

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO (UNIDADE SANTA RITA)
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

ISABELLE MARIA CARVALHO DE BARROS

**CONSENTIMENTO INFORMADO, CONSENTIMENTO PRESUMIDO
E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA VIOLAÇÃO DA
AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE**

SANTA RITA - PB

2024

ISABELLE MARIA CARVALHO DE BARROS

**CONSENTIMENTO INFORMADO, CONSENTIMENTO PRESUMIDO
E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA VIOLAÇÃO DA
AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de Santa Rita do Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência
parcial da obtenção do título de Bacharel
em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto
Godinho

SANTA RITA-PB

2024

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

B277c Barros, Isabelle Maria Carvalho de.

Consentimento informado, consentimento presumido e a
responsabilidade civil médica pela violação da
autodeterminação do paciente / Isabelle Maria Carvalho
de Barros. - Santa Rita, 2024.
59 f.

Orientação: Adriano Marteleto Godinho.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Consentimento informado. 2. Consentimento
presumido. 3. Responsabilidade civil médica. I.
Godinho, Adriano Marteleto. II. Título.

UFPB/DCJ/CCJ-SANTARITA

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREÇÃO DO CENTRO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO



DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

**ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Ao vigésimo sétimo dia do mês de Junho do ano de dois mil e vinte quatro, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “Consentimento informado, consentimento presumido e a responsabilidade civil médica pela violação da autodeterminação do paciente”, sob orientação do(a) professor(a) Adriano Martelete Godinho que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à Aprovação, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) Isabelle Maria Carvalho de Barros com base na média final de 12,0 (DE). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Adriano Martelete Godinho

Ana Carolina Couto Matheus

Rodrigo Nóbrega Farias

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo e de todos, agradeço à Deus e Nossa Senhora, cujas proteção e intercessão me permitiram superar todos os obstáculos e permanecer firme ao longo desses cinco anos de curso.

Em especial, à minha mãe, Sandra Maria, minha maior inspiração e meu porto seguro. Foi essa Maria (a minha Maria) que me deu a marca na pele que me faz ter a estranha mania de ter fé na vida.

À minha irmã Gabrielle, minha melhor amiga, quem sempre me incentivou e me guiou, independente da distância imposta sobre nós.

Ao meu pai Heraldo Barros, por acreditar em mim e à Marcus Vinicius, que cumpre com maestria o papel de pai em minha vida e tanto contribui para o meu crescimento.

Aos meus avôs Conceição, Ieda, Elzi e em memória do meu avô Wellington.

Aos amigos Irene Bianca, Davi Menezes e Maria Luiza que dividiram esses cinco anos comigo, tornando toda essa jornada mais leve e inesquecível. Às amigas Maria Fernanda, Letícia Norat e Driely Siqueira, por se fazerem sempre presentes e me apoiarem em todos os meus projetos.

Agradeço ainda ao professor Adriano Godinho, pela orientação, amizade e incentivo durante todo o trabalho: essa pesquisa tem também a sua marca.

À Rodrigo Farias, minha maior referência no Direito, por todas as oportunidades e aprendizados.

Aos amigos Afrânio Neves e Eduardo Maia, pela atenção junto a mim neste trabalho e pelo acolhimento de sempre.

Às queridas Magda Ferro, Mónica Coutinho, Maria João, Joana Xavier e Isabel Tomás, que me abraçaram como filha e tornaram, ainda mais, a cidade do Porto uma casa para mim.

Por fim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram nessa trajetória.

Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana.

Carl Jung

RESUMO

O consentimento informado é uma premissa em toda relação médico-paciente. Todavia, para consolidação de tal premissa, faz-se necessária a superação de uma medicina estritamente paternalista, na qual o médico detinha o poder de decidir acerca de todas as intervenções a serem realizadas sem sequer considerar a manifestação de vontade do paciente. Hodiernamente, a proteção dos direitos à autonomia, autodeterminação e liberdade do paciente é predominante, motivo pelo qual cabe tão somente ao paciente decidir acerca de todo e qualquer ato que interfira sobre a sua integridade psicofísica. Diante disso, é dever do profissional médico o respeito à vontade expressa do paciente, de modo que, independente do cometimento de erro quanto às técnicas e regras próprias do seu ofício, poderá o médico vir a responder pela intervenção não consentida pelo paciente, sendo a não observância da sua vontade e autodeterminação, por si só, fator motivador para a imputação da responsabilidade civil ao profissional. A partir deste cenário, o objetivo da presente pesquisa é analisar, através do método hipotético-dedutivo e por meio de uma pesquisa bibliográfica e exploratória, o consentimento informado prestado pelo paciente, as hipóteses em que incidirá a responsabilidade civil médica diante de sua violação ou da sua não observância, e também as hipóteses que admitem a dispensa deste consentimento. Restará, por fim, verificar os resultados obtidos ao longo do trabalho, bem como responder à problematização formulada.

Palavras-chave: Consentimento informado; Consentimento presumido; Responsabilidade civil médica.

ABSTRACT

The informed consent is a premise in every doctor-patient relationship. Nevertheless, to consolidate this premise, it was necessary to overcome a strictly paternalistic medicine, in which the medical professional had the power to decide on all interventions to be carried out without even considering the patient's expression of will. Nowadays, the protection of the patient's rights to autonomy, self-determination and freedom is predominant, which is why it is solely up to the patient to decide on all acts that interfere with their psychophysical integrity. In view of this, it is the medical professional's duty to respect the patient's expressed wishes, so that, regardless of the commitment of an error regarding the techniques and rules specific to his profession, the doctor may be held responsible for the intervention not consented to by the patient, the non-observance of one's will and self-determination being, in itself, a motivating factor for the attribution of civil liability to the professional. Given this scenario, the objective of this research is to analyze, through the hypothetical-deductive method and through bibliographical and exploratory research, the informed consent provided by the patient, the hypotheses in which medical civil liability will apply in the face of its violation or of its non-compliance, and also the hypotheses that allow the exemption of this consent. Finally, it remains to verify the results obtained throughout this work, as well as respond to their problematization formulated.

Keywords: Informed consent; Presumed consent; Medical civil liability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONSAGRAÇÃO HISTÓRICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE	10
2.1 O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO PACIENTE	11
2.2 O DIREITO AO CONSENTIMENTO	13
2.3 CONSOLIDAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO NO BRASIL	18
3 O CONSENTIMENTO INFORMADO	23
3.1 requisitos e pressupostos do consentimento informado	24
3.1.1 A capacidade para consentir	25
3.1.2 Do dever de esclarecimento	28
3.1.3 A compreensão do paciente	30
3.1.4 Ausência de Vícios	31
3.2 MODALIDADES DA DECLARAÇÃO DE CONSENTIMENTO	33
3.3 DO DISSENTIMENTO	35
3.4 DO DIREITO A NÃO SER INFORMADO	38
4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA VIOLAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE	40
4.1 CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELO DANO À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE	40
4.2 CONSENTIMENTO PRESUMIDO ENQUANTO EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL	44
4.3 ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A consolidação dos direitos da personalidade humana foi peça imprescindível a permitir que o paciente tivesse um maior protagonismo na relação médico-paciente, anteriormente estruturada sobre um paternalismo estrito que entendia ser o médico a figura ideal para tomada de decisões.

Consagra-se, então, o entendimento de que ao paciente, enquanto titular dos direitos que estão em xeque quando da realização de tratamento ou ato médico, é que cabe consentir com tal intervenção, devendo o consentimento ser precedido de requisitos indispensáveis, tais quais a efetiva prestação de informações pelo profissional médico e a ausência de quaisquer vícios para a sua concretização, por exemplo.

Com efeito, o consentimento informado é premissa fundamental na relação entre o profissional médico e o paciente, que, ciente das particularidades, riscos e benefícios do ato médico ou tratamento proposto, decide por autorizá-lo ou não.

Assim sendo, é dever do profissional médico observar inteiramente o consentimento dado pelo paciente e os seus limites, de modo a não desobedecê-lo sequer por uma parte. Isso porque, em não se observando a manifestação de vontade do paciente ou ultrapassando-se os limites concedidos, o profissional médico será responsabilizado civilmente pelo dano à autonomia do paciente, ainda que tenha atuado de acordo com todas as regras próprias do seu ofício.

Desta feita, emergem duas problemáticas fundamentais a serem analisadas no presente trabalho.

Em primeiro momento, tem-se como ponto de início a afirmação de que existem hipóteses em que o profissional médico pode vir a ser responsabilizado civilmente, especialmente a partir do momento em que ele não colhe o consentimento do paciente ou ultrapassa os limites do consentimento dado, sendo imprescindível averiguar tais ocorrências.

Noutro aspecto, cumpre verificar quais são as hipóteses que admitem a dispensa deste consentimento do paciente, ou seja, as hipóteses em que se terá uma presunção do consentimento – partindo-se do pressuposto de como se manifestaria o paciente, quanto à determinado procedimento médico, se estivesse em condições para expressar tal manifestação.

Desta feita, o método de abordagem da pesquisa será o hipotético-dedutivo, partindo-se da análise histórica do consentimento informado e dos direitos da personalidade do paciente.

Como técnicas ou instrumentos de pesquisa, a investigação será desenvolvida através da documentação indireta como pesquisa bibliográfica em livros, artigos e revistas específicas ao tema proposto e também documental, tais quais leis, resoluções e jurisprudências.

As principais doutrinas utilizadas foram as obras “O consentimento informado na relação médico-paciente” de André Gonçalo Dias Pereira, os artigos publicados pelo professor Adriano Marteleto Godinho no tocante ao direito médico, além de diversos outros artigos científicos publicados sobre o tema e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais Estaduais.

Para a condução da pesquisa, pretende-se dividir a dissertação em três capítulos. O primeiro capítulo tem como objetivo de estudo a consagração histórica do consentimento informado, dos direitos da personalidade do paciente, bem como a sua consolidação no contexto brasileiro.

O segundo capítulo é dedicado à verificação, propriamente, do consentimento informado, seus requisitos e modalidades e, ainda, da figura do dissentimento, possibilidade do paciente de não consentir com a intervenção médica proposta.

O terceiro capítulo, por sua vez, tem um caráter mais prático, sendo analisadas as hipóteses em que incidirão as regras da responsabilidade civil ao profissional médico, especialmente no tocante à obtenção e observação ao consentimento informado. A partir disso, serão averiguadas as situações que permitem a atuação médica com base em uma presunção do consentimento do paciente, viabilizando, assim, a conclusão pela resposta ao problema de pesquisa e encerrando-se o capítulo com uma breve análise jurisprudencial acerca da temática.

Finalmente, as considerações finais mostram um apanhado geral da pesquisa, trazendo suas principais conclusões específicas e a conclusão geral do trabalho.

Assim, em síntese, o propósito do trabalho consiste na análise do consentimento informado, seus requisitos e pressupostos e também da responsabilidade civil médica, especialmente a decorrente dos danos causados à autodeterminação do paciente em virtude da violação daquele consentimento prestado.

2 CONSAGRAÇÃO HISTÓRICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

O consentimento do paciente - conforme restará demonstrado no presente trabalho – muito embora seja uma caracterização moderna, é resultado de uma longa evolução histórica, principalmente no que diz respeito às significativas mudanças na relação médico-paciente e sua concretização enquanto relação jurídica.

Foi necessária a passagem de um modelo de medicina estritamente paternalista – na qual o profissional médico era quem detinha o poder de decisão – para uma medicina reconhecedora do espaço necessário do paciente para exercício de seus direitos, especialmente no que tange a sua autodeterminação e o consentimento.

Foi nesse sentido que a consagração dos direitos fundamentais da pessoa humana – em especial aqueles relativos à personalidade - possibilitou o reconhecimento da autonomia do paciente, que passa a decidir sobre seu corpo e eventuais procedimentos e tratamentos aos quais será submetido, diante do seu acesso às informações prestadas pelo profissional médico.

Há, portanto, uma reconfiguração da relação médico-paciente, de modo que este último passa a assumir um papel crescentemente ativo, tornando-se um verdadeiro protagonista da relação e não mais um mero participante.

É nesse contexto de afirmação e garantia dos direitos da personalidade, e consequente juridicização da relação médico-paciente, que o consentimento informado ganha relevância e passa a ser uma premissa fundamental, sendo mister afirmar que o consentimento foi fruto de um progresso desenvolvimento jurídico daquela relação.

Uma relação que, inicialmente, era tida enquanto estritamente extracontratual, passa a ser enxergada na forma de um contrato, à medida em que se transforma de uma relação fortemente paternalista à uma regida pela autonomia da vontade do paciente, como supracitado.

Desse modo, o objetivo desse capítulo é fazer uma análise da consolidação e evolução histórica do direito ao consentimento informado – inclusive no contexto brasileiro - e da importância do exercício dos direitos da personalidade do paciente para essa consagração e, ainda, para o desenvolvimento da relação médico-paciente. A relevância deste capítulo para a construção da pesquisa se situa na necessidade

de se erguer os pilares conceituais iniciais sobre o consentimento informado, que serão fundamentais para a condução dos capítulos seguintes.

