontologia (direitos e deveres) médica, a qual, embora orientada no sentido coletivo e social, ainda se vinculava a sua fonte hipocrática ⁷⁷.

⁷¹ PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 29.

⁷² PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 102.

⁷³ FLEMMING, Hugh J. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**, p. 44.

⁷⁴ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 412.

⁷⁵ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 412.

⁷⁶ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 412.

⁷⁷ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 34.

O que se associa ao início da fase do predomínio laico, refletida na obra *Utopia*, de Thomas Morus (1478-1535), que é o primeiro sinal de ruptura entre a teologia e a ética, “uma parábola destinada a mostrar que o conhecimento e a prática da moralidade podem ser possíveis sem a revelação cristã”⁷⁸.

Em 1520, o Royal College of Physician, de Londres, estabeleceu uma constituição médica que previa penalidades para os que a violassem⁷⁹.

Neste particular, Thomas Hobbes (1588-1679) influenciou drasticamente o campo da ética através da sua visão naturalista do mundo, ao considerar que os conceitos de bem e de mal variavam de acordo com o temperamento, os costumes e as doutrinas, e “apesar de afirmar que as leis da natureza seriam imutáveis e eternas, propiciou a perspectiva da possibilidade da evolução da ética com as mudanças sociais”⁸⁰.

A proposta filosófica de Immanuel Kant (1724-1804) e sua ideia da ética, corroborou com a prática médica, através dos pressupostos de que: “é errôneo enganar ou mentir ao paciente; as pessoas devem ser tratadas como fins e não como meios; deveres perfeitos ou imperfeitos podem possibilitar que direitos sejam reconhecidos”⁸¹.

Em 1803, Thomas Percival (1740-1804), moralista do século XVIII e médico em Manchester, lançou um livro de grande repercussão sobre ética médica, com feição liberal. Em 1847, o primeiro Código de Ética Médica pela Associação Médica Americana, fez uso de extensas seções do Código de Percival⁸².

A ética contemporânea também sofreu influência de Jeremy Bentham (1748-1832) e Stuart Mill (1806-1873), por intermédio da corrente filosófica do utilitarismo, cuja metodologia influenciaria para sempre as discussões sobre transplante de órgãos, pesquisas clínicas em doentes, etc. Para os utilitaristas, “as ações que devem ser feitas são as que produzem mais lucro (felicidade) com o

⁷⁸ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 412.

⁷⁹ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 413.

⁸⁰ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 413.

⁸¹ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 414.

⁸² MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 414.

menor custo (infelicidade)”⁸³.

Mas foi a partir da segunda metade do século XIX, que importantes descobertas causaram uma verdadeira revolução na prática médica no Brasil e no Mundo.

Novos conhecimentos nos campos da patologia, das análises laboratoriais e de medicamentos mais eficazes possibilitou à ciência médica um controle maior das doenças e uma maior probabilidade de cura. Outros avanços aconteceram em diversas áreas e esse extraordinário progresso, associado ao crescente desenvolvimento tecnológico, acarretou mudanças no modo de atuação dos médicos e na sua formação acadêmica⁸⁴.

Em consequência, essa conquista de espaço levou a medicina a ser vista como uma ciência exata e biológica, perdendo pouco a pouco o seu caráter humanístico. O médico que até então dispunha tão-somente da sua proximidade com o seu paciente, aliado a seu exame físico para conduzir o diagnóstico e a terapêutica correta, passou a se valer de uma série de recursos tecnológicos e condutas⁸⁵.

Com isso, a necessidade antes primordial de desenvolver uma estreita relação com o paciente para tecer um diagnóstico correto e uma terapêutica adequada foi sendo substituída pela solicitação e execução de exames mais acurados e utilização de medicamentos mais eficazes⁸⁶.

Estava então criado o conceito de médico cientificista, como sendo aquele profissional que não mais utilizava os princípios hipocráticos para a condução do caso, mas sim baseava-se apenas em evidências clínicas e tecnológicas que

⁸³ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 414.

⁸⁴ DO NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos**. Revista Eletrônica de Bioética. Brasília, v. 2, n. 1, 2003. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/152. Acesso em: 26 de março de 2019, p. 103.

⁸⁵ DO NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos**, p. 103.

⁸⁶ DO NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos**, p. 103.

propiciassem um fechamento do diagnóstico mais exato⁸⁷.

No Brasil, sobre a adoção de um código de ética, foi somente em 1867 que o país se valeu do Código de Ética da Associação Médica Americana⁸⁸.

Em 1929, surge o Código de Moral Médica, aprovado no VI Congresso Médico Latino-Americano. Em 1931 e em 1945, respectivamente, o I e o IV congressos sindicalistas brasileiros aprovaram versões do Código de Deontologia Médica, sendo o de 1945 revogado pela Lei 3.268/57, que determinou a edição do Código de Ética da Associação Médica Brasileira, substituído pelo Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, em 1964⁸⁹.

Nos anos 70, a ética médica tradicional passa a ser influenciada pela chamada *teoria de princípios*, “onde se preconizava a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a equidade, sempre se baseando no raciocínio de que, se um ato tem consequência boa e está ajustado a uma regra, ele é por consequência um ato eticamente recomendável”⁹⁰.

Assim, de 1970 a 1980, houve uma grande modificação no sentido de entender a ética do médico dentro do conjunto das necessidades da profissão e das exigências contemporâneas⁹¹.

Já nos anos 80, percebeu-se que a relação médico-paciente-sociedade deveria se fazer através de princípios, e onde cada caso deveria ser tratado de forma própria. Nesta época, o discurso médico tradicional sofreu uma mudança bem significativa, transformando-se, pouco a pouco, premido pelas exigências do conjunto da sociedade, com viés econômico e social⁹².

Surgiu então a figura do médico cientificista, supervalorizando a parte científico-tecnológica no diagnóstico, em detrimento de todos os valores

⁸⁷ DO NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos**, p. 103.

⁸⁸ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 416.

⁸⁹ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 416.

⁹⁰ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 36.

⁹¹ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 36.

⁹² DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 36.

humanísticos antes tão relevantes, o que deu por comprometer a relação jurídica médico-paciente.

Esse relacionamento foi também influenciado pelo interesse materialista dos médicos e pelas pressões exercidas pelo sistema público de saúde no Brasil e em todo o mundo pelos planos de saúde privados, estes na busca pela maximização dos lucros.

Em verdade, toda essa exatidão levou à perda do caráter humanístico, conforme discorria o médico e professor Grisard, no ano de 2006:

A crise por que passa a prática diuturna da medicina tem suas variáveis e é reflexo dos conturbados momentos em que vivemos na sociedade como um todo. Esta mesma crise tem um componente econômico, um componente de credibilidade e também de desempenho, que afetam o exercício ético da medicina. [...] o afastamento dos médicos dos propósitos humanitários de medicina, permitindo que a tecnologia interfira no relacionamento médico-paciente, tornando-o cada vez mais despersonalizado, constituem deméritos para os médicos. Os ganhos em tecnologia contabilizam perdas em contato humano! Ao afastar-se da arte de ouvir e examinar os pacientes deixou o médico de ser médico, transformando-se em técnico em medicina [...] ⁹³.

Neste particular de descrédito, iniciou-se nos últimos anos um processo de reumanização da Medicina, postulando-se que os dois modelos de médicos (cientificista e hipocrático) estavam fadados ao insucesso e não eram suficientes por si só, mas sim complementares⁹⁴.

O médico tecnológico deveria complementar os dados fornecidos pela anamnese e pelo exame físico do paciente. Concordante a toda essa realidade, características do médico hipocrático passaram a ser consideradas como sendo princípios fundamentais e peculiares à prática médica⁹⁵.

É diante dessa realidade de complementariedade que a Medicina atual tenta avançar na satisfação tanto do paciente como dos profissionais da área da

⁹³ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. XVII.

⁹⁴ DO NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos**, p. 104-105.

⁹⁵ DO NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos**, p. 104-105.

saúde, máxime pela recente mudança de paradigma na relação médico-paciente⁹⁶.

Neste panorama, o novo Código de Ética Médica⁹⁷, aprovado em 27 de setembro de 2018 pelo Conselho Federal de Medicina, busca, em grande parte, atender estes objetivos contemporâneos que se fazem presentes.

1.2.3 O grande conflito: a mudança de paradigma na relação médico-paciente

É visível: a Medicina vem enfrentando situações novas que as fórmulas tradicionais nem sempre lhe proporcionam a segurança de uma tomada de posição correta e legal.

No cotidiano, os aspectos da moral médica e a responsabilidade do profissional ante o indivíduo e a sociedade se estruturam de acordo com uma necessidade que está em constante evolução⁹⁸.

De um lado, o Direito passou a ter papel mais ativo sobre a atividade médica, a rigor pelo *status* de garantia constitucional atribuído à saúde, enquanto Direito de todos e dever do Estado. De outro, o perfil do paciente se modificou, passando a ter um papel mais ativo na relação com o médico.

Em um cenário onde há no sistema legal muitíssimo mais vedações ao médico do que direitos, algumas perguntas se fazem presentes. Por que isso ocorreu? Por que chegou a tal ponto? Foi necessária tanta austeridade?

Grisard, conferindo resposta a esses questionamentos, procura demonstrar as razões que culminaram na situação atual. Explica que perderam os governos, legisladores, educadores e médicos o controle da quantidade e da qualidade do “produto final” médico. Igualmente, discorre que exageraram os maus médicos das prerrogativas que a colação de grau lhes outorgou e usando mal seus direitos, forçaram o surgimento de verdadeiro controle interno (pelos próprios

⁹⁶ DO NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos**, p. 104-105.

⁹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

⁹⁸ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 23.

profissionais) e externo (pela sociedade em geral) das condutas que jazeram⁹⁹.

E prossegue, ao argumento de que se somaram a esses acontecimentos o aviltamento dos valores pecuniários com que o sistema único e os planos de saúde retribuem o trabalho médico, o que culminou na busca de caminhos alternativos, e nem sempre lícitos, para obtê-los em patamares mais elevados¹⁰⁰.

Aliado a isso, surgiu a exploração de médico por médico e/ou por clínicas, conflitos entre o que o sistema único diz que paga pelos serviços médicos e o que realmente o médico recebe, denúncias, sindicâncias, processos ético-disciplinares, penalizações, etc.¹⁰¹.

Enfim, surgiu a insatisfação, o inconformismo e o descrédito, ao passo que a sociedade viu ruir um dos pilares da sua segurança - a assistência médica e a Medicina¹⁰².

No que concerne a mudança do perfil do paciente, parte-se do pressuposto de que enfermo até pouco tempo, pouco conhecimento tinha sobre seus direitos enquanto usuário do sistema de saúde e ainda menos conhecimento tinha sobre as implicações decorrentes do não cumprimento desses direitos por parte dos profissionais da área.

No Brasil, com a universalização do sistema de saúde, o aprimoramento das especializações, a facilitação do acesso aos convênios, seguros e planos de saúde privados e coletivos, o cenário mudou e se despertou no enfermo o interesse de conhecer seus direitos, benefícios e, acima de tudo, informar-se.

Neste contexto, Carlos Bergstein¹⁰³ explica que a própria denominação dos sujeitos da relação médico-paciente também mudou, passando-se para a nomenclatura “prestador de serviços” e “usuário dos serviços”, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo cada vez mais consciente de seus direitos, e cada

⁹⁹ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 02.

¹⁰⁰ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 03.

¹⁰¹ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 03.

¹⁰² GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 03.

¹⁰³ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

vez mais exigente quanto aos resultados.

Aliado a isso, o modelo tradicional paternalista da relação médico-paciente também se transformou. Esse modelo tradicional conferia ao médico uma grande autonomia em relação ao paciente; autonomia quanto as escolhas, técnicas e rumos do tratamento adotado. O profissional, até então, era o detentor de todas as informações e o enfermo mero objeto da sua ação.

Esse modelo paternalista, diga-se de passagem, foi o que predominou desde as origens da Medicina até recentemente, com base em três crenças: uma certa obrigação de reverência, a fé e a obediência aos médicos, pautadas na ideia de que, quem sabe mais, pode mais¹⁰⁴.

Ocorre que, esse tipo de relação e essa carga de autonomia na pessoa do médico, não são mais uma realidade.

Tem-se hoje um paciente mais autônomo e livre, pois tem acesso a muita informação, de modo que não se submete mais de forma passiva as decisões tomadas pelo médico, mas sim exigindo informações compartilhadas para a boa preservação da sua autonomia. Para Bergstein, isso se deve, sobretudo, ao recente incremento na difusão de informações de natureza técnica, notadamente pela rede mundial de computadores¹⁰⁵.

Atualmente, parte-se da ideia assente e inabalável de que o paciente é sujeito de direito e não apenas objeto de cuidado¹⁰⁶.

Nessa toada, a relação jurídica médico-paciente não se esgota em si mesma, mas transcende para a dimensão social, pelo que precisa ser reavaliada à medida que a própria sociedade se renova, para que a era dourada da Medicina – constituída sobre o fundamento da ética judaico-cristã e tradição hipocrática – jamais

¹⁰⁴ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 54.

¹⁰⁵ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 109.

¹⁰⁶ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 53.

se esvazie¹⁰⁷.

Cada vez mais se faz necessário enxergar o ser humano de maneira integrada e considerar o paciente em seu papel de indivíduo na sociedade, considerando suas dificuldades, crenças, medos e fraquezas, tão fundamentais para a compreensão do processo do adoecimento. Aos poucos, parece que os profissionais de Medicina e pacientes estão repensando esses conceitos, e têm constatado que nada substituiu o tratamento humanizado. Ou seja, nada é mais importante que o médico que tem nome e rosto e que conhece o nome e o rosto do paciente¹⁰⁸.

Sendo assim, à medida que a Medicina avança em suas conquistas e investigações, maior se torna o risco desse desenvolvimento¹⁰⁹. Como visto, esse salto de paradigma verificado na relação médico-paciente tem seu custo para a classe médica.

Hoje, mais do que nunca, a conduta médica e o seu comportamento na relação para com o paciente estão normatizados, fiscalizados e limitados por leis, normas técnicas, códigos de conduta, códigos de ética médica, etc.¹¹⁰.

Em resumo, a Medicina está vinculada ao ordenamento jurídico vigente, de modo que entender os deveres de conduta dos profissionais da área e a natureza da responsabilidade médica em um contexto de interação com a sociedade e com o enfermo, ajuda em muito na proteção legal do médico para o coerente e saudável exercício da profissão.

1.3 DEVERES DE CONDUTA DO MÉDICO

No exercício de uma atividade profissional com tantas vertentes, como é o caso da Medicina, além da formação técnica, o médico precisa ter conhecimentos éticos, não somente de diceologia (direitos), mas principalmente de deontologia

¹⁰⁷ FLEMMING, Hugh J. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**, p. 13.

¹⁰⁸ ANGOTTI NETO, Hélio. **Arte médica: de Hipócrates a Cristo**. Brasília: Academia Monergista, 2018, p. 14.

¹⁰⁹ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 23.

¹¹⁰ MONTE, Fernando Q. **Ética médica: evolução histórica e conceitos**, p. 417.

(deveres), para a perfeita prática de atos médicos legítimos, de tal forma que o seu comportamento ético e o seu modo de ser e agir no exercício da profissão, não o faça desaguar numa lide judicial ou em um processo ético-disciplinar¹¹¹.

A própria ideia do bom e do mau relacionamento na relação médico-paciente decorre das hipóteses de respeito aos preceitos éticos da profissão ou do desvirtuamento destes mesmos preceitos, respectivamente.

Genival Veloso de França analisa que a mudança de paradigma da relação também contribuiu para a propagação dos deveres de conduta do médico, pois até então prevalecia a ideia de ampla liberdade de agir ao profissional:

Chegava-se ao exagero de considerar a medicina como um “mandato ilimitado junto à cabeceira do doente, o qual só pode aproveitar essa condição”. Exagerava-se ainda quando se dizia ser o diploma do médico uma prova incontestada de competência e idoneidade, e que a medicina não era uma ciência com a exatidão da matemática, variando em seus métodos e circunstâncias. É claro que, com o passar dos anos, os imperativos de ordem pública foram se impondo pouco a pouco, até que surgiram as normas disciplinadoras do exercício profissional, como conquista da organização da sociedade. Foi-se vendo que a simples razão de o médico ter um diploma não o exime de seu estado de falibilidade. Por outro lado, o fato de considerar o médico, algumas vezes, como infrator diante de um erro de conduta na profissão, não quer dizer que sua reputação está sem garantia. Somente que seus atos podem e devem ser submetidos a uma equânime apreciação, como o são as ações de todos os outros cidadãos, qualquer que seja seu estado ou sua condição¹¹².

Na atualidade, avaliar a responsabilidade de um profissional exige que se leve em conta seus deveres de conduta, pois são estes que delimitam a linha tênue, e para muitos cruel, existente entre o bom e o mau exercício da profissão. Em outras palavras, seja qual for a forma de avaliar a responsabilidade de um profissional em determinado ato médico, no âmbito legal ou ético, é imprescindível que se leve em conta seus deveres de conduta¹¹³.

Aliás, os erros de conduta podem ocorrer, e são os mais comuns por

¹¹¹ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 73.

¹¹² DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 267.

¹¹³ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 266.

sinal, mas convém que sejam analisados criteriosamente, pois, nesse sentido, há muitas discordâncias sobre a validade de cada método e de cada conduta adotada pelo profissional¹¹⁴.

A importância dos deveres de conduta também decorre do fato de que, enquanto na esfera penal a fonte da conduta culposa é sempre a lei, na responsabilidade civil, de outro modo, a culpa médica pode também se originar da transgressão de um dever de conduta¹¹⁵.

Neste sentido, em face da natureza da atividade que exerce e da importância do bem jurídico com que lida no dia-a-dia –bem-estar, a saúde e a vida do paciente –, o médico possui uma gama de deveres específicos de conduta que devem ser observados, a exemplo dever de atendimento adequado ao paciente, dever de atualização, dever de vigilância e de cuidados, dever de abstenção de abuso, etc.

Igualmente, um dos deveres de conduta mais cobrados por aqueles que avaliam um procedimento médico contestado, é justamente o dever do médico de informar o paciente, que tem como vertentes o próprio dever de informar, bem como o dever de informar-se e de ser informado.

Para França, o dever de informação do médico compreende todos os esclarecimentos na relação médico-paciente que se consideram como incondicionais e obrigatórios, tais como: a) informação ao paciente; b) informações sobre as condições precárias de trabalho; c) informações registradas no prontuário; e d) informações aos outros profissionais¹¹⁶.

A pesquisa, todavia, aborda o dever de informação do médico no sentido de informação ao paciente; enquanto um dever de conduta incondicional e obrigatório do médico em favor do paciente no sentido de informar este sobre a necessidade de determinados atos ou intervenções médicas, seus riscos e

¹¹⁴ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 267.

¹¹⁵ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 275.

¹¹⁶ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 267-269.

consequências¹¹⁷.

É bem verdade que toda e qualquer intervenção médica, por mais simples que seja, enseja um risco que não deriva necessariamente de falhas na prestação do serviço, mas sim de imponderáveis reações do corpo humano a determinadas ações sobre o mesmo¹¹⁸.

Em princípio, não se responsabiliza o profissional por esses riscos inerentes, já que, na busca da cura ou da melhoria das condições de sua saúde, deve o próprio paciente assumir os riscos relacionados às intervenções médicas, sempre, é certo, que não houver falhas na prestação do serviço¹¹⁹.

Entretanto, para que tal posição se sustente no campo jurídico, faz-se indispensável que o paciente tenha sido devidamente informado sobre todos os desdobramentos da intervenção médica adotada e, com isso, tenha manifestado seu consentimento¹²⁰.

O dever informacional, contudo, ganha maior relevo na modernidade em face da substituição de paradigmas na relação médico-paciente, onde o modelo vigente até poucas décadas era o paternalista, em que o médico era considerado “o dono da verdade”.

Este padrão evoluiu para uma relação de mais presença do paciente, que questiona a atuação do profissional, que exige explicações e esclarecimentos, que busca, acima de tudo, se informar e ser informado¹²¹.

É diante de todo esse contexto complexo e, ao mesmo tempo, desafiante, que a informação se insere de uma maneira muito criteriosa na relação médico-paciente contemporânea, fazendo surgir, de um lado, direitos ao enfermo, e, de outro, deveres ao profissional.

¹¹⁷ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 267.

¹¹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 52.

¹¹⁹ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 52.

¹²⁰ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 52.

¹²¹ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 109.

Neste panorama, o paciente busca e requer informação, disposto a contestar qualquer conduta médica que vá de encontro ao seu interesse informacional.

Analisar a importância da informação na relação médico-paciente pode explicar até que ponto o interesse informacional do paciente se mostra legítimo diante de um suposto dever de conduta do médico em informá-lo.

CAPÍTULO 2

A INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

2.1 O ACESSO À INFORMAÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Desde os primórdios os médicos buscaram o bem do doente, isso é, aquilo que do ponto de vista da Medicina, considera-se benéfico. Mas, assim o fizeram, sem levar em conta a percepção do próprio paciente. Durante longo tempo, essa foi considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao paciente sua capacidade de decisão como pessoa adulta e capaz¹²².

Na contemporaneidade, como visto, o paciente busca e requer a informação, disposto a contestar qualquer conduta médica que vá de encontro a seu interesse informacional.

Neste panorama, o acesso à informação destoa como um Direito fundamental de quarta dimensão. Os Direitos fundamentais marcados pela quarta dimensão são os Direitos ligados ao pluralismo e à democracia, onde se inserem os direitos à informação, de ser diferente, à pluralidade em seus mais diversos aspectos, ao respeito das minorias, dentre outros¹²³.

No Brasil, o Direito à informação decorre da previsão constitucional do Direito fundamental ao acesso à informação, assim previsto no art. 5º, XIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹²⁴:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹²² FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 54.

¹²³ DOS SANTOS, Leonardo Fernandes. **Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente**. Revista Eletrônica Direito Público. Brasília, v. 8, n. 35, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1826>. Acesso em 24 de junho de 2019.

¹²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de junho de 2019.

[...];

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...].

Inserido no rol dos Direitos e garantias fundamentais, o acesso à informação é, portanto, um Direito fundamental individual e coletivo que visa instrumentalizar o exercício da cidadania, enquanto pilar da democracia.

A seu tempo, a incorporação da garantia do acesso à informação ao ordenamento jurídico brasileiro foi uma decorrência lógica da tendência internacional em assegurar o Direito à liberdade de expressão dos cidadãos diante da atuação dos Estados.

Essa tendência se iniciou após a segunda grande guerra, primeiro com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens¹²⁵, em 1948, que visava à proteção dos direitos inerentes a todos os seres humanos. Um destes direitos previstos na Declaração foi justamente o de acesso à informação pública, através da dicção do seu art. 28:

Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

Em 1969, foi a vez da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹²⁶, ao prever o Direito ao acesso à informação em seu art. 19, §§ 2º e 3º:

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se

¹²⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Homens**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

¹²⁶ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 24 de junho de 2019.

façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

O marco nacional foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967¹²⁷, através da norma contida no seu art. 150, § 8º:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Seguidamente, como já referido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela dicção do seu art. 5º, XIV, também incorporou o Direito ao acesso à informação, enquanto Direito fundamental, e o elevou ao patamar de Direito autônomo por assim dizer, desvinculado em parte daquela ideia tradicional de garantia da liberdade de expressão, o que fomentou o surgimento de uma série de legislações infraconstitucionais visando regular tal garantia.

Nessa perspectiva, a primeira legislação aprovada foi a Lei nº 8.159/1991¹²⁸, que instituiu a política nacional de arquivos públicos e privados e reafirmou a garantia constitucional do acesso à informação, especialmente ao dispor, em seu art. 1º, que a gestão documental e a proteção especial a documentos de arquivos são deveres do Poder Público, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação.

