

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

MAURILIO CASAS MAIA

**O DIREITO À INFORMAÇÃO E AS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DA
RELAÇÃO ENTRE O MÉDICO E O PACIENTE**

João Pessoa
2011

MAURILIO CASAS MAIA

**O DIREITO À INFORMAÇÃO E AS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DA
RELAÇÃO ENTRE O MÉDICO E O PACIENTE**

Dissertação para ser apresentada ao Mestrado
em Ciências Jurídicas e como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre em Ciências
Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos

João Pessoa
2011

M217d Maia, Maurílio Casas.

O direito à informação e as responsabilidades decorrentes da relação entre o médico e o paciente / Maurílio Casas Maia. - - João Pessoa: [s.n.], 2011. 182f.

Orientador: Fernando Antônio de Vasconcelos.

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Direito. 2. Atividade médica. 3. Responsabilidade civil. 4. Informação.

UFPB/BC

CDU: 34(043)

MAURILIO CASAS MAIA

**O DIREITO À INFORMAÇÃO E AS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DA
RELAÇÃO ENTRE O MÉDICO E O PACIENTE**

A presente dissertação, requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas, foi objeto de arguição no dia ____ de _____ de 2011, pela banca abaixo mencionada e cujos membros assinam a presente folha, tendo obtido conceito _____, com média final _____.

Banca Examinadora:

_____ Nota: ____ ()

Presidente: Prof. Dr.

_____ Nota: ____ ()

Membro: Prof. Dr.

_____ Nota: ____ ()

Membro: Prof. Dr.

_____ Nota: ____ ()

Suplente: Prof. Dr.

João Pessoa, ____ de _____ de 2011.

Dedico esta conquista a Deus e meus pais, como forma de gratidão por estarem sempre ao meu lado, nos momentos nos quais mais precisei, dando força, paz e carinho. Aos amigos presentes ou ausentes, os quais de alguma forma contribuíram com este momento por força de todas as experiências compartilhadas.

Agradeço a Deus por sua Misericórdia eterna e bondade para comigo; A meus pais pelo Amor a mim devotado; Ao meu orientador, dr. Fernando Antônio de Vasconcelos, pela paciência e atenção, cujos ensinamentos serão levados até o fim de minha vida acadêmica; Aos amigos Chíxaro, Cavalcante e Arantes por todo apoio; À Família Roessing com votos de gratidão; Aos professores da UFPB pela amizade e lições sem preço; Aos amigos por saber que com eles posso contar, especialmente Thiago Braga Dantas pelo incentivo neste mestrado.

“O que sabemos é uma gota. O que ignoramos um oceano”.
Isaac Newton, 1643-1727.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi determinar qual seria a extensão informativa necessária para fazer válido o consentimento informado, legitimando dessa forma o ato médico. A escolha do tema decorreu do relevo que vem ganhando o direito à informação tanto para efeito do consentimento do paciente como para concluir pela responsabilidade civil do médico. Por isso, fez-se imprescindível avaliar em que extensão e qualidade a informação será repassada ao paciente, se o teor informativo será fixado à luz do padrão do paciente real ou de um paciente abstrato, ou ainda se o próprio médico poderá selecionar a informação ao seu alvedrio. Para cumprir tal meta, foram estudadas questões históricas atinentes ao consentimento informado e a responsabilidade civil médica, os princípios e direitos fundamentais incidentes sobre a relação médicas, assim como as características essenciais desta. A partir de então foram analisados os elementos formadores do consentimento informado, o binômio informação e consentimento, para somente após isso adentrar no âmbito da responsabilidade civil médica. Utilizou-se do método de abordagem indutivo porque se partindo de institutos particulares, buscou-se formar uma regra geral quanto à extensão da informação médica. No tanger dos métodos de procedimento, adotou-se o método histórico e o funcionalista, porquanto o desenvolvimento dos institutos relacionados à problemática estudada e suas finalidades são elementares à conclusão deste trabalho. Por fim, quanto às técnicas de pesquisa foram adotadas a pesquisa bibliográfica e a documental, principalmente com base na doutrina e na jurisprudência nacional. A título de conclusão, entendeu-se que a informação deve ser prestada de acordo com padrão do paciente concreto sob pena de responsabilização civil do médico, ocorrendo tal fato principalmente por conta da aplicação do princípio da isonomia real na relação médica, obrigando o profissional a respeitar a capacidade cognitiva peculiar a cada paciente.