2.1 O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO PACIENTE

Os direitos da personalidade, conforme pode-se aduzir do próprio nome, são direitos atinentes à personalidade humana e que envolvem os aspectos físicos e morais das pessoas, incluindo os direitos à vida, saúde, liberdade, honra e privacidade, por exemplo, e consagrados ao primado da dignidade humana¹. Tratam-se de projeções jurídicas que integram a própria pessoa humana e sua essencialidade, sendo os seus valores mais caros.

Estes direitos são, portanto, intrínsecos à própria personalidade humana, à medida em que são também absolutos (no sentido de serem oponíveis a terceiros, sem qualquer limitação para tal), imprescritíveis – porquanto não submetidos a qualquer limite temporal para sua proteção – vitalícios e, ainda, extrapatrimoniais (não versam, propriamente, sobre questões de ordem financeira ou patrimonial).

No âmbito da relação médico-paciente, a construção dos direitos da personalidade foi gradativa, encontrando, historicamente, certa resistência em sua consolidação. Isso porque, como mencionado no tópico anterior, a relação médico-paciente assumiu novos paradigmas, sendo necessária a mudança de uma medicina estritamente paternalista para uma medicina que permitiu o reconhecimento dos direitos da personalidade do paciente.

Dessa forma, há de se relatar que, num âmbito internacional, diversos diplomas consagraram essa mudança e representaram um significativo avanço no tocante ao exercício dos direitos da personalidade. Dentre eles, destaca-se a Declaração do Paciente da Associação Médica Mundial, em 1981, que reconheceu o direito da autodeterminação do paciente para que este pudesse tomar, livremente, todas as decisões que lhe dissessem respeito.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que os direitos da personalidade – embora não se confundam com os direitos fundamentais – são consolidados pela Constituição Federal de 1988 que os garante, sobretudo, proteção especial. A autodeterminação, por exemplo, em sendo intrinsecamente ligada

¹ GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá, p. 255, 2014.

à dignidade da pessoa humana, é valor de referência resguardado pela Carta Magna em seu art. 1º, III.

Já o Código Civil brasileiro concedeu aos direitos da personalidade um capítulo exclusivo, enumerando-os, contudo, em rol meramente enunciativo, o que admite plenamente a existência de diversos outros direitos da personalidade, visto que sua previsão legal não é taxativa, inexistindo, portanto, um direito geral de personalidade.

A partir destas bases, faz-se necessária uma análise sobre o papel da autonomia e autodeterminação do paciente, a fim de que se permita a prestação do seu consentimento quanto à eventuais intervenções sobre os seus direitos da personalidade.

No que toca particularmente à autonomia, é fundamental destacar que esta tem o papel de facultar a cada indivíduo, respeitada a sua individualidade, a formação do sentido da sua própria personalidade humana².

A análise de qualquer relação jurídica – de modo especial a que dispõe de direitos da personalidade – passa pela autonomia privada, sendo que a vontade e a sua expressão são requisitos imprescindíveis para concretização e efetividade de qualquer negócio jurídico, não sendo diferente quando da relação médico-paciente.

Nessa perspectiva, a autonomia constitui a própria expressão da vontade do paciente, que passa a decidir quanto à aceitação ou não da intervenção médica em seu corpo.

Ou seja, dotado da referida autonomia e de autodeterminação, o paciente passa a exercer a sua própria liberdade de escolha quanto ao seu tratamento ou eventual ato médico interventivo, sempre tendo como base as informações que lhe são prestadas pelo profissional médico.

Assim, podemos inferir que a autodeterminação se desdobra a partir do próprio princípio da dignidade humana, podendo ser traduzida na atribuição dada ao paciente para participar da dinâmica de seu tratamento e a tomar as decisões relativas ao plano da sua existência, saúde e vida através da sua concordância ou discordância com as informações passadas pelo médico, sem as quais não seria possível o pleno exercício dos direitos da personalidade do paciente³.

² GODINHO, A. M. **Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes**. In: Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades. Nos 30 anos do Centro De Direito Biomédico. Instituto Jurídico, p. 21-32. 2019.

³ DINIZ, M. H. **O estado atual do Biodireito**. 3ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

É daí que surge o sentido do paciente de ser informado e de consentir enquanto manifestação incontroversa do direito à autonomia e, por conseguinte, à própria vida e integridade corporal.

Nesse sentido, Miguel Kfouri Neto afirma:

[...] A proteção dessa esfera físico-psíquica encontra-se sobre a tutela do direito geral da personalidade, pois o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um médico, ou de recusar um tratamento indesejado, mas na manifestação de liberdade como proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana⁴.

Em assim sendo, esta autodeterminação reflete a necessidade de reconhecimento de que o paciente é, portanto, um sujeito de direitos na relação médico-paciente, de modo que trata-se diretamente da sua vida, saúde, corpo e integridade psicofísica.

Nesse véis, verifica-se que, na verdade, o paciente é a parte frágil daquela relação: são os seus direitos mais caros que estão “em cheque”, quais sejam, os direitos da sua personalidade.

Desse modo, é o paciente quem deve exercer esses direitos e que precisa, indiscutivelmente, tê-los efetivamente consagrados e protegidos quando na sua relação com o profissional médico.

Destaque-se ainda que o paciente conta também com a sua ignorância no tocante aos aspectos técnicos próprios da medicina, quando em comparação ao médico, o que o torna ainda mais uma parte sensível daquela relação.

Portanto, restará verificar, nos capítulos adiante, o modo em que se demonstra a expressão da autonomia do paciente e os requisitos para que se possa efetivamente, manifestá-la. Além disso, restará averiguar também a responsabilidade civil do profissional médico em eventuais danos causados à esta autodeterminação do paciente.

2.2 O DIREITO AO CONSENTIMENTO

O juramento de Hipócrates, presente na medicina até os dias hodiernos, revela a dedicação do médico ao enfermo e a cooperação deste para com a boa prática da medicina. De acordo com a tradição hipocrática, o princípio da beneficência – segundo

⁴ KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico**. 8º ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 46.

o qual o médico se comprometia a utilizar a medicina em benefício dos pacientes – não abrangia relações de decisão compartilhadas com aqueles⁵.

E é nessa conjuntura, em aproximadamente 460 a.C., que se desenvolve uma relação médico-paciente paternalista⁶, em que atribuiu-se ao médico o poder da decisão, tal como um pai para com seu filho, sobre o que seria melhor para o paciente, sem qualquer envolvimento deste.

Franklin Leopoldo⁷ afirma que o paternalismo é o espelho de uma relação médico-paciente totalmente assimétrica, caracterizada pela fragilidade do paciente e pela força do médico. Uma relação desproporcional que afeta e anula a individualidade do paciente enquanto sujeito de direitos.

Esse cenário de paternalismo médico perdura ao longo do tempo e tem seu ápice no século XIX e início do século XX com o conhecimento das doenças e a revolução terapêutica – medicamentosa, em que podemos afirmar ser o consentimento - enquanto mera manifestação de cooperação do paciente - desejável tão somente para favorecer a atividade médica⁸.

É só então, em seguida, com o desenvolvimento de uma nova conjuntura político-social e científica, após a Revolução Francesa, que permitiu o crescimento da autonomia da vontade dos cidadãos e um maior acesso à informação, consagrando ainda os ideais de liberdade e dignidade humana, que o consentimento do paciente passa a ser um elemento indispensável na sua relação para com o profissional médico.

É daí que surge o sentido do consentimento informado, sendo possível afirmar, portanto, que o direito ao consentimento é também inerente aos direitos da personalidade. O paciente – em virtude de sua autonomia e autodeterminação - passa a exercer o direito de decisão no tocante às intervenções médicas e tratamentos aos quais eventualmente será submetido. Assim, o direito de escolha, nada mais é, do que o exposto consentimento que o paciente conquistou no âmbito da relação médico-paciente.

⁵ WANSSA, M. C. D. **Autonomia versus beneficência**. Revista Bioética, v. 19, n. 1, p. 105-117, 2011.

⁶ BARBOZA, H. H. **A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil**. Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde, v. 1, n. 2, p. 7. 2004

⁷ LEOPOLDO, F. **Da ética filosófica à ética em saúde**. In: Costa FIF, Garrafa V, Oselka (org). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

⁸ PEREIRA, A. G. D. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004. p. 26

Ainda em uma breve síntese histórica, é com o Código de Nuremberg, em 1947, que surge a figura do consentimento voluntário, caracterizando-se enquanto o primeiro texto a declarar efetivamente os direitos dos pacientes, dentre eles a autonomia e a autodeterminação.

Nessa mesma perspectiva, a Declaração de Helsinque, desenvolvida pela Associação Médica Mundial em 1964, forneceu diversas orientações médicas, fundadas em princípios éticos, para realização de pesquisas clínicas envolvendo seres humanos.

Muito embora esses diplomas estivessem voltados à realização de experimentos - a fim, inclusive, de responsabilizar os profissionais pelos exageros aos quais submeteram os pacientes nas pesquisas científicas durante o holocausto – os documentos acabaram por formalizar uma significativa base a assegurar o direito ao consentimento em todo o sentido da medicina.

Outra previsão extremamente significativa para o desenvolvimento do consentimento informado foi a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, em 2005, que destacou a imprescindibilidade daquele. Vejamos o seu art. 6º, I:

Qualquer intervenção médica de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.

Aqui, é válido ressaltar que são diversas as denominações, no contexto da relação médico-paciente, utilizadas para se referir ao consentimento informado: consentimento informado, consentimento esclarecido, consentimento pós-informado, consentimento livre e esclarecido.

Todas estas expressões são utilizadas para se referir ao consentimento concedido pelo paciente para qualquer intervenção médica em seu corpo, tão logo tenha sido devidamente informado pelo profissional médico.

Num âmbito histórico, João Vaz Rodrigues afirma que a expressão “consentimento informado” foi originária da jurisprudência americanada, sendo o Tribunal da Califórnia o pioneiro no uso da expressão “*informed consent*” em 1957 ⁹.

Já no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, conforme restará demonstrado no tópico a seguir, inexistente qualquer menção expressa ao termo “consentimento informado” nas normativas legais. Contudo, destaca-se que diversas Resoluções do CFM, CNS e Ministério da Saúde, se utilizam da expressão “consentimento esclarecido”, bem como do termo “consentimento informado”.

Á exemplo, destaca-se o emprego e definição da expressão “consentimento livre e esclarecido” pela Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde (CNS) ao aprovar diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas que envolvem os seres humanos:

Consentimento livre e esclarecido – anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa.

Nesse sentido, é o consentimento informado – e tão logo todas as suas expressões similares - atualmente concebido como uma manifestação externa da vontade subjetiva do paciente, sendo a sua declaração um requisito imprescindível e obrigatório para o consentimento de realização do ato médico.

Portanto, a obtenção deste consentimento, livre e esclarecido, é uma obrigação não só ética, mas também jurídica do profissional médico, resguardado pelos princípios da dignidade humana e autodeterminação.

Em assim sendo, deve o profissional disponibilizar ao paciente todas as informações necessárias e inerentes ao tratamento ou ato médico em questão, de maneira clara, compreensível e livre de quaisquer vícios.

É só a partir desse processo de esclarecimento e de informação, que o paciente prestará o seu consentimento, de forma livre, para qualquer intervenção ou procedimento médico proposto - independentemente de sua complexidade ou riscos.

⁹ RODRIGUES, J. V. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente, p.29-30).

De certo modo, percebe-se que o direito ao consentimento informado pressupõe também o direito à informação, direitos estes que decorrem do próprio princípio da boa fé contratual - norteador de todas as relações contratuais.

Nesse ponto, insta consignar que o entendimento doutrinário majoritário, portanto, afirma que a relação firmada entre médico e paciente se caracteriza enquanto um contrato *sui generis* de prestação de serviços, definida não só por seu aspecto patrimonial, mas, sobretudo, por suas características existenciais.

Isso porque a relação médico-paciente apresenta particularidades que a distingue de contratos diversos, posto que dela derivam direitos e deveres jurídicos intrinsecamente ligados aos direitos da personalidade, quais sejam, o direito à informação pelo paciente e o dever de cuidado e sigilo pelo médico, por exemplo.

É nesse sentido também que o entendimento da obrigação médica é tido como de meio, estando o profissional ligado a um dever de desempenho que visa o emprego da melhor técnica para alcançar um determinado fim, aspecto este que será imprescindível para análise adiante da responsabilidade civil médica quanto à eventuais danos causados ao paciente.

Cumpre, neste domínio, partir do entendimento que é o direito ao consentimento, requisito imprescindível a ser resguardado na estrutura contratual entre médico e paciente.

Para Maria do Carmo Demasi Wanssa¹⁰ o consentimento informado, livre e esclarecido é o meio utilizado para garantir a autonomia do paciente, em que o médico – e inclusive diversos outros profissionais de saúde – se utilizam da prudência necessária para cumprir o seu dever de informar e em linguagem acessível, a fim de que o paciente decida em plena consciência.