¹²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 24 de junho de 2019.

¹²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8159.htm. Acesso em: 24 de junho de 2019.

Em 1996, a Lei nº 9.265/1996¹²⁹ tratou sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, incluindo no rol de gratuidades os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, quando objetivados para a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública, nos termos do seu art. 1º, III.

Mais tarde, no ano de 2002, o Decreto nº 4.553/2002¹³⁰, posteriormente revogado pelo Decreto nº 7.845/2012¹³¹, dispôs sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal.

Em 2005, a Lei nº 11.111/2005¹³², revogada pela Lei nº 12.527/2011¹³³, regulamentou o acesso à informação e dispôs sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o referido acesso, o que reforçou a máxima da transparência da Administração Pública.

Por fim, no ano de 2012, o Decreto nº 7.724/2012¹³⁴, em seguida alterado em parte pelo Decreto nº 9.781/2019¹³⁵, também regulamentou, no âmbito do Poder Executivo federal, os procedimentos para a garantia do acesso à informação e para a classificação de informações sob restrição de acesso.

Desse modo, no Brasil e no mundo se observa que o Direito à informação

¹²⁹ BRASIL. **Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9265.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

¹³⁰ BRASIL. **Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4553.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

¹³¹ BRASIL. **Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

¹³² BRASIL. **Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

¹³³ BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm#art46. Acesso em 24 de junho de 2019.

¹³⁴ BRASIL. **Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

¹³⁵ BRASIL. **Decreto nº 9.781, de 3 de maio de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9781.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

surgiu com um viés de Direito Público, através da ideia da garantia fundamental aos cidadãos do acesso à informação, enquanto importante instrumento de controle e fiscalização e com vistas a conferir transparência à atuação do Poder Público.

Aos poucos, dada a sua importância, o Direito à informação foi também sendo incorporado ao Direito Privado, com a finalidade de regular o exercício da atividade econômica e, com isso, garantir o acesso à informação em favor das partes vulneráveis nas relações jurídicas firmadas com terceiros economicamente e tecnicamente mais fortes, especialmente no campo do Direito consumerista.

A exemplo, foi a propagação do Direito à informação na área da saúde, levando-se em conta principalmente a grande quantidade de Direitos fundamentais que se confrontam (vida, liberdade, dignidade humana, etc.) e de onde decorre então a importância de se assegurar à informação em favor do paciente.

Na área médica, portanto, a garantia do acesso à informação surge como um dever profissional e ético do médico na relação jurídica com o seu paciente, dever assim previsto em diversos instrumentos normativos infraconstitucionais.

2.1.1 Previsão infraconstitucional do Direito à informação na relação médico-paciente

O acesso à informação refletido no Direito à informação, além da sua previsão constitucional, também encontra morada nas normas infraconstitucionais, tamanha sua importância para o bom funcionamento da cidadania.

Com enfoque na área médica, o Direito à informação está previsto em diversos instrumentos normativos, previsões estas orientadas por princípios éticos que respeitam claramente a dignidade humana, os Direitos humanos e as liberdades fundamentais, dispensando especial atenção aos vulneráveis.

No Brasil, o Código Civil de 2002¹³⁶ prevê artigo próprio que garante, em favor do paciente, a possibilidade de recusa a tratamento médico que o exponha a risco de vida, conforme se extrai da dicção do art. 15:

¹³⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 de junho de 2019.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Já o Código de Defesa do Consumidor¹³⁷, enquanto instrumento norteador das relações de consumo, fixa os Direitos básicos do consumidor, dentre eles o Direito à informação, e ainda penaliza a atuação do fornecedor (de bens ou serviços) que omite informação relevante, nos termos dos seus arts. 6º, III, 30 e 66:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

Na legislação consumerista, portanto, o Dever de informação do médico (prestador do serviço) assume *status* de direito básico do paciente (consumidor).

Seguindo por essa linha, no campo consumerista, haverá o cumprimento do Dever de informação pelo fornecedor, quando a informação for transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor, não bastando a simples transmissão das informações.

Explica Bruno Miragem¹³⁸ que “será adequada a informação apta a atingir os fins que se pretende alcançar com a mesma, o que no caso é o esclarecimento do consumidor”.

No campo profissional, o novo Código de Ética Médica¹³⁹ manteve a

¹³⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 28 de junho de 2019.

¹³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 122

¹³⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em:

abordagem sobre o dever informacional na parte das vedações aos médicos, conforme se observa dos seus arts. 22, 24, 31 e 34:

É vedado ao médico:

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

Art. 24 Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 31 Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34 Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Neste particular, o novo CEM segue a matriz do Código de Ética Médica¹⁴⁰ (*Code of Medical Ethics*) da Associação Médica Americana (*American Medical Association*), que reserva capítulo próprio (*Chapter 2: Ethics of Consent, Communication & Decision Making*) para tratar da Ética do Consentimento, Comunicação e Tomada de Decisão, e bem prevê em seu parágrafo “2.1.1”

28 de junho de 2019.

¹⁴⁰ USA. American Medical Association. **Code of Medical Ethics**. Disponível em: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/code-medical-ethics-overview>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

Code of Medical Ethics Opinion 2.1.1

Informed consent to medical treatment is fundamental in both ethics and law. Patients have the right to receive information and ask questions about recommended treatments so that they can make well-considered decisions about care. Successful communication in the patient-physician relationship fosters trust and supports shared decision making.

The process of informed consent occurs when communication between a patient and physician results in the patient's authorization or agreement to undergo a specific medical intervention. In seeking a patient's informed consent (or the consent of the patient's surrogate if the patient lacks decision-making capacity or declines to participate in making decisions), physicians should:

(a) Assess the patient's ability to understand relevant medical information and the implications of treatment alternatives and to make an independent, voluntary decision.

(b) Present relevant information accurately and sensitively, in keeping with the patient's preferences for receiving medical information. The physician should include information about:

The diagnosis (when known)

The nature and purpose of recommended interventions

The burdens, risks, and expected benefits of all options, including forgoing treatment

(c) Document the informed consent conversation and the patient's (or surrogate's) decision in the medical record in some manner. When the patient/surrogate has provided specific written consent, the consent form should be included in the record.

In emergencies, when a decision must be made urgently, the patient is not able to participate in decision making, and the patient's surrogate is not available, physicians may initiate treatment without prior informed consent. In such situations, the physician should inform the patient/surrogate at the earliest opportunity and obtain consent for ongoing treatment in keeping with these guidelines.

(*Informed Consent*) o que segue:

O consentimento informado para o tratamento médico é fundamental tanto na ética quanto no direito. Os pacientes têm o direito de receber informações e fazer perguntas sobre os tratamentos recomendados, para que possam tomar decisões acertadas sobre os cuidados. A comunicação bem-sucedida no relacionamento médico-paciente estimula a confiança e apoia a tomada de decisão compartilhada¹⁴¹.

Outrossim, e não menos relevante, o Código de Ética do Estudante de Medicina¹⁴² prevê, em seu art. 30, o dever informacional do estudante de medicina no cumprimento dos seus atos para com os pacientes por ele atendidos:

Art. 30. O estudante de medicina deve garantir que o paciente alcance o nível necessário de compreensão das informações comunicadas, mitigando dificuldades como regionalismo da língua, baixa acuidade auditiva, nível de escolaridade e doenças incapacitantes.

Como visto, mesmo antes de se tornar médico, o estudante já encontra limites legais à sua atuação e deveres de conduta a serem observados, inclusive no que concerne à transmissão da informação no trato com o paciente.

A informação, pelo exposto, dada sua previsão constitucional e infraconstitucional, exsurge na relação médico-paciente como um dever do primeiro e Direito do segundo.

Porém, a informação nem sempre foi exigida enquanto um dever de conduta do médico, visto que por um longo tempo a prática informacional permaneceu estranha à tradição médica.

2.2 A PRÁTICA INFORMACIONAL

Na antiguidade, informar era prática incomum à tradição médica. A visão

¹⁴¹ USA. American Medical Association. **Code of Medical Ethics**. Disponível em: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/code-medical-ethics-overview>. Acesso em: 28 de junho de 2019. Tradução livre de: *Informed consent to medical treatment is fundamental in both ethics and law. Patients have the right to receive information and ask questions about recommended treatments so that they can make well-considered decisions about care. Successful communication in the patient-physician relationship fosters trust and supports shared decision making.*

¹⁴² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética do Estudante de Medicina**. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/web/pub/cfm/index9/?numero=23&edicao=4442>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

da época caracterizava o médico como único detentor dos elementos que delimitavam a terapêutica eleita e o tratamento ministrado, de onde irradiavam todas as decisões e comandos sobre o corpo, à saúde e à vida do paciente¹⁴³.

Nos primórdios, preponderava o dogma da não participação volitiva do doente na tomada de decisão sobre a intervenção do médico em seu corpo, sem margem, portanto, para a tomada de decisão conjunta.

Na antiga Grécia, considerava-se indesejável que o doente participasse das decisões, sentimento este baseado na concepção hipocrática de que o médico tinha como objetivo sempre assegurar o melhor desfecho à saúde do doente¹⁴⁴.

Com a evolução da relação médico-paciente e da ética médica, o cenário mudou e a informação passou a ser desejável, necessária e indispensável.

Na idade moderna, mais especificamente no ano de 1767, na Inglaterra, data o primeiro julgamento baseado no não cumprimento do dever informacional por parte do médico:

Na Inglaterra, um paciente, Sr. Slater, procurou o Dr. Baker, que atuava junto com o Dr. Stapleton, para dar continuidade ao tratamento de uma fratura óssea em sua perna. Os dois médicos, sem consultar o paciente, ao retirarem a bandagem, desuniram o calo ósseo, propositadamente, com o objetivo de utilizar um aparelho, de uso não convencional, para provocar tração durante o processo de consolidação. O paciente foi à justiça acusando os médicos de terem provocado *por ignorância e imperícia* nova fratura, causando danos desnecessários, além de não terem informado ou consultado sobre o procedimento que seria realizado. Com o objetivo de esclarecer detalhes do caso, foram utilizadas testemunhas peritas, ou seja, outros médicos reconhecidamente competentes nesta área para darem sua opinião sobre o ocorrido. Os dois médicos que testemunharam como peritos foram unânimes em afirmar que o equipamento utilizado não era de uso corrente, que somente seria necessário refraturar uma lesão óssea no caso de estar sendo muito mal consolidada, e, finalmente, que eles somente realizariam uma nova fratura em um paciente que estivesse em tratamento com o seu consentimento. O paciente alegou, inclusive, que teria protestado quando o procedimento foi realizado, solicitando que o mesmo não fosse levado adiante. A Corte condenou os médicos por quebra do contrato na relação assistencial com o paciente. [...]. Na sentença ficou claro que o juiz estava preocupado tanto com a falta de consentimento quanto com a falta de informação. Vale lembrar que, naquela época, era prática dos cirurgiões informarem o paciente sobre os procedimentos que seriam realizados devido à necessidade de sua colaboração durante as cirurgias, pois ainda

¹⁴³ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 188.

¹⁴⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 257.

não havia anestesia¹⁴⁵.

Já na idade contemporânea, em meados de 1997, uma decisão da Corte de Cassação francesa anulou julgamento proferido pela Corte de Apelação de Rennes em 1994, para reformar a sentença e condenar um médico que efetuou procedimento de colonoscopia para retirada de um pólipo, tendo como resultado perfuração intestinal, risco sobre o qual a paciente não havia sido previamente informada. Fundamentou-se a condenação não na imperícia, mas na omissão da informação à paciente sobre o risco da perfuração, bem como no fundamento de que corresponde ao profissional a prova de haver cumprido com sua obrigação informacional, o que não havia se verificado na hipótese¹⁴⁶.

Ao encontro da evolução histórica da informação na relação médico-paciente, Mário Raposo¹⁴⁷, com didática apurada, ensina:

[...] certo entendimento da concepção hipocrática preconizava que, fosse qual fosse a situação, o médico deveria assegurar ao doente um desfecho favorável; era o obscurantismo de uma mal compreendida “piedade”. A lição de John Gregory e de Benjamin Rush começou a esboçar aquilo que justificadamente já foi qualificado como a “desmistificação da medicina” e a configurar o imperativo ético de informar o doente, embora numa primeira fase muito mais para que ele acatasse as prescrições médicas do que para obter o seu consentimento esclarecido. Terá sido Thomas Percival quem precursoramente deu como assente o direito do doente a uma informação verdadeira; estava-se, entretanto, ainda num estágio embrionário, sem que realmente pesasse o objetivo de uma “aliança terapêutica” (*therapeutic alliance*); esta só ulteriormente viria a ganhar contornos de cidadania. Mudaram-se os tempos e os critérios transmudaram-se. Árduo foi o percurso que conduziu às modernas concepções. É hoje um dado não questionável que, salvo, em casos de urgência, o médico elucidará o doente sobre os efeitos e as previsíveis consequências da terapêutica adoptada, obtendo para esta o seu consentimento, sobretudo quando em causa estiver um acto de comportamento sério. E o médico não poderá sobrepor a sua própria concepção de qualidade de vida do doente àquela que próprio tiver [...].

Como visto, a informação é hoje indispensável e parte de um pressuposto inafastável: “que o paciente possa, com liberdade, ausente qualquer coação, com

¹⁴⁵ CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 29-30. Apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 54.

¹⁴⁶ CORTÉS, Julio César Galán. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Madrid: Civitas, 2001, p. 126.

¹⁴⁷ RAPOSO, Mário. Consentimento informado na relação médico-doente. Separata da Revista O direito, Lisboa, ano 124, p. 408. Apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 257-258.

absoluta consciência, receber todos os dados necessários e úteis, para exprimir seu consentimento em relação ao tratamento recomendado”¹⁴⁸.

Havidos por informação, os pacientes (em grupos ou isoladamente) começam a levantar questões que conflitam com alguns dos postulados impostos pela Medicina, passando a contestar certos aspectos da assistência médico-hospitalar, na tentativa de participar mais ativamente das decisões tomadas em seu favor; e chegam a afirmar que a não revelação do que deveriam saber constitui-se num golpe aos seus direitos fundamentais¹⁴⁹.

E razão lhes assiste, afinal o dever informacional do médico decorre justamente do Direito à informação do paciente que, por sua vez, é corolário da garantia ao acesso à informação, constitucionalmente prevista como direito fundamental de todo cidadão brasileiro ou estrangeiro residente no País.

Com o avanço dos direitos humanos, o ato médico só alcança sua verdadeira dimensão e seu incontestável destino com a correta informação ao paciente. Mais do que isso, a transmissão da informação deve atender ao princípio da autonomia do paciente, pelo qual todo indivíduo tem por consagrado o Direito de ser autor do seu próprio destino e de optar pelo rumo que quer dar a sua vida¹⁵⁰.

Aliás, como aponta Bergstein¹⁵¹, a informação é o motor da autodeterminação e o fator propulsor da liberdade de todo e qualquer paciente a respeito das questões que envolvem o seu corpo, saúde e vida.

2.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA, AUTODETERMINAÇÃO OU LIBERDADE DO PACIENTE

O termo autonomia remete à capacidade de se autogovernar. Para que o indivíduo seja autônomo e hábil a realizar escolhas autônomas, é necessário que ele

¹⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 258.

¹⁴⁹ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 09.

¹⁵⁰ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 268.

¹⁵¹ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 19.

seja capaz de agir intencionalmente e que tenha liberdade para assim proceder¹⁵².

Segundo Maria Helena Diniz¹⁵³, a autonomia refere-se ao reconhecimento do domínio do indivíduo sobre a própria vida, restringindo, assim, a intromissão alheia e indevida no mundo daquele que se submete a um tratamento ou a uma intervenção médica.

Segundo acórdão do Superior Tribunal de Justiça, a autonomia também remete à base principiológica, através do princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, que, a seu modo, é fonte do dever de informação e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações¹⁵⁴.

Logo, o Princípio da Autonomia exige que o médico respeite a vontade do paciente ou do seu representante legal, bem como seus valores morais e crenças, reconhecendo o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade¹⁵⁵.

O que se procura garantir é o estabelecimento de uma relação de negociação, na qual o médico compartilha os seus conhecimentos técnicos e garante ao paciente a tomada de decisões a partir de seus próprios valores, no exercício de sua autonomia.

Nesse aspecto, fruto da autonomia é justamente a recusa do tratamento enquanto expressão de liberdade que cada paciente tem de decidir sobre sua saúde e seu corpo; ora, se ao paciente é conferido o Direito de ter acesso a toda informação, aptas a permitir a sua decisão autônoma ou, de outro prisma, optar por não saber, cabe também a ele recusar determinado tratamento do qual não quer se

¹⁵² UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. **O princípio da autonomia no Brasil**: discutir é preciso. Revista Eletrônica do Colégio Brasileiro de Cirurgiões, v. 41, n. 5, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v41n5/pt_0100-6991-rcbc-41-05-00374.pdf. Acesso em: 13 de junho de 2019, p. 274.

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1540580/DF**, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

¹⁵⁵ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 08.

beneficiar, por razões que são em realidade pessoais e subjetivas¹⁵⁶.

Importante instrumento à disposição de todo cidadão para resguardar sua autonomia e, assim, colaborar com a atuação médica, é a sua manifestação da recusa terapêutica, regulamentada pela Resolução nº 2.232/2019/CFM¹⁵⁷, enquanto direito do paciente, nos termos dos arts. 1º e 2º:

Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.

Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.

Importante afirmar que, enquanto ao paciente é garantida a recusa terapêutica, ao médico, por outro ângulo, é reservada a objeção de consciência, nos termos dos arts. 7º, 8º e 9º, também da Resolução nº 2.232/2019/CFM¹⁵⁸:

Art. 7º É direito do médico a objeção de consciência diante da recusa terapêutica do paciente.

Art. 8º Objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

Art. 9º A interrupção da relação do médico com o paciente por objeção de consciência impõe ao médico o dever de comunicar o fato ao diretor técnico do estabelecimento de saúde, visando garantir a continuidade da assistência por outro médico, dentro de suas competências.

Parágrafo único. Em caso de assistência prestada em consultório, fora de estabelecimento de saúde, o médico deve registrar no prontuário a interrupção da relação com o paciente por objeção de consciência, dando ciência a ele, por escrito, e podendo, a seu

¹⁵⁶ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 191.

¹⁵⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.232/2019**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

¹⁵⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.232/2019**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

critério, comunicar o fato ao Conselho Regional de Medicina.

Outro importante, que busca preservar a autonomia do paciente quando este se encontrar inconsciente por alguma causa transitória ou permanente, é justamente a diretiva antecipada de vontade (ou declaração antecipada de vontade), como sendo um conjunto de desejos prévia e expressamente manifestados pelo paciente, conforme autoriza e regula a Resolução nº 1.995/2012/CFM¹⁵⁹.

Oportunamente, em se fazendo necessária uma intervenção clínica ou cirúrgica e não podendo o paciente exprimir sua vontade, por alguma incapacidade que comprometa seu livre arbítrio, o profissional, à vista da declaração de última vontade do paciente, pode segui-la como regra de conduta, a fim de preservar a autonomia do paciente.

Com o tempo, outro aspecto que contribuiu para o estágio atual de mudança de paradigma na relação médico-paciente decorre do fato de que a tão respeitada autonomia do médico foi cedendo espaço, pouco a pouco, à autonomia do paciente.

Como visto, o modelo tradicional paternalista da relação médico-paciente se transformou. Tem-se hoje um paciente mais autônomo e livre, pois este tem acesso a muita informação, de modo que não se submete mais de forma passiva às decisões tomadas pelo médico, mas sim exige informações compartilhadas para a boa preservação da sua autonomia.

O Direito à informação do paciente o trouxe para o centro da relação e lhe permitiu, a partir de tal perspectiva, conhecer o estado de sua saúde, o diagnóstico dos eventuais males que o acometem, os tratamentos possíveis e os riscos associados¹⁶⁰.

Bergstein elucida que a informação, nesse contexto, “tem o poder de alterar o cenário histórico no qual o médico se encontra no centro da relação, e a

¹⁵⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 13 de junho de 2019.

¹⁶⁰ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 18.

partir do qual emanam as decisões relevantes à saúde do paciente”¹⁶¹.

Sendo assim, omitir informação ou transmiti-la de maneira precária compromete a autonomia do paciente e fere sobremaneira seu Direito de saber a verdade, bem como seu Direito à informação adequada.

2.3.1 Direito de saber a verdade

França¹⁶² expõe que entre os mais diversos Direitos do paciente está o de saber a verdade sobre o seu diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. O Direito de saber a verdade representa uma tendência na linha de construção do direito ao efetivo acesso à informação. Dizer a verdade, em outras palavras, significa não mentir, não contar meia verdade e não omitir informação relevante ao paciente.

Num passado não muito distante, explica Leo Pessini¹⁶³, a mentalidade cultural defendia a crença de que quanto menos o paciente soubesse a respeito de seu estado de saúde, melhores seriam as chances de recuperação. Tal mentalidade dava margem para que os médicos, mesmo frente à morte inevitável e iminente, não comunicassem nada a respeito, temendo que tal comunicação e conhecimento pudesse levar o paciente à depressão ou ao desespero.

Com o despertar do protagonismo e autonomia do paciente, passou a existir uma tendência crescente para que o médico adotasse uma postura aberta, honesta e verdadeira, ao revelar as condições de saúde do paciente. Aliado a isso, tem-se que a comunicação de uma verdade em que está em jogo a própria vida também exige delicadeza e respeito pela condição do paciente ¹⁶⁴.

¹⁶¹ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 58.

¹⁶² DE FRANÇA, Genival Veloso. **O paciente que vai morrer: direito à verdade (*)**. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/regional/crmpb/artigos/paciente_morte.htm. Acesso em: 01 de julho de 2019.

¹⁶³ PESSINI, Leo. **O direito de saber a verdade sobre sua saúde**. Disponível em: <https://www.a12.com/redacaoa12/igreja/o-direito-de-saber-a-verdade-sobre-sua-saude>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

¹⁶⁴ PESSINI, Leo. **O direito de saber a verdade sobre sua saúde**. Disponível em: <https://www.a12.com/redacaoa12/igreja/o-direito-de-saber-a-verdade-sobre-sua-saude>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

Pessini¹⁶⁵ aponta que as pesquisas relacionadas às causas da depressão em pacientes confirmam que esse quadro geralmente ocorre após o diagnóstico de uma doença fatal e tem como causa em grande parte a famosa “conspiração do silêncio”.

E prossegue, ao argumento de que não detém o médico o poder de tirar a esperança de ninguém, mas igualmente não pode acrescentar ilusões. As práticas de mentir e enganar geralmente são desastrosas, fazem mais mal que bem, e, embora paciente necessite de esperança, tal circunstância não autoriza que seja enganado¹⁶⁶.

Todavia, o Direito de saber a verdade pode ser mitigado na hipótese em que a comunicação direta possa causar um dano ainda maior à condição de saúde do paciente, conforme determina a parte final do art. 34 do CEM¹⁶⁷: “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Sobre o tema, Edmilson de Almeida Barros Júnior, ao comentar o art. 34 do CEM, afirma que, “se por um lado, o artigo assegura o direito de informação ao paciente, por outro lado, exige que esta seja omitida a partir do ponto que, a critério e prudente arbítrio do médico esta possa causar algum tipo de dano adicional ao paciente”¹⁶⁸.