Palavras-chaves: informação. atividade médica. responsabilidade civil.

ABSTRACT

The purpose of this study was to assess the extent necessary information to make valid informed consent, legitimizing the medical act. The theme was due to the increasing importance of the right to information for both the effect of patient consent as to examine the liability of the physician. Therefore, it was essential to assess the extent and quality information will be passed on to the patient if the information content will be determined by a standard real patient or a patient abstract, or if the doctor can select the information to its discretion. To achieve this goal, we studied the historical issues of informed consent and medical liability, the fundamental principles and rights incident on the medical relationship, as well as the essential characteristics thereof. Since then analyzed the formative elements of informed consent, informed consent to enter only after the scope of medical liability. We used the method of inductive approach because it is coming from private institutions, we attempted to form a general rule for the extension of medical information. Tanager in the methods of procedure, we adopted the functionalist and the historical method, because the development of institutes related to the problem under study and its goals are basic to the conclusion of this work. Finally, with regard to research techniques were adopted to bibliographical and documentary research, based primarily on the doctrine and jurisprudence. In conclusion, it was felt that information should be provided in accordance with standard concrete patient under penalty of civil liability of the doctor, this mainly because of the principle of real equality in the medical relationship, forcing theThe aim of this study was to assess the extent necessary information to make valid informed consent, legitimizing the medical act. The theme was due to the increasing importance of the right to information for both the effect of patient consent as to examine the liability of the p trader to observe the ability of understanding of each patient.

Keywords: Information. Medical practice. Civil Responsibility.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CC/1916 – Código Civil de 1916

CC/2002 - Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CEM/1988 – Código de Ética Médica de 1988