Portanto, superada a noção excessivamente paternalista anteriormente predominante, passa-se a assegurar, cada vez mais, a participação do paciente nas decisões inerentes ao seu corpo e sua integridade psicofísica.

Assim, o paciente passa a ser enxergado enquanto sujeito de direitos sobretudo no que tange a sua liberdade de escolha e autodeterminação, reconhecendo-se uma necessidade de estrita observância e respeito aos limites do consentimento que é prestado por este paciente.

¹⁰ WANSSA, M. C. D. **Autonomia versus beneficência**. Revista Bioética, v. 19, n. 1, p. 111, 2011.

2.3 CONSOLIDAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO NO BRASIL

Observada a consagração do consentimento informado - bem como o exercício dos direitos da personalidade e o direito ao consentimento - cumpre analisar de que forma ocorreu essa consolidação no cenário brasileiro.

Não diferentemente do âmbito internacional, o consentimento informado no Brasil foi também resultado de uma evolução histórica.

As primeiras normativas que deliberam acerca do consentimento informado no cenário nacional remotam às disposições de órgãos profissionais, especialmente do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Assim sendo, em 01/09/1975, o CFM publicou a Resolução CFM Nº 671/1975 adotando a Declaração de Helsínqui (explicitada no tópico anterior) que estabelecia a necessidade de obtenção do consentimento do paciente para realização de pesquisas clínicas após prestação de informações pelo profissional médico. Esse foi o primeiro passo – e primordial - para consagração do direito ao consentimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Ato contínuo, a Constituição Federal de 1988 ao consagrar o princípio da dignidade humana (art.1º, III) e os direitos à saúde (art.6º e 196), à informação (art.5º, XIV), à autonomia privada (art. 5º, II) e à liberdade (art.5º, caput), firmou o principal embasamento jurídico brasileiro do consentimento informado.

Ora, como anteriormente apresentado, o direito ao consentimento devidamente esclarecido encontra-se intrinsecamente ligado à garantia dos direitos da personalidade, cuja tutela jurídica constitucional tem como suporte os artigos supramencionados.

No plano infraconstitucional, o Código Civil de 2002, ao resguardar um capítulo inteiro (Capítulo III) para proteção dos direitos da personalidade, aduz em seu artigo 15 que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Ressalva imprescindível merece ser levantada, contudo. Apesar do aludido diploma legal trazer como requisito para o consentimento o risco de vida, interpretação sistêmica do texto legal deve ser realizada a fim de entender-se que mesmo não havendo risco de vida, o consentimento do paciente é pressuposto fundamental para toda e qualquer intervenção médica.

Nesse mesmo sentido, Ribeiro¹¹ afirma que aceitar que o paciente teria de se submeter às determinações médicas quando não houvesse risco de morte seria um contrassenso ético e jurídico, motivo pelo qual deve ser o referido artigo interpretado de forma ampla, não podendo ser o paciente submetido a qualquer procedimento terapêutico sem consentimento.

Portanto, trata-se da mais nítida proteção ao consentimento e autodeterminação do paciente encontrada no ordenamento jurídico brasileiro. Tanto isso é verdade que é somente no ano de 2002 – quando da promulgação do referido Código- que a expressão é utilizada em uma decisão judicial, nesse caso, pelo Superior Tribunal de Justiça.¹²

Noutro aspecto, importa ainda perceber que o Código de Defesa do Consumidor também se aplica à relação médico-paciente. É que, como anteriormente mencionado, o entendimento é de que aquela relação é contratual, motivo pelo qual também deve ser norteadada pelo princípio da boa-fé, que pressupõe o dever de informar com transparência.

Neste ponto, cumpre destacar que o negócio jurídico firmado entre o profissional médico e o paciente se caracteriza enquanto autêntica prestação de serviço, motivo pelo qual incide o Código de Defesa do Consumidor nesta relação. Ao médico cabe o emprego de seus conhecimentos técnicos, dirigidos à melhora e a cura do paciente, à medida em que ao paciente cabe o dever de cooperação, garantido o exercício de sua autonomia para tomada de decisões referentes às intervenções propostas.

Nesse sentido, os arts. 6º, 12 e 14, sobretudo, garantem ao consumidor (paciente) o direito à informação, ao mesmo tempo em que impõem ao prestador de serviços (médico) a responsabilidade pela falta ou inadequação das informações prestadas.

Por fim, como anteriormente demonstrado, as Resoluções editadas e aprovadas pelo CFM foram primordiais para a consagração do consentimento informado no Brasil, representando, até os dias atuais, importantes precedentes a assegurar o direito ao consentimento do paciente.

¹¹ RIBEIRO, D. C. **Autonomia e consentimento informado**. In: RIBEIRO, D. C. A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, p. 206. 2010.

¹² REsp n. 436.827/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1/10/2002, DJ de 18/11/2002, p. 228.

Especial referência será feita às Resoluções nº 1.081/82, 1.890/09 e 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina e também ao Código de Ética Médica (este a ser trabalhado no subtópico seguinte).

Inicialmente, a Resolução nº 1.081/82 do CFM - antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal e, por conseguinte, dos princípios que embasam ao consentimento esclarecido – determina ser obrigação médica a solicitação ao paciente do seu consentimento para as provas necessárias ao diagnóstico e terapêutico ao qual será submetido.

Já na Resolução nº 1.890/09 do CFM há a utilização expressa do termo “consentimento informado” ao determinar que o paciente deverá autorizar a transmissão eletrônica de imagens radiológicas e seus dados através de um consentimento informado, livre e esclarecido.

Finalmente, a Resolução nº 2.013/13 do CFM, tratando especificadamente da Reprodução Assistida, determina ser obrigatório o consentimento informado para todos os pacientes submetidos às referidas técnicas, notadamente como princípio geral ético para sua utilização.

Percebe-se, nesse cenário, que embora o termo “consentimento informado” não tenha uma expressa previsão legal, é consolidada a noção de que o paciente deve consentir com qualquer intervenção ou tratamento médico a ser realizado, como visto nos diplomas legais supracitados, ao mesmo tempo em que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina já traziam expressamente o termo, mesmo antes da promulgação dos referidos textos normativos.

Como demonstrado, o Conselho Federal de Medicina editou diversas resoluções de modo a resguardar o direito ao consentimento do paciente. Assim, não poderia ser diferente quando da elaboração do Código de Ética Médica.

Aprovado pela Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, o Código de Ética Médica (CEM) é um importante documento com o fito de estabelecer padrões éticos para a prática da medicina e proteger os direitos dos pacientes, se caracterizando enquanto um conjunto de regras e princípios que regulamentam a conduta profissional médica no Brasil.

Existem diversas disposições do Código de Ética Médica que enfrentam a necessidade da informação e da obtenção do consentimento informado do paciente para a prática de qualquer intervenção médica.

Inicialmente, o Capítulo I do CEM estabelece os princípios fundamentais do exercício da medicina. Especial destaque, contudo, merece ser dado aos incisos XXI e XXII do referido capítulo:

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII – Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Tais dispositivos expressam uma importante diretriz médica ao determinar que o paciente deve ser visto enquanto um sujeito dotado de autonomia e tantos outros direitos que o permitam – aliado ao dever médico de oferecer informações claras e verdadeiras - tomar decisões acerca de seu tratamento. Assim, só o profissional só poderá adotar qualquer medida desde que o paciente a reconheça e aceite.

Além disso, extrai-se também dos incisos supracitados a obrigação médica de evitar a realização de procedimentos, quer sejam diagnósticos ou terapêuticos, desnecessários para os pacientes, propiciando ainda aos pacientes terminais sob sua atenção, os cuidados paliativos necessários.

Contudo, é o art. 22 do Código de Ética Médica que, de fato, consolida a noção do consentimento informado, prevendo ser vedado ao médico deixar de obter o consentimento do paciente (ou representante legal) após proceder com o esclarecimento sobre determinado procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Novamente nos deparamos com a disposição do risco iminente de morte. Pode-se entender que tal risco só poderá ser invocado como modo de não observação da autodeterminação do paciente e, inclusive, como excludente de qualquer responsabilidade médica (conforme restará demonstrado neste trabalho), caso não exista manifestação anterior da vontade do paciente ou não possa ser obtido o consentimento em função da urgência da situação.

Partindo-se da premissa, portanto, de que o consentimento do paciente é requisito indispensável e sua relativização – quando em risco de morte – é exceção. A propósito, o art. 31 do Código de Ética Médica também veda ao profissional médico

desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre práticas diagnósticas ou terapêuticas, com a única ressalva da iminência de morte.

Sobre a extensão da informação a ser prestada, o art. 34 do referido Código assegura o dever médico de informar ao paciente acerca do diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento, a fim de que possa o paciente, dotado de autonomia, consentir (ou não) quanto à intervenção médica.

Isto posto, é possível concluir que o Código de Ética Médica, acertadamente, prevê a proteção ao consentimento informado, de modo a confirmar a importância da autonomia e autodeterminação do paciente, consagrando-o, por fim, enquanto verdadeiro sujeito de direitos na relação médico-paciente.

3 O CONSENTIMENTO INFORMADO

Consagrada a base histórica do direito ao consentimento e caracterizada a sua imprescindibilidade na relação médico-paciente, passa-se à análise propriamente do consentimento informado, seus requisitos, pressupostos e modalidades.

Como visto, o consentimento informado configura-se enquanto a conformidade expressa do paciente, tão logo adequadamente informado, para realização de procedimento terapêutico, diagnóstico ou de qualquer tipo de intervenção médica.

Nesse sentido, rememora-se que o consentimento informado vai muito além de premissa intrínseca e necessária na relação médico-paciente: o consentimento é um direito consagrado e um bem tutelado pelo ordenamento jurídico hodierno.

Assim, sendo a própria expressão da vontade do paciente, deste é exigido plena consciência acerca dos procedimentos propostos e dos riscos inerentes – consciência esta adquirida através da transmissão de informações adequadas e indispensáveis à formação da sua livre convicção – para que emita, por conseguinte, autorização para o ato médico interventivo¹³.

Ao consentimento informado, portanto, é atribuída uma espécie de tríplice função: ao mesmo tempo em que representa a expressão da autodeterminação e autonomia do paciente, é requisito indispensável para o desenvolvimento da relação médico-paciente e, ainda, delimitador dos parâmetros de atuação do profissional médico, limitando-se este a intervir tão somente nos termos do que fora autorizado pelo paciente¹⁴.

Desse modo, o consentimento não se limita a um ato isolado, sendo um verdadeiro processo de consagração de direitos e deveres na relação médico-paciente.

¹³ GODINHO, A. M. **Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes**. In: Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades. Nos 30 anos do Centro De Direito Biomédico. Instituto Jurídico, p. 21-32. 2019.

¹⁴ PAIXÃO, C. V. S.; RIBEIRO, H. V. P. **O consentimento hipotético na relação médico-paciente**. Revista de Direito Médico e da Saúde, n. 22, p. 138, 2020.

3.1 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Segundo o art. 104 do Código Civil brasileiro, a validade do negócio jurídico requer a existência de agente capaz, objeto lícito, possível e determinado (ou determinável) e forma prescrita ou não defesa em lei.

Para além destes pressupostos – que devem ser observados em todos os negócios jurídicos – a admissibilidade do consentimento informado deverá também observar outros específicos.

Isso porque, como anteriormente explicitado, a relação médico-paciente se reveste na forma de um contrato *sui generis* de prestação de serviços, motivo pelo qual será guiada por aspectos essencialmente particulares, juntamente com os requisitos próprios do negócio jurídico.

Em uma exposição proposta por André Gonçalo Dias Pereira¹⁵, depreende-se que a validade do consentimento prestado pelo paciente requer, inicialmente, seja este, plenamente capaz para consentir. E aqui cabe destacar que, conforme restará demonstrado adiante, essa capacidade não obrigatoriamente se confunde com a capacidade civil.

Ademais, requer tenha o paciente recebido os devidos esclarecimentos e informações por parte do profissional médico acerca do tratamento ou procedimento a ser realizado. Ressalte-se, nesse sentido, que o dever de informação é premissa fundamental para toda e qualquer relação negocial, notadamente a de caráter consumerista – especialmente a relação médico-paciente.

Alinhado ao dever de informação, tem-se a imprescindibilidade de que o esclarecimento transmitido tenha sido efetivamente compreendido pelo paciente. Com efeito, de nada adiantaria ter sido toda a informação transmitida ao paciente, sem que este a tenha absorvido.

Por fim, a validade do consentimento esclarecido pressupõe também a ausência de quaisquer vícios – formais ou materiais – que maculem a expressão da vontade do paciente.

Em breve síntese, cumpre destacar que a inobservância de quaisquer um destes requisitos nos permite atestar a inexistência do consentimento informado,

¹⁵ PEREIRA, A. G. D. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

podendo acarretar a responsabilidade civil do médico, conforme será demonstrado no capítulo a seguir.

Assim, sendo incontroversa a existência de requisitos e pressupostos indispensáveis a serem cumpridos para validade plena do consentimento informado, cumprirá trata-los, detalhadamente, nos tópicos que seguem.