Em síntese, o Direito à verdade não é absoluto. O paciente deve saber tudo o que for suportável, inclusive para resolver seus problemas pessoais e profissionais pendentes, mas, em situações excepcionais, podem haver informações

¹⁶⁵ PESSINI, Leo. **O direito de saber a verdade sobre sua saúde**. Disponível em: <https://www.a12.com/redacaoa12/igreja/o-direito-de-saber-a-verdade-sobre-sua-saude>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

¹⁶⁶ PESSINI, Leo. **O direito de saber a verdade sobre sua saúde**. Disponível em: <https://www.a12.com/redacaoa12/igreja/o-direito-de-saber-a-verdade-sobre-sua-saude>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

¹⁶⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

¹⁶⁸ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica: Comentado e interpretado**. Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019, p. 436.

insuportáveis para o paciente, hipótese em que se mostra aconselhável e prudente transmiti-las aos seus familiares, isso porque, a depender da gravidade do que será transmitido, poderá ocasionar desespero e depressão grave ao paciente, o que pode agravar ainda mais a situação, com repulsa ao tratamento, isolamento e amigos e familiares e até suicídio¹⁶⁹.

Logo, em razão da mudança de paradigma na relação médico-paciente, não existe mais margem para a tomada de decisão individual pelo profissional em favor do paciente (enquanto consequência do paternalismo médico). O fato de o paciente estar doente, não se faz presumir que este tivesse perdido o uso da razão e se infantilizado. É necessário parar e perguntar respeitosamente o que ele quer saber. É mais fácil decidir por ele do que com ele, mas certamente o que é mais fácil não é o correto. Em muitos casos, a verdade por mais dura que seja é a melhor postura a ser tomada pelo profissional¹⁷⁰.

2.3.2 Direito à informação clara e adequada

O Direito à informação clara e adequada, a seu modo, vai muito além da mera transmissão da informação por parte do médico em favor do paciente. Mais do que isso, representa o dever do profissional em fazer com que o paciente compreenda clara e adequadamente a informação que se quer transmitir.

O Direito à informação clara e adequada está positivado no art. 6º do código consumerista¹⁷¹, resultando em um direito básico de todo consumidor de bens ou serviços.

A informação clara compreende uma informação didática, simples do ponto de vista técnico, sem abreviações e desprovida de termos complexos. Clara é a informação direta, objetiva e cristalina.

¹⁶⁹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica**: Comentado e interpretado, p. 436-437.

¹⁷⁰ PESSINI, Leo. **O direito de saber a verdade sobre sua saúde**. Disponível em: <https://www.a12.com/redacaoa12/igreja/o-direito-de-saber-a-verdade-sobre-sua-saude>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

¹⁷¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 28 de junho de 2019.

Por sua vez, a informação adequada é aquela que não é genérica, mas específica e individualizada para cada bem ou serviço comercializado. Na relação médico-paciente, a informação adequada é aquela específica para a intervenção clínica e/ou cirúrgica recomendada pelo profissional, levando-se em conta todas as suas características peculiares e desdobramentos.

Por esse ângulo, Kfour¹⁷² pontua que o papel consultivo do médico envolve o diálogo, cujo objetivo é garantir que o paciente realmente compreenda a gravidade de sua condição clínica, os benefícios e quaisquer riscos previstos do tratamento proposto, bem como razoáveis alternativas de tratamento, de modo que o paciente esteja em posição de tomar uma decisão bem informada.

Posto isto, o dever informacional do médico só restará cumprido de forma eficaz caso todas as informações transmitidas forem compreensíveis.

O dever de informar prestado de forma completa e satisfatória possibilitará, então, a contrapartida do paciente traduzida por meio do seu consentimento informado¹⁷³, sem o qual não é possível dizer que houve o cumprimento do dever informacional pelo médico.

Deste modo, o Dever de Informação do médico tem natureza instrumental, servindo, como o próprio nome diz, de instrumento para se obter sua contrapartida, qual seja: o Consentimento do paciente¹⁷⁴. Em outras palavras, uma vez prestadas as informações pelo médico, cabe ao paciente manifestar sua vontade, seja concordando ou discordando do tratamento proposto¹⁷⁵.

2.4 O CONSENTIMENTO DO PACIENTE

Consentimento é o comportamento mediante o qual se autoriza alguém a determinada atuação. Para o ato médico, o Consentimento é uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio

¹⁷² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 268.

¹⁷³ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 18.

¹⁷⁴ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 57.

¹⁷⁵ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 61.

paciente ou de terceiro¹⁷⁶; é a aplicação do princípio da autonomia e o primeiro passo na prática da bioética.

Quando se emprega a palavra Consentimento na área médica, normalmente se utiliza a nomenclatura “Consentimento informado”, termo que se originou do inglês (*informed consent*), embora também atenda pelos nomes Consentimento esclarecido, Consentimento livre e esclarecido, Consentimento pós-informação e Consentimento consciente.

Para Grisard, o Consentimento informado preceitua a informação clara e correta dos pacientes e sua compreensão para obter sua concordância com relação aos procedimentos médicos necessários à sua assistência¹⁷⁷.

Para Joaquim Clotet, o Consentimento informado reflete em uma “decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou uma experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências”¹⁷⁸.

Na relação médico-paciente, o Consentimento informado “representa mais do que uma mera faculdade de escolha do médico, de dissenso (ou recusa) sobre uma terapia, ou mero requisito para afastar o espectro da negligência médica”¹⁷⁹, ao contrário, “é um processo de comunicação (informações sobre diagnóstico, prognóstico, alternativas de tratamento, bem como riscos e benefícios) entre o médico e o paciente, que resulta numa decisão inteligente sobre a intervenção médica no seu próprio corpo”¹⁸⁰.

O grande erro cometido pelos médicos decorre da falsa ideia que têm ao entender o Consentimento do paciente como uma “expectativa” de que este escolherá e aceitará submeter-se ao tratamento proposto¹⁸¹.

¹⁷⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 271.

¹⁷⁷ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 08-09.

¹⁷⁸ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 228.

¹⁷⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 53.

¹⁸⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 270.

¹⁸¹ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 190.

Ou seja, cometem os médicos dois erros crassos quando ao cumprimento do seu Dever de Informação, a saber: (1) entendem o Consentimento como uma “expectativa”, e não como uma real manifestação de vontade do paciente que, se necessário for, deve ser demonstrada e comprovada por parte do médico; (2) apostam nessa “expectativa” como uma “expectativa positiva”, no sentido de concordância do paciente com a tratamento sugerido, ao passo que desconsideram a “expectativa negativa”, voltada para a possibilidade de recusa da intervenção.

O que, de fato, é normal e esperado por parte dos profissionais, aliás, a atividade que exercem está voltada para saúde do paciente, tendo como objetivo aliviar a dor. Nesse contexto, é difícil imaginar que o paciente venha a recusar, ou, até mesmo, considerar a recusa, do tratamento sugerido pelo médico. Isso é, quase como se estivesse o paciente negando a melhora do seu quadro clínico, em especial porque quem procura um médico, procura saúde.

Não obstante, ainda assim, é Direito exclusivo e inalienável do indivíduo (paciente) escolher se submeter ou não ao tratamento sugerido. Essa é a grande verdade que deve ser levada em conta pelo profissional, ainda que a falta de aderência ao tratamento indicado possa agravar seu quadro de saúde e até mesmo levá-lo ao óbito.

Um exemplo comum se dá com pacientes oncológicos, que por vezes optam por recusar tratamento quimioterápico certamente pela agressividade, eventos adversos extremamente incômodos e por não receberem garantia de cura, mesmo tendo em vista que a não aderência poderá acarretar na progressão mais rápida da doença.

Nessa linha, compreender o avanço da doutrina do Consentimento informado ajuda a explicar o estágio atual da relação médico-paciente no que diz respeito ao dever informacional do médico.

2.4.1 Evolução histórica do Consentimento em direção à construção da doutrina do Consentimento informado

Desde a medicina antiga, o respeito à liberdade do doente sempre foi

reconhecido, embora sejam bastante parcas as referências ao cumprimento deste dever por parte dos médicos¹⁸².

Diz-se isto porque em Platão, na sua obra as “As Leis”, já se pode identificar uma preocupação no sentido de “informar o homem livre”, no sentido de obter a cooperação e a confiança do paciente, de modo a facilitar o trabalho do médico, conforme descreve Bergstein¹⁸³, citando o filósofo grego:

Platão foi responsável pela ideia original de que o médico, ao lidar com seus pacientes, deveria orientar-se no sentido de persuadi-lo ao consentimento, de modo a reconduzi-lo ao estado de saúde. Tais noções foram desenvolvidas por Platão a partir da constatação de que existiam, em Atenas, duas espécies de médicos, uma para cada classe de “cidadão”: a primeira espécie seria a dos médicos escravos, que tratavam, justamente, de escravos. Este tipo de médico “não dá ou recebe quaisquer explicações sobre as várias doenças dos diversos dos diversos servos que tratam, limitando-se a prescrever para cada um deles o que julga certo com base na experiência [...] com a autossuficiência de um monarca despótico [...]”. A segunda espécie de médico seria a dos médicos nascidos livres (que cuidavam, por sua vez, dos homens livres), que “conversa com o paciente e com seus amigos”, e que “não prescreve nada ao paciente enquanto não conquistar o consentimento deste, para só quando consegui-lo, então, mantendo a docilidade do paciente por meio da persuasão, realmente tentar completar a tarefa de devolver-lhe a saúde”.

Desde muito cedo, como se percebe, havia uma preocupação com a dignidade do paciente, no entanto esta preocupação tinha como foco muito mais o tratamento em si do que propriamente a liberdade de escolha do paciente. O consentimento era desejável, mas não obrigatório, e servia como forma de facilitar o trabalho do médico e viabilizar um tratamento mais tranquilo¹⁸⁴.

Nos escritos de Hipócrates, igualmente verifica-se uma orientação aos médicos no sentido de cativar os pacientes, a fim de alcançar sua confiança e a cooperação necessária ao bom desenvolvimento da arte¹⁸⁵.

Contudo, no século XVIII, com o Iluminismo, a emancipação do indivíduo

¹⁸² BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 24.

¹⁸³ PLATÃO. **As leis, incluindo Epinomis**. 2 ed. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2010, p. 194-195. *Apud* BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 24-25.

¹⁸⁴ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 26.

¹⁸⁵ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 26.

e o desenvolvimento dos primeiros direitos humanos, a concepção histórica do Consentimento começa a ser questionada, embora não ao ponto de ser extremamente significativa para o desenvolvimento do Consentimento “informado”¹⁸⁶.

No final do século XIX e início do século XX, com a chamada revolução terapêutica, aliada ao progresso tecnológico, a democratização e difusão do ensino médico, que a visão paternalista da relação médico-paciente se enfraqueceu, consagrando-se o direito à informação do paciente¹⁸⁷.

Nos Estados Unidos da América, entre 1905 e 1914, ocorreu a consagração das características básicas da doutrina do *informed consent* na área da responsabilidade médica. O marco regulatório foi o julgamento dos casos *Mohr v. Williams* (1905), *Pratt v. Davis* (1905), *Rolater v. Strain* (1913), e *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914).

No caso *Mohr x Williams* (1905)¹⁸⁸, a paciente, Anna Mohr, com problemas de audição no seu ouvido direito, consentiu com uma intervenção cirúrgica em seu ouvido direito, após diagnóstico realizado pelo médico. No entanto, enquanto a paciente estava sob os efeitos da anestesia e antes de iniciar a operação, o cirurgião, Dr. Cornelius Williams, realizou novo exame e diagnóstico, onde constatou que o ouvido esquerdo estava em estado mais grave e decidiu realizar a intervenção cirúrgica apenas neste órgão.

Em que pese o sucesso da cirurgia, a paciente processou o profissional, sob a alegação de que: (a) o profissional não tinha autoridade para realizar a operação sem o seu consentimento, expresso ou implícito; (b) que seu consentimento não foi expressamente dado, e se deveria estar implícito das circunstâncias do caso, era uma questão para o júri determinar; (c) que, se a operação não foi autorizada pelo seu consentimento expresso ou implícito, foi ilícita e ilegal, e constituiu, em lei, uma agressão.

¹⁸⁶ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 26.

¹⁸⁷ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 27.

¹⁸⁸ USA. Supreme Court of Minnesota. **Mohr v. Williams**, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12, 1905 Minn. LEXIS 667.

Diante desses fatos e fundamentos, a Suprema Corte de Minnesota, em suas razões de decidir, bem ponderou:

[...] sob um governo livre, pelo menos, o primeiro e o maior direito do cidadão livre, subjacente a todos os outros, é o direito à inviolabilidade da sua pessoa; em outras palavras, o direito a si mesmo; é assunto de aquiescência universal, e este direito, necessariamente proíbe o médico ou cirurgião, por mais habilitado ou eminente, que fora chamado a examinar, diagnosticar, aconselhar e prescrever (que são os primeiros passos no tratamento e cuidado médicos), violar a integridade corporal de seu paciente, intervindo no seu corpo sem permissão, colocando-o sob anestesia e realizando cirurgia sem o seu consentimento ou conhecimento¹⁸⁹.

Já em *Pratt x Davis (1905)*¹⁹⁰, o médico, Dr. Edwin H. Pratt, recorreu do julgamento que o condenou a indenizar uma paciente, Parmelia J. Davis, em razão de uma intervenção cirúrgica de remoção não autorizada de seu útero. Em suas razões, o médico, em que pese não ter obtido o consentimento da paciente, afirmou que sua condição mental era tal que era impossível levá-la ao aconselhamento. O Tribunal considerou que a operação foi realizada sem o consentimento da paciente, seja expressa ou implícita e que o médico não comprovou, por preponderância da evidência, a incompetência da paciente para decidir por si mesma sobre a operação no momento em que foi realizada ou estabelecer o consentimento do marido da paciente. O Tribunal considerou que o médico era responsável perante a paciente sob as doutrinas relativas ao direito do cidadão, à inviolabilidade da pessoa e aos deveres dos médicos.

Igualmente, em *Rolater v. Strain (1913)*¹⁹¹, o médico, Dr. J. B. Rolater, recorreu da decisão que o condenou a indenizar uma paciente, Mattie Inez Strain, em razão de uma remoção não autorizada do seu osso sesamóide, enquanto

¹⁸⁹ USA. Supreme Court of Minnesota. **Mohr v. Williams, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12, 1905 Minn. LEXIS 667.** Tradução livre de: *Under a free government, at least, the free citizen's first and greatest right, which underlies all others -- the right to the inviolability of his person; in other words the right to himself -- is the subject of universal acquiescence, and this right necessarily forbids a physician or surgeon, however skilful or eminent, who has been asked to examine, diagnose, advise, and prescribe (which are at least necessary first steps in treatment and care), to violate, without permission, the bodily integrity of his patient by a major or capital operation, placing him under an anaesthetic for that purpose, and operating upon him without his consent or knowledge.*

¹⁹⁰ USA. Court of Appeals of Illinois, Chicago, First District. **Pratt v. Davis, 118 Ill. App. 161, 1905 Ill. App. LEXIS 190.**

¹⁹¹ USA. Supreme Court of Oklahoma. **Rolater v. Strain, 1913 OK 634, 39 Okla. 572, 137 P. 96, 1913 Okla. LEXIS 549.**

conduzia a cirurgia para drenar o material do pé. No julgamento do recurso, o Tribunal confirmou o julgamento, sob o fundamento de que havia um contrato entre o médico e o paciente e que a remoção do osso foi realizada sem o consentimento da paciente, já que, na verdade, consentiu com a operação na condição expressa de que nenhum osso deveria ser removido.

Em *Schloendorff v. Society of New York Hospital (1914)*¹⁹², a paciente, Mary E. Schloendorff, ajuizou uma ação contra o hospital beneficente, *The Society of the New York Hospital*, requerendo uma indenização em decorrência de lesões sofridas pela realização de uma cirurgia não autorizada que precipitou gangrena, e a amputação de vários dos seus dedos do braço esquerdo.

Em janeiro de 1908, a paciente deu entrada no hospital, queixando-se de dores e desarranjo estomacal. Após semanas de tratamento, o médico responsável descobriu um tumor, que logo se comprovaria corresponder a um fibroma. Na oportunidade, o corpo clínico informou que somente poderiam determinar a natureza do tumor por meio de um exame invasivo, tendo assim consentido a paciente, com a prévia comunicação de que se opunha a uma intervenção cirúrgica. Em desrespeito a manifestação da paciente, os médicos a operaram e extraíram o tumor. Posteriormente, desenvolveu-se gangrena no braço esquerdo da paciente, sendo necessário amputar alguns dedos e tendo que suportar dores e sofrimentos¹⁹³.

A Corte de Apelação de Nova York ponderou em suas razões de decidir que não se discutia na espécie a responsabilidade por mera negligência, mas sim por uma atuação forte e violenta dos médicos sobre a paciente. Nessas situações, afirmou a Corte, deve-se verificar o nexo causal entre a omissão de informação e o dano, a fim de se estabelecer o dever de indenizar¹⁹⁴.

À época, valeu-se o Juiz Cardozo de argumentos originais, que constituem verdadeiros antecedentes de toda a doutrina do consentimento informado, ao proferir voto no seguinte sentido:

¹⁹² USA. Court of Appeals of New York. **Schloendorff v. Soc'y of N.Y. Hospital**, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, 1914 N.Y. LEXIS 1028.

¹⁹³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 260-261.

¹⁹⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 261.

[...]. No caso em questão, o erro reclamado não é meramente negligência, mas sim de transgressão do corpo da paciente. Todo ser humano adulto e capaz tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo; e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento de seu paciente, comete uma agressão, pelo qual se torna responsável pelos danos advindos. Isso é verdade, exceto em casos de emergência em que o paciente está inconsciente e onde é necessário operar antes de se obter o consentimento. Que o caso sob análise se embasa em transgressão do corpo da paciente e não em negligência, traço que o distingue da maioria dos precedentes¹⁹⁵.

No entanto, o processo teve um desfecho em favor do hospital de caridade, sob o fundamento de que o hospital de caridade estava imune à responsabilidade relacionada a uma cirurgia não autorizada conduzida por seus médicos residentes, já que a relação entre o hospital e seus médicos não era a de subordinação. Em resumo, o hospital caridoso não se comprometeu a agir através deles, mas apenas a procurar que agissem sob sua própria responsabilidade.

Mas, em que pese o teor das decisões acima expostas, pode-se dizer que o fator realmente determinante para a mudança de paradigma da relação médico-paciente e para a evolução histórica do Consentimento do paciente, foi o trauma das experimentações envolvendo seres humanos pelo regime nazista. O sentimento do pós-guerra era de aversão a toda e qualquer intervenção médica realizada sem o consentimento do paciente¹⁹⁶.

Em 1946, vinte e três médicos nazistas foram julgados no caso *U.S.A v. Karl Brandt et al* (também conhecido como *Doctor's Trial*), por crimes contra a humanidade, genocídio e experimentos biomédicos realizados durante a 2ª Guerra Mundial.

Ao final, os juízes do Tribunal Militar de Nuremberg condenaram os médicos e estabeleceram, ainda, dez princípios a serem observados nas

¹⁹⁵ USA. Court of Appeals of New York. **Schloendorff v. Soc'y of N.Y. Hospital**, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, 1914 N.Y. LEXIS 1028. Tradução livre de: *In the case at hand, the wrong complained of is not merely negligence. It is trespass. Every human being of adult years and sound 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. This is true, except in cases of emergency where the patient is unconscious, and where it is necessary to operate before consent can be obtained. The fact that the wrong complained of here is trespass, rather than negligence, distinguishes this case from most of the cases that have preceded it.*

¹⁹⁶ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 27.

experiências em seres humanos. Tais princípios culminaram incorporados ao Código de Nuremberg, de 1947¹⁹⁷, o qual, em seu primeiro princípio já ressalta a do Consentimento voluntário do ser humano:

1.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 lúcida. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais o experimento 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.

Após, foi somente em 1957, no julgamento do caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*¹⁹⁸ pelo Tribunal da Califórnia, que fora mencionada pela primeira vez a expressão *informed consent*, em que se afirmou textualmente que o médico não pode minimizar os riscos conhecidos de um procedimento ou operação para induzir ao Consentimento de seu paciente¹⁹⁹.

Outro importante passo em direção à construção da doutrina do Consentimento informado deu-se com a Declaração de Helsinque I adotada pela Associação Médica Mundial, em 1964²⁰⁰, que à época também reservou artigos próprios para tratar sobre a importância do Consentimento do paciente para a realização de pesquisas clínicas:

II - A PESQUISA CLÍNICA COMBINADA COM O CUIDADO PROFISSIONAL
1 - No tratamento da pessoa enferma, o médico deve ser livre para empregar novos métodos terapêuticos, se, em julgamento, eles oferecem esperança de salvar uma vida, restabelecendo a saúde ou aliviando o sofrimento. Sendo possível, e de acordo com a psicologia do paciente, o

¹⁹⁷ GLOBAL HEALTH TRAINING CENTRE. **The Nuremberg Code**. Disponível em: https://globalhealthtrainingcentre.tghn.org/site_media/media/medialibrary/2011/04/BMJ_No_7070_Volume_313_The_Nuremberg_Code.pdf. Acesso em: 30 de junho de 2019. Tradução livre.

¹⁹⁸ USA. Court of Appeal of California, First Appellate District, Division One. **Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees**, 154 Cal. App. 2d 560, 317 P.2d 170, 1957 Cal. App. LEXIS 1667.

¹⁹⁹ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 50.

²⁰⁰ ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Helsinque**. Disponível em: https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/491535001395167888_DoHBrazilianPortugueseVersionRev.pdf. Acesso em 30 de junho de 2019.

médico deve obter o livre consentimento do mesmo, depois de lhe ter sido dada uma explicação completa. Em caso de incapacidade legal, o consentimento deve ser obtido do responsável legal; em caso de incapacidade física, a autorização do responsável legal substitui a do paciente.
[...].

III - A PESQUISA CLÍNICA NÃO TERAPÊUTICA

[...].

3a - A pesquisa clínica em um ser humano não pode ser empreendida sem seu livre consentimento, depois de totalmente esclarecido; se legalmente incapaz, deve ser obtido o consentimento do responsável legal.

[...].

3c - O consentimento, como é norma, deve ser dado por escrito. Entretanto, a responsabilidade da pesquisa clínica é sempre do pesquisador; nunca recai sobre o paciente, mesmo depois de ter sido obtido seu consentimento.

[...].

Em 1972, com o julgamento do caso *Canterbury v. Spence*²⁰¹ pela Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia, a doutrina do *informed consent* teve outro grande divisor de águas. A ideia de consentir, que até então significava “permissão” dada pelo paciente ao médico para realizar a intervenção recomendada, passou a englobar também a exigência de o médico alertar sobre os riscos do tratamento, para que o paciente pudesse tomar uma decisão inteligente a respeito²⁰².

Na hipótese, a Corte julgou o caso de um jovem de 19 anos, que foi submetido a uma “laminectomia lombar” (hérnia de disco), no renomado Washington Hospital Center. Ocorre que, um dia após a intervenção, o paciente caiu de sua cama no hospital e, horas depois, metade do seu corpo ficou paralisado. Sustentou-se então a negligência do médico na realização da cirurgia e na ausência de informação quanto aos riscos envolvidos. A Corte, no entanto, entendeu pela não existência de erro médico durante a cirurgia, mas fixou a culpa do profissional pela ausência do Consentimento informado do paciente²⁰³.

Nos Estados Unidos, outro importante marco é o célebre Relatório Belmont, de 1979, que identificou princípios da bioética a serem aplicados na área médica, especialmente no âmbito de pesquisas científicas.

Facchini Neto e Eick ensinam que os princípios incorporados ao relatório

²⁰¹ USA. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. **Canterbury v. Spence**, 464 F.2d 772, 1972 U.S. App. LEXIS 9467, 150 U.S. App. D.C. 263.

²⁰² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 263.