CEM/2009 – Código de Ética Médica brasileiro de 2009

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

RESP – Recurso Especial

REXT – Recurso Extraordinário

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 ASPECTOS HISTÓRICOS, PRINCÍPIOLÓGICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS VINCULADOS À RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE.....	17
1.1 As relações contratuais.....	17
1.1.1 A questão contratual no Brasil: Do subjetivismo à objetivação.....	19
1.1.2 A relação entre médico e paciente sob os influxos econômicos.....	21
1.2 A responsabilização civil médica e seu avanço histórico.....	23
1.3 O consentimento informado: surgimento e referências.....	24
1.4 Direitos Fundamentais vinculados ao consentimento informado.....	29
1.5 Princípios das relações contratuais incidentes na relação médica.....	39
2 A RELAÇÃO ENTRE PACIENTE E MÉDICO.....	59
2.1 O paciente-doente: A supervulnerabilidade.....	60
2.2 O médico moderno: A sobrecarga de trabalho e a limitação da autonomia técnica.....	61
2.3 O diálogo necessário.....	62
2.4 A comunicação médico-paciente: O acordo de cooperação comunicativo.....	63
2.4.1 Premissas da comunicação entre médico e paciente.....	64
2.4.2 A importância da comunicação na relação médica.....	65
2.4.3 O bom relacionamento: Efeitos na responsabilização civil prática?.....	67
2.5 O contrato médico.....	67
2.6 Deveres do médico.....	70
2.7 Base legal da relação entre médico e paciente: Entre o CDC e o sistema civil geral.....	80
3 A INFORMAÇÃO.....	88
3.1 O regramento da informação enquanto direito autônomo em palco constitucional.....	88
3.1.1 A informação em nível constitucional enquanto garantia do exercício de outros direitos fundamentais.....	89
3.1.2 A informação e o Código de Defesa do Consumidor.....	91
3.2 A informação médica como dever principal.....	95
3.3 A informação e seu fundamento ético.....	97
3.4 O dever de “informar-se” e o direito à informação por parte do médico.....	98
3.5 O dever de falar a verdade e a relação de confiança.....	99
3.5.1 O privilégio terapêutico: A proteção da fragilidade do paciente perante a informação.....	100
3.5.2 Inépcia compreensiva do paciente.....	101
3.5.3 A recusa voluntária de acesso à informação: O reflexo do princípio da liberdade de autodeterminação.....	102
3.6 A extensão informativa adequada.....	103
4 O CONSENTIMENTO INFORMADO.....	111
4.1 Terminologia.....	111
4.2 Conceito de consentimento informado.....	111
4.3 Finalidade bifrontal do Consentimento Informado.....	115
4.4 Natureza do consentimento informado.....	117
4.5 Efeitos do Consentimento Informado.....	118
4.6 Pressupostos.....	121
4.6.1. Os sujeitos e sua capacidade para consentir.....	122
4.6.2 A informação como requisito do consentimento informado.....	124
4.6.3 A forma do consentimento informado.....	125
4.7 A possibilidade de revogação ou mudança no Consentimento.....	126
4.8 Exceções ao dever de obter o Consentimento Informado.....	127
4.9 Alguns casos específicos: Os portadores de necessidades especiais e os indígenas.....	128

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	131
5.1 Os Pressupostos da responsabilidade Civil	131
5.1.1 Ação ou Omissão causadora Dano	132
5.1.2 A Culpa.....	134
5.1.3 O Dano.....	138
5.1.4 O nexo causal	144
5.2 Especificidades da responsabilidade civil do médico.....	147
5.2.1 Das Obrigações de meio e de Resultado	148
5.2.2 Da responsabilidade contratual e extracontratual	151
5.2.3 Da responsabilidade subjetiva e objetiva.....	153
5.2.4 Do ônus da prova.....	155
5.3.1 A prevenção médica médica e a prova do consentimento informado em juízo	161
CONCLUSÕES	165
REFERÊNCIAS	169

INTRODUÇÃO

A relação entre o médico-fornecedor e o paciente-consumidor, como não poderia deixar de ser, é permeada por incursões de normas do Código de Defesa do Consumidor, estatuto legal que rege diversos direitos fundamentais de 3ª dimensão.

Extraí-se, da afirmativa delineada acima, a importância concretizada no respeito à comunicação na relação médica como instrumento de respeito a direitos fundamentais do cidadão-consumidor, dentre os quais se destaca o direito à informação, que por sua vez resguarda outros direitos fundamentais, tais como a liberdade de escolha e a segurança, valores tão caros ao Estado Democrático de Direito.

Na relação profissional em comento, o binômio informação e consentimento livre constitui o chamado consentimento informado ou esclarecido, representando fonte de legitimação do ato médico, sendo “condição indispensável” da multicitada relação incidente sobre os indisponíveis direitos da personalidade do indivíduo, tal como é a integridade físico-psíquica.

O consentimento esclarecido fortalece a cidadania, pois, como os demais direitos do consumidor, projeta eficácia no sentido de extirpar a alienação do cidadão em relação aos seus direitos. Na seara médica se pode falar, *verbi gratia*, em proteção ao direito de opção do método de tratamento diante de todas as possibilidades apresentadas pelo médico com a respectiva relação entre risco e benefício, assim como em respeito ao direito de segurança, relativamente à informação tangente dos riscos e cautelas atinentes ao tratamento de saúde.