3.1.1 A capacidade para consentir

Restando esclarecido que o paciente é o titular dos direitos da personalidade que estão em jogo na relação médico-paciente – seus direitos mais caros – é ele quem possui o direito de consentir ou não com a intervenção médica.

Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro, tão logo em seu primeiro artigo, traz a figura da capacidade de direito, inerente ao ser humano, na qual toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Mais adiante, em seu art. 5º, o referido diploma legal apresenta a capacidade de fato – consistente na aptidão para o exercício efetivo de direitos e deveres – sendo esta adquirida aos 18 anos completos ou através do instituto da emancipação.

Apesar do caráter jurídico adquirido pela relação médico-paciente, motivo pelo qual o conceito de capacidade para consentir se enquadra no supracitado dispositivo legal, a capacidade do paciente abrange uma concepção mais ampla e complexa do que a capacidade de decisão negocial, baseada em critério etário, tal qual o é a capacidade de fato.

Por certo, a capacidade para consentir implica uma total compreensão da informação que é transmitida, estando, ainda, intrinsecamente ligada à observância dos demais requisitos do consentimento, conforme será estudado adiante.

Assim, a determinação da capacidade para consentir ou não, abrange uma averiguação da faculdade do paciente para receber e processar as informações médicas que lhe são postas, a fim de avaliar os possíveis riscos e benefícios das intervenções aos quais escolherá ser submetido.

É nesse sentido que a Recomendação nº 1/2016 do Conselho Federal de Medicina determina que, para além do critério etário, o desenvolvimento psicológico e

a possibilidade de comunicação também são parte integrante da capacidade e devem ser avaliados no momento do consentimento¹⁶.

Contudo, outro ponto se apresenta na discussão da capacidade do paciente: a ocasião de sua falta.

Os arts. 3º e 4º do Código Civil admitem enquanto incapazes os menores de 18 (dezoito) anos, ébrios habituais, viciados em tóxico, pródigos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade - como é o caso dos portadores de doenças físicas ou mentais que comprometem o seu discernimento e as pessoas inconscientes, por exemplo.

Voltando-se estritamente à relação médico-paciente, apenas os pródigos não abrangem o conceito legal da incapacidade, porquanto apenas privados da prática de atos da vida civil que versem sobre conteúdo patrimonial – o que não se observa na condição de paciente, tendo em vista que os direitos em causa são essencialmente extrapatrimoniais, inerentes à personalidade humana.

Dessa forma, não pode nenhum dos outros sujeitos supracitados ser considerado capaz de prestar um consentimento válido por si só, devendo ser o incapaz representado por quem a lei estabelecer. *In casu*, a legislação civil determina que seja obtido o consentimento dos representantes legais dos incapazes, sejam os seus pais, tutores ou curadores. Aqui, vale destacar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência determina que, à medida de suas limitações próprias, estas pessoas tenham autonomia, em princípio, para a regência de interesses de cunho existencial.

Assim, apesar da exigência legal, a participação do incapaz nas tomadas de decisão deve ser sempre estimulada, de modo a garantir a sua liberdade e autonomia, a partir - e na medida - da realização de avaliação da sua capacidade de compreensão e entendimento.

Neste ponto, uma importante indagação merece ser analisada: o que deverá ser feito em caso de confronto entre a vontade do menor incapaz e seu representante?

Inicialmente, destaca-se que os pais (ou eventuais responsáveis) são aqueles que detêm o poder familiar, cabendo-os todas as iniciativas necessárias para salvaguardar a vida e a saúde dos menores até a sua maioridade.

Em sede doutrinária, contudo, prevalece cada vez mais a teoria do menor amadurecido, oriundo do direito anglo-americano: essa teoria reconhece a existência

¹⁶ Conselho Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.

de pacientes que, mesmo não tendo atingido a maioridade civil ainda, são plenamente capazes de tomar decisões independentes dos seus responsáveis. Ou seja, são maduros o suficiente para compreender os riscos, consequências e benefícios da intervenção médica proposta e, por si só, consentir ou não.

Ora, há de se constatar que, na prática, inexistente qualquer diferença entre a decisão de um menor que conta com 17 anos, onze meses e vinte e um dias, por exemplo, daquele que acabou de atingir a maioridade (dezoito anos completos), muito embora, legalmente, o menor ainda esteja sob à vontade dos pais para tomada de decisões, tais quais eventuais intervenções médicas a ser submetido.

Nesse contexto, a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, ratificada pelo Decreto nº 99.710/1990, determina que os Estados partes devem garantir ao menor, apto a formular seus próprios juízos, o direito de expressar suas opiniões – opiniões estas que deverão ser consideradas com base em sua idade e maturidade.

Assim, entende Miguel Kfoury Neto ser eventualmente necessário, enquanto medida de cautela, o requerimento ao Juízo da Infância e Juventude de permissão para realizar o ato indesejado pelos responsáveis¹⁷.

Desse modo, os casos que dizem respeito a conflitos de opiniões entre menores e seus responsáveis, de um modo geral, devem ser levados ao conhecimento do Poder Judiciário para dirimir a controvérsia.

Nesse mesmo sentido, entende-se que eventuais casos de discordâncias entre a vontade do incapaz e seu representante legal, devam também ter o intermédio do Judiciário para sua resolução.

A averiguação da capacidade do paciente, de pronto, caberá ao médico através da observação das circunstâncias em que aquele se encontra e do tratamento ou intervenção ao qual será submetido.

Por outro lado, é imprescindível ainda analisar certas situações de urgência em que o paciente não pode expressar o seu consentimento no momento – seja porque encontra-se inconsciente ou qualquer outro motivo que o torne incapaz de consentir - e não havendo qualquer representante legal que o possa fazer, considera-se o que o paciente – baseado em pressupostos éticos – decidiria se tivesse tal capacidade.

¹⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do médico**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Assim, em não realizando manifestação de vontade adiantada, ou seja, não tendo expressado qualquer tipo de decisão acerca da situação de urgência em questão, o médico terá o dever de escolher pelo paciente o melhor para sua saúde e integridade psicofísica, sempre em favor da sua vida.

Essa é a figura do consentimento presumido, fator excludente da responsabilidade civil médica, instituto que será demonstrado no capítulo que segue.

Percebe-se, por fim, que a capacidade para consentir é um elemento dinâmico, variável e relativo, podendo ser alterado de acordo com o estado físico e psicológico do paciente e devendo sempre ser avaliado e comprovado antes de qualquer intervenção médica.

3.1.2 Do dever de esclarecimento

O consentimento do paciente para com o ato médico a ser realizado pressupõe também um requisito não inerente à sua condição, mas à do próprio profissional médico: o dever de esclarecimento.

No ordenamento jurídico brasileiro, em contrapartida ao direito à informação, previsto no art. 5º, XIV, da Constituição Federal, surge o dever de informar, o qual norteia a atuação médica e sua relação para com o enfermo.

No mesmo sentido, o Código de Ética Médica veda ao médico, em seus arts.13 e 34, a falta de esclarecimento ao paciente acerca das determinantes de sua doença, bem como deixar de informar o seu diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento.

Para André Gonçalo Dias Pereira, o dever de informação constitui o cerne de todo o consentimento esclarecido, sendo a alteração de paradigma na relação médico-paciente – abandono do paternalismo em favor da autonomia do doente– decorrente, principalmente, do dever de esclarecimento conquistado pelo paciente¹⁸.

Com efeito, cumpre ressaltar que este dever é um reflexo do próprio princípio da boa-fé contratual, que rege também a relação médico-paciente: ao médico compete prestar todas as informações que dizem respeito ao paciente para que este possa tomar sua melhor decisão.

¹⁸ PEREIRA, A. G. D. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

Ressalte-se ainda que tal princípio implica também que o paciente esclareça ao médico as informações necessárias - não lhe ocultando ou as deturpando - e que possam vir a influenciar no diagnóstico ou na própria eficácia do tratamento, a fim de que não incorra o profissional em quaisquer enganos.

Apesar disso, não se pode dizer que o dever de informar deriva tão somente da relação contratual entre médico e paciente. É imprescindível rememorar que o esclarecimento é, em primeiro plano, direito intrínseco à personalidade do próprio paciente, sendo fundamental para a garantia também de outros direitos, tais quais a sua integridade psicofísica e autodeterminação.

Destarte, ao paciente não basta apenas dispor da capacidade para consentir, é preciso que ele tenha recebido todas as informações inerentes ao procedimento ou tratamento a ser realizado, de forma acessível e compreensível, para que possa, enfim, prestar o seu consentimento.

Uma maior análise, portanto, se faz necessária quanto ao conteúdo das informações transmitidas pelo profissional médico.

Caberá ao médico a prestação de informações quanto ao diagnóstico, estado de saúde do paciente, modalidades e opções de tratamento, bem como às consequências, riscos e benefícios da intervenção médica. Ou seja, deverá esclarecer ao paciente todo o cenário que envolve o seu quadro de saúde e os eventuais atos médicos aos quais será submetido.

Sobre o dever de informar e o conteúdo das informações, dispõe Genival Veloso de França:

É fundamental que o paciente seja informado pelo médico sobre a necessidade de determinadas condutas ou intervenções e sobre seus riscos ou suas consequências. Mesmo que o paciente seja menor de idade ou incapaz e que seus pais ou responsáveis tenham tal conhecimento, ele tem o direito de ser informado e esclarecido, principalmente a respeito das precauções essenciais. O ato médico não implica um poder excepcional sobre a vida ou a saúde do paciente. O dever de informar é imperativo como requisito prévio para o consentimento ¹⁹.

Os elementos informativos podem também incluir recomendações e indicações médicas para o caso do paciente, devendo, contudo, observar sempre a autonomia de decidir do paciente sobre qual tratamento ou intervenção será adotada (ou não adotada).

¹⁹ FRANÇA, G. V. **Direito médico**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2013, p.245.

A linguagem empregada pelo profissional deve sempre ser clara e acessível, não se admitindo o uso de expressões técnicas ou jargões médicos incompreensíveis pelo paciente em virtude de sua leiguice²⁰.

Ora, como é cediço, o paciente é a parte mais frágil da relação médico-paciente, não só por estarem em jogo os seus direitos à personalidade, mas também por ignorar os aspectos técnicos da medicina, motivo pelo qual a comunicação entre profissional e doente deve ser feita através de uma linguagem compreensível.

Ademais, deve ser a comunicação realizada de forma suficiente e capaz de satisfazer o esclarecimento necessário, inclusive os solicitados pelo próprio paciente. Em sendo as informações incompletas ou imprecisas para firmar o consentimento do paciente, sua assinatura lavrada no Termo de Consentimento Informado será considerada inválida, para todos os efeitos.

Portanto, pode-se afirmar que o fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente decida conscientemente, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus riscos e consequências, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo e exercendo, de fato, o consentimento informado²¹.

3.1.3 A compreensão do paciente

Arelada ao dever de esclarecimento, como anteriormente explanado, está a compreensão do paciente, também enquanto requisito indispensável do consentimento informado.

Ao médico cabe o dever de esclarecer as informações necessárias para o tratamento ou intervenção médica à medida em que o paciente possa assimilar tais elementos transmitidos.

Ainda, contudo, que o médico tenha cumprido seu dever de informação, o consentimento informado só pode ser realmente garantido se o paciente conseguir assimilar as informações recebidas, sendo também dever médico verificar se informação foi bem compreendida.

²⁰ Conselho Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.

²¹ DIAS, A. G. P. **Direito dos pacientes e responsabilidade médica**. P. 354.

Por tais razões é que, conforme demonstrado no tópico anterior, a linguagem utilizada pelo médico – seja numa explicação oral ou no próprio Termo de Consentimento Informado – deve ser clara e acessível, possibilitando a efetiva compreensão ao paciente.

É nessa perspectiva que a Declaração dos Direitos dos pacientes (OMS, 1994) orienta que o esclarecimento deve ser comunicado ao paciente de modo adaptado à sua capacidade de compreensão, com o mínimo possível de uso de termos técnicos de difícil compreensão.

Também nesse sentido, a orientação do Conselho Federal de Medicina é de que os pacientes que, por qualquer razão, apresentem uma maior dificuldade de entendimento das informações, devem receber explicações mais detalhadas e adequadas ao seu grau de compreensão²².

Logo, o paciente só estará apto a consentir se tiver condição para entender o conteúdo da informação recebida e ponderá-la em relação aos seus valores, crenças e ideais, para então manifestar a sua vontade ao profissional médico.

Assim, não é suficiente somente a presunção do entendimento, necessária e inequívoca se faz a compreensão efetiva, pressupondo-se que tal compreensão tenha se dado, principalmente, a partir das circunstâncias essenciais e particulares ao seu caso²³.

3.1.4 Ausência de Vícios

Por fim, para que o consentimento informado seja efetivamente exercido pelo paciente, é imprescindível que ele seja manifestado livre de qualquer vício, coação ou influência.

O artigo 171, II, do Código Civil brasileiro determina ser anulável o negócio jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

²² Conselho Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica.