²⁰³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 263.

foram acolhidos pela comunidade médica e jurídica atuante no campo do Biodireito, como sendo fundamentos basilares do exercício da Medicina. Tais princípios foram identificados como sendo o da autonomia, beneficência e justiça²⁰⁴.

Em 1981, com a Declaração de Lisboa²⁰⁵, ampliou-se a exigência do consentimento informado para o âmbito de todo e qualquer tratamento médico, enquanto Direito do paciente em aceitar ou rejeitar a intervenção proposta, cujo seu princípio terceiro dispõe sobre o direito à autodeterminação do paciente:

3. Direito a autodeterminação.

- a) O paciente tem o direito a autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente das consequências de suas decisões;
- b) Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento;
- c) O paciente tem o direito de recusar participar em pesquisa ou em ensaio de medicamento.

Em 2005, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos²⁰⁶, aprovada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), reservou seus artigos 5º e 6º, para tratar sobre a importância de se garantir à informação ao paciente a fim de que seja obtido seu Consentimento e preservada sua autonomia:

Art. 5º - Deve ser **respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões**, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.

Art. 6º - a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o **consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada**. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.

²⁰⁴ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 55.

²⁰⁵ ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaración de Lisboa de la AMM sobre los Derechos del Paciente**. Disponível em: <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>. Acesso em 30 de junho de 2019.

²⁰⁶ UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 28 de junho de 2019.

A chamada teoria do Consentimento informado, percebe-se, torna-se mais consistente ao longo da segunda metade do século XX, quando foi atribuído ao Consentimento um caráter mais imperativo ético-moral, sob um duplo aspecto: de um lado, no que concerne ao dever do médico em obter o Consentimento do paciente e, de outro, no que tange ao dever do médico em lhe fornecer informações mínimas relacionadas ao estado de saúde do paciente²⁰⁷.

Posteriormente, com maior ênfase no século XXI, a doutrina começou a se preocupar não apenas com o requisito do Consentimento informado do paciente para a intervenção médica, mas passou a exigir adequação quanto ao modo, momento e à forma de se informar sobre todo e qualquer tipo de intervenção, a fim de se validar o Consentimento informado do paciente.

De acordo com o espanhol Júlio César Galán Cortés²⁰⁸ é possível identificar, na linha de construção histórica da doutrina do Consentimento informado, três grandes fases. A primeira fase, pelo que chamou de “Consentimento voluntário”, corresponde ao pós-segunda guerra mundial, quando fora firmada a indispensabilidade do Consentimento voluntário do sujeito de pesquisas clínicas. A segunda fase, por ele denominada de “Consentimento informado ou esclarecido”, fora marcada pelo dever de esclarecimento imputável ao médico. Por último, a terceira fase, chamada de “Consentimento válido”, o Consentimento passa a ser avaliado sob o prisma da sua efetiva validade.

Pelo exposto, a doutrina do Consentimento informado recai atualmente sobre o Consentimento válido, englobando todos os aspectos que devem ser analisados a fim de conferir plena validade ao Consentimento do paciente, validade esta que é analisada pelos Tribunais e pelos Conselhos Regionais de Medicina para se perquirir pela responsabilidade ou não do profissional quanto ao cumprimento do seu dever informacional.

2.4.2 A validade do Consentimento do paciente

Diz-se que o Consentimento deve ser válido, pois não basta hoje a

²⁰⁷ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 28-29.

²⁰⁸ CORTÉS, Júlio César Galán. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**, p. 44 e s.

simples comprovação por parte do médico de que obteve o Consentimento do paciente.

Concomitantemente, deve-se comprovar que o Consentimento foi (1) **amplamente informado** (com informação clara e adequada), (2) **manifestado livremente** (sem vícios, como coação, fraude, simulação, etc.), (3) **corretamente esclarecido** (com a oportunidade e a faculdade de questionamentos), (4) **específico** (levando-se em conta os aspectos subjetivos e individualizados de cada paciente) e, por fim, (5) **ponderado** (atendendo-se à imparcialidade, quantidade e momento do conteúdo), para que seja válido e hábil a afastar a alegação de má-prática médica pelo descumprimento do dever informacional do médico.

1. Consentimento amplamente informado, como visto, é aquele que atende à informação clara e adequada em favor do paciente. A informação clara compreende uma informação didática, simples do ponto de vista técnico, sem abreviações e desprovida de termos complexos. Por sua vez, a informação adequada é aquela que não é genérica, mas específica e individualizada para cada intervenção clínica e/ou cirúrgica recomendada pelo profissional, levando-se em conta todas as suas características peculiares e desdobramentos.

2. A seu modo, o Consentimento manifestado livremente é aquele que não foi viciado ou posto em dúvida. A exemplo, não pode haver erro ou ignorância do paciente, ter sido o ato celebrado mediante coação ou simulação por parte do médico, ou, ainda, configurado o estado de perigo ou lesão do paciente; situações que, a depender, podem levar a anulação ou nulidade do ato informacional, de acordo com os arts. 138 a 184 do Código Civil.

3. Seguidamente, o Consentimento esclarecido é aquele que encontra margem para questionamentos por parte do paciente e esclarecimentos por parte do médico, resultando em um processo dinâmico de interação e comunicação.

No código consumerista, como visto, o direito à informação é considerado um direito fundamental do consumidor, partindo-se do pressuposto legal de sua vulnerabilidade. Assim, a informação devida pelo médico ao paciente apresenta

características descritivas e prescritivas, sendo que seu conteúdo toma forma de esclarecimentos e aconselhamentos.

4. Já o Consentimento específico, contrariamente ao Consentimento genérico (*blanket consent*), é aquele que tem razão de ser para o paciente cujo consentimento se quer atingir.

O Consentimento específico decorre de uma informação que leva em conta os aspectos subjetivos e individualizados de cada paciente, permitindo que a informação seja modulada e moldada em cada caso específico, como capacidade civil e compreensiva, idade, sexo, grau de escolaridade, nível socioeconômico e profissional, regionalização da língua, nacionalidade, etc.

Barros Júnior explica que “o nível cultural do paciente pode impedir o completo entendimento das informações e este fato pode causar problemas não somente para o paciente, mas também para terceiros”²⁰⁹, enquanto Kfoury ensina que “o médico deve informar ao paciente em linguagem clara e adequada ao seu nível cultural”²¹⁰, bem como que a “moderna dogmática da responsabilidade civil médica vê no consentimento um instrumento que permite, para além dos interesses e objetivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito pela pessoa doente, na sua dimensão holística”²¹¹.

5. Por último, o Consentimento deve ser ponderado, analisando-se à imparcialidade, quantidade e momento do conteúdo. Importante ressaltar que, a depender da intervenção, se indispensável (ex.: emergência) ou dispensável (ex.: estética-embelezadora), a ponderação deve ser mais complexa na primeira, justamente pelo maior potencial do risco envolvido.

Para que o conteúdo seja imparcial, o médico deve agir com neutralidade, deixando de lado, caso opte e realize o atendimento, suas convicções próprias, sejam elas científicas, morais, religiosas, etc., para que não haja direcionamento da informação ou influência no emprego de determinados tratamentos, práticas e/ou

²⁰⁹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica**: Comentado e interpretado, p. 435.

²¹⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 270.

²¹¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 271.

técnicas. Kfouri aponta que “a decisão médica deve ser democrática, sem, contudo, tornar o paciente plenamente autônomo, visto existir sempre uma influência do médico, que se espera benéfica”²¹².

A carga de conteúdo também deve ser analisada, englobando, primordialmente, o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico, e as vantagens e desvantagens. Sobre a quantidade do conteúdo, Kfouri também alerta que não se mostra aconselhável reduzir a avaliação do risco do tratamento a percentuais:

[...] a avaliação do risco material envolvido no procedimento médico não pode ser reduzida a percentagens. O significado de um determinado risco reflete numa variedade de fatores, para além de sua magnitude em termos percentuais: a natureza do risco, o efeito que sua ocorrência teria na vida do paciente, a importância para o paciente dos benefícios buscados serem alcançados pelo tratamento, as alternativas de tratamentos disponíveis e os riscos envolvidos nessas alternativas. A avaliação é, portanto, sensível a fatos e sensível também às características do paciente²¹³.

Outro fator importante para a ponderação do Consentimento é o momento em que o médico passa a informação. A rigor, a transmissão da informação deve ser um processo contínuo, a realizar-se na consulta clínica, no pré-operatório e no pós-operatório. Bergstein²¹⁴ adverte que o momento do conteúdo deve ser respeitado, pois sendo o Consentimento um processo dinâmico, o paciente pode mudar sua opinião, conforme a evolução dos fatos.

Há de se esclarecer que a carga e o momento do conteúdo podem ser flexibilizados, como ocorre com a mitigação do direito do paciente em saber a verdade, na hipótese em que a comunicação possa causar um dano ainda maior à condição de saúde do paciente.

Assim determina a parte final do art. 34 do CEM²¹⁵: “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer

²¹² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 269.

²¹³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 268.

²¹⁴ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 191.

²¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

a comunicação a seu representante legal”.

Como visto, em situações excepcionais, podem haver informações insuportáveis para o paciente, hipótese em que se mostra aconselhável e prudente transmiti-las aos seus familiares, já que, a depender da gravidade do que será transmitido, poderá ocasionar desespero e depressão grave ao paciente, o que pode agravar ainda mais a situação, com repulsa ao tratamento, isolamento e amigos e familiares e até suicídio²¹⁶.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.540.580/DF²¹⁷, firmou o entendimento de que o dever de informação encontra limites no estado de saúde do paciente e na preservação de seu equilíbrio psíquico, sendo, nesses termos, sempre ponderada a utilidade de ser repassada a informação sobre o diagnóstico e os riscos do tratamento ao próprio doente, quando a comunicação puder provocar-lhe dano. Todavia, ressaltou que, em relação ao representante legal do enfermo, o dever de informação não será mitigado em nenhuma hipótese.

Em suma, a questão ética, no que diz respeito a comunicar a verdade ao paciente, mudou. Não é mais “se devemos ou não comunicar”, mas antes “como” vamos partilhar esta informação²¹⁸.

Por todo o exposto, também é importante ressaltar, uma vez mais, que o requisito da validade do Consentimento não é absoluto. Diz-se isto, porque, em se tratando de iminente risco de morte, verificável nos casos de procedimento de urgência e emergência médica, em que normalmente o paciente encontra-se inconsciente, tem seu consentimento comprometido e raramente existe espaço de tempo para informar (dizer à verdade) ao seu representa legal ou familiares, já que, na hipótese, está o médico imbuído na missão de salvar a vida ou amenizar o

²¹⁶ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica**: Comentado e interpretado, p. 436-437.

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1540580/DF**, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

²¹⁸ PESSINI, Leo. **O direito de saber a verdade sobre sua saúde**. Disponível em: <https://www.a12.com/redacaoa12/igreja/o-direito-de-saber-a-verdade-sobre-sua-saude>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

sofrimento.

Neste sentido, é o que dispõe a parte final do art. 31 do CEM²¹⁹: “desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

Sobre a flexibilização na obtenção do Consentimento, Kfour²²⁰ se filia ao entendimento de que urgência pode afastar o Consentimento do paciente, e discorre que por vezes, o médico se encontra diante de um enfermo inconsciente, a necessitar de cuidados emergenciais, cenário em que deve primeiro adotar as providências que a situação exige e, só depois, na medida do possível, obter o consentimento da família.

Seja como for, há de se levar em conta que o acesso à informação constitui um Direito fundamental do paciente e o seu descumprimento viola sua autonomia, autodeterminação e liberdade, enquanto a transmissão da informação constitui um dever de conduta do médico, cuja contrapartida é o Consentimento do paciente.

Desse modo, as consequências da invalidade do Consentimento do paciente são devastadoras no campo da Responsabilidade Civil do médico, mormente porque, a falta ou deficiência da informação, acarreta em inadimplemento contratual por parte do profissional.

²¹⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

²²⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 270.

CAPÍTULO 3

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DECORRENTE DO NÃO CUMPRIMENTO DO SEU DEVER DE INFORMAÇÃO

3.1 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Foi visto no capítulo anterior que ao médico é atribuído um certo Dever de Informação (obrigação) em favor do seu paciente, e que a contrapartida do mesmo paciente após o cumprimento desse dever, vem estampada no seu Consentimento, que deve ser válido.

Isso quer dizer que em não cumprindo o médico com o seu dever informacional, seja pela sua falta ou deficiência da informação, ou não obtendo ou, ainda, não conseguindo comprovar a validade do Consentimento do seu paciente, incorre o médico em inadimplemento contratual e, portanto, sujeita-se a ser responsabilizado civilmente pela reparação do dano extrapatrimonial (moral) sofrido pelo paciente, como se verá neste terceiro capítulo.

Pois bem. Na linha de conexão entre a Medicina e o Direito, a responsabilidade do médico é um dos assuntos mais pautados e, ao mesmo tempo, mais polêmicos de toda a estruturação da atuação médica.

Em síntese, “a responsabilidade é o conhecimento do que é justo e necessário por imposição de um sistema de obrigações e deveres em virtude de dano causado a outrem”²²¹.

Mas é verdade, que não é fácil ao profissional aceitar a intervenção ou interferência judicial no exercício de uma profissão que exige conhecimento específico e condutas eminentemente pessoais. De certa forma têm sua razão os médicos quando argumentam um certo entrave à liberdade econômica, uma ameaça

²²¹ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 266.

à liberdade científica e que o Brasil, país terceiro-mundista, exige de seus médicos uma Medicina de primeiro mundo²²².

Certo é que a responsabilidade é instituto que circunda o profissional no exercício diário da Medicina, não podendo dela se dissociar, ao ponto de se ver obrigado a incorporar o risco desta responsabilidade ao seu conhecimento científico e à precificação dos seus honorários.

Isso porque, na prática, vem se imputando uma verdadeira variedade de erros profissionais ligados à figura do médico ou do seu instrumental, como: queimaduras por aparelhos de raio X, infecções propagadas por instrumentos, não funcionamento de artefato qualquer no momento preciso, exame superficial do paciente e consequente diagnóstico falso, operações prematuras, omissão de tratamento ou retardamento na transferência para outro especialista, descuidos nas anestésias ou nas transfusões sanguíneas, emprego de métodos e condutas antiquados e incorretos, prescrições erradas, abandono do paciente, negligência pós-operatória, omissão de instrução necessária aos doentes, responsabilidade médico por suicídio em hospitais psiquiátricos, etc.²²³.

Igualmente, sobre o tema, França elenca alguns dos problemas ligados à responsabilidade médica e enfrentados atualmente pelos profissionais em suas especialidades:

O ginecologista enfrenta problemas de ordem moral ligados à contracepção, ao aborto, à esterilização cirúrgica e à fecundação artificial heteróloga; nos serviços de urgência, o médico se depara com o diagnóstico da morte, nos casos de transplante; o psiquiatra pode se ver na necessidade de responder a questões ligadas à responsabilidade penal e à capacidade civil; o investigador clínico poderá ser interpelado a respeito do emprego de um novo medicamento; o cirurgião plástico não está isento de responder civilmente por uma operação cujo resultado não satisfizesse seu cliente; o médico de clínica privada não poderá recusar uma declaração de diagnóstico de um paciente, quando se impõe a quebra do sigilo profissional por um imperativo de ordem legal²²⁴.

²²² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 38.

²²³ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 261.

²²⁴ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 17.

Neste contexto, ainda se adverte que a responsabilidade do médico pode existir, simultaneamente ou separadamente, na esfera administrativa, civil e penal, e, a depender do âmbito em que se manifesta, será apurada no Conselho Regional de Medicina, mediante sindicâncias e processos ético-profissionais, ou no Poder Judiciário através de ações judiciais, respectivamente e na jurisdição onde o médico exerce a profissão ou onde cometeu o ato que se diz ilegal ou causador do dano.

Isso ocorre porque, em se tratando do exercício de uma profissão liberal, a expressão “responsabilidade” pode ser empregada tanto no sentido ético como no sentido jurídico, visto que se intrincam necessariamente os valores morais e legais, pois as razões jurídicas não podem estar dissociadas das razões de ordem moral²²⁵.

Na responsabilidade, aliás, não se trata de capacidade, mais ou menos ampla, ou de talento mais ou menos brilhante, mais ou menos sólido, senão somente da garantia contra a imprudência, a negligência, a pressa e uma ignorância crassa a respeito daquilo que se devia necessariamente saber e praticar em uma profissão²²⁶.

E neste panorama conturbado, verificável na relação médico-paciente contemporânea, que se faz mister entender sua evolução e seus desdobramentos ao longo da história, até mesmo porque a responsabilização do médico não surgiu da forma como atualmente é conhecida e entendida.

3.1.1 A evolução da responsabilidade do médico

Na linha de evolução da responsabilidade médica, tinha lugar, inicialmente, a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas até certo ponto derivada da natureza humana e compreensível, de reação contra o mal sofrido²²⁷.

Pouco a pouco, a vingança privada cedeu espaço para o domínio jurídico e o poder público passou a intervir no sentido de permiti-la ou excluí-la, quando

²²⁵ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 265.

²²⁶ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 264.

²²⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 65.

injustificável²²⁸.

De toda forma, eram punições particulares que visavam repreender a conduta individual. Devido ao rigor das penas, evitava-se o exercício profissional daqueles que se sabiam incapazes e adequava a conduta dos capazes de exercê-la.

Nessa época, observa-se, “inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava a responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual”²²⁹.

Tais punições remontam a 2.250 a.C., visto que o Código de Hamurabi já previa punições particulares aos médicos que cometessem erros médicos, mais especificamente pela leitura de seus parágrafos 218 a 223:

§ 218 - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.

§ 219 - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

§ 220 - Se ele abriu a sua incisão com a lanceta de bronze o olho fica perdido, deverá pagar metade de seu preço.

§ 221 - Se um médico restabelece o osso quebrado de alguém ou as partes moles doentes, o doente deverá dar ao médico cinco siclos.

§ 222 - Se é um liberto, deverá dar três siclos.

§ 223 - Se é um escravo, o dono deverá dar ao médico dois siclos²³⁰.

Em 1500-1600 a.C., surge a Lei Mosaica, também conhecida como Lei de Moisés ou Lei Torá, um conjunto de 613 disposições, ordens e proibições, as quais também previam punições para os médicos infratores em seus arts. 218 a 220:

Art. 218 - Se um médico tratar um homem livre de uma ferida grave com a faca de bronze e o fizer morrer; se abrir a nuvem com a faca de bronze e o homem perder o olho, lhe serão cortadas as mãos.

Art. 219 – Se um médico tratar um escravo de uma ferida grave e o deixar incapaz, pagará escravo por escravo.

Art. 220 – Se um médico abrir a nuvem com a faca de bronze e perder o olho, ele pagará em prata a metade do preço do escravo.

²²⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 65.

²²⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 65.

²³⁰ BOUZON, E. **O Código de Hammurabi, introdução, tradução e comentário**. 3ª ed. Petrópolis: Vozis, 1976, p. 91-92.

Posteriormente, a composição voluntária, a critério da vítima, ganha vez, vindo esta a receber do agressor um “resgate” (*poena*), que consistia em uma soma em dinheiro ou na entrega de um objeto²³¹.

Mais adiante, surge a composição tarifada, que fixava para cada caso concreto, o valor a ser ressarcido pelo infrator, conforme observa-se das disposições contidas na Lei das XII Tábuas (451-390 a.C.)²³².

A Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum* ou simplesmente *Duodecim Tabulae*, em latim), constituía uma antiga legislação que está na origem do direito romano e formava o cerne da constituição da República Romana e do *mos maiorum* (antigas leis não escritas e regras de conduta)²³³. Dispunha em sua Tábua VII sobre a pena a ser aplicada pela prática de delitos pelo infrator:

TÁBUA SÉTIMA

Dos delitos

- 2. Se alguém causar um dano premeditadamente, que o repare. [...].
- 9. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses. [...].
- 11. Se alguém ferir a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo.
- 12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deverá ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido for um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido for um escravo. [...].
- 17. Se alguém matar um homem livre e; empregar feitiçaria e veneno, que seja sacrificado com o último suplício. [...].

Na mesma época surgia na Grécia o *Corpus Hippocraticum*, que continha noções de uma medicina não apenas empírica, mas permeada de elementos racionais e científicos, sem, no entanto, afastar-se dos elementos deontológicos da arte de curar²³⁴.

No *Corpus Hippocraticum* firmou-se o princípio de que a culpa do médico não se presumia somente pelo fato de não ter o profissional obtido êxito no tratamento, mas deveria ser analisada com base na conduta seguida, avaliada por perito na matéria e por colegiado de médicos, o que hoje é feito pelo perito

²³¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 65.

²³² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 65.

²³³ GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

²³⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 68.

judicial²³⁵.

Depois de Cristo, no ano 534, surge em Roma o *Corpus Juris Civilis*, uma obra fundamental da jurisprudência, publicada por ordem do imperador bizantino Justiniano I, a qual serviu de base para o Direito Civil e Penal modernos em diversos países²³⁶. Em suas Leis VI, VII e VIII, previa sobre as penalidades médicas e dispunha que não se poderia imputar aos médicos a sorte da mortalidade.

Em 654, surge o Código Visigótico (*Lex Romana Wisigothorum* ou *Lex Visigothorum*), uma compilação de leis visigodas, de carácter territorial, disposta pelo Rei Recesvinto (653-672). Em suas Leis III, IV e VI dispunha sobre a relação entre os médicos e os doentes e as penalidades por eventuais imperícias.

Como curiosidade, ressalta-se que, se o paciente viesse a óbito por decorrência de uma sangria realizada pelo médico, o profissional deveria ser entregue em poder dos parentes, para que dele fizessem o que quisessem²³⁷.

Em 1254, surge o *Fuero Real de España*, um corpo de leis do Rei Alfonso X, o qual reservava um título próprio no seu Livro IV, para tratar sobre os médicos²³⁸.

O primeiro caso de responsabilidade médica na América Latina²³⁹, remonta a 1598, ano que o médico Ascendo Telles de Rojo, é interpelado quanto a sua licença para clinicar, após ter errado o diagnóstico e ter supostamente causado a morte de sete escravos por sangria.

Em 1825, em Dromfront, na França, um julgado em específico revolucionou a jurisprudência sobre a responsabilidade civil no país. O caso analisa a atuação de um médico francês, Dr. Helie de Domfront, o qual foi chamado para dar

²³⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 68.

²³⁶ ROQUE, Sebastião José. **O Corpus Juris Civilis se transformou no Código Civil do Brasil**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-corpus-juris-civilis-se-transformou-no-c%C3%B3digo-civil-do-brasil>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

²³⁷ DE AZEVEDO, Luiz Carlos. **O Direito Visigótico**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 96, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67491/70101>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

²³⁸ ALFONSO X. **Fuero Real d'Espanña**, glosado por Alonso Diez de Montalvo. Medina del Campo, 1547.

²³⁹ MACEDA, Félix Garzón. **La Medicina en Cordoba**. Argentina: Talleres Gráficos Rodríguez Giles, 1917.

assistência a um parto.

O Dr. Domfront verificou no momento do parto que a criança se encontrava de ombros, com a mão direita no trajeto vaginal, pelo que, encontrando dificuldades de manobra na versão, resolveu amputar o braço do feto, a fim de facilitar sua expulsão. Em seguida, notou que o outro braço se encontrava em situação análoga, e, com o mesmo objetivo inicial, amputou o membro. Como consequência, a criança nasceu e sobreviveu ao tocotraumatismo. Diante de tal situação a família ingressou em juízo contra o médico. O Tribunal então solicitou um parecer da Academia Nacional de Medicina da França, a qual, após primeiro parecer desfavorável ao médico, realizou um outro que chegou à conclusão contrária. À vista dos pareceres, o Tribunal acabou por responsabilizar o médico e condená-lo ao pagamento de uma pensão anual de 200 francos²⁴⁰.