Quando se fala em direito de opção, seja este de decidir submeter-se ao tratamento ou mesmo relativo à escolha do tratamento mais conveniente, deve-se entender que consentimento livre e esclarecido vem em socorro do princípio da dignidade humana, da liberdade, autodeterminação e, por que não afirmar também, da Vida.

Como o visto, a informação e o consentimento na relação médica tutelam direitos fundamentais que, mesmo em se tratando de relação entre particulares, devem ser respeitados em virtude da eficácia *erga omnes* dessa forma de direito que é corroborada pela teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, cada vez mais constitucionalizando o direito privado.

Violado o dever de obtenção do consentimento livre, sendo inexistente ou defeituosa a informação para obtenção daquele, abre-se a possibilidade de responsabilização do profissional médico ainda que o paciente consumidor seja curado através do procedimento empregado. Ocorre que nem sempre foi assim.

A preocupação com a obtenção do assentimento do paciente somente se tornou latente no meio jurídico e científico após as atrocidades nazistas ocorridas no tramitar da Segunda Grande Guerra, culminando com o julgamento dos médicos e cientistas da parte vencida, pelo Tribunal de Nuremberg, sendo o Código por este órgão editado, em 1948, marco histórico dos direitos humanos na área médica.

Com a evolução do instituto do Consentimento, percebeu-se que a formal obtenção daquele não era suficiente para proteção dos direitos – fundamentais – do paciente, levando a comunidade a buscar a obtenção de um consentimento qualificado pela prévia e compreensível informação, daí falar-se em consentimento material, real ou substancial como permissivo do efetivo exercício da autonomia do ser humano.

Mas não foram somente os fatídicos acontecimentos gerados durante a Segunda Grande Guerra que acarretaram mudanças de atitude na relação profissional em apreço. Noutro giro, observa-se que a massificação do oferecimento de serviços, o contínuo distanciamento entre contratantes, o aumento da impessoalidade na relação e o quase desaparecimento dos clássicos médicos de família, reivindicaram novos parâmetros para avaliação da relação médico-paciente e, por via oblíqua, fortaleceu a necessidade de pré-informar com o escopo de obter o consentimento.

Com essa necessidade-obrigação de verificação do consentimento informado do paciente, tanto os médicos, como os juristas, indagam-se pertinentemente qual a extensão necessária das informações prestadas para que se possa proporcionar ao médico e ao paciente o fim esperado: A legitimação do ato médico e a conseqüente proteção dos direitos fundamentais do paciente-consumidor.

É fato notório, tanto para os profissionais de saúde quanto para os Juristas, que as “ações de responsabilidade médica estão crescendo em todo o mundo, e o Brasil não constitui exceção. E dentro destas (...) grande parte se deve a problemas de comunicação, a vícios de informação, à falta de esclarecimentos ao paciente”, assim alertou André Gonçalo Dias Pereira prefaciando o livro de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 15) acerca do instituto do consentimento informado.

Justamente nesse cenário de intensa litigiosidade pontencial que o instituto, ainda “incipiente”, do Consentimento Informado se revela *condictio sine qua nom* para o exercício profícuo da medicina, seja quanto ao sujeito ativo do ato médico, seja pelo sujeito passivo, o paciente.

O consentimento devidamente esclarecido é via protetora de mão dupla, pois tanto protege o profissional de saúde, legitimando seu ato, quanto ao paciente-consumidor, que

usará da autonomia para escolha do tratamento que melhor atender a seus interesses, ciente dos riscos, limitações e benesses.

A temática da informação se reveste de tamanha seriedade que poderá ser o profissional condenado a indenizar o paciente independentemente do aparente sucesso ou insucesso do tratamento. Nesse sentido leciona Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 90-91, grifo nosso):

Atualmente, os tribunais estrangeiros e brasileiros entendem que a falta do consentimento informado é motivo de responsabilização civil, independentemente do sucesso ou insucesso do tratamento de saúde, dada importância que o tema passa a adquirir na sociedade moderna.