²³ PANISA, P. **O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica: e a responsabilidade civil médica**. RCS Ed., 2006.

Nesse mesmo sentido, a fim de que não seja considerado viciado o consentimento prestado – e tão logo anulável - é preciso que este seja manifestado pelo paciente de forma livre, isento de qualquer erro, dolo ou coação.

Necessária, portanto, a voluntariedade na declaração do consentimento: o paciente deve, por livre e espontânea vontade, querer se submeter à intervenção médica. Se decorrente de qualquer engano, informações imprecisas ou inverídicas e até mesmo de intimidação (física ou psicológica), o consentimento prestado será considerado viciado, e, por conseguinte, ineficaz.

No tocante ao erro, a vontade do paciente é em si deturpada ou, ainda, não é externada em sintonia com sua verdadeira intenção (sem qualquer indução de outrem quanto à falsa percepção da realidade). Ou seja, o erro capaz de viciar o consentimento declarado é aquele que, se o paciente conhecesse as reais circunstâncias do ato ou tratamento médico realizado, teria se negado ou ao menos não o teria consentido no molde em que o fez²⁴.

Noutro aspecto, caso outro indivíduo haja com coação ou induza o paciente de modo a deturpá-lo a realidade, poderá responder criminalmente por constrangimento ilegal ao intervir sobre a integridade física de outrem sem autorização para tal. Em sendo esta indução ou coação praticada pelo próprio médico, este – para além da responsabilidade criminal – responderá também civilmente pelos danos à autodeterminação do paciente, conforme restará demonstrado nos tópicos a seguir.

Ainda, em caso de ignorância causada pela falta de informações (ou no caso de informações imprecisas), a vontade do paciente também se encontra eivada em vício, tendo em vista haver uma ausência de conhecimento acerca do que precisará decidir sobre.

Não pode a informação, ainda que por sua omissão, levar o paciente a tomar uma decisão equivocada considerando os riscos e consequências, por exemplo, do ato médico ao qual será submetido. Aqui, cumpre ainda alertar que o excesso de informações também pode ser causa de vício no consentimento. Isso porque, a disposição de muitas informações ao paciente pode gerar uma saturação informativa e, por conseguinte, a própria desinformação.

Nas lições de André Gonçalo Dias Pereira, existem dois tipos de vícios capazes de macular o consentimento esclarecido: formais e materiais.

²⁴ GODINHO, A. M. **Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá, p. 108, 2014.

Os vícios formais são aqueles que dizem respeito à não observância de uma forma exigida na declaração do consentimento. Conforme restará demonstrado no tópico a seguir, salvo algumas exceções legais, não é obrigatório que o Consentimento Informado seja escrito – embora amplamente recomendado. Portanto, em não sendo observada a forma exigida, há de se reconhecer viciado o consentimento do paciente.

Já no tocante aos vícios materiais, aduz o autor que pode esta tipificação abranger diversas razões, sobretudo quando não observados os requisitos do consentimento informado. Em outros termos, o consentimento será considerado materialmente viciado quando qualquer um dos seus requisitos e pressupostos não forem devidamente cumpridos.

Assim, seja pela incapacidade do paciente, pela falta do esclarecimento médico ou, ainda, pela não compreensão do enfermo, o consentimento declarado não será materialmente válido.

De qualquer modo, constata-se que a ocorrência de qualquer tipo de vício, coação, dolo ou erro torna o consentimento inválido e, por conseguinte, uma intervenção médica ilícita.

3.2 MODALIDADES DA DECLARAÇÃO DE CONSENTIMENTO

As modalidades de declaração do consentimento do paciente para com a intervenção médica dividem-se entre expressa (verbal ou escrita), tácita e presumida. O consentimento expresso, seja verbal ou escrito, ocorre quando o paciente manifesta de forma expressa a sua vontade. Por sua vez, o consentimento tácito decorre de comportamento deste que indicie sua concordância com a intervenção médica. Já o consentimento presumido – que será melhor trabalhado no capítulo a seguir - pressupõe a existência de situação em que se permite supor que o paciente teria consentido com a intervenção médica se tivesse conhecimento das circunstâncias que as enseja.

Apesar da existência de mais de um modo de consentir, o consentimento escrito é a forma mais recomendada para tal, motivo pelo qual será melhor trabalhado neste tópico.

Essa modalidade de consentimento propicia uma maior segurança para ambas as partes da relação médico-paciente - principalmente em procedimentos de maior

complexidade, como é o caso de exames invasivos e cirurgias - devendo ser precedido do esclarecimento verbal ao paciente, ocasião na qual o médico esclarecerá as suas dúvidas.

Para além disso, o consentimento escrito é amplamente mais recomendado por uma questão probatória. Isso porque a doutrina e jurisprudência majoritária entende o termo de consentimento como documento de comprovação do dever de informar do profissional médico.

Nessa linha, Miguel Kfoury Neto entende que o Consentimento Informado deve ser devidamente documentado e registrado, sob pena do profissional ver-se impossibilitado de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo, o que poderá resultar em gravosas consequências no âmbito da responsabilidade civil²⁵.

Contudo, destaca-se que a documentação do consentimento do paciente vai muito além do resguardo médico para eventual processo judicial: a manifestação escrita do procedimento ou tratamento a ser realizado e a assinatura do paciente garante a segurança jurídica para ambas as partes.

Claro que, em sendo a atividade médica extremamente ampla, existem procedimentos em que, por suas próprias características e circunstâncias, o consentimento escrito torna-se, de certa forma, um meio burocrático, sendo muito mais adequado o consentimento oral do paciente. É o caso do exame clínico do paciente, por exemplo, que se submete à consulta de rotina com determinado médico, sem que haja uma necessidade de maior intervenção até então.

No tocante ao aspecto legal, hodiernamente, o ordenamento brasileiro dispõe de poucas previsões de exigência do consentimento escrito do paciente.

É o caso, por exemplo, da doação de órgãos, disciplinada pela Lei nº 9.434/1997, que em seu art.10, exige o consentimento expresso do receptor para realização do transplante ou enxerto, logo após o aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Entretanto, ressalva importante merece ser feita, vez que o entendimento do Conselho Federal de Medicina, na Recomendação CFM nº 1/2016, é de que o termo de consentimento para realização de procedimento não pode, de modo algum, servir como autorização do paciente à pesquisa científica ou, ainda, substituir o termo de consentimento de doação de órgãos pelo paciente.

²⁵ KFOURI NETO, M. **Culpa médica e ônus da prova**, p. 297; Responsabilidade civil do médico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 167, 2003.

Ou seja, são exigidos diferentes Termos de Consentimento para diferentes tipos de intervenção médica e participação do paciente. Assim, não pode o profissional médico se utilizar de um Termo de Consentimento genérico para todos os tipos de intervenção – incluindo as pesquisas científicas - ou de um Termo padronizado, fazendo-se necessária a elaboração de termo individualizado para cada paciente, contendo todas as peculiaridades que envolvem a situação, caso a caso.

De todo modo, a Recomendação supracitada elenca um rol de elementos mínimos a serem dispostos obrigatoriamente no Termo de Consentimento. Vejamos:

- a) Justificativa, objetivos e descrição sucinta, clara e objetiva, em linguagem acessível, do procedimento recomendado ao paciente;
- b) Duração e descrição dos possíveis desconfortos no curso do procedimento;
- c) Benefícios esperados, riscos, métodos alternativos e eventuais consequências da não realização do procedimento;
- d) Cuidados que o paciente deve adotar após o procedimento;
- e) Declaração do paciente de que está devidamente informado e esclarecido acerca do procedimento, com sua assinatura;
- f) Declaração de que o paciente é livre para não consentir com o procedimento, sem qualquer penalização ou sem prejuízo a seu cuidado;
- g) Declaração do médico de que explicou, de forma clara, todo o procedimento;
- h) Nome completo do paciente e do médico, assim como, quando couber, de membros de sua equipe, seu endereço e contato telefônico, para que possa ser facilmente localizado pelo paciente;
- i) Assinatura ou identificação por impressão datiloscópica do paciente ou de seu representante legal e assinatura do médico;
- j) Duas vias, ficando uma com o paciente e outra arquivada no prontuário médico.

Por fim, é importante ressaltar que, independentemente da modalidade em que o paciente expressar o seu consentimento, é imprescindível que este seja obtido após devidos e suficientes esclarecimentos pelo profissional médico e em absoluto respeito à sua autodeterminação.

3.3 DO DISSENTIMENTO

Como visto, de modo geral, cabe ao paciente – e tão somente a ele – escolher consentir ou não com a intervenção médica a ser praticada. Em assim sendo, é plenamente possível que, imbuído pela sua autodeterminação, o paciente decida pelo não consentimento à prática médica: esta é a figura do dissentimento.

Com efeito, o paciente é o sujeito que determinará o que melhor se apresenta ao seu caso concreto, sendo plenamente possível a recusa do tratamento ou ato médico a ser praticado, por qualquer que seja a justificativa escolhida para tal.

Pode-se constatar, assim, que o dissentimento é um direito à recusa de tratamento médico, seja fundado na liberdade de consciência do paciente, na sua liberdade religiosa ou mesmo no seu direito à integridade psicofísica, ainda que seu desejo de não intervenção médica pareça irrazoável e possa acarretar, inclusive, sua morte²⁶.

O que não se significa dizer, porém, que ao respeitar o dissentimento do paciente - e este traga como consequência, eventualmente, a sua morte - o médico incorra em crime (auxílio ao suicídio) ou seja civilmente responsabilizado por tal, porquanto tão somente respeitou a autodeterminação do enfermo no tocante à sua integridade corporal.

O exemplo mais recorrente que temos nos dias hodiernos, em se tratando de recusa com fundamento em determinada crença religiosa, é o caso das Testemunhas de Jeová, grupo religioso que não admite o recebimento de transfusão de sangue.

Com efeito, a Resolução CFM nº 1.021/80, em seu artigo 2º, diz que: "Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis".

Muito embora seja esta a determinação do CFM - em consonância com o Código Penal que tipifica como crime a omissão da prestação de assistência em caso de grave e iminente perigo (art. 135) - é imprescindível notar que, em havendo manifestação anterior do paciente alegando ser Testemunha de Jeová, o médico não poderá praticar a transfusão, ainda que em iminente perigo de vida, sob pena de responder civilmente pelos danos causados à liberdade religiosa e autonomia do paciente.

É certo que a Constituição Federal, no art. 5º, VIII, assegura a liberdade de religião enquanto direito fundamental, motivo pelo qual é plenamente possível que o paciente recuse a transfusão sanguínea em virtude de sua crença.

Portanto, não caberia ao médico discutir acerca da interpretação religiosa do procedimento, mas tão somente informar ao paciente acerca dos seus riscos e benefícios, inclusive os decorrentes da sua recusa.

²⁶ PEREIRA, A. G. D. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

Acerca da temática, Cláudio da Silva Leiria²⁷ entende legítima a recusa das Testemunhas de Jeová, em quaisquer que sejam os procedimentos que envolvam a transfusão de sangue, inclusive nos casos de risco à vida, por tratar-se tão somente de concorrência de direitos fundamentais em um titular (paciente) e não uma colisão de direitos fundamentais (direito à vida X direito à liberdade religiosa).

Tal posicionamento, contudo, diverge quando se trata da recusa, por motivações religiosas, realizada pelos responsáveis em face de um menor. Apesar de tratar-se de matéria polêmica, consolida-se o entendimento pela aceitação da recusa do menor amadurecido ou conscientizado, à medida em que se encontra capaz de tomar tal decisão, avaliando os riscos e benefícios da transfusão sanguínea.

Como observado alhures, a teoria do menor amadurecido considera haver pacientes que, muito embora não sejam legalmente capazes por não atingirem o critério etário requerido pelo ordenamento jurídico, são plenamente aptos a tomar decisões, independentemente dos seus responsáveis.

Em assim sendo - e considerando ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente resguardam à criança e ao adolescente o direito à liberdade de opinião, de crença e culto religioso – mister se faz perceber que é possível que o paciente menor amadurecido dissinta da realização da transfusão sanguínea em virtude de sua própria crença ou, ainda, não consinta com o procedimento em contrariedade à decisão consentida dos seus responsáveis.

Novamente se socorrendo das lições de Leiria, defende o autor que o menor, a partir de 16 anos de idade, pelos direitos em perspectiva que a lei lhe confere (direito de votar, direitos civis plenos com a emancipação), deve-lhe ser garantida a possibilidade de recusar ou aceitar determinados tratamentos médicos. Quanto aos adolescentes com idade anterior à 16 anos, para verificar se deve ser respeitada sua vontade quanto a terapias médicas, será necessário verificar se é, de fato, um ‘menor amadurecido’²⁸.

Noutro giro, insta consignar que o consentimento anteriormente prestado – e, por conseguinte, também o dissentimento - pode ser revogado pelo paciente. Ou seja,

²⁷ LEIRIA, C. S. **Transfusões de Sangue Contra a Vontade de Paciente de Religião Testemunhas de Jeová**: Uma Gravíssima Violação de Direitos Humanos. *Atuação*, v. 14, p. 219, 2009.