Por todo o histórico traçado, observa-se que foi apenas mais recentemente que a punição dos médicos se difundiu através de uma responsabilidade que objetivava disciplinar a prática social, representando mais em um compromisso com a coletividade do que propriamente uma punição particular no sentido repressivo da conduta individual.

A responsabilidade médica, com o passar dos anos foi então se transformando num sistema complexo e de tanta generosidade aos que demandam contra os médicos. Isso fez e ainda faz, com que em muitos países os médicos se retraiam no exercício da medicina, passando a vislumbrar em cada paciente um demandante em potencial²⁴¹.

No panorama atual da responsabilidade médica, os usuários dos serviços médicos, principiam a ter uma ideia clara de seus direitos, enquanto pacientes. Consolidando-se a percepção do erro inescusável, da imperícia inadmissível, da negligência criminosa, que impelem as pessoas à busca da reparação²⁴².

É a partir dessa percepção do paciente que entram em cena os

²⁴⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 70-71.

²⁴¹ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 18.

²⁴² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 49.

questionamentos da atuação médica e as ações judiciais fundadas na responsabilidade do profissional, com ênfase na sua responsabilidade civil.

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Entre os romanos não havia distinção entre Responsabilidade Civil e responsabilidade criminal. Prevalecia unicamente a ideia de uma responsabilidade no campo penal, mormente porque tudo não passava de uma “pena” imposta ao causador do dano²⁴³.

Somente mais tarde, por volta de 286 a.C., com a introdução da Lei Aquília (*Lex Aquilia*), houve um cuidado conceitual em se diferenciar as consequências do delito, e a indenização pecuniária passou a ser a única forma de sanção para os casos lesivos não criminosos²⁴⁴.

A *Lex Aquilia* forneceu importante norte de aplicação para a Responsabilidade Civil. Tanto é que, até hoje, refere-se à responsabilidade aquiliana como sinônimo de Responsabilidade Civil extracontratual, assim prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro²⁴⁵.

Dito isto, observa-se que menos ainda havia a ideia de uma responsabilidade profissional (administrativa) entre os romanos. Na prática o conceito nasceu com o surgimento dos Conselhos de classe, os quais, através do seu propósito regulador e fiscalizador, passaram a apurar a responsabilidade dos profissionais e aplicar sanções administrativas, mediante a instauração e julgamento dos chamados processos ético-disciplinares.

Atualmente, como visto, a responsabilidade do médico pode então existir, simultaneamente ou separadamente, no âmbito administrativo, penal e civil.

A responsabilidade administrativa, no âmbito do exercício da medicina, qualifica-se como um elenco de obrigações a que o médico está sujeito, e de onde o

²⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 23.

²⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 23.

²⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

não cumprimento o leva a sofrer as consequências impostas normativamente pelos diversos diplomas legais²⁴⁶.

Já a Responsabilidade Civil decorre de um dever jurídico violado por uma conduta voluntária, que pode consistir em um ato jurídico lícito ou ilícito²⁴⁷; e se assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano²⁴⁸.

A Responsabilidade Civil diferencia-se da responsabilidade penal, pois enquanto esta é pessoal, intrasferível e responde o réu com a privação da sua liberdade, aquela é patrimonial, sendo o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações²⁴⁹. Como exemplos de responsabilidade penal dos médicos, cita-se a omissão de socorro, o homicídio provocado, o atestado falso, etc²⁵⁰.

De forma geral, para se caracterizar a Responsabilidade Civil é necessário que se coadunem cinco elementos, a saber: o agente causador do dano, uma ação ou omissão do agente, a presença da culpa ou do dolo, a verificação de um dano, e a relação (nexo de causalidade) entre a conduta do agente e o próprio dano.

Sobre o tema, França²⁵¹ elenca os pressupostos (elementos caracterizadores) da Responsabilidade Civil do médico, enquanto requisitos indispensáveis para a sua existência:

1. *O autor*. É necessário que o profissional esteja habilitado legalmente no exercício da medicina; se não, além da responsabilidade, será punido por exercício ilegal da medicina, curandeirismo ou charlatanismo.
2. *O ato*. Deverá ser o resultado danoso de um ato lícito; pois, do contrário, tratar-se-á de uma infração delituosa mais grave, como, por exemplo, o aborto criminoso ou a eutanásia.
3. *A culpa*. Consiste na ausência do dolo, ou seja, que o autor tenha produzido o dano sem a intenção de prejudicar: por negligência,

²⁴⁶ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 265.

²⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume IV: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

²⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 06.

²⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 26.

²⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 240.

²⁵¹ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 273-274.

imprudência ou imperícia.

Os elementos essenciais da culpa são: previsibilidade de dano, ato voluntário inicial, ausência de previsão e voluntária omissão ou negligência.

4. *O dano*. Sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não existe responsabilidade. Esse elemento objetivo, relativamente fácil de se estabelecer, é condição indispensável.

A determinação concreta do dano, além de indispensável em relação à responsabilidade, pode estabelecer o grau da pena ou da indenização.

5. *O nexo causal*. É a relação entre a causa e o efeito, um elo entre o ato e o dano. Quando o ato é praticado lícitamente, com moderação e a atenção devida, o resultado danoso pode ser considerado acidente.

Conforme se verá adiante, a depender da especialidade médica e do objeto contratado com o paciente, afasta-se o elemento da culpa (*latu sensu*) como um dos requisitos para a responsabilização do médico, ao argumento de que nessas hipóteses o profissional assumiria o risco do êxito da intervenção. É o que ocorre com a radiologia, a anatomopatologia, a cirurgia estética propriamente dita (cosmetológica ou embelezadora), entre outras²⁵².

Mas a essência da Responsabilidade Civil assenta-se, fundamentalmente, no dano e no nexo causal, ou melhor, em como um determinado comportamento adotado pelo profissional, contribui para o prejuízo sofrido pelo paciente, já que não é considerado apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer²⁵³.

Decorrente disso, o dano seria o resultado lógico de uma cadeia causal composta, de um lado, pelo paciente lesado, e de outro, pelo profissional que provocou o dano; e unindo ambos os polos deve ficar caracterizado o nexo causal, isso é, o vínculo jurídico que une médico-paciente concretizado pela ocorrência de uma conduta culposa ou dolosa²⁵⁴.

Outro ponto que merece atenção é a discussão por parte dos estudiosos no sentido de analisar se o médico pode ou não responder por “erro de diagnóstico”, “erro de prognóstico” e por “erro de conduta”.

A grande maioria dos julgadores e doutrinadores tem se pronunciado

²⁵² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 81.

²⁵³ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 100.

²⁵⁴ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. 100-101.

admitindo que o erro de diagnóstico não é culpável, desde que não tenha sido provocado por manifesta negligência por parte do profissional, que este não tenha examinado seu paciente ou omitido as regras e técnicas atuais e disponíveis, que não tenha levado em conta as análises e resultados durante a emissão do diagnóstico, valendo-se do chamado “olho clínico”, ou que tenha optado por uma hipótese remota, absurda e, quiçá, experimental²⁵⁵.

A responsabilidade do médico por erro de prognóstico também é discutida, mas parece estar fora de cogitação, já que não se pode exigir do profissional o conhecimento de tudo que venha acontecer em imponderáveis desdobramentos da intervenção clínica ou cirúrgica. O que se exige é prudência e reflexão²⁵⁶.

De outro lado, no entanto, mais suscetível de responsabilização é o erro de conduta, o que não afasta sua criteriosa apuração. Convém que sejam analisados criteriosamente, pois existem muitas discordâncias sobre a validade de cada método e de cada conduta empregada²⁵⁷.

Enfim, para a caracterização da Responsabilidade Civil médica basta a voluntariedade de conduta e que ela seja contrária às regras vigentes e adotadas ela prudência e pelos cuidados habituais, que exista o nexo de causalidade e que o dano esteja bem evidente. As regras de conduta arguidas na avaliação da responsabilidade médicas são relativas aos deveres de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso.

3.2.1 Responsabilidade Civil contratual do médico

No âmbito da Responsabilidade Civil, ela pode ser derivada tanto de uma relação jurídica contratual ou extracontratual, pelo que se diferencia a Responsabilidade Civil contratual da extracontratual (ou aquiliana).

Em síntese, na responsabilidade extracontratual nenhum vínculo existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito ao infringir um

²⁵⁵ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 266.

²⁵⁶ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 266.

²⁵⁷ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 266.

dever legal, ao passo que na responsabilidade contratual existe uma convenção prévia (contrato) entre as partes que não é cumprida por algum dos contraentes, o qual descumpra o avençado, tornando-se inadimplente²⁵⁸.

Em outras palavras, na responsabilidade extracontratual não existe uma relação jurídica anterior entre o agente que causou o dano e a sua vítima. É somente a partir da verificação de um ato lesivo daquele que a obrigação de indenizar surgirá, facultando-se à vítima o direito de perseguir uma indenização em desfavor do agente causador do dano. A exemplo do que ocorre em um acidente de trânsito, onde, a rigor, não existe um vínculo jurídico entre o condutor infrator e o condutor lesado, e, em se verificando um dano, este último busca uma reparação pecuniária do condutor infrator.

A previsão legal da responsabilidade extracontratual é aquela dos arts. 186 e 927, ambos do Código Civil²⁵⁹:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Já a responsabilidade contratual é a decorrente, por lógico, de uma relação jurídica contratual, que, por sua vez, está pautada na celebração ou execução de um contrato prévio, seja ele tácito (verbal) ou expresso (escrito) entre o médico e o paciente.

A responsabilidade contratual surge quando se verifica o descumprimento, parcial ou completo, das suas cláusulas e condições pactuadas no contrato (negócio jurídico). Sua previsão legal é aquela do art. 389, também do Código Civil:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado²⁶⁰.

²⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 26.

²⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

²⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

Como todo negócio jurídico, o contrato estabelece um vínculo jurídico que deriva da própria vontade dos contraentes, havendo, portanto, uma coobrigação mútua entre os mesmos.

E, no campo da saúde suplementar (direito privado), como visto no capítulo primeiro, não pairam dúvidas sobre sua natureza contratual da Responsabilidade Civil do médico, pois não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o paciente e o profissional²⁶¹.

Ocorre que, nem toda Responsabilidade Civil contratual é fundamentada nos limites do que fora contratualmente pactuado entre as partes, já que ela pode ser fundamentada no descumprimento de deveres de conduta anexos, disposições éticas, regulamentações administrativas e previsões constitucionais, os quais nem sempre foram objeto de inclusão ou tratativas entre os contratantes.

Isso é, existem deveres e obrigações, explícitos ou implícitos, no ordenamento jurídico brasileiro, que servem de fundamento para a responsabilização civil, deveres e obrigações estes que, na grande maioria das vezes, como dito, não foram objeto de inclusão ou tratativas prévias entre as partes; o que não retira a natureza contratual da Responsabilidade Civil sob análise.

Exemplo disso na relação contratual entre médico e paciente, é o que se observa quanto a obrigação informacional que assume o médico, obrigando-o a transmitir informações claras e adequadas em favor do paciente.

Ou seja, diante de uma intervenção clínica ou cirúrgica nem sempre o médico se obriga expressamente a cumprir com seu Dever de Informação, em favor do paciente. Ocorre que, decorrendo um dano dessa relação, proveniente da falta ou deficiência da informação, pode o profissional vir a ser responsabilizado civil e contratualmente pela reparação deste mesmo dano.

Destarte, a existência de uma relação jurídica contratual ou

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

²⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 238.

extracontratual serve para a verificação da modalidade e da subsunção da norma da Responsabilidade Civil que se está a avaliar.

Pelo exposto, o que se observa é que a Responsabilidade Civil do médico vem se reestruturando num sistema que, de fato e de direito, é cada vez mais rigoroso. Sua cultura, sua formação e sua ética o colocam numa situação de plena responsabilidade, porque nos últimos anos a medicina adquiriu segurança e perfeição técnicas suficientes para oferecer possibilidades maiores de cura, de bem-estar físico, social e psíquico²⁶².

3.2.2 Responsabilidade Civil subjetiva ou objetiva do médico

Outro ponto que merece atenção, reside no fato de que, a Responsabilidade Civil do médico, na qualidade de profissional liberal e a depender da especialidade médica e do objeto contratado com o paciente, será subjetiva ou objetiva.

Diz-se isso, porque nosso direito positivo considera, em hipóteses específicas, alguns casos em que a responsabilidade do profissional é sim objetiva, de modo que não se pode fechar os olhos para essa realidade jurídica²⁶³.

Em apartada síntese, a diferenciação existente entre a responsabilidade subjetiva e objetiva leva em consideração a presença ou não do elemento da culpa na obrigação de reparar o dano²⁶⁴.

A responsabilidade subjetiva então exige para sua caracterização o elemento da culpa (*latu sensu*), englobando a culpa *stricto sensu* e o dolo.

A culpa *stricto sensu* é um instituto jurídico que consiste em um ato comissivo (fazer) ou omissivo (não fazer) praticado por negligência, imperícia ou imprudência. Já o dolo consiste em um ato comissivo (fazer) ou omissivo (não fazer) praticado de forma consciente e volitiva.

²⁶² DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 18.

²⁶³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 79.

²⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 30.

Sendo assim, a responsabilização civil subjetiva do médico exige a demonstração, dentre outros elementos (autor, ato, dano e nexo causal), de que o ato fora praticado com culpa ou dolo; caso contrário, responsabilidade não há. Diz-se que prova da culpa é pressuposto necessário do dano indenizável²⁶⁵.

A responsabilidade civil subjetiva é, portanto, a regra geral de toda a estruturação da responsabilização civil do profissional médico. Tese esta reforçada pela norma contida no art. 951 do Código Civil e no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor:

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.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...];

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Sobre o tema, Kfouri aponta que “na eventualidade de o dano ter sido causado por negligência, imprudência ou imperícia do médico, normalmente se torna irrelevante discutir a qualidade da informação - que é um dever secundário de conduta”²⁶⁶. Porém, adverte, “quando a intervenção médica é correta – e não se informou adequadamente –, a questão se torna crucial. Nesse caso, a culpa surge pela falta de informação – ou pela informação incorreta. Não é necessária a negligência no tratamento”²⁶⁷.

Por sua vez, a responsabilidade objetiva (ou responsabilidade sem culpa), é, por certo, aquela que não se exige a presença do elemento “culpa” (*latu sensu*) para a responsabilização do profissional, já que se considera que a culpa é

²⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, p. 30.

²⁶⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 276.

²⁶⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 276-277.

presumida nessa hipótese²⁶⁸.

A responsabilidade objetiva é a exceção à regra geral da responsabilização civil do médico, uma vez que é verificável em situações específicas, como bem dispõe o parágrafo único do art. 927 do CC:

Art. 927. [...]. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conforme repisado, como regra as especialidades médicas que respondem objetivamente pela reparação de um suposto dano alegado pelo paciente são o radiologista, o anatomopatologista, o cirurgião estético propriamente dito (cosmetológica ou embelezadora), entre outros²⁶⁹.

E, embora muitos doutrinadores e profissionais da área neguem veementemente a existência de uma responsabilidade objetiva dos médicos, certo é que grande parte da jurisprudência contemporânea se apoia no entendimento de que, a depender do âmbito de atuação do profissional e do serviço contratado pelo paciente, a responsabilidade objetiva é sim uma realidade jurídica, pelo que deve ser temida e levada em conta no exercício da atividade.

Por fim, tem-se que nessas hipóteses de responsabilidade subjetiva ou objetiva, afastar a responsabilização exige a quebra do nexo de causalidade entre a conduta do profissional e o dano sofrido pelo paciente, através da demonstração da culpa exclusiva deste pelo dano ou da verificação de um evento inevitável, de caso fortuito ou de força maior²⁷⁰.

3.2.3 Obrigação de meio ou de resultado do médico

Ao se falar em obrigações no direito brasileiro, fala-se, logicamente em obrigações jurídicas. As obrigações jurídicas diferenciam-se das demais obrigações (morais, religiosas, etc.) porque têm um elemento jurídico, que é justamente o

²⁶⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 81.

²⁶⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 81.

²⁷⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 82.

elemento que autoriza a intervenção do Estado, via Poder Judiciário, quando provocado.

Em resumo, a obrigação jurídica é um vínculo transitório existente entre credor e devedor para o cumprimento de uma prestação. A obrigação tem por objeto uma prestação.

Essa prestação será sempre uma conduta humana, a qual, inspirada no Direito Romano, classifica-se como obrigação de dar (*dare*), faz (*facere*) e não fazer (*non facere*)²⁷¹; assim previstas respectivamente nos arts. 233 e 234, 247 e 250 do Código Civil²⁷².

A obrigação de dar (coisa certa ou incerta) consiste em transferir, entrega ou restituir a posse ou a propriedade de um determinado objeto ao credor²⁷³.

Por sua vez, a obrigação de fazer importa na realização de atos ou serviços no interesse do credor, enquanto as obrigações de não fazer são aquelas em que o devedor fica obrigado a se abster, mantendo-se em uma situação de omissão para com o credor.

As obrigações de dar e de fazer são classificadas como obrigações jurídicas positivas, enquanto a obrigação de não fazer é classificada como negativa.

Dentro do conteúdo das obrigações positivas (dar e fazer), são conhecidas duas modalidades de obrigações: a de *meio* e a de *resultado*²⁷⁴.

Na obrigação de meio existe o compromisso da utilização de todos os recursos disponíveis e ao alcance para se ter um resultado, sem que haja o dever de se alcançar esse resultado propriamente dito²⁷⁵.

No campo da relação médico-paciente, a obrigação de meio ocorre

²⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Volume II: obrigações. 7ª ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

²⁷² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

²⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, p. 38.

²⁷⁴ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 289.

²⁷⁵ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 289.

quando o profissional não garante o êxito do resultado esperado pelo paciente, através de uma intervenção clínica ou cirúrgica, mas tem apenas de agir e se esforçar para obter a cura, mesmo que não a consiga²⁷⁶.

Em outras palavras, a obrigação de meio, é aquela em que o profissional se compromete a fazer uso de seus conhecimentos, meios e técnicas com vistas à obtenção de determinado resultado, mas, sem, porém, garanti-lo. A obrigação de meio é a regra geral no contexto médico, persistindo a necessidade de comprovação da culpa ou do dolo do profissional para caracterizar sua responsabilidade civil por determinada conduta contestada²⁷⁷.

Segundo França, “a obrigação do médico é de meio porque o objeto do seu contrato é a própria assistência ao seu paciente, quando se compromete a empregar todos os recursos ao seu alcance, sem, no entanto, poder garantir sempre um sucesso”²⁷⁸.

É o que ocorre com a grande maioria das especialidades médicas, que visam afastar o risco do agravamento do estado de saúde do paciente, propiciando-lhe melhora²⁷⁹. A exemplo dos profissionais que detêm uma obrigação de meio para com o paciente, cita-se o médico plantonista, intensivista, oncologista, cirurgião cardíaco, neurocirurgião, etc.

A seu tempo, na obrigação de resultado a prestação do serviço tem um fim definido, um resultado assegurado por assim dizer. Se não houver o cumprimento do resultado esperado, há inadimplência e o devedor assume o ônus por não satisfazer a obrigação que prometeu²⁸⁰.

A obrigação de resultado é aquela em que o médico se compromete, especificamente, à obtenção de determinado resultado, desobrigando-se apenas ao atingi-lo, tal como nos casos de cirurgias estéticas, é a exceção no âmbito médico,

²⁷⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 92.

²⁷⁷ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0001158-60.2013.8.24.0012**, de Caçador, relator Desembargador Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado em 27/06/2017.

²⁷⁸ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 290.

²⁷⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 80.

²⁸⁰ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 289.

havendo, à luz das regras de experiência comum uma presunção relativa de culpa do médico, cabendo a este, para se expurgar do dever de indenizar, ilidir a ocorrência de culpa de sua parte²⁸¹.

Na obrigação de resultado, o médico obriga-se a atingir determinado fim; o que interessa é o resultado de sua atividade, sem o qual não terá cumprido a obrigação²⁸².

A exemplo, é o que ocorre com o radiologista, anestesta e o cirurgião estético²⁸³. Embora hoje, mesmo em especialidades consideradas como obrigação de resultado, já se olha com reservas esse conceito tão radical de êxito absoluto, pois o correto e o prudente é decidir pelas circunstâncias de cada caso, ao risco de o pensamento diverso contradizer-se com a própria natureza da ciência e arte médica²⁸⁴.

Qualquer que seja a obrigação (se de meio ou de resultado), o que se apura é a Responsabilidade Civil contratual pelo dano sofrido pelo paciente, ou seja a relação entre a culpa e o dano, levando-se em conta principalmente o grau de culpa, o nexo de causalidade e a dimensão do dano.

3.2.4 Dano patrimonial e extrapatrimonial do paciente

Analisada a Responsabilidade Civil e contratual do médico, dentro do campo de uma obrigação de meio ou de resultado, resta, portanto, a análise das espécies de danos que pode vir o paciente a sofrer em razão da conduta do profissional.

Embora possa haver responsabilidade sem culpa (objetiva), não se pode falar em responsabilidade ou em dever de indenizar se não houve dano. Uma ação de indenização ajuizada pelo paciente em que se apura não haver dano, é pretensão

²⁸¹ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0001158-60.2013.8.24.0012**, de Caçador, relator Desembargador Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado em 27/06/2017.

²⁸² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 92.

²⁸³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 81.

²⁸⁴ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 290.

jurídica sem objeto²⁸⁵.

Em sentido amplo, o dano vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, ou seja, toda desvantagem que a pessoa (vítima ou lesado) experimenta aos seus bens jurídicos protegidos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição, etc.)²⁸⁶.

Diferenciam-se, portanto, o dano patrimonial do dano extrapatrimonial do paciente, por ser possível distinguir a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais), de outro.

Neste contexto, a Constituição Federal, em seu art. 5º, X, assegura a indenização pelo dano patrimonial e extrapatrimonial a todo cidadão brasileiro ou estrangeiro residente no País²⁸⁷.

Em síntese, a indenização por dano patrimonial (ou material) corresponde àquela em que houve lesão somente ao patrimônio do indivíduo, resultando em prejuízos financeiros. Nessas hipóteses, fala-se em indenização por dano material e/ou por lucros cessantes.

Já a indenização por dano extrapatrimonial é devida quando houve lesão não patrimonial (não financeira), mas sim à esfera íntima do indivíduo, que teve sua intimidade, vida privada, honra ou imagem violada. Aqui fala-se em indenização por dano moral, estético e/ou existencial.

Ao seu modo, indenizar significa reparar o dano causado à alguém, no caso à vítima. Como na maioria dos casos se torna impossível restaurar o estado em que se encontrava a vítima antes da ocorrência do dano, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária²⁸⁸.

Sendo assim, o dano (patrimonial ou extrapatrimonial) devido ao paciente decorre de uma conduta prática realizada pelo médico, com ou sem culpa, a

²⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, p. 337.

²⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, p. 336.

²⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de junho 2019.

²⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, p. 337.

depende do caso, onde se tenha verificado uma relação de causa e efeito entre esta mesma conduta e o dano sofrido.

A rigor, na hipótese de um dano sofrido pelo paciente em razão do descumprimento do Dever de Informação do médico, fala-se em um dano extrapatrimonial de ordem moral, que atinge a esfera íntima do enfermo, pela supressão da sua autonomia, autodeterminação ou liberdade.