Dessa forma, demonstra-se a importância do consentimento informado como “(...) condição ou pressuposto que confere licitude às intervenções que, estando indicadas, pretenda realizar o profissional” (CASABONA, 2005, p. 146), sendo, por isso, verdadeiro instrumento de repartição de riscos nessa complexa relação jurídica.

“O consentimento informado é parte integrante do ato médico”, sendo formado pelo binômio “Informação e consentimento”, pois sem um desses elementos não se pode falar em consentimento esclarecido (SOUZA, 2003, p. 64). Dessa forma, inexistente ou defeituoso um desses elementos, estará em risco o principal efeito do consentimento informado, qual seja o de tornar legítima a incursão do médico nos direitos da personalidade do indivíduo.

Destarte, estudar os requisitos de existência, validade e eficácia do Consentimento Informado requer uma análise dos seus elementos formadores, o consentimento e a informação.

Quanto ao requisito da informação, existem peculiaridades intrínsecas para definir sua extensão e conteúdo. Nesse ponto diversas questões se revelam quanto aos riscos a serem informados: Deve ser realizada uma exposição completa dos riscos, ministrando verdadeiro curso ao paciente? Devem ser informados os riscos ordinários ou também os riscos residuais? Quanto à forma de transmissão da informação, esta deverá ser transmitida ao paciente a partir de um critério geral do homem médio ou o profissional de saúde deverá necessariamente adaptar o conteúdo da informação ao homem real, ao paciente individualizado?

Ao remate, destaque-se, a problemática da extensão e conteúdo da informação integrante do consentimento esclarecido é tema merecedor de auspícios, bem leciona Octávio Luiz Motta Ferraz (2009, p. 168): “O que se discute atualmente e é objeto de muita controvérsia é a extensão que essa informação deve possuir, ou seja, o conteúdo do dever de

informação do prestador de serviços de saúde que será de extrema importância, como vimos na apuração de sua responsabilidade”.

Por ser tema palpitante, relevante e atual, questiona-se: Qual deve ser a extensão e a qualidade da informação prestada a fim de que se propicie o efeito legitimador do ato médico a ser produzido pelo consentimento esclarecido?

O objetivo geral da dissertação será analisar a viabilidade da informação conferida pelo médico tendo como base referencial o homem médio para fim de validade do consentimento informado, da legitimidade do ato e da responsabilidade médica.

O 1º (primeiro) capítulo apresentará a evolução histórica da necessidade de informação e obtenção do consentimento na seara médica, identificando fatos relevantes para justificar o atual estágio de desenvolvimento do consentimento informado, assim com serão estudadas a base jurídico-principiológico mesmo.

Em seguida, no capítulo 2º (segundo), serão levantados e caracterizados os elementos e características da relação entre o médico e paciente, inclusive seus direitos e obrigações peculiares

A seguir, no capítulo de número 3 (três), é realizado estudo sobre a informação, incluído os elementos a serem levados em consideração para fins de obtenção do assentimento do paciente.

Em continuidade, no capítulo 4 (quatro), serão identificados o conceito, natureza, efeitos e pressupostos do Consentimento Informado para que, por fim, no capítulo 5 (cinco), sejam identificadas e delineadas as características da responsabilidade civil do médico, explicando-se como a existência, extensão e qualidade da informação pode repercutir sobre a responsabilidade do multicitado profissional de saúde.

Destarte, a divisão do presente trabalho na forma supra apontada buscará apresentar subsídios para responder à indagação central da dissertação, que é relacionar a medida adequada de informação à validade do consentimento informado e à responsabilização civil do profissional de saúde.

O presente estudo parte de alguns pressupostos básicos como o dever de informação adequada do fornecedor de serviços regulado pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC, recaindo ainda o estudo sobre as disposições do Novo Código de Ética Médica – CEM/2009 (Resolução 1.931 de 17/9/2009), que tratam sobre a informação médica.