²⁸ LEIRIA, C. S. **Transfusões de Sangue Contra a Vontade de Paciente de Religião Testemunhas de Jeová**: Uma Gravíssima Violação de Direitos Humanos. *Atuação*, v. 14, p. 219, 2009.

é também direito do paciente a reconsideração de decisão anteriormente tomada quanto à possibilidade de intervenção médica.

Desta feita, poderá o paciente rescindir, a qualquer tempo, o consentimento anteriormente prestado, inclusive, podendo revogá-lo apenas parcialmente, ocasiões nas quais o profissional médico deverá respeitar a decisão tomada e se abster de prosseguir o tratamento ou intervenção no paciente.

Finalmente, tal qual o consentimento, a referida recusa ou revogação deve ser devidamente registrada, de preferência por escrito, em termo próprio com a assinatura do paciente.

3.4 DO DIREITO A NÃO SER INFORMADO

Consoante Aristóteles, o homem é, por natureza, movido por um desejo de saber.

Não obstante, o paciente pode (e em determinadas situações precisa) exercer o direito a não saber, ou seja, a não ser informado.

Assim, apesar da informação ser requisito imprescindível para validade do consentimento do paciente, pode este manifestar-se no sentido de optar por não ter acesso às informações referentes ao seu estado de saúde ou, ainda, às intervenções médicas as quais será submetido.

Isso porque existem situações em que o paciente, usufruindo de sua autodeterminação, deseja não saber e, por conseguinte, renuncia ao seu direito de ser informado, podendo ainda negar-se a decidir e preferir que o próprio médico ou outra pessoa indicada possa tomar as decisões necessárias ao seu caso.

Valendo-se outra vez das lições de André Gonçalo Dias Pereira, admite-se que o médico aceitará tudo que venha o paciente a decidir, ou que, simplesmente, prefira não tomar conhecimento da gravidade da sua situação, não havendo de que se prestar esclarecimento, à medida em que o próprio paciente o recusa.

Em casos diversos, há de se constatar que o fornecimento das informações ao paciente pode vir a causar danos consideráveis ao seu estado físico, emocional e psicológico, piorando, inclusive, o seu quadro clínico.

Assim sendo, o profissional médico utiliza-se da omissão – total ou parcial - das informações, visando a preservação da integridade física e psicológica do

paciente, que poderá ser prejudicada em caso de recebimento dos esclarecimentos referentes ao seu quadro de saúde: é a figura do privilégio terapêutico.

O Código de Ética Médica discorre acerca do privilégio terapêutico em seu art. 34, tratando ser uma exceção ao dever de informação ao paciente, haja vista a comunicação direta do médico provoque danos ao enfermo, cabendo, em tal situação, a informação ser transmitida ao seu representante legal.

É claro que, muito embora sua utilização deva ser considerada em diversos casos, há de se tomar extrema cautela para que o profissional não meramente evite o seu dever de informar ou venha a prevenir possível rejeição à intervenção proposta.

Adotando essa perspectiva, os autores Beuchamp e Childress²⁹ esclarecem que a invocação do privilégio terapêutico não gera qualquer confronto com o direito à autonomia, tendo em vista que a situação do paciente não permitiria que ele fosse capaz de tomar uma decisão autônoma no nível necessário.

Por fim, devidamente postos os entendimentos acerca do consentimento informado, seus pressupostos e modalidades, resta averiguar, no capítulo final deste trabalho, a respeito da imputação da responsabilidade civil médica em casos de violação a este consentimento e aos demais direitos da personalidade do paciente.

²⁹ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011. P. 171.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA VIOLAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE

Conhecidos a concretização histórica, os fundamentos e pressupostos necessários do Consentimento Informado, passa-se à análise, de fato, da caracterização da responsabilidade civil do profissional médico, especialmente em eventuais danos causados ao paciente pela não observância de seu direito à autodeterminação.

Neste capítulo, buscará se averiguar de que modo poderá o médico ser responsabilizado civilmente, independentemente do cometimento de erro médico, mas tão somente diante de violação do consentimento e autonomia de seu paciente.

Ou seja, verifica-se de que forma a responsabilidade civil recai sob o profissional médico que tenha causado danos à autodeterminação e liberdade de escolha do paciente, ainda que não tenha causado danos à sua saúde e a sua própria integridade física.

Outrossim, analisar-se-ão as hipóteses que admitem a dispensa do consentimento do paciente, hipóteses estas em que haverá uma presunção do consentimento, restando demonstrada ainda a caracterização do consentimento presumido enquanto uma excludente da responsabilidade civil médica.

Por fim, restará a demonstração de casos práticos da responsabilidade civil médica, a fim de verificar o modo como a jurisprudência brasileira tem se posicionado a respeito.

4.1 CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELO DANO À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE

Antes de adentrar-se, propriamente, nas implicações médico-legais na área cível do exercício da Medicina, cumpre ser feita uma breve explanação acerca da responsabilidade civil e sua caracterização.

Inicialmente, a responsabilidade civil corresponde a uma obrigação de reparar eventual dano causado. Desde já é imprescindível perceber que o dano é a “essência” da responsabilidade civil, ou seja, sem dano não há responsabilidade civil.

Assim sendo, o Código Civil Brasileiro determina a obrigação de reparação a todo aquele que causar dano a outrem por ato ilícito - entendido pelo art. 186, do

referido diploma legal, como toda ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viole direito.

Para Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a outrem, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por que ela responde, por algo a ela pertencente ou de simples imposição legal³⁰.

A responsabilidade civil pressupõe, portanto, uma conduta que cause dano e o nexo de causalidade entre esta conduta e a lesão propriamente suportada pela vítima – ou seja, é imprescindível estabelecer se o dano foi realmente causado por aquela ação ou omissão referida.

Aqui, é preciso compreender o dano enquanto uma lesão à bens juridicamente tutelados, podendo ser de ordem patrimonial (financeira) ou extrapatrimonial (inerentes, principalmente, à personalidade humana). Essa distinção é bem observada por Genival Veloso de França, que assim dispõe:

Os danos médicos podem ser físicos, materiais ou morais, sendo os danos físicos aqueles que possuem mais relevância, sendo indenizáveis conforme a invalidez, seja parcial ou total, permanente ou temporária e quando o estado de saúde do paciente passa a ser agravado, configura-se também dano físico.

[...]

O dano material, que é aquele que são em consequências dos danos físicos causados, que resultam em lucros cessantes, despesas com médicos, medicamentos, exames, necessidade de supervisão especializada em tempo integral; ou dano moral, que incluem os danos estéticos, dor sofrida, afastamento do trabalho que realizava, situações vinculadas aos direitos da personalidade³¹.

No caso da responsabilidade civil médica, podemos afirmar, por expressa determinação legal, que se trata de uma responsabilidade subjetiva. Ou seja, é necessário verificar a ocorrência do elemento culpa para que o profissional médico venha a responder civilmente por quaisquer danos causados, consoante determina o art.14, §4º do Código do Consumidor que determina que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Nesse mesmo sentido, o art. 951 do Código Civil, entende ser devido o pagamento das despesas do tratamento (quando presente lesão à saúde) e lucros

³⁰ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 10.ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v.7, p.29.

³¹ FRANÇA. G. V. **Direito Médico**. 17º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

cessantes (quando não possa exercer seu ofício) nos casos de indenização devida por imprudência, negligência ou imperícia profissional que venha a causar lesão, ou agravá-la, ao paciente.

Diante disso, mister se faz destacar as três modalidades em que a culpa é dividida: imprudência (quando há a assunção de riscos desnecessários), negligência (pressupõe a falta de cuidados prévios necessários) e imperícia (inobservância de condutas ou regras profissionais/técnicas).

Ainda valendo-se das lições de Miguel Kfoury Neto, em obra dedicada à análise da responsabilidade civil do médico, vejamos:

“A responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência). Para caracterização da culpa não se torna necessária a intenção – basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns”³².

Assim sendo, para a existência da responsabilidade civil médica, há de se averiguar o erro do profissional médico ao incorrer em quaisquer uma das modalidades supracitadas da culpa, além da real ocorrência de algum dano ao paciente. Caso contrário, não há de se falar em responsabilidade civil.

É, portanto, assim que entende Sergio Cavalieri Filho ao determinar a comprovação da culpa médica:

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico³³.

Isso ocorre porque o exercício da medicina gera uma obrigação de meio, cabendo ao médico o trato atencioso e zeloso para com o paciente, utilizando-se de todas as técnicas, recursos e meios possíveis para sua melhora, sem, contudo, obrigar-se a curá-lo.

O que é imprescindível perceber, porém, e este é o cerne deste tópico, é que o médico poderá vir a responder civilmente também pela não observação do consentimento informado pelo paciente, para além das hipóteses que dizem respeito

³² KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

³³ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 432.

à sua atuação técnica propriamente. Assim, não se faz necessária somente a ocorrência de danos à saúde psicofísica do paciente, como visto, para que o médico incorra em responsabilidade civil, sendo bastante a existência de ato ilícito cometido contra a autodeterminação do paciente.

Com efeito, o médico precisa do consentimento informado do paciente para executar qualquer tratamento ou procedimento médico, em decorrência da boa-fé objetiva – imperativo da relação médico-paciente - e do seu direito fundamental à autonomia.

Por certo, em não sendo observado, a qualquer nível, o consentimento prestado pelo paciente, caracterizado está o dano à sua autodeterminação, cabendo ao médico o dever de repará-lo.

Assim, seja desobedecendo totalmente ao consentimento dado pelo paciente ou na hipótese em que se ultrapassa o limite desse consentimento, o profissional médico será responsabilizado civilmente pelo dano à autonomia do paciente. Nesse sentido, Ricardo Luis Lorenzetti afirma que a ausência do consentimento pode constituir lesão autônoma, por si só danosa e passível de indenização³⁴.

Ademais, a inobservância dos requisitos para validade do consentimento informado nos permite afirmar que o consentimento do paciente é inválido, o que também pode acarretar a responsabilidade civil do médico em face da intervenção não permitida pelo paciente.

Em assim sendo, a falta de informações prestadas (ou sendo elas incompletas), o induzimento, ameaça ou, ainda, a utilização de analgésicos ou farmacêuticos que reduzam o discernimento do paciente³⁵, pelo profissional médico, a fim de obter o seu consentimento, são exemplos do não cumprimento dos requisitos do consentimento informado, caracterizando-se enquanto condutas passíveis de responsabilização civil do médico.

Novamente, o que resta evidente é que não se faz necessária a ocorrência de danos propriamente à saúde para que incidam as regras da responsabilidade civil ao médico por uma intervenção não consentida. Mesmo que o profissional tenha atuado

³⁴ LORENZETTI, R. L. 1997 apud KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002. p. 302.

³⁵ GODINHO, A. M.. **Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes**. In: Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades. Nos 30 anos do Centro De Direito Biomédico. Instituto Jurídico, 2019. p. 21-32.

em consonância com todas as normas e técnicas do ofício médico, caberá a ele o dever de reparação do dano, diante da violação da autodeterminação do paciente.

Cautela merece ser tomada, contudo, em relação à realidade de diversas instituições hospitalares brasileiras, sobretudo públicas, em que o elevado número de pacientes é desproporcional aos meios médicos disponíveis.

Dessa forma, não se pode exigir uma conduta de inteira excelência no trato para com o paciente, quando muitos deles não conseguem sequer ser atendidos.³⁶

O que não significa dizer, porém, que o médico se desincumbe do seu dever de observância ao consentimento do paciente, mas tão somente uma maior cautela para não qualificar-se enquanto negligente eventuais condutas dos profissionais médicos ante às condições precárias de atendimento.

Por fim, é imprescindível ainda ressaltar que sem prejuízo da responsabilização civil, o médico poderá também ser responsabilizado nos âmbitos criminal e disciplinar – este último quanto a possível enfrentamento a Processo Ético Profissional no contexto dos Conselhos Regionais de Medicina.

4.2 CONSENTIMENTO PRESUMIDO ENQUANTO EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Caracterizadas as ocasiões nas quais o médico poderá vir a responder civilmente pelos danos causados ao paciente - principalmente no tocante a violação da sua autodeterminação - cumpre, enfim, demonstrar as situações excepcionais consideradas excludentes da responsabilização civil do profissional médico.

Casos em que o paciente se encontra em iminente risco de vida ou de sofrer lesões graves e irreversíveis, e, portanto, sem condições para consentir com o ato ou tratamento médico a ser realizado, permitem a exclusão da responsabilidade civil médica ao intervir sem o assentimento do paciente, diante da urgência em salvar a sua vida ou integridade física.

Isso porque, nesses casos, o consentimento do paciente é presumido. Ou seja, supõe-se que o paciente teria efetivamente consentido com a intervenção médica se

³⁶ GODINHO, A. M.. **Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”**: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in) capacidade jurídica. Discutindo a autonomia. Salvador: Juspodivm, p. 31-48, 2014.

tivesse condições de manifestar sua vontade e conhecimento das circunstâncias em que foi praticada.