Diz-se “a rigor”, porque pode sim surgir um dano patrimonial em razão do descumprimento do Dever de Informação do médico. A exemplo, pode-se pensar no caso de um médico, que não informa ao paciente o tempo necessário ao pós-operatório (convalescença) e se verifica demora superior a imaginada pelo doente – que vem a sofrer prejuízos financeiros em sua profissão. Isso porque, se o paciente tivesse sido devidamente informado, não teria optado se submeter a cirurgia naquela ocasião, mas sim em outro momento, devido a motivos profissionais²⁸⁹.

3.2.5 A quantificação do dano extrapatrimonial do paciente

Em se tratando de dano, é fora de qualquer dúvida que a maior dificuldade reside em analisar a quantificação do dano extrapatrimonial do paciente, já que inexistente qualquer balizamento legal neste sentido e, convenhamos, seria mesmo pouco improvável de assim existir, em face da sua subjetividade, a depender da análise de caso a caso.

A seu modo, no entanto, a mesma dificuldade não existe para a quantificação do dano patrimonial do paciente, mormente porque decorre de um critério objetivo de fixação, entre prejuízo financeiro apurado e a reparação civil atribuída.

Como ponto de partida, Kfoury elenca duas hipóteses em que não há que se falar em dano em favor do paciente.

A primeira hipótese, ocorre quando ficar provado que o prejuízo que o doente sofreria, recusando o tratamento, fosse maior que o dano decorrente da

²⁸⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 276.

intervenção²⁹⁰. Tal hipótese, normalmente se verifica em casos de urgência e emergência, onde se traz para a análise do dano a manutenção da vida do paciente.

A segunda hipótese, por sua vez, verifica-se quando ficar provado que a pessoa comum (homem médio) teria recusado o tratamento caso fosse informada da mesma forma que outra que, a seu tempo, por não ter sido informado, não pode manifestar a recusa. Nega-se a indenização se, com as mesmas informações e nas mesmas circunstâncias, outra pessoa, razoavelmente, aceitasse se submeter ao tratamento²⁹¹.

Dito isto, há que apontar três diferentes situações decorrentes de um dano gerado ao paciente, em face do descumprimento do Dever de Informação do médico e que, a princípio, deveriam refletir em diferentes gradações da reparação civil. São elas: **(1)** o descumprimento do dever informacional em conjunto com a verificação de um erro médico; **(2)** o descumprimento do dever informacional que acarrete em um evento adverso no organismo do paciente; **(3)** o mero descumprimento do dever informacional, sem qualquer causa complementar.

Principalmente as situações descritas nos itens “1” e “2” pode levantar uma série de indagações.

A exemplo da situação “1”, se deveria o médico responder somente pelo erro médico, que, por ser mais agressivo, abarcaria o descumprimento informacional, ou se ambas as condutas geradoras de dano deveriam se somar para efeitos de fixação da reparação civil?

Por outro lado, a exemplo da situação “2”, se deveria o médico ser condenado ao ressarcimento integral do dano decorrente do evento adverso no organismo do paciente, como se o tivesse ocasionado diretamente, ou somente a uma reparação parcial, relacionada não ao ato médico em si, mas apenas ao descumprimento informacional²⁹²? Imagine, por exemplo, uma situação em que o evento natural adverso no organismo do paciente o levasse ao óbito.

²⁹⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 277.

²⁹¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 277.

²⁹² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 277.

Kfourri aponta que se indeniza o dano moral gerado por se privar o paciente de sua autonomia – e não pelo resultado adverso da cirurgia – toda vez que a intervenção tiver sido correta (melhor técnica e prática) e representado a única opção terapêutica existente²⁹³.

É fora de qualquer cogitação que na situação descrita no item “3”, deveria ser menor do que as descritas nos itens “1” e “2”, uma vez que não houve uma conduta complementar causadora de dano ao paciente²⁹⁴.

Ao abordar a questão para a quantificação da indenização decorrente do descumprimento do dever informacional, Cortés²⁹⁵, como solução assemelhada, àquela adotada nos casos da chamada “perda de uma chance”.

Nesse caso, a indenização não seria fixada pela totalidade do dano, isoladamente considerado, como na hipótese de o dano ter sido provocado por erro médico, mas sim diante da probabilidade de o paciente, caso tivesse sido informado, negar se submeter ao tratamento médico. O parâmetro seria, hipoteticamente falando, a decisão previsível e razoável de outro paciente, diante da mesma situação²⁹⁶.

Para o Professor Cortés, aponta Kfourri, o juiz deveria examinar ainda outros fatores preponderantes, em especial: “a) existência de outras terapias menos perigosas ou desprovidas de potencialidade lesiva; b) se, à luz do que comumente ocorre, outro paciente, em idênticas condições, teria consentido, após se inteirar dos perigos inerentes à intervenção; c) se tais riscos, não informados, eram comuns ou excepcionais”²⁹⁷.

Afora isso, em se tratando de responsabilidade subjetiva do médico, cabe ao julgador também levar em conta a gradação da culpa para se fixar a extensão da reparação do dano, nos termos do que disciplinam os arts. 944 e 945 do Código

²⁹³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 278.

²⁹⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 278.

²⁹⁵ CORTÉS, Júlío César Galán. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**, p. 237.

²⁹⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 278.

²⁹⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 279.

Civil²⁹⁸:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

É bem verdade, infelizmente, que não há uma fórmula milagrosa, um protocolo exato a ser utilizado ou seguido pelo médico como forma de afastar completamente sua Responsabilidade Civil pelo cumprimento do seu dever informacional.

No ambiente médico impera a insegurança jurídica e o risco anda ao lado do médico no exercício diário da profissão, em razão do que deve ser temido e levado em conta.

Diante desse cenário de incertezas, analisar e entender as decisões dos Tribunais Superiores e Estaduais ajuda a traçar um paralelo entre o cumprimento do dever informacional e a responsabilização civil pela falta ou deficiência da informação na relação médico-paciente, para que, em não sendo possível eliminar o risco da atividade, ao menos diminuí-lo e compreende-lo.

²⁹⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

CAPÍTULO 4

O DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1 O DESCUMPRIMENTO INFORMACIONAL ENQUANTO CAUSA AUTÔNOMA DE CONDENAÇÃO CIVIL DO MÉDICO

Não faz muito tempo, o dano advindo da atuação do médico era tido como inevitável, pelo que era raro, nesses casos, buscar-se reparação de um prejuízo sofrido, fosse ele de ordem material, moral ou estético²⁹⁹. Seja pela pouca informação ou por receio, os pacientes não questionavam a conduta médica inexitosa.

Com o tempo, frente ao salto de paradigma na relação médico-paciente, passou-se a uma situação totalmente diferente, não só de proteção ao lesado, como também de predisposição deste em imputar todo e qualquer mau resultado ao profissional da saúde³⁰⁰.

De lá para cá, os médicos são constantemente questionados quanto aos seus atos e os limites entre a competência legal de suas atribuições e os direitos dos pacientes, limites estes, às vezes, muito estreitos e incertos³⁰¹.

Os motivos são os mais variados possíveis, desde a inadequação da relação médico-paciente até o descumprimento de legislação específica, acarretando crime³⁰².

Nessa onda de questionamentos, os pacientes não mais hesitam em manifestar sua indignação, e o fazem ciente de seus direitos, de onde seguem as

²⁹⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 37.

³⁰⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 37.

³⁰¹ GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**, p. XVII.

³⁰² NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; MIYADAHARA, Seizo; ZUGAIB, Marcelo. **A interface do Direito com a Medicina**. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, 2010, p. 153-155. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v32n4/v32n4a01.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2019.

demandas indenizatórias por eles ajuizadas. Muitos pacientes realmente invocam pretensões legítimas, outros, no entanto, visam a falsa ideia do ganho rápido e fácil às custas do médico.

A par do aumento no volume dessas ações judiciais, os Tribunais de Justiça lutam para acompanhar esse fluxo contínuo, na medida em que cobram uma maior especialização na área por parte dos seus juízes e desembargadores, a fim de garantir uma prestação jurisdicional de qualidade.

Quando citados a se manifestarem, os médicos se inclinam a fazer de sua responsabilidade uma questão de mera consciência e de foro íntimo, identificando na evolução das decisões judiciais uma ameaça contra a liberdade científica e até mesmo contra a própria saúde pública. Na tentativa de atenuarem sua responsabilidade médica, sustentam que o temor às punições leva a uma inibição e a um entrave ao processo científico, tornando-se a medicina uma ciência tímida e rotineira³⁰³.

Mas, ainda que os médicos se esquivem de uma condenação judicial, é evidente que qualquer ação movida contra o médico marca sua carreira negativamente, comprometendo não só sua imagem profissional, como abalando sua própria autoestima³⁰⁴.

Neste contexto, o dever informacional do médico representa mais um estágio desse cenário conturbado na relação com o paciente, remetendo à uma crise de autonomia do médico, mas, sobretudo, de evolução dos direitos do paciente.

O dever informacional leva os profissionais a se tornarem extremamente obsessivos por toda forma de informação, o que, de fato, é totalmente compreensível, pelo modo com que o tema é abordado nos dias atuais.

Explica Bergstein que a informação passa a ser tratada na modernidade

³⁰³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 40.

³⁰⁴ NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; MIYADAHARA, Seizo; ZUGAIB, Marcelo. **A interface do Direito com a Medicina**. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, 2010, p. 153-155. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v32n4/v32n4a01.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2019.

como elemento principal da relação médico-paciente e, portanto, como causa autônoma de responsabilização civil, na hipótese de sua ausência ou de sua prestação viciada³⁰⁵.

Ademais, segundo alerta Ricardo Luis Lorenzetti e Kfourì, a ausência do consentimento pode constituir uma lesão autônoma ao paciente, por si só danosa e passível de indenização³⁰⁶³⁰⁷.

Diz-se lesão autônoma, visto que a falta ou deficiência da informação é passível de ser indenizada individualmente, independente da configuração de um erro médico propriamente dito.

Nessa circunstância, os recentes julgados dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça Estaduais confirmam a singularidade do consentimento do paciente, pelo que têm se posicionado no sentido de que a falta de cumprimento do dever informacional prevalece sobre a alegação do profissional de que tenha adotado a melhor prática e técnica médica no ato de intervenção, seja ela clínica ou cirúrgica.

Mesmo diante de uma intervenção médica bem-sucedida, mas que, no entanto, resulte em eventos adversos no organismo do paciente, os juízes têm entendido como acertada a condenação do médico, se verificado que ele não informou adequadamente o paciente acerca da probabilidade de esse evento adverso vir a ocorrer.

4.2 O DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como visto no primeiro capítulo, o Direito e a Medicina, enquanto vertentes científicas, guardam uma enorme conexão, dado que o sistema legal é parte integrante de praticamente todos os aspectos do sistema de saúde moderno, desde sua organização até a forma como é financiado e prestado.

³⁰⁵ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 19.

³⁰⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culsone, 1997, p. 211. Apud KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 56.

³⁰⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico** p. 276.

E isso se deve, em grande parte, pela intensidade com que as decisões judiciais podem influenciar na atividade e na prestação da atividade médica.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.771.308/PR pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a relatora Ministra Nancy Andrighi pontuou que, no âmbito da saúde suplementar, as relações privadas têm despertado novos olhares na comunidade jurídica e exigido respostas efetivas da parte do Poder Judiciário:

Reflexões são renovadas no intuito conjunto de encontrar a verdadeira pacificação de conflitos emergentes dessa área, cuja peculiaridade em relação às demais relações privadas diz respeito, invariavelmente, ao campo da sensibilidade humana em torno de uma vida saudável e do enfrentamento das moléstias da mente, do corpo e da alma. Ao absorver a tensão dos conflitos entre diversos personagens no seio da sociedade moderna, o direito segue a desafiadora finalidade de distribuir a justiça no concreto das relações cotidianas entre enfermeiros, médicos, psicólogos, dentistas, pacientes, operadoras de plano de saúde, hospitais, clínicas e muitos outros atores da saúde suplementar. Diante de cada conflito surgido dessa complexa teia de relações, deve-se estar atento às particularidades que o tornam único e irrepetível sem perder de vista o tratamento jurídico igualitário para circunstâncias semelhantes de outros conflitos. Esta sensibilidade para detectar o relevante no contingente jamais pode ser dissociada da missão constitucional conferida ao Judiciário de, sempre que provocado, apreciar lesão ou ameaça a direito. Nesse breve contexto de reflexão, insere-se o problema relativo ao discernimento entre atos ilícitos causadores de verdadeiro dano moral e, assim, passíveis de compensação e as condutas que, no máximo, se exaurem na esfera patrimonial sem agredir a sensibilidade humana da vítima. Na ímpar linguagem poética de João Guimarães Rosa “um sentir é o do sentente, mas outro é o do sentidor” (Grande sertão: veredas. 19 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001). Sentir o que significa dano moral quando o único recurso é a linguagem jurídica torna-se um compromisso ético e, não por outro motivo, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, palavra de lei. Considerando o enredo em que muitas dessas histórias chegam ao Judiciário somente a avaliação casuística no decorrer do devido processo legal permite aferir pela configuração ou não do dano moral reclamado na via judicial. Daí porque se afirmar reiteradas vezes que a consolidação de uma tese jurídica não pode se distanciar da realidade da vida, pois é no olhar das concretas circunstâncias fáticas trazidas aos autos por meio das provas que se forma o convencimento do julgador. Somente por meio desse material – e não antes, como se fosse uma presunção absoluta – deve ser extraída a consequência jurídica adequada, que resolva, com justiça,

a demanda judicial³⁰⁸.

Em resumo, dentro da complexidade que se manifesta a medicina, ao Poder Judiciário se reserva a difícil tarefa de garantir respostas à comunidade médica, ao passo que aprecia uma invocada lesão ou ameaça ao direito do paciente. Respostas que, ao mesmo tempo, não são verdades absolutas para a classe médica, já que são fornecidas pela avaliação casuística no decorrer do devido processo legal.

Como ressaltado pela nobre Ministra Nancy Andrighi em seu voto: “a consolidação de uma tese jurídica não pode se distanciar da realidade da vida, pois é no olhar das concretas circunstâncias fáticas trazidas aos autos por meio das provas que se forma o convencimento do julgador”³⁰⁹.

Nesse aspecto, a medicina talvez seja uma das atividades mais vulneráveis e mais difíceis de se exercer sob o ponto de vista legal, podendo-se dizer que o seu exercício estaria seriamente ameaçado pelo risco dos pleitos demandados pelos pacientes³¹⁰.

O contraponto jurídico recai sobre um fator preponderante, qual seja: em que medida a dignidade do paciente na relação com o médico prevalece sobre a própria natureza abstrata do ser humano.

Se de um lado, busca-se preservar os direitos e as garantias fundamentais do paciente, em especial à sua integridade e autodeterminação, de outro, tem-se por finalidade preservar e prolongar a vida do doente a todo custo, enquanto propósito da arte médica e desígnio do profissional da saúde.

Sobre o tema, França ressaltava que a primeira coisa a ser considerada quando se refere ao direito à integridade biológica, é que as intervenções médicas ocorrem sobre o homem e que elas podem afetar não apenas seu corpo, mas sua dignidade. Não se trata, pois, de uma simples questão moral ou de uma opinião

³⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.771.308/PR**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/02/2019, DJe 22/02/2019.

³⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1771308/PR**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/02/2019, DJe 22/02/2019.

³¹⁰ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**, p. 238.

política, senão da preservação do próprio ser humano, no seu contexto mais amplo³¹¹.

De outro lado, Kfoury pergunta sobre como saber se a morte ou a invalidez decorreram de um erro médico ou da própria natureza humana? Ao argumento de que seria um absurdo atribuir ao conjunto dos profissionais da medicina a responsabilidade por quaisquer danos, pois são exatamente esses profissionais que, em conjunto, mitigam as dores das pessoas³¹².

Prossegue o autor, ao aduzir que a dor, a doença, a morte, as alterações da saúde não constituem, em princípio, um risco que nasça da atividade médica, mas algo ínsito ao ser humano, de forma que cada médico em particular e o conjunto deles, em todo o mundo, busca aliviar esse sofrimento, remediar a enfermidade e restaurar a saúde³¹³.

Não se pode fechar os olhos para o fato de que cada doente traz consigo um risco, derivado da sua patologia – e não é o médico quem o provoca. Neste contexto, dar cobertura a todo risco de doença ou morte, em atividade médica, corresponderia a obrigar o médico a dar a saúde ao doente, a prolongar a vida, ultrapassando as potencialidades do médico enquanto homem, para transformá-lo num Deus³¹⁴.

Angotti Neto adverte, portanto, que se deve tomar muito cuidado ao usar o termo erro ou falha na atividade médica, pois a medicina não oferece saúde, mas um serviço junto à arte clínica em prol do paciente com o intuito de buscar a saúde, e nessa busca não há certeza de sucesso, apenas a probabilidade de sucesso³¹⁵.

Cada paciente é um indivíduo único e especial, que pode responder à determinada terapia de forma bem diferente dos demais. O sucesso obtido em um

³¹¹ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 03.

³¹² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 52.

³¹³ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 52.

³¹⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 52.

³¹⁵ ANGOTTI NETO, Hélio. **Arte médica: de Hipócrates a Cristo**. Brasília: Academia Monergista, 2018, p. 110.

protocolo de pesquisa ou em um caso de outro paciente talvez não seja reprodutível, razão pela qual o médico jamais pode promover resultados ou saúde, e o paciente prudente sabe que isso faz parte da realidade incontornável de ser humano³¹⁶.

Como visto, então, decorre a importância de se analisar e entender as decisões dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça Estaduais, na busca por se traçar um paralelo entre o cumprimento do dever informacional e a responsabilização civil pela falta ou deficiência da informação na relação médico-paciente, para que, em não sendo possível eliminar o risco da atividade, ao menos diminuí-lo e compreende-lo.

4.2.1 Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 1.540.580-DF

Em 02 de agosto de 2018, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou o Recurso Especial nº 1.540.580/DF³¹⁷, proveniente de decisão do Tribunal de Justiça Distrito Federal, acerca da responsabilidade civil do médico pela deficiência da informação transmitida ao paciente no pré-operatório para procedimento neurocirúrgico, conforme ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO.

1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação.

3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens

³¹⁶ ANGOTTI NETO, Hélio. **Arte médica: de Hipócrates a Cristo**, p. 110.

³¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.540.580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.

4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado.

6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.

7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes.

9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º).

10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação.

Ao analisar o recurso, a Corte reformou as decisões desfavoráveis de primeiro e segundo grau de jurisdição e julgou procedentes os pedidos de danos materiais e morais formulados por um paciente e seus familiares que questionaram a atuação de médico especialista que, embora tenha sugerido procedimento neurocirúrgico de talamotomia e subtalamotomia, acabou por realizar procedimento

denominado DBSD (*deep brain stimulation on the right side of the body*), enquanto sendo uma exploração profunda à direita do campo de forel.

Alegaram os Autores falha na prestação do serviço, pois, além de o procedimento adotado ter agravado os riscos cirúrgicos, houve descumprimento do dever informacional pelo médico, por falta de esclarecimentos sobre a potencial gravidade dos efeitos adversos da cirurgia que fora realizada, diferente daquela anunciada no momento da consulta.

Em resumo, o paciente foi se consultar com o profissional porque apresentava tremor no braço direito e incapacidade total da mão direita (mão em garra), em decorrência de traumatismo-craniano encefálico resultante de acidente automobilístico ocorrido anos antes, postulando, dessa forma, uma melhora na sua qualidade de vida. Ocorre que, após a intervenção cirúrgica o paciente evoluiu com uma complicação, ficando incapaz de deambular.

A ação então tomou como fundamento, principalmente, a alegação de falha na informação e no aconselhamento pré-contratual por parte do profissional sobre a potencial gravidade dos efeitos adversos da cirurgia, aliada a ausência de consentimento quanto à realização da intervenção cirúrgica eleita.

Como razão de decidir pelo provimento recursal, o STJ entendeu que “a informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico”³¹⁸ e que “o dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil *per se*”³¹⁹.

No caso, ainda ressaltou a Corte, que a indenização foi devida pela

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.540.580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

³¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.540.580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

privação que sofreu o paciente em sua autodeterminação, por lhe foi retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento³²⁰.

O que merece atenção, é o fato de que no curso da ação não ficou demonstrado que o profissional tenha incorrido em erro médico no tratamento empregado, mas sim que adotou as técnicas e práticas adequadas à intervenção cirúrgica realizada.

Nesse ponto, o STJ ponderou que embora não possa ser atribuído à falha técnica do médico, o dano poderia ter sido evitado diante da informação sobre o risco de sua ocorrência, que permitiria que o paciente não se submetesse ao procedimento, sendo que “o dano indenizável é, na verdade, a violação da autodeterminação do paciente que não pôde escolher livremente submeter-se ou não ao risco previsível”³²¹.

Tamanha a importância da informação, tal situação revela que a responsabilização civil do profissional decorreu do inadimplemento contratual, fruto do não cumprimento do seu dever de informar, obrigação que lhe competia; e não de um erro médico propriamente dito.

Aliado a isso, a Corte também entendeu que só “haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica”³²² e, da mesma forma, “para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*, do inglês), necessitando ser claramente individualizado”³²³.

³²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.540.580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

³²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.540.580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

³²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.540.580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.540.580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

Do trecho acima do julgamento, extrai-se que o consentimento também deve ser “específico” levar em conta os aspectos subjetivos e individualizados de cada paciente, permitindo que a informação seja modulada e moldada em cada caso específico, como capacidade civil e compreensiva, idade, sexo, grau de escolaridade, nível socioeconômico e profissional, regionalização da língua, nacionalidade, etc.

Por fim, ressaltou a Corte de Justiça que “o ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital” ³²⁴, sempre orientado pelo princípio da colaboração processual, onde cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos. Daí decorre a principal importância de não só informar, mas também documentar e validar as informações prestadas.

Outrossim, dada a importância e relevância do recurso analisado, seu julgamento resultou na publicação do Informativo de Jurisprudência nº 632 do Superior Tribunal de Justiça³²⁵, com o tema “Responsabilidade civil do médico. Inadimplemento do dever de informação. Especialização da informação e de consentimento específico. Necessidade. Ofensa ao direito à autodeterminação. Dano extrapatrimonial. Configuração”:

Informativo nº 0632

Publicação: 28 de setembro de 2018.

Processo: REsp 1.540.580-DF, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Rel. Acórd. Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018
Ramo do Direito: DIREITO CIVIL, DIREITO DO CONSUMIDOR

Tema: Responsabilidade civil do médico. Inadimplemento do dever de informação. Especialização da informação e de consentimento específico. Necessidade. Ofensa ao direito à autodeterminação. Dano extrapatrimonial. Configuração.

Destaque: A inobservância do dever de informar e de obter o consentimento informado do paciente viola o direito à autodeterminação e caracteriza responsabilidade extracontratual.