A informação médica por objetivo a proteção da autodeterminação esclarecida do paciente, sendo comum que a doutrina nacional aponte como elementos mínimos os seguintes itens (BARROS JÚNIOR, p. 83): Diagnóstico, prognóstico possível para cada tipo de

tratamento, opções terapêuticas – padrão e alternativas, riscos, complicações, devendo ainda prescrever o comportamento necessário ao enfermo (KFOURI NETO, 2010, p. 35).

Infelizmente e apesar da harmonia doutrinária acerca do conteúdo mínimo da informação, é preciso ponderar que diversas dificuldades práticas pairam sobre a eleição da informação médica a ser prestada.

O primeiro ponto nebuloso guarda relação com os riscos a serem informados: Deveria o médico informar toda lista de riscos clínicos existentes ao paciente? Ocorre que o perigo de o médico ser obrigado a prestar verdadeiro curso médico ao paciente é alto e pode inviabilizar o próprio tratamento médico. Por outro lado, deixar de informar determinados riscos pode representar forma de afronta à autodeterminação do paciente, sendo possível aferição da culpa médico se, eventualmente, restar demonstrado algum dano ao paciente decorrente da omissão informativa.

Os riscos comportam diversas modalidades de classificação, daí porque se fala em riscos quanto à frequência de ocorrência (alta ou baixa), quanto à essência (evitável ou inevitável) e quanto ao grau (leve, médio ou grave), sendo importante definir os mesmos e delimitar se todos ou apenas alguns farão parte da obrigação de informar.

Por outro lado, não se esqueça da problemática dos riscos desconhecidos (*unknowable risks*). Para o direito francês, por exemplo, há presunção de que os profissionais devem conhecer os produtos ou serviços que colocam no mercado (*peritus artis suae*). Noutro giro, há caso considerado extremo ocorrido nos Estados Unidos da América no qual uma fornecedora de produtos foi condenada por risco desconhecido pela ciência à época que o produto foi colocado no mercado.

Além do problema concernente à definição do conteúdo, outra problemática constante na questão informativa é definir o modo como a informação será transmitida a fim de que o instituto alcance sua finalidade de ser instrumento do consentimento válido. Assim, poder-se-ia indagar se há maneira universalmente válida para todos os pacientes, ainda que sejam distintos do ponto de vista antropológico ou psicológico, ou o esculápio estaria obrigado a criar tantas formas diferentes de informar quanto forem distintos seus pacientes?

As indagações colocadas em pauta têm importância na prática jurídica e médica, porquanto a ausência de informação é fato que pode sim conduzir à responsabilização do profissional na prática, como tem reconhecido os Tribunais no Brasil e no mundo. A questão se torna ainda mais relevante quando salientado que, na década de 90, mais de 50% dos processos contra médicos decorriam de problemas comunicativos, como os decorrentes de ausência ou deficiência informativa.

Para que se alcance os objetivos do presente trabalho se faz imprescindível a utilização de métodos de abordagem e de procedimento, conforme divisão apontada por Ana Luisa Celino Coutinho e Fredyz Orlando Sorto (2002, p. 340-342). O método de abordagem utilizado é o indutivo, pois se busca uma proposição geral acerca da extensão informativa necessária após o estudo dos elementos componentes da relação médico e paciente, partindo-se, portanto, do específico para o geral. O Método de procedimento, por sua vez, será o hitórico e o funcionalista, pois além de se buscar supedâneo para as conclusões do estudo no desenvolvimento dos institutos em apreço, buscar-se-á traçar a relação entre todos os elementos dos estudos de acordo com seu papel na cadeia social, a fim de se chegar à proposição final. Com relação à técnica de pesquisa, o levantamento de dados se dará por pesquisa bibliográfica e documental, buscando base principalmente na jurisprudência e na doutrina.