Exemplos recorrentes são o acontecimento de determinada intercorrência, ao desenrolar de uma cirurgia, que coloque em risco a saúde do paciente, ou a necessidade de alargamento da operação, ocasiões que não permitem a suspensão do procedimento para colheita do seu consentimento.

Quaisquer outras situações em que o paciente se encontre impossibilitado, por qualquer razão, de prestar o seu consentimento, não se podendo aguardar pela sua melhora - em virtude do risco da situação - e não havendo representante legal ou responsável que o faça, permite ao médico agir de maneira a preservar a saúde e integridade do paciente, sem que por isto venha a ser responsabilizado civilmente após.

Portanto, quando o consentimento do paciente é presumido, não há de que se falar em qualquer ato ilícito cometido pelo médico, estando caracterizadas as figuras excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal e art. 188 do Código Civil, quais sejam, o estado de necessidade e o exercício regular de direito, respectivamente.

Todavia, vale ressaltar que o recurso ao consentimento presumido só é admissível quando a intervenção médica for absolutamente inadiável³⁷. Caso contrário, entende que deve-se aguardar até que o paciente retorne à sua consciência e possa, efetivamente, consentir.

Assim, em virtude de necessidade e urgência, o consentimento presumido representa, de fato, um fator excludente da responsabilidade civil que poderia ser imputada ao profissional médico.

Por outro lado, para além da presunção do consentimento, existem circunstâncias de risco em que pacientes portadores de doenças transmissíveis – potencialmente causadoras de riscos graves à saúde pública – poderão ter o consentimento dispensado para a realização do tratamento adequado em virtude do risco.

³⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

Assim, caso venha o paciente a negligenciar ou negar o seu consentimento para o tratamento e não se podendo isolar o indivíduo do grupo social, a adoção da intervenção médica prescindirá do consentimento do paciente.

São os casos de tratamento compulsório, como o tratamento de presidiários doentes, por exemplo. Nesses casos, por apresentarem risco grave para a saúde pública, podemos afirmar, sem qualquer receio, que a saúde de toda a sociedade deve prevalecer em face da autonomia e autodeterminação individual do paciente.

Entretanto, tais medidas somente podem ser adotadas após esgotamento de todas as possibilidades de esclarecimento ao paciente, devendo a intervenção ser devidamente justificada, por escrito, pelo profissional médico e comunicada às autoridades competentes.

4.3 ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Neste último tópico, caberá uma breve análise de como a jurisprudência brasileira, sobretudo os tribunais superiores, têm decidido acerca de incidência da responsabilidade civil ao profissional médico.

Assim, de maneira a ratificar o que foi exposto nos tópicos anteriores, colocamos julgados a seguir, especificamente, no que tange à natureza da responsabilidade civil médica e a exigência do consentimento informado.

Em primeiro momento, conforme mencionado alhures, a responsabilidade civil médica depende da demonstração de que o profissional agiu com o elemento culpa. Ou seja, é uma responsabilidade subjetiva, devendo ser provada a conduta culposa do profissional médico.

No caso a seguir demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu ser uma conduta culposa a omissão médica no preenchimento adequado do prontuário de paciente gestante, demonstrando a falta de cuidado e acompanhamento para com a paciente, motivos pelos quais incidiram as regras da responsabilidade civil sobre o médico promovido. Ainda, destacou-se que a jurisprudência da Corte é consolidada no sentido em reconhecer a responsabilidade médica enquanto subjetiva.

Nesse sentido, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PENSIONAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROFISSIONAL MÉDICO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. CULPA CONFIGURADA. NEGLIGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. CABIMENTO. NEXO DE CAUSALIDADE. PRONTUÁRIO MÉDICO. PREENCHIMENTO. OMISSÃO. PRESSUPOSTO ATENDIDO. DEVER DE CUIDADO E DE ACOMPANHAMENTO. VIOLAÇÃO DEMONSTRADA. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. APLICAÇÃO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir: (i) qual a natureza da responsabilidade civil do profissional liberal (médico), se objetiva ou subjetiva, no caso dos autos, e (ii) se há nexo de causalidade entre o resultado (sequelas neurológicas graves no recém-nascido decorrentes de asfixia perinatal) e a conduta do médico obstetra que assistiu o parto. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade civil dos profissionais médicos depende da verificação de culpa (art. 14, § 4º, do CDC). Aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Precedentes. 3. O nexo de causalidade como pressuposto da responsabilidade civil é mais bem aferido, no plano jurídico-normativo, segundo a teoria da causalidade adequada, em que a ocorrência de determinado fato torna provável a ocorrência do resultado. 4. No caso em apreço, a conduta deliberada do médico em omitir o preenchimento adequado do prontuário revela, juridicamente, falta de cuidado e de acompanhamento adequado para com a paciente, descurando-se de deveres que lhe competiam e que, se observados, poderiam conduzir a resultado diverso ou, ainda que o evento danoso tivesse que acontecer de qualquer maneira, pelo menos demonstrar que toda a diligência esperada e possível foi empregada, podendo o profissional inclusive valer-se desses mesmos registros para subsidiar a sua defesa. 5. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.698.726/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Quarta Turma, julgado em 01/06/2021)

Desta feita, a Corte superior reforça a ideia até então defendida neste trabalho de que a responsabilidade civil médica não emerge exclusivamente de lesões causadas à saúde do paciente, uma vez que considerou a ocorrência de danos aos direitos da personalidade do paciente em virtude da violação do dever de cuidado e de acompanhamento médico ao não empregar as diligências necessárias para o preenchimento do prontuário do paciente.

Nesse mesmo diapasão, os Tribunais pátrios mantêm entendimento pacífico:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Erro médico - Ação de indenização por danos morais e materiais - Aventada negligência e imperícia em atendimento de paciente submetido à cirurgia de correção de hérnia de Spiegel - Sentença de improcedência - Suposta falha técnica do atendimento prestado - Pleito cuja procedência depende de prova de culpa dos profissionais médicos envolvidos (art. 14, § 4º, do CDC) - Conjunto probatório que não apontou esse fato - Exame pericial que apresentou subsídios probatórios de ausência de falha procedimental do médico demandado - Esclarecimento do perito no sentido de que após a cirurgia foi diagnosticada outra hérnia em local distinto, não se observando falha no tratamento da primeira lesão - Ausência de imperícia, imprudência e negligência no atendimento prestado - Inexistência de ato ilícito que justifique a obrigação de indenizar - Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1003967-51.2023.8.26.0577; Relator

(a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/06/2024; Data de Registro: 14/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO NÃO CARACTERIZADA – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS QUE, EM REGRA, É SUBJETIVA – APLICABILIDADE DO ART. 14, § 4º, DO CDC – PACIENTE QUE FOI DEVIDAMENTE ATENDIDA E TRATADA NÃO TENDO SIDO EVIDENCIADA MÁ-PRÁTICA MÉDICA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – DESPROVIMENTO DO APELO. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados. Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao apelo. (TJPB – Apelação Cível 0747418-66.2007.8.15.2001, Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque, APELAÇÃO CÍVEL, 3ª Câmara Cível, juntado em 02/02/2023)

Em ambos os casos supracitados, as pretensões de reparação por danos morais em decorrência de suposta falha no serviço médico prestado, foram julgadas improcedentes diante da não comprovação da ocorrência de culpa pelo profissional médico, uma vez que a sua responsabilidade é subjetiva.

Noutro aspecto, no que tange ao consentimento informado no Brasil, somente no ano de 2002 esta expressão é utilizada em uma decisão judicial.

Foi um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconheceu a responsabilidade civil do médico pelos danos causados a paciente submetida a procedimento cirúrgico oftalmológico, sem que tivesse sido devidamente informada dos riscos da cirurgia, dentre eles, a cegueira (o que ocorreu à mesma)

Nesse sentido, a Corte considerou, pela primeira vez, o consentimento informado enquanto exigência imprescindível na relação médico-paciente e sua falta enquanto uma negligência no exercício profissional médico, gerando, assim, um precedente para que os demais tribunais estaduais pudessem julgar demandas similares:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar-nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (REsp n. 436.827/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1/10/2002, DJ de 18/11/2002, p. 228.)

Nesse mesmo sentido, tal entendimento consolidou-se nesta Corte, conforme pode-se inferir de julgado recente ao afirmar que o consentimento genérico não é suficiente para garantia do direito fundamental à autodeterminação do paciente, sendo, desse modo, necessário o consentimento informado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO PARA RESOLVER SÍNDROME DA APNÉIA OBSTRUTIVA DO SONO (SASO). FALECIMENTO DO PACIENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS DA CIRURGIA. CONSTATAÇÃO APENAS DE CONSENTIMENTO GENÉRICO (BLANKET CONSENT), O QUE NÃO SE REVELA SUFICIENTE PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO, CONSIDERANDO AS PARTICULARIDADES DA CAUSA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

1. O presente caso trata de ação indenizatória buscando a reparação pelos danos morais reflexos causados em razão do falecimento do irmão dos autores, ocasionado por choque anafilático sofrido logo após o início da indução anestésica que precederia procedimento cirúrgico para correção de apnéia obstrutiva do sono, a qual causava problemas de "ronco" no paciente.

1.1. A causa de pedir está fundamentada não em erro médico, mas sim na ausência de esclarecimentos, por parte dos recorridos - médico cirurgião e anestesista -, sobre os riscos e eventuais dificuldades do procedimento cirúrgico que optou por realizar no irmão dos autores.

2. Considerando que o Tribunal de origem, ao modificar o acórdão de apelação na via dos embargos declaratórios, fundamentou o decisor na ocorrência de omissão e erro material no acórdão embargado, não há que se falar em violação do art. 535 do CPC/1973.

3. Todo paciente possui, como expressão do princípio da autonomia da vontade, o direito de saber dos possíveis riscos, benefícios e alternativas de um determinado procedimento médico, possibilitando, assim, manifestar, de forma livre e consciente, o seu interesse ou não na realização da terapêutica envolvida, por meio do consentimento informado. Esse dever de informação encontra guarida não só no Código de Ética Médica (art. 22), mas também nos arts. 6º, inciso III, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no art. 15 do Código Civil, além de decorrer do próprio princípio da boa-fé objetiva.

3.1. A informação prestada pelo médico deve ser clara e precisa, não bastando que o profissional de saúde informe, de maneira genérica, as eventuais repercussões no tratamento, o que comprometeria o consentimento informado do paciente, considerando a deficiência no dever de informação. Com efeito, não se admite o chamado "blanket consent", isto é, o consentimento genérico, em que não há individualização das informações prestadas ao paciente, dificultando, assim, o exercício de seu direito fundamental à autodeterminação.

3.2. Na hipótese, da análise dos fatos incontroversos constantes dos autos, constata-se que os ora recorridos não conseguiram demonstrar o cumprimento do dever de informação ao paciente - irmão dos autores/recorrentes - acerca dos riscos da cirurgia relacionada à apnéia obstrutiva do sono. Em nenhum momento foi dito pelo Tribunal de origem, após alterar o resultado do julgamento do recurso de apelação dos autores, que houve efetivamente a prestação de informação clara e precisa ao paciente acerca dos riscos da cirurgia de apnéia obstrutiva do sono, notadamente em razão de suas condições físicas (obeso e com hipertrofia de base de língua), que poderiam dificultar bastante uma eventual intubação, o que, de fato, acabou ocorrendo, levando-o a óbito.

4. A despeito da ausência no cumprimento do dever de informação clara e precisa ao paciente, o que enseja a responsabilização civil dos médicos recorridos, não deve prevalecer o valor da indenização fixado pelo Tribunal de origem na apelação, como pleiteado pelos recorrentes no presente recurso especial, revelando-se razoável, diante das particularidades do caso, a fixação do valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, acrescido de correção monetária desde a data da presente sessão de julgamento (data do arbitramento), a teor do disposto na Súmula 362/STJ, além de juros de mora a partir da data do evento danoso (27/3/2002 - data da cirurgia), nos termos da Súmula 54/STJ.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp n. 1.848.862/RN, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.)

Reconhecendo ser direito de todo paciente a ser informado acerca dos riscos, benefícios e alternativas, como expressão do princípio da autonomia da vontade, o Acórdão entendeu que, na hipótese dos autos, restara incontroverso o não cumprimento do dever de informação do paciente que se submeteu a cirurgia de apneia obstrutiva do sono sem ser informado dos riscos decorrentes de suas próprias condições físicas, que poderiam dificultar eventual realização de intubação – o que ocorreu e levou o paciente a óbito.

Diante disso, novamente o STJ cria um precedente favorável à proteção dos direitos da personalidade do paciente, firmando o entendimento no sentido da não admissão do chamado “*blanket consent*”, ou seja, não admitindo a prestação de um consentimento genérico, sem individualização das informações transmitidas ao paciente, de modo a afetar o seu direito fundamental à autodeterminação.

Assim sendo, a ausência de informação aos pacientes sobre os riscos – ordinários e relevantes – de qualquer intervenção médica a ser submetido, afeta a sua capacidade de expressão de vontade e fere frontalmente seus direitos de personalidade.