Informações do Inteiro Teor: A controvérsia consiste em definir a

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.540.580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

³²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência 2018**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2018.pdf. Acesso em: 20 de julho de 2019.

responsabilidade civil decorrente da inobservância do dever de informação (falta ou deficiência) acerca de procedimento cirúrgico implementado em tratamento neurocirúrgico, que compromete o denominado consentimento informado - manifestação do direito fundamental de autodeterminação do paciente. Registre-se que, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que imponha o consentimento escrito do paciente, expresso em documento assinado. Diante da inexistência de legislação específica para regulamentação do dever de informação e do direito ao consentimento livre e informado na relação médico-paciente, o Código de Defesa do Consumidor é o diploma que reúne as regras capazes de proteger o sujeito em estado de vulnerabilidade e hipossuficiência, a partir de uma visão da relação contratual, com prevalência do interesse social. Nesse sentido, consoante dispõe o art. 6º, III, do CDC, caracterizada a relação de consumo, o dever de informar pode assumir caráter de direito básico, principal, denominado pela doutrina como dever instrumental, de conduta, dever de proteção ou deveres de tutela. Além disso, no âmbito do direito do consumidor, serão indenizados os danos causados por produto ou serviço defeituoso. A ausência do consentimento informado será considerada defeito tendo em vista a "falta ou insuficiência de instruções sobre a correta utilização do produto ou serviço, bem como sobre riscos por ele ensejados". A falta de segurança pode decorrer da falta de informação da periculosidade de serviço que o consumidor não tenha sido advertido dos riscos a serem suportados. Nesse rumo de ideias, de extrema importância esclarecer que o dano indenizável, não é o dano físico, a piora nas condições físicas ou neurológicas do paciente. Todavia, este dano, embora não possa ser atribuído à falha técnica do médico, poderia ter sido evitado diante da informação sobre o risco de sua ocorrência, que permitiria que o paciente não se submetesse ao procedimento. O dano indenizável é, na verdade, a violação da autodeterminação do paciente que não pôde escolher livremente submeter-se ou não ao risco previsível. Deste modo, pelos critérios tradicionais dos regimes de responsabilidade civil, a violação dos deveres informativos dos médicos seria caracterizada como responsabilidade extracontratual.

O citado informativo reforça a tese de que o dano indenizável pelo descumprimento do dever informacional não é o dano físico do paciente, mas o dano extrapatrimonial, decorrente da privação informacional a que foi exposto, em razão da postura adotada pelo médico.

4.2.2 Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Apelação Cível nº 0014086-60.2010.8.24.0008

Em recente julgamento, proferido em 22 de janeiro de 2019, a Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina analisou o Recurso de

Apelação Cível nº 0014086-60.2010.8.24.0008³²⁶, proveniente de decisão da Comarca de Blumenau, acerca da responsabilidade civil do médico pela falta da informação ao paciente sobre as possíveis intercorrências de procedimento dermatológico, conforme ementa abaixo:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. TRATAMENTO DERMATOLÓGICO. APLICAÇÃO DE LASER. REMOÇÃO DE MANCHAS NA PELE DA FACE. PARCIAL PROCEDÊNCIA À ORIGEM.

AGRAVO RETIDO DA RÉ. RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL MÉDICO DERMATOLOGISTA. TRATAMENTO DE CUNHO ESTÉTICO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DESPROVIMENTO.

APELO DA DEMANDADA. TRATAMENTO DE CUNHO EMINENTEMENTE ESTÉTICO. OBRIGAÇÃO DE FIM. SURGIMENTO DE CICATRIZ NA FACE QUE PREJUDICA A APARÊNCIA. DEVER DE INFORMAÇÃO NÃO OBSERVADO PELA PROFISSIONAL. INTERCORRÊNCIAS POSSÍVEIS NÃO INFORMADAS À PACIENTE. DANO ESTÉTICO COMPROVADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. MINORAÇÃO IMPERATIVA.

Inegável, pois, a presença de prejuízo de ordem estética in casu, mormente em razão de que os danos atingiram o rosto da vitimada, de maneira a causar-lhe sentimento de inferioridade e certamente lhe constranger em sua autoestima.

DANO MATERIAL. RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO. SURGIMENTO DE CICATRIZ NA REGIÃO FACIAL. DEVOLUÇÃO DA QUANTIA DESPENDIDA COM O PROCEDIMENTO. MANUTENÇÃO.

Uma vez evidente que o tratamento estético, além de não trazer o resultado esperado, ocasionou uma cicatriz atrófica na região facial, mostra-se devida a devolução do valor despendido com o referido procedimento.

RECURSO DA AUTORA. PRETENDIDA INDENIZAÇÃO ANÍMICA. ABALO MORAL DECORRENTE DO PRÓPRIO DANO ESTÉTICO (CICATRIZ NA FACE). PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO NA ESPÉCIE.

"É possível a cumulação da indenização por dano moral e por dano estético originários do mesmo fato, porém, a título diverso, ou seja, quando os bens jurídicos protegidos são distintos". (TJSC, AC n. 0015150-59.2003.8.24.0038, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 2-10-2018).

AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DA AUTORA DESPROVIDO.

³²⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0014086-60.2010.8.24.0008**, de Blumenau, relator Desembargador Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado 22-01-2019.

Ao analisar o recurso, o TJSC confirmou, em parte, a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição, que entendeu como certa a responsabilização civil do médico pela falta da informação ao paciente sobre os possíveis desdobramentos de procedimento estético-dermatológico.

Na hipótese dos autos, a Autora procurou o médico para tratar de pequenas manchas na face ocasionadas pela exposição solar e, por ocasião da consulta, o profissional orientou a realização de tratamento dermatológico consistente em duas sessões com aplicação do laser Quantum SR560 (luz pulsada), a fim de remover as manchas na pele. Em razão do procedimento adotado, a Autora sofreu uma queimadura na pele da face, mais especificamente na região do buço, e que resultou em uma cicatriz permanente³²⁷.

Em sua defesa, o médico alegou que o aparecimento da cicatriz ocorreu por culpa exclusiva do paciente, ao remover a crosta de pele na região lesionada - efeito próprio do tratamento a laser³²⁸.

Porém, em sua fundamentação, o desembargador relator ponderou que, em que pese imprevisível a intercorrência surgida na paciente - seja em razão de queimadura causada pelo uso inadequado do laser; pela retirada prematura das crostas; ou, ainda, por causa infecciosa desenvolvida após a sua aplicação -, incumbia ao profissional prestar os devidos esclarecimentos e informações acerca de todos os possíveis riscos a que a paciente estava se submetendo³²⁹.

Em análise, o relator também analisou que ao médico incumbia o ônus da prova, e que, à vista disso, não comprovou minimamente que tenha informado o paciente, de modo claro e adequado, sobre todas as intercorrências inerentes ao tratamento. Igualmente, que o profissional não logrou êxito em demonstrar que os

³²⁷ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0014086-60.2010.8.24.0008**, de Blumenau, relator Desembargador Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado em 22/01/2019.

³²⁸ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0014086-60.2010.8.24.0008**, de Blumenau, relator Desembargador Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado em 22/01/2019.

³²⁹ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0014086-60.2010.8.24.0008**, de Blumenau, relator Desembargador Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado em 22/01/2019.

efeitos da intervenção foram provocados por evento completamente alheio a sua atuação (arrancamento prematuro das crostas pela autora e/ou desenvolvimento de infecção), ou qualquer outra circunstância superveniente que, em tese, poderia afastar a sua responsabilidade³³⁰.

4.2.3 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Apelação Cível nº 0194646-44.2016.8.21.7000

No ano de 2016, a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisou o Recurso de Apelação Cível nº 70069844520³³¹, proveniente de decisão da Comarca de São Jerônimo, acerca da responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever informacional, estampado na falta de esclarecimentos sobre a falibilidade de método contraceptivo de laqueadura tubária bilateral (ligadura de trompas), conforme ementa abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. SOLIDARIEDADE. LAQUEADURA TUBÁRIA. FALTA DE ESCLARECIMENTOS SOBRE A FALIBILIDADE DO MÉTODO CONTRACEPTIVO. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. GRAVIDEZ ECTÓPICA DE RISCO. RETIRADA DA TROMPA E DO FETO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANOS MORAIS.

O dever de informação é consectário lógico da boa-fé objetiva, e seu descumprimento, por si só, configura negligência, apta a gerar a obrigação de indenizar do médico, com base no art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Uma vez comprovada a culpa do médico que faz parte do corpo clínico do hospital, este responde solidariamente ao profissional. Pela Teoria da Carga Dinâmica da Prova, a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la.

Ausente demonstração, no caso, de que o médico, ao realizar laqueadura tubária bilateral, tenha esclarecido à paciente sobre a falibilidade - ainda que mínima - do procedimento.

Doutrina de Miguel Kfoury Neto: "A possibilidade de recanalização espontânea ou de gravidez extratubária, embora estatisticamente pequena, é real e independe da atuação do profissional. Por isso, incumbe ao médico provar que esclareceu tais circunstâncias ao paciente, orientou-se sobre os cuidados pós-operatórios (manutenção, durante certo tempo, das cautelas contraceptivas)".

Há nexos causal entre a omissão e os danos, pois se soubesse que a

³³⁰ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0014086-60.2010.8.24.0008**, de Blumenau, relator Desembargador Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado em 22/01/2019.

³³¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0194646-44.2016.8.21.7000**, de São Jerônimo, relator Desembargador Túlio de Oliveira Martins, Décima Câmara Cível, julgado em 01/09/2016.

esterilidade não estava 100% garantida, a apelante poderia ter tomado outros cuidados a fim de evitar a gravidez indesejada. Danos morais causados pela dor experimentada pela paciente, que teve uma gravidez ectópica, a qual resultou na retirada da trompa e do feto, bem como por seu marido, em razão da perda do filho. Quantificação do valor indenizatório, considerando a probabilidade de o evento danoso não ter ocorrido, acaso fornecida a informação faltante. Método de arbitramento semelhante aos casos de perda de uma chance. Indenização fixada em R\$6.000,00 (seis mil reais) para a autora e em R\$4.000,00 (quatro mil reais) para o autor. Honorários fixados em 10% sobre a condenação. APELAÇÃO PROVIDA.

Ao analisar o recurso, o TJRS reformou a sentença de improcedência proferida em primeiro grau de jurisdição, oportunidade em que entendeu pela responsabilização civil do médico em decorrência do descumprimento do seu dever informacional.

A demanda fora ajuizada por um casal, que imputaram ao médico a falha da informação sobre a efetividade da esterilidade na realização de laqueadura tubária, haja vista que, passados 05 (cinco) anos da realização do procedimento, a esposa fora surpreendida com a notícia de gravidez ectópica na trompa direita, sendo necessária a retirada da trompa direita e do feto, o que desencadeou abalos físicos e emocionais.

Em sua defesa, o profissional afirmou que a laqueadura é um método irreversível, mas não isento de falhas, e referiu que mesmo sem a laqueadura poderia ter ocorrido uma gravidez ectópica.

Julgada improcedente a demanda, os autos então subiram ao Tribunal de Justiça do Estado, mediante a interposição de Recurso de Apelação Cível. Em seu voto, o desembargador relator ressaltou que “as informações sobre os riscos de uma operação antecedem ao consentimento, justamente para que o paciente, ponderando sobre os benefícios e malefícios do procedimento, possa optar entre realizá-lo ou não” ³³² e que “o dever de informação é consectário lógico da boa-fé objetiva, e seu descumprimento, por si só, configura negligência médica, apta a

³³² Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0194646-44.2016.8.21.7000**, de São Jerônimo, relator Desembargador Túlio de Oliveira Martins, Décima Câmara Cível, julgado em 01/09/2016.

gerar a obrigação de indenizar pessoal do profissional”³³³.

Ponderou que, o fato de haver ou não autorização para a realização do procedimento cirúrgico não isenta o médico em repassar as informações ao paciente, ao argumento de que, no caso, ciente a esposa da falibilidade do procedimento, poderia ter diminuído os riscos da gravidez indesejada ao adotar outros métodos contraceptivos ou realizar exames periódicos para controlar a eficácia da laqueadura.

Na hipótese, ainda, o relator fez questão em afastar a tese de erro médico, ao se referir que, com razão, que falibilidade do método contraceptivo não pode ser atribuída ao profissional, pois é sabido, que existem chances, ainda que mínimas - de 1% a 2% dos casos -, de haver a recanalização da trompa pelo próprio organismo.

Sendo assim, a causa de pedir não condiz com um erro médico cometido durante a intervenção, mas sim de que houve violação ao dever de informação, pois quando da cirurgia os Autores eram desconhecedores desta possibilidade de reversão natural do procedimento.

Por fim, quanto ao ônus da prova do descumprimento do dever de informação, entendeu o relator que está incumbida aos fornecedores do serviço (médico e hospital), por ser quem detêm as melhores condições de arcar com o encargo, sob o manto da Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova; “exigir-se da parte autora prova de um *fato negativo*, isto é, de que não foi comunicada sobre os índices de falibilidade da laqueadura tubária, seria obrigá-la a fazer prova impossível”³³⁴.

³³³ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0194646-44.2016.8.21.7000**, de São Jerônimo, relator Desembargador Túlio de Oliveira Martins, Décima Câmara Cível, julgado em 01/09/2016.

³³⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0194646-44.2016.8.21.7000**, de São Jerônimo, relator Desembargador Túlio de Oliveira Martins, Décima Câmara Cível, julgado em 01/09/2016.

4.2.4 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Apelação Cível nº 3068644-10.2000.8.13.0000

Já nos anos 2000, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais analisou o Recurso de Apelação Cível nº 3068644-10.2000.8.13.0000³³⁵, proveniente de decisão da Capital Belo Horizonte, acerca da responsabilidade civil do médico pela deficiência da informação transmitida ao paciente no pré-operatório de cirurgia plástica de mamoplastia:

INDENIZAÇÃO - CIRURGIA PLÁSTICA - MAMAPLASTIA - ART. 159, CC - CULPA - NEGLIGÊNCIA - LESÃO ESTÉTICA - DANOS MORAIS - LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS - DEVIDA COMPOSIÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DA LESÃO ESTÉTICA.

Em se tratando de cirurgia plástica, ainda que parcialmente reparadora, os deveres de informação e vigilância devem ser rigorosamente observados pelo cirurgião, pois, aceitando o encargo de submeter a paciente à mamoplastia, incumbia-lhe prestar-lhe todas as informações acerca da técnica médico-cirúrgica a ser empregada; o tipo (formato) e as dimensões das cicatrizes; os reais limites, tanto da parte do cirurgião, quanto do próprio organismo da autora; os riscos da cirurgia (especialmente em se tratando de paciente obesa); as probabilidades de complicações no pós-operatório.

O profissional ciente de seu ofício, de suas responsabilidades e de suas limitações, não pode se esquecer desse seu dever de informação ao paciente, pois não lhe é permitido criar perspectivas que, de antemão, ele sabe serem inatingíveis ou incertas. Não tem o cirurgião plástico o direito de provocar expectativas no paciente que ele sabe não serão preenchidas. Se o médico não tiver condição de assegurar ao paciente de uma cirurgia estética, embora ao mesmo tempo reparadora, o resultado almejado, deverá abster-se de realizar o ato cirúrgico.

Nosso direito admite a composição de danos materiais e morais. Não existe o "dano estético" como um tertium genus, pois seu conceito está contido nessas duas espécies de danos admitidas em nosso ordenamento jurídico, com ou sem reflexo de ordem econômica (materiais e morais, respectivamente). A lesão estética, sim, esta poderá acarretar tanto danos materiais como danos morais, que podem ser pedidos cumulativamente, na forma da Súmula n. 37, do STJ.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

Ao analisar o recurso, o TJMG reformou a sentença de improcedência

³³⁵ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 3068644-10.2000.8.13.0000**, de Belo Horizonte, relator Desembargador Paulo César Dias, Quarta Câmara Civil, julgamento em 28/06/2000.

proferida em primeiro grau de jurisdição, para julgar parcialmente procedente a ação, sob o fundamento de que o médico incorreu em responsabilidade civil, pois deixou de informar o paciente acerca da técnica médica a ser empregada.

A Autora procurou o cirurgião plástico, no intuito de reduzir o volume das mamas e, conseqüentemente, diminuir os incômodos que lhe causavam seu peso e melhorar também a sua aparência física. A Autora foi diagnosticada como portadora de gigantomastia bilateral e submetida a mamoplastia redutora.

Ocorre que, por complicações no pós-operatório, acabou por perder o complexo aréolo mamilar direito, que está substituído por tecido cicatricial hipercrômico em torno da área correspondente ao mamilo. Fora isso, restaram-lhe enormes cicatrizes alargadas em alguns pontos, com deformidade aparente à observação macroscópica de suas mamas.

Diante do ocorrido a paciente então ajuizou ação correspondente ação indenizatória, visando a reparação pelos danos morais e estéticos sofridos.

No Tribunal de Justiça do Estado, o Desembargador relator entendeu que houve desídia do profissional quanto ao exato cumprimento do seu dever informacional. Para o Desembargador, ao aceitar o encargo de submeter a Autora à procedimento de mamoplastia, “incumbia ao cirurgião plástico prestar-lhe todas as informações acerca da técnica médica a ser empregada; o tipo (formato) e as dimensões das cicatrizes; os reais limites, tanto da parte do cirurgião, quanto do próprio organismo da autora; os riscos da cirurgia (especialmente em se tratando de paciente obesa); as probabilidades de complicações no pós-operatório, etc.”³³⁶.

E que, ciente o profissional ciente de seu ofício, de suas responsabilidades e de suas limitações, não pode se esquecer desse seu dever de informação ao paciente, pois, não lhe é permitido, criar perspectivas que, de antemão, ele sabe serem inatingíveis ou incertas. Não tem o cirurgião plástico o

³³⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 3068644-10.2000.8.13.0000**, de Belo Horizonte, relator Desembargador Paulo César Dias, Quarta Câmara Civil, julgamento em 28/06/2000.

direito de provocar expectativas no paciente que ele sabe não serão preenchidas³³⁷.

Para o relator, também incumbia ao médico o ônus em provar que se desincumbiu do seu dever de bem informar sua paciente acerca de todos esses riscos e possibilidades do tratamento. O que não o fez satisfatoriamente, já que, com exceção de uma autorização impressa firmada pela Autora - pessoa humilde e de poucas letras - na qual consta que ela tomou ciência durante a consulta dos cuidados que devia tomar no pós-operatório, comprometendo-se a respeitar as disposições gerais da clínica, assumindo suas responsabilidades e ônus, nenhuma outra prova objetiva foi produzida para esclarecer que a paciente estava, de fato, bem informada acerca de tudo que lhe poderia ocorrer.

À vista do exposto, não é difícil imaginar o descumprimento do dever informacional por parte de médicos de outras especialidades que não levam em conta as reações adversas do tratamento ministrado.

Como visto, pode-se citar o dermatologista que, ao aplicar laser para a remoção de manchas, não informa o paciente sobre o risco, ainda que remoto, de queimadura e cicatriz na pele; do urologista e obstetra que omite do paciente a possibilidade, ainda que diminuta, da gravidez, após procedimento de vasectomia e laqueadura; do clínico que ministra fármaco ao paciente, sem considerar eventuais reações alérgicas; do neurocirurgião que não informa o paciente sobre os desdobramentos de uma cirurgia cerebral, já que a mínima manipulação no encéfalo pode causar danos permanentes; do oftalmologista que ignora, em desfavor do paciente, o resultado adverso da cegueira, após a recomendação de procedimento cirúrgico ou clínico; etc.

Sendo assim, a falta ou deficiência do dever informacional por parte do médico não resulta em um ato de imperícia, imprudência e/ou negligência, fundamentos do erro médico, mas, ao contrário, no não cumprimento de um direito fundamental do paciente, que acarreta em quebra do princípio da confiança e da boa-fé objetiva.

³³⁷ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 3068644-10.2000.8.13.0000**, de Belo Horizonte, relator Desembargador Paulo César Dias, Quarta Câmara Civil, julgamento em 28/06/2000.

Em suma, pode-se falar em má prática médica, mas não em erro. Mal prática esta que é possível de ser repreendida civil e administrativamente, haja vista que o principal objetivo da transferência da informação da esfera de conhecimento do médico para a do paciente é justamente garantir o direito do último à autodeterminação e ao consentimento informado.

4.2.5 Princípio da boa-fé contratual (confiança, lealdade e cooperação)

A partir da vigência do Código Civil de 2002, restaram superadas todas as discussões sobre a imprescindibilidade da observância dos princípios éticos e morais na formação, execução e conclusão dos negócios jurídicos celebrados entre partes contratantes.

No campo da teoria geral dos contratos, seus dois inexpugnáveis pilares de sustentação revelam-se pelos princípios da função social e da boa-fé, insculpidos nos artigos 421 e 422 do Código Civil³³⁸, traduzindo o necessário temperamento dos valores clássicos da autonomia da vontade e da força obrigatória³³⁹:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 881, de 2019).

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019).

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Igualmente, o Código de Defesa do Consumidor se refere em duas passagens à boa-fé. Primeiramente, no art. 4º, III, como princípio para a interpretação teleológica e, posteriormente, no art. 51, IV, como cláusula geral:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem

³³⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 de junho de 2019.

³³⁹ SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao novo Código Civil.** São Paulo: Forense, 2004, p. XII.

como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...];

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...].

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...];
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...].

Tais imperativos legais evidenciam, por si só, que a liberdade de contratar não é absoluta, pois encontra limites nos princípios da função social e da boa-fé.

Referidas normas, além de compelir os contratantes a seguirem os ditames dos princípios da função social e da boa-fé, também exigem que os juízes, na interpretação das relações obrigacionais, observem se houve ou não respeito à função social e cumprimento à boa-fé pelas partes litigantes, uma vez que esta base principiológica está ligada não só à interpretação dos contratos, mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas.

Em não sendo observado esses princípios pelas partes contratantes, cabe ao Poder Judiciário combater a má-fé contratual, mediante a aplicação de sanção, correspondente, em determinados casos, as indenizações por danos morais que dela possam surgir. Sendo assim, o caráter pedagógico do dano moral age com um inibidor das condutas não condizentes com a boa-fé contratual. Não há, na verdade, uma compensação ao sofrimento, mas um castigo à parte que não respeita a honra da outra.

Mais especificamente, no que concerne à aplicação da cláusula geral inserida no artigo 422 do Código Civil, impõe-se que as partes contratantes respeitem a probidade e a boa-fé; a primeira estampada em no dever anexo de agir com honestidade, e a segunda fundada no dever anexo de observância à confiança, lealdade e cooperação. Deveres anexos, ressalta-se, que não necessitam de previsão expressa no instrumento negocial, por serem inerentes a todo negócio

jurídico.

A norma inserida no art. 422 do Código Civil exige, inclusive, que as partes mantenham tal postura na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual. Aprofundando, tem-se que a boa-fé pode ser subjetiva ou objetiva. A boa-fé subjetiva consiste em crenças e convicções internas do sujeito sob a pessoa do outro, seus conhecimentos e desconhecimentos, enquanto que a boa-fé objetiva são fatos sólidos na conduta das partes, que devem agir com confiança, lealdade e cooperação.

A ação de confiar é da essência das relações humanas e remete à postura de acreditar, esperar, ter esperança e dar crédito³⁴⁰. A confiança consiste no depósito de expectativas e credibilidade pelo paciente na pessoa do médico³⁴¹.

No campo da relação jurídica firmada entre médico-paciente não é diferente. Como visto, as decisões judiciais que penalizam os médicos pelo descumprimento do seu dever informacional, remetem, a todo momento, à não observância da boa-fé objetiva pelos profissionais da área.

Para Bergstein³⁴², a relação médico-paciente é permeada pela confiança, cuja compreensão está vinculada às legítimas e razoáveis expectativas dos sujeitos de direito que a compõem.

De outro lado, no que diz respeito à boa-fé objetiva, Bergstein³⁴³ ensina que este princípio é a conduta ou comportamento baseado na lealdade e na expectativa de que os interesses sejam reciprocamente respeitados para o alcance do bem comum – a saúde do paciente, no intuito de resguardar expectativas legitimamente criadas³⁴⁴. E prossegue, ao argumento de que os deveres de lealdade e cooperação devem nortear todas as relações jurídicas, pois aguçam e ampliam ainda mais o dever de informar na relação médico-paciente.

³⁴⁰ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 63.

³⁴¹ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 64.

³⁴² BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 19.

³⁴³ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 19.

³⁴⁴ BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**, p. 99.

Em seu voto proferido no Recurso Especial nº 595.631/SC, a Ministra Nancy Andrighi discorreu que “o dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa”³⁴⁵.

Neste mesmo sentido, o advogado Rafael Nichele³⁴⁶ esclarece que o descumprimento do dever de informar, aconselhar, assistir, cuidar, tanto pelos médicos quanto pelos hospitais, resulta no inadimplemento do contrato médico-hospitalar, pois estes constituem verdadeiros deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, sendo seu inadimplemento caracterizado pela sua simples inobservância, ainda que o dano causado não possa ser imputado por má prática médica.

Para a professora Judith Martins-Costa³⁴⁷, o dano então gerado pelo descumprimento dos deveres informativos no momento prévio do serviço médico, viria a gerar uma espécie do gênero responsabilidade extracontratual, que é a responsabilidade pré-negocial, caracterizada pelo momento da produção do dano e pela especialidade do dever violado (infração danosa e imputável a deveres de proteção pré-negociais). Haveria, aqui, uma especificação do dever geral de a ninguém lesar por conta da incidência da boa-fé, que implica o dever de evitar danos àquele com quem se pretende contratar.

Verificada, portanto, a falta ou deficiência do dever informacional estará configurada a quebra do princípio da boa-fé objetiva por parte do profissional, podendo o médico ter como desdobramentos da sua conduta a responsabilização civil e/ou administrativa pelo descumprimento da obrigação que lhe assiste e, em consequência, vir a ser condenado a reparar perdas e danos sofridos pelo paciente e/ou sofrer sanções ético-disciplinares pelo Conselho Regional de Medicina

³⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 595.631/SC**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004.

³⁴⁶ NICHELE, Rafael. **A responsabilidade civil dos hospitais e o defeito na prestação dos serviços médicos**. Revista da Ajuris. Porto Alegre, v. 30, n. 91, p. 194, set. 2003.

³⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar**: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. RT, Ano 97, v. 867, p. 26, jan. 2008.

competente.

4.3 ÔNUS DA PROVA QUANTO AO CUMPRIMENTO DO DEVER INFORMACIONAL

O deficiente adimplemento da obrigação de se obter, junto ao paciente, o seu consentimento há que se resultar satisfatoriamente provado³⁴⁸. Em juízo, a dinâmica distribuição dessa prova leva em conta, não só a natureza consumerista da relação jurídica médico-paciente, mas também qual dessas partes contratantes tem maior facilidade em obtê-la e produzi-la.

Com visto, no julgamento do Recurso Especial nº 1.540.5840/DF pelo STJ, ficou decidido que “o ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos”³⁴⁹.

Igualmente, tal entendimento também fora firmado pelo STJ no julgamento dos Recursos de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 969.015/SC e no Recurso Especial nº 696.284/RJ, conforme ementas abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. (...) 2. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes deste Tribunal. (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag nº 969.015/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011).

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL – DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2)

³⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 57.

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1540580/DF**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

HOSPITAL – RESPONSABILIDADE – CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO – ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido. (REsp 696.284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 18/12/2009).

Com efeito, a doutrina também já se debruçou e conclui que é do médico o ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de esclarecer e obter o consentimento informado do paciente. Assim, qualquer dúvida remanescente a partir dos elementos probatórios juntados aos autos se resolve em favor do paciente, entendendo-se que o médico não lhe deu as informações necessárias³⁵⁰.

Cavaliere Filho revela que o “ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou hospital”³⁵¹.

À vista do exposto, a orientação dominante, nos dias de hoje, é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas; por outro lado, apela-se ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

Porém, analisado o desdobramento do não cumprimento do dever informacional do médico na sua relação jurídica com o paciente e o ônus da prova que, em princípio, é atribuído ao profissional, ainda persiste uma dúvida crucial, qual

³⁵⁰ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 67

³⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 400

seja: de que forma documentar a informação repassada e o consentimento obtido? Daí talvez decorra a principal importância de informar, documentar e validar as informações prestadas.

Certo é que a prova da informação pode ser realizada por todos os meios em direito admitidos. Neste sentido, dispõe o art. 369 do Código de Processo Civil³⁵² que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

4.3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido

Diante desse cenário de incertezas, não se pode menosprezar o termo de consentimento livre e esclarecido, o famoso “TCLE”, que reflete em um importante instrumento na área da saúde de garantia da norma fundamental à informação aos pacientes e de cumprimento ao dever informacional que compete ao médico.

Tendo sido instituído pela Resolução nº 466/2012 do Ministério da Saúde³⁵³, em seu inciso “II.23”, o TCLE vai além de um documento para esclarecimento de pesquisa e, em resumo, é visto como instrumento que cumpre um papel informacional, em sintonia com o direito fundamental à informação, constitucionalmente previsto.

O termo de consentimento livre e esclarecido surgiu como um instrumento autorizador, para a realização de pesquisas científicas, mas com o passar do tempo sua hipótese de cabimento foi ampliada, passando a ser utilizado pelos médicos com um papel mais ativo, voltado para o cumprimento do dever informacional, a fim de informar o paciente sobre procedimentos, riscos, desdobramentos, efeitos, etc., de determinado tratamento clínico ou procedimento cirúrgico.

Ocorre que, as condenações administrativas e judiciais vêm apontando

³⁵² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 de julho de 2019.

³⁵³ BRASIL. Governo Federal. Ministério da Saúde. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html. Acesso em: 04 de janeiro de 2019.

para um completo desvirtuamento do cumprimento do dever informacional pelo médico, como se assinatura do paciente em um termo de consentimento escrito representasse um salvo-conduto ao médico, livrando-o de toda carga de responsabilidade civil decorrente da precariedade no cumprimento do seu Dever de Informação.

No campo da saúde suplementar este argumento ganha maior relevo, já que o TCLE pode vir a configurar um termo de adesão, elaborado unilateralmente médico, sem margem para que o paciente possa interferir em suas cláusulas.

Justamente por isso, Eugênio Facchini Neto e Luciana Gemelli Eick³⁵⁴, alertam ser perigosa a tendência do Consentimento ser reduzido à mera expressão escrita de um contrato firmado por partes desiguais sem que, necessariamente, tenha sido respeitada uma escolha autônoma do paciente:

Ou seja, a existência de um documento escrito, assinado pelo paciente, onde se afirma ter o paciente sido informado, por si só, não representa prova cabal e indiscutível de que o esclarecimento tenha sido dado. Por outro lado, a ausência de documento escrito tampouco significa automaticamente que o esclarecimento não tenha sido dado ao paciente ou que este não tenha concordado com a intervenção. Tanto em um caso como no outro, os elementos probatórios convincentes podem desfazer a presunção que resulta da presença ou não de um documento firmado pelo paciente.

À vista do exposto, tem-se que o TCLE não afasta por completo a responsabilização civil do médico pelo descumprimento do seu dever informacional, até mesmo porque não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma norma que exija que o médico ou hospital recolha o Consentimento escrito do paciente, de modo expreso em um documento assinado.

A experiência do direito comparado revela que os sistemas jurídicos, como regra, não preveem a forma escrita como a única fonte probatória para comprovar tanto a transmissão da informação quanto a outorga do Consentimento. A rigor, sendo o Consentimento um processo gradual, verbal e muitas vezes contínuo,

³⁵⁴ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 59.

é difícil reproduzi-lo integralmente em um documento escrito³⁵⁵.

Porém, ainda sim, cientes de que a informação escrita não substitui a verbal, alguns juristas e doutrinadores (dentre eles Clotet, Kfoury e Bergstein) recomendam que o profissional e a instituição hospitalar tomem essa providência, inclusive relatando-a minuciosamente no prontuário médico, sob pena de ficarem impossibilitados de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo, fato que poderá redundar em consequências gravosas, no âmbito da Responsabilidade Civil. E se alerta para que esses registros sejam feitos no prontuário, preferencialmente e a depender do caso, com testemunhas.

Alguns profissionais, cientes dessa inexatidão, passam a adotar a técnica da gravação do consentimento, com imagem de vídeo e som, e, em alguns casos, delegando o cumprimento desta etapa a terceiros, para que fique caracterizada a imparcialidade das informações repassadas ao paciente. Tudo isso no intuito de documentar, constituir e validar o consentimento.

Seja com ou sem um documento escrito, a conduta do médico deve buscar com rigor o consentimento do paciente.

Diante do cenário normativo existente, que oferece proteção ao direito informacional do paciente, a conduta do médico deve guardar consonância com o ordenamento jurídico e pautar-se pelo dever informacional sempre, ao risco de vir a responder civil e administrativamente.

Esse cenário, preocupante para o médico, deve ser levado em conta, mormente porque a falta de cumprimento do dever informacional vem prevalecendo sobre a alegação de que o profissional, embora não tenha cumprido com o dever de informar, adotou a prática e técnica adequadas.

Seja como for, certo é que apesar das diversidades de pontos de vista, a Medicina continuará como a ciência do maior interesse individual ou coletivo, exigindo-se do profissional, em todas as circunstâncias e em qualquer tempo, a

³⁵⁵ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**, p. 62.

proteção incondicional e a inviolabilidade da pessoa humana, devendo as decisões mais complexas encontrarem apoio na inspiração da nossa consciência, e num passado que, embora distante, vive na alma de todo médico³⁵⁶.

³⁵⁶ DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**, p. 11-12.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início da realização desta pesquisa, considerando seu objetivo geral, qual seja: “analisar a informação na relação médico-paciente e seus reflexos no campo da Responsabilidade Civil do profissional”, foram levantadas as seguintes hipóteses: “a) Nas últimas décadas se verificou uma substituição de paradigma na relação médico-paciente, resultando no perfil de um paciente mais autônomo e livre, e que não se submete mais de forma passiva as decisões tomadas pelo médico, mas sim exigindo informações compartilhadas para a boa preservação da sua autonomia; b) O acesso à informação constitui um direito fundamental do paciente e o seu descumprimento viola sua autonomia, autodeterminação e liberdade, enquanto a transmissão da informação constitui um dever de conduta do médico, de natureza instrumental, cuja contrapartida é o consentimento informado do paciente; c) No campo da saúde suplementar, médico e paciente travam uma relação jurídica contratual e de consumo, sendo que o descumprimento pelo médico do seu Dever de Informação acarreta em inadimplemento; d) A falta ou deficiência da informação, invalida o consentimento do paciente e constitui uma causa autônoma de condenação civil do médico, por si só danosa e passível de gerar indenização, mesmo se verificando que o profissional não incorreu em erro médico na intervenção clínica ou cirúrgica adotada”.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses foram expostos no presente trabalho, dividido em quatro capítulos, dispondo cada um deles, de forma sintetizada, como segue.

O **primeiro capítulo** principiou a analisar a interface da Medicina com o Direito e a conexão que existe entre essas duas ciências, em especial porque hoje, mais do que nunca, o sistema legal é parte integrante de praticamente todos os aspectos do sistema de saúde moderno, desde sua organização até a forma como é financiado e prestado.

Seguidamente, pautou-se em observar a relação existente entre o médico e o paciente, verificando-se que essa interação jurídica se materializa com o ato médico. Na oportunidade, também se ateve à importância existente no

desenvolvimento histórico da relação médico-paciente, em especial pelas características contemporâneas que atingiu, culminando em uma mudança de paradigma no que concerne a posição do enfermo neste cenário complexo, em especial pela verificação de que o profissional se viu obrigado a ceder, pouco a pouco, sua esfera de autonomia em favor do paciente.

Confirmando-se, assim, a **primeira hipótese** levantada nesta pesquisa, qual seja: “a) Nas últimas décadas se verificou uma substituição de paradigma na relação médico-paciente, resultando no perfil de um paciente mais autônomo e livre, e que não se submete mais de forma passiva as decisões tomadas pelo médico, mas sim exigindo informações compartilhadas para a boa preservação da sua autonomia”.

O **segundo capítulo**, a seu tempo, dedicou-se a qualidade e importância da informação não só para o paciente, mas também para o médico. Foi visto que a informação para o paciente se constitui em um direito fundamental, fundamentado na garantia constitucional do acesso à informação, pelo que também encontra previsão em diversos instrumentos normativos infraconstitucionais.

Enquanto direito fundamental ao paciente, o seu não cumprimento ofende o Princípio da Autonomia (autodeterminação ou liberdade) do enfermo, em desrespeito, inclusive, ao seu direito de saber a verdade e à informação clara e adequada.

Ainda, neste capítulo examinou-se que ao passo que a informação constitui um direito fundamental do paciente, também representa um dever anexo de conduta do médico, inclusive porque na evolução histórica da doutrina do Consentimento Informado, chegou-se ao estágio da exigência de o médico validar o consentimento do paciente, enquanto contrapartida do paciente à informação transmitida pelo profissional. A validade do consentimento, mediante a demonstração do cumprimento dos seus requisitos, mostrou-se de suma importância para que o médico possa afastar ou reduzir o risco de sua responsabilização civil, pautada pelo descumprimento do dever informacional.

Neste sentido, confirmou-se a **segunda hipótese** levantada nesta pesquisa, qual seja: “b) O acesso à informação constitui um direito fundamental do paciente e o seu descumprimento viola sua autonomia, autodeterminação e liberdade, enquanto a transmissão da informação constitui um dever de conduta do médico, de natureza instrumental, cuja contrapartida é o consentimento informado do paciente”.

No **terceiro capítulo**, se pôs a analisar a repisada responsabilidade do médico e, principalmente a evolução que sofreu desde os primórdios da sociedade. A responsabilidade, foi visto, é instituto que circunda o profissional no exercício diário da Medicina, não podendo dela se dissociar, ao ponto de se ver obrigado a incorporar o risco desta responsabilidade ao seu conhecimento científico e à precificação dos seus honorários, pois, na prática, vem se imputando uma verdadeira variedade de erros profissionais ligados à figura do médico ou do seu instrumental.

Foi visto que a responsabilidade do médico não surgiu como atualmente é conhecida. Na Antiguidade, a responsabilidade do médico era baseada em punições particulares e brutais impostas ao profissional causador do dano, no sentido de repreender a conduta individual, e inexistia o conceito de culpa *stricto sensu*, vigorando, pois, unicamente a sua responsabilidade objetiva.

Ainda neste capítulo, a manifestação da responsabilidade médica no campo do direito civil e sua natureza jurídica, como sendo uma Responsabilidade Civil contratual, bem como a dualidade existente entre a obrigação de meio e de resultado do profissional, seus deveres de conduta e a categorização do dano sofrido pelo paciente, em que momento é considerado um dano patrimonial e ou extrapatrimonial.

Confirmando-se, desse modo, a **terceira hipótese** levantada na pesquisa, a saber: “c) No campo da saúde suplementar, médico e paciente travam uma relação jurídica contratual e de consumo, sendo que o descumprimento pelo médico do seu Dever de Informação acarreta em inadimplemento”.

No **quarto capítulo**, analisou-se a conexão existente entre o dever informacional do médico e sua responsabilização civil, verificando-se, mediante a consulta de recentes decisões colegiadas dos Tribunais Superiores e de alguns Tribunais de Justiça Estaduais, que a falta ou deficiência no cumprimento do seu dever informacional, acarreta na sua condenação judicial, mesmo quando provado que o profissional adotou a prática e técnica adequada no tratamento empregado.

Por fim, no mesmo capítulo, observou-se que na distribuição dinâmica da prova judicial, o ônus em demonstrar que transmitiu a informação e que, neste sentido, obteve a validade do consentimento do enfermo, é do médico, pelo que se evidenciou a importância deste em documentar a etapa da transmissão da informação e extração do consentimento, no intuito de afastar ou atenuar o risco da condenação judicial.

Além disso, as decisões judiciais revelam que o descumprimento do dever informacional do médico, seja pela falta ou deficiência da informação, ofende a boa-fé contratual, seja ela subjetiva, pautada na ideia da confiança que deve existir entre os contratantes, ou seja ela objetiva, fundada na máxima do respeito a lealdade e cooperação entre as partes.

Nesta linha, confirmou-se a **quarta hipótese** da pesquisa, qual seja: “d) A falta ou deficiência da informação, invalida o consentimento do paciente e constitui uma causa autônoma de condenação civil do médico, por si só danosa e passível de gerar indenização, mesmo se verificando que o profissional não incorreu em erro médico na intervenção clínica ou cirúrgica adotada”.

Portanto, da análise das hipóteses apresentadas, observa-se que o objetivo geral da dissertação foi alcançado, ao se constatar que a informação constitui um elemento de suma importância na relação médico-paciente, enquanto dever anexo de conduta do primeiro e direito fundamental do segundo, de modo que o seu não cumprimento acarreta resulta na invalidade do consentimento, que associada à verificação do dano e do nexo causal, acarreta, por si só, na Responsabilidade Civil do médico.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALFONSO X. **Fuero Real d'España**, glosado por Alonso Diez de Montalvo. Medina del Campo, 1547.

ANGOTTI NETO, Hélio. **Arte médica: de Hipócrates a Cristo**. Brasília: Academia Monergista, 2018.

ANGOTTI NETO, Hélio. **A tradição da medicina**. Brasília, DF: Academia Monergista, 2016.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Helsinque**. Disponível em: https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/491535001395167888_DoHBrazilianPortugueseVersionRev.pdf. Acesso em 30 de junho de 2019.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaración de Lisboa de la AMM sobre los Derechos del Paciente**. Disponível em: <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>. Acesso em 30 de junho de 2019.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica: Comentado e interpretado**. Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOUZON, E. **O Código de Hammurabi: introdução, tradução e comentário**. 3ª ed. Petrópolis: Vozis, 1976.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 24 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de junho 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 24 de junho de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4553.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm. Acesso

em 24 de junho de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7845.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.781, de 3 de maio de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9781.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html. Acesso em: 04 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.159, de 08 de janeiro de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8159.htm. Acesso em: 24 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9265.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.111, de 05 de maio de 2005.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm. Acesso em 24 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm#art46. Acesso em 24 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm. Acesso em: 19 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 31 de julho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência 2018.** Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2018.pdf. Acesso em: 20 de julho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 595.631/SC**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.540.580/DF**, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.771.308/PR**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/02/2019, DJe 22/02/2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética do Estudante de Medicina**. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/web/pub/cfm/index9/?numero=23&edicao=4442>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995, de 09 de agosto de 2012**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 13 de junho de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.232/2019**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

CORTÉS, Julio César Galán. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Madrid: Civitas, 2001.

DE AZEVEDO, Luiz Carlos. **O Direito Visigótico**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 96, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67491/70101>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

DE FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

DE FRANÇA, Genival Veloso. **O paciente que vai morrer: direito à verdade (*)**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/regional/crmpb/artigos/paciente_morte.htm. Acesso em: 01 de julho de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DO NASCIMENTO JÚNIOR, Pierre Góis; GUIMARÃES, Teresinha Maria de Macêdo. **A relação médico-paciente e seus aspectos psicodinâmicos**. Revista Eletrônica de Bioética. Brasília, v. 2, n. 1, 2003. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/152. Acesso em: 26 de março de 2019.

DOS SANTOS, Leonardo Fernandes. **Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente**. Revista Eletrônica Direito Público. Brasília, v. 8, n. 35, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1826>. Acesso em 24 de junho de 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. **Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva**. Revista Eletrônica da AJURIS, Porto Alegre, v. 42, n. 138, 2015. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/553>. Acesso em: 13 de junho de 2019.

FLEMMING, Hugh J. **A medicina pós-hipocrática: o problema e a solução**. Tradução Fabrício Tavares de Moraes e Felipe Sabino de Araújo Neto. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Volume II: obrigações. 7ª ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GLOBAL HEALTH TRAINING CENTRE. **The Nuremberg Code**. Disponível em: https://globalhealthtrainingcentre.tghn.org/site_media/media/medialibrary/2011/04/BMJ_No_7070_Volume_313_The_Nuremberg_Code.pdf. Acesso em: 30 de junho de 2019. Tradução livre.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume IV: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2007

GRISARD, Nelson; RAMOS FILHO, Irineu. **Manual de orientação ética e disciplinar**. Vol. 1, 4ª ed. Florianópolis: CREMESC, 2006.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. **Noções de Direito Romano**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

JACOBSON, Peter D. **Strangers in the night: law and medicine in the managed care era**. New York: Oxford University Press, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Responsabilidad civil de los médicos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culsone, 1997.

MACEDA, Félix Garzón. **La Medicina en Cordoba**. Argentina: Talleres Gráficos Rodríguez Giles, 1917.

MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar**: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. RT, Ano 97, v. 867, jan. 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: RT, 2008.

MONTE, Fernando Q. **Ética médica**: evolução histórica e conceitos. Revista Eletrônica de Bioética. Brasília, v. 17, n. 3, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/507. Acesso em: 04 de abril de 2019.

NICHELE, Rafael. **A responsabilidade civil dos hospitais e o defeito na prestação dos serviços médicos**. Revista da Ajuris. Porto Alegre, v. 30, n. 91, p. 194, set. 2003.

NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; MIYADAHARA, Seizo; ZUGAIB, Marcelo. **A interface do Direito com a Medicina**. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbgo/v32n4/v32n4a01.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Homens**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PESSINI, Leo. **O direito de saber a verdade sobre sua saúde**. Disponível em: <https://www.a12.com/redacaoa12/igreja/o-direito-de-saber-a-verdade-sobre-sua-saude>. Acesso em: 01 de julho de 2019.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PLATÃO. **As leis, incluindo Epinomis**. 2 ed. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2010.

RAPOSO, Mário. **Consentimento informado na relação médico-doente**. Separata da Revista O direito, Lisboa, ano 124.

ROBISON, Victor. **The history of medicine**. New York: The New Home Library, 1943.

ROQUE, Sebastião José. **O Corpus Juris Civilis se transformou no Código Civil do Brasil**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-corpus-juris-civilis-se-transformou-no-c%C3%B3digo-civil-do-brasil>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao novo Código Civil**. São Paulo: Forense, 2004.

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0001158-60.2013.8.24.0012**, de Caçador, relator Desembargador Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado em 27/06/2017.

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0014086-60.2010.8.24.0008**, de Blumenau, relator Desembargador Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado 22-01-2019.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0194646-44.2016.8.21.7000**, de São Jerônimo, relator Desembargador Túlio de Oliveira Martins, Décima Câmara Cível, julgado em 01/09/2016.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 3068644-10.2000.8.13.0000**, de Belo Horizonte, relator Desembargador Paulo César Dias, Quarta Câmara Civil, julgamento em 28/06/2000.

UGARTE, Odile Nogueira; ACIOLY, Marcus André. **O princípio da autonomia no Brasil**: discutir é preciso. Revista Eletrônica do Colégio Brasileiro de Cirurgiões, v. 41, n. 5, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v41n5/pt_0100-6991-rcbc-41-05-00374.pdf. Acesso em: 13 de junho de 2019.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível

em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por. Acesso em: 28 de junho de 2019.

USA. American Medical Association. **Code of Medical Ethics**. Disponível em: <https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/code-medical-ethics-overview>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

USA. Court of Appeal of California, First Appellate District, Division One. **Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees**, 154 Cal. App. 2d 560, 317 P.2d 170, 1957 Cal. App. LEXIS 1667.

USA. Court of Appeals of Illinois, Chicago, First District. **Pratt v. Davis**, 118 Ill. App. 161, 1905 Ill. App. LEXIS 190.

USA. Court of Appeals of New York. **Schloendorff v. Soc'y of N.Y. Hospital**, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, 1914 N.Y. LEXIS 1028.

USA. Supreme Court of Minnesota. **Mohr v. Williams**, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12, 1905 Minn. LEXIS 667.

USA. Supreme Court of Oklahoma. **Rolater v. Strain**, 1913 OK 634, 39 Okla. 572, 137 P. 96, 1913 Okla. LEXIS 549.

USA. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. **Canterbury v. Spence**, 464 F.2d 772, 1972 U.S. App. LEXIS 9467, 150 U.S. App. D.C. 263.