A partir de então, compreende-se, portanto, a importância do Poder Judiciário na exigência da existência de conduta culposa para que só então o médico venha a ser responsabilizado civilmente, bem como na exigência do consentimento informado, a fim de garantir a proteção do direito à autodeterminação do paciente.

Para além do âmbito judicial, destaca-se ainda o caso da ativista e influenciadora brasileira, Luísa Mell, que foi submetida a procedimento cirúrgico sem

o seu consentimento no ano de 2020. Este foi um caso de grande repercussão social, conforme pode-se inferir de diversos portais e sites da internet.³⁸

A ativista divulgou em suas redes sociais que, a priori, se dirigiu ao consultório dermatológico para realização de procedimento de laser com a presença de um médico anestesista, tendo em vista recomendação do profissional dermatologista.

Contudo, passados os efeitos da anestesia e finalizada a intervenção, o médico a relatou ter realizado também um procedimento de lipoaspiração nas axilas como forma de “presente” à influenciadora, no decorrer da realização do laser, sem qualquer autorização prévia.

Luísa Mell relatou que, para além de sentir-se violentada pela falta de seu consentimento, sofreu também danos estéticos diante da presença de cicatrizes e queimaduras.

Ora, estamos diante de clara inobservância ao direito de autodeterminação do paciente, uma vez que fora realizado procedimento invasivo, sem autorização, enquanto a paciente estava sob os efeitos de anestésicos, não sendo sequer colhida a manifestação da sua vontade prévia.

Apesar da ativista escolher não acionar o Poder Judiciário, é fundamental perceber que o profissional médico poderia vir a ser responsabilizado civilmente pelos danos causados à paciente no caso em tela. Danos estes, como anteriormente visto, não somente no tocante à sua integridade corporal, mas também à sua autonomia e expressão de vontade.

Portanto, como bem cediço, a responsabilidade civil médica é decorrente de ato ilícito e culposos que, através de uma relação de causalidade, é capaz de resultar em danos ao paciente. O que é imprescindível compreender, no entanto, é que tais danos ocorridos não dizem respeito apenas à saúde ou integridade corporal do paciente: o médico será responsabilizado pela não observação da autonomia e liberdade de escolha do paciente, porquanto tais condutas, por si só, caracterizam danos aos direitos da personalidade.

³⁸ REDAÇÃO QUEM. Luísa Mell confirma divórcio e fala de lipo sem autorização: "Violência". Revista Quem, 2021. Disponível em: <https://revistaquem.globo.com/QUEM-News/noticia/2021/07/luisa-mell-confirma-divorcio-e-fala-de-cirurgia-sem-autorizacao-violencia.html>. Acesso em: 05 jun. 2024.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da superação do exacerbado modelo paternalista e conseguinte consolidação dos direitos da personalidade do paciente, sobretudo do direito à autodeterminação, houve uma modificação de toda a estrutura da relação médico-paciente.

Com isso, o paciente ganhou um papel mais atuante, enquanto verdadeiro protagonista daquela relação, a ele cabendo as escolhas relacionadas à sua saúde e integridade psicofísica.

Nesse sentido, qualquer violação do consentimento prestado pelo paciente permite afirmar a ocorrência de dano à sua autonomia, de forma a provocar a responsabilidade civil do profissional médico, ainda que não se verifique qualquer dano à saúde física do enfermo.

Necessário, contudo, reconhecer existir situações em que, devido à urgência para agir e não sendo possível a prestação de consentimento pelo paciente, será invocada a figura do consentimento presumido, não incidindo qualquer tipo de responsabilidade civil pela intervenção médica realizada.

Com efeito, o objetivo principal deste trabalho foi analisar a construção e consolidação do consentimento informado e a responsabilidade civil decorrente de sua violação ou não observância na relação médico-paciente – principalmente no tocante aos danos causados à autodeterminação – bem como a averiguação das hipóteses em que este consentimento pode ser presumido. Foram estes os pontos de partida para o estudo através de método hipotético-dedutivo, tendo como técnica de pesquisa predominante a revisão bibliográfica da doutrina, da jurisprudência e da legislação aplicável.

No primeiro capítulo, com fulcro de estabelecer uma consagração histórica, buscou-se desenhar o desenvolvimento e a consolidação do consentimento informado e o modo através do qual os direitos da personalidade ganharam uma maior proteção, inclusive o próprio direito ao consentimento.

Destarte, apresentou-se os principais dispositivos e instrumentos normativos, em uma perspectiva histórica, que possibilitaram a consagração daqueles direitos, até o momento da consolidação do consentimento enquanto premissa fundamental.

Ato contínuo, o objetivo do segundo capítulo foi demonstrar que o consentimento do paciente deve ser precedido de requisitos indispensáveis, tais quais

a sua plena capacidade para autorização da intervenção médica e sua eficaz compreensão, alinhadas ao dever de esclarecimento da informação a ser transmitida pelo profissional e a ausência de quaisquer vícios para sua validade.

Ademais, analisou-se ainda as modalidades da declaração do consentimento, do mesmo modo em que se verificou o direito ao não consentimento e ao não recebimento das informações pelo profissional médico.

Nesses dois primeiros capítulos fixamos as bases para construir o último capítulo.

Assim sendo, no terceiro e último capítulo, tratou-se de verificar de que modo poderá o médico ser responsabilizado civilmente, independente do cometimento de erro quanto às regras próprias de seu ofício, mas tão somente diante da violação do consentimento do paciente, ainda que não tenha causado danos à sua saúde.

Ainda no terceiro capítulo analisou-se quais são as hipóteses que admitem a dispensa do consentimento do paciente, ou seja, as hipóteses em que nós teremos uma presunção do consentimento.

Primeiramente, concluiu-se, a partir da bibliografia consultada, que o consentimento informado é hoje premissa consagrada na relação médico-paciente, sendo ainda um direito consagrado e um bem tutelado pelo ordenamento jurídico.

É, em síntese, a conformidade expressa pelo paciente, tão logo adequadamente informado, para a realização de qualquer tipo de intervenção médica, procedimental ou diagnóstica.

Assim sendo, o consentimento informado representa a expressão dos direitos à autodeterminação e autonomia do paciente, sendo indispensável para consolidação e validade da relação médico-paciente, impondo, ainda, parâmetros à atuação médica que deve se limitar a este consentimento prestado.

Entretanto, é imprescindível destacar que só caberá falar em um consentimento válido se observados os seus pressupostos, quais sejam a capacidade e compreensão do paciente, o dever de esclarecimento e a ausência de vícios.

Noutro aspecto, também se concluiu que ainda que atuando em estrita observância às normas e técnicas profissionais, caso o médico venha a não obedecer aos limites do consentimento imposto pelo paciente, caberá a ele o dever de reparação do dano causado, diante da violação da autodeterminação daquele, ressalvadas as situações em que o consentimento pode ser presumido, sendo este uma excludente da responsabilidade civil médica.

Ou seja, constatou-se a possibilidade de imputação de responsabilização civil ao profissional médico quando da sua atuação contrária à manifestação da vontade do paciente, ainda que tenham sido empregadas todas as técnicas próprias do seu ofício e independentemente da ocorrência de quaisquer outros tipos de danos.

Desse modo, verificou-se que, para além dos danos referentes à saúde, propriamente, do paciente, o desrespeito à sua autonomia e ao seu consentimento prestado são também considerados danos que, por si, já nos permite tratar da incidência de responsabilidade civil.

Contudo, reconheceu-se existir situações excepcionais em que, a urgência na intervenção médica – a fim de salvar a vida ou integridade do enfermo – e a impossibilidade de obtenção do consentimento do paciente, permitem a presunção deste consentimento.

Em sendo o consentimento presumido, supõe-se que o paciente teria consentido com a intervenção realizada caso tivesse conhecimento da situação e condições de expressar sua vontade, não havendo, assim, de que se falar em responsabilização civil do médico, porquanto agindo em conformidade com o exercício regular de um direito ou atuando em estado de necessidade.

De todo modo, resta incontroversa, portanto, a necessidade de respeito à liberdade do paciente, reconhecendo seu direito à escolha e autodeterminação quanto aos procedimentos e intervenções médicas a serem adotados no tocante à sua saúde e integridade psicofísica.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, R. R. **Responsabilidade civil do médico**. Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ, n. 45.

BARBOZA, H. H. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ–Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, v. 1, n. 2004.

BEAUCHAMP, T. L; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

BELTRÃO, S. R. **Autonomia da vontade do paciente e capacidade para consentir**: uma reflexão sobre a coação irresistível. *Revista de Direito Sanitário*, v. 17, n. 2, 2016.

BRASIL. Resolução CFM nº 671/75. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1975/671>> Acesso em: 20 mar. 2023

CAVALIERI FILHO, S. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 432.

CFM, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 2009, seção I, p. 90. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em 24 mai. 2024

CFM, Conselho Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: < https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf> Acesso em: 27 maio. 2024.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, v. 22, 2012.

DIAS, A. G. P. **Direito dos pacientes e responsabilidade médica**.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 10.ed., São Paulo: Saraiva, 1996, v.7, p.29.

DINIZ, M. H. **O estado atual do Biodireito**. 3ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

FRANÇA, G. V. **Direito médico**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2013, p.245.

FRANÇA. G. V. **Direito Médico**. 17º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRANCO, E. C. **O direito de escolha do menor**. Publicado em 2016. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/52665/o-direito-de-escolha-do-menor>>. Acesso em 25 de mai. 2024

GODINHO, A. M.; GUERRA, G. R. **A defesa especial dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro.** Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 13, n. 1, 2013.

GODINHO, A. M. **Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”:** uma necessária ruptura com o regramento civil da (in) capacidade jurídica. Discutindo a autonomia. Salvador, Juspodivm, p. 31-48, 2014.

GODINHO, A. M. **Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes.** In: Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades. Nos 30 anos do Centro De Direito Biomédico. Instituto Jurídico, 2019. p. 21-32.

GODINHO, A. M. **Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária.** Curitiba: Juruá, p. 255, 2014.

KFOURI NETO, M. **Culpa médica e ônus da prova;** Responsabilidade civil do médico. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico.** 8° ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

LEOPOLDO, S. F. **Da ética filosófica à ética em saúde.** In: Costa FIF, Garrafa V, Oselka (org). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

LEIRIA, C. S. **Transfusões de Sangue Contra a Vontade de Paciente de Religião Teste-munhas de Jeová:** Uma Gravíssima Violação de Direitos Humanos. Atuação, v. 14, p. 219, 2009.

LORENZETTI, R. L. 1997 apud KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova.** São Paulo: RT, 2002.

MIZIARA, I. D. **Ética para clínicos e cirurgiões:** consentimento. Revista da Associação Médica Brasileira, v. 59, p. 312-315, 2013.

PAIXÃO, C. V. S.; RIBEIRO, H. V. P. **O consentimento hipotético na relação médico-paciente.** Revista de Direito Médico e da Saúde, n. 22, p. 138, 2020.

PANISA, P. **O consentimento livre e esclarecido na cirurgia plástica:** e a responsabilidade civil médica. RCS Ed., 2006.

PEREIRA, A. G. D. **O consentimento informado na relação médico-paciente.** Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

PICCININI, M. F. **Relações contratuais fáticas na relação médico-paciente.** 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

REDAÇÃO QUEM. Luísa Mell confirma divórcio e fala de lipo sem autorização: "Violência". Revista Quem, 2021. Disponível em: <https://revistaquem.globo.com/QUEM-News/noticia/2021/07/luisa-mell-confirma-divorcio-e-fala-de-cirurgia-sem-autorizacao-violencia.html>. Acesso em: 05 jun. 2024.

RIBEIRO, D. C. **Autonomia e consentimento informado**. In: RIBEIRO, D. C. **A relação médico-paciente**: ve-lhas barreiras, novas fronteiras. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 206.

RODRIGUES, J. V. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente.

SÁ, É. P. P. L.; ROCHA, Á. S. **A construção da teoria do consentimento informado no brasil historicidade e análise da jurisprudência do superior tribunal de justiça**. Revista Jurídica Eletrônica da UFPI, v. 9, n. 1, p. 159-181, 2022.

STJ. Jurisprudência. Disponível em: https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/view/AYYVAVI8kY0GYj_ndvAB?words=RESPONSABILIDADE%20M%C3%89DICA%20SUBJETIVA#. Acesso em 12 de junho de 2024.

STJ. Jurisprudência. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700466337&dt_publicacao=08/06/2021. Acesso em 12 de junho de 2024.

STJ. Jurisprudência. Disponível em: <https://cjo.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=18000543&cdForo=0>. Acesso em 12 de junho de 2024.

STJ. Jurisprudência. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802689219&dt_publicacao=08/04/2022. Acesso em 12 de junho de 2024.

VAZ, W. L.; REIS, C. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 7, n. 2, p. 489-514, 2007.

WANSSA, M. C. D. **Autonomia versus beneficência**. Revista Bioética, v. 19, n. 1, p. 105-117, 2011.