Após estas breves considerações introdutórias, sem olvidar dos apontamentos acima anotados, segue a dissertação propriamente dita.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS, PRINCIPIOLÓGICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS VINCULADOS À RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

O princípio de qualquer estudo, por certo, deve permear questões atinentes ao seu desenvolvimento dos institutos respectivos ao longo dos anos e também de seus aspectos principiológicos. Busca-se com base no presente capítulo dar lastro para o desenvolvimento do objeto sob análise: O consentimento informado, integrado pelo binômio informação e consentimento.

1.1 As relações contratuais

O contrato é “principal instrumento jurídico das relações econômicas (...) e distribuição bens” (SOARES, 2008, p. 32 e 35), buscando conferir segurança jurídica na regulação do tráfico de riquezas¹, motivo pelo qual sua materialização e princípios jurídicos regentes, refletem a realidade sócio-econômica de uma época. É nessa perspectiva, a econômica, o olhar sobre a evolução histórica desse relevante instrumento jurídico e econômico.

Nos idos da Roma antiga, o contrato era marcado pelo formalismo exacerbado, o que foi atenuado na Idade Média, por influência do direito canônico, no qual a simples palavra dada já possuía força vinculante independente de forma.

Com o advento das revoluções burguesas e do racionalismo europeu, no século XIX, buscou-se caracterizar os contratos com fulcro na liberdade exposta na autonomia dos indivíduos e na igualdade existente entre os mesmos. Tratava-se de uma fase chamada de liberal, voluntarista e subjetivista.

O voluntarismo voltava suas atenções à autonomia da vontade. A liberdade contratual e de contratar definia o contrato como máxima expressão da liberdade e igualdade entre os indivíduos. O contrato era a medida do justo, pois se pressupunha a igualdade entre contratantes e o amplo debate para formação do vínculo negocial. O justo, na fase voluntarista do contrato é o aventado, nada mais e nada menos. O princípio do *pacta sunt servanda* – ou seja, o princípio da força obrigatória dos contratos – é a grande máxima do contrato nessa

¹ “O contrato nasceu da necessidade de regular as operações econômicas e propiciar a circulação e transferência de riquezas. Em outras palavras, o contrato é fenômeno econômico constituído pela declaração de vontades das partes, com o objetivo de assegurar direitos com fundamento no ordenamento jurídico vigente”. (A formação do Código Civil brasileiro tem parentesco com os Códigos Civis alemão, francês e português. É um código oitocentista, nascido no século XX (...)). (FIGUEIREDO, 2005, p. 34).

época. O anseio por segurança jurídica nas relações negociais se fazia crescente no quadro social apresentado à época. Nesse quadro a teoria voluntarista se apresentou como adequada para tanto, pois presumia igualdade entre as partes interessadas, sua liberdade e vinculava obrigatoriamente a parte ao negócio firmado.

A fase contratual liberal do voluntarismo, consagrada com a promulgação do *Code Napoléon* (1804), era marcada pelo individualismo e pela despreocupação com os aspectos sociais do contrato. A igualdade, embora importante, era levada a cabo em seu sentido formal, ou seja, igualdade em tese sem observância das peculiaridades fáticas concretas de cada contratante.

A alteração de perspectiva quanto às relações obrigacionais se mostrou necessária frente às mudanças no cenário econômico, pois com o advento da industrialização e o avanço da economia de massas na segunda metade do século XIX², alterando-se os meios de produção, as relações jurídicas foram, gradativamente, também se massificando, afastando as figuras contratuais na nova economia de massa.

A emergente economia de massa, despersonalizada, não permitia o amplo debate de cláusulas, ou seja, a igualdade formal pressuposta afrontava a realidade, na qual a desigualdade estava posta. Tal situação colocava em risco a autonomia dos contratantes, pois a liberdade de contratar (faculdade de escolher o parceiro contratual e realizar ou não o contrato de acordo com sua vontade) e contratual (*facultas agendi* relativa à formação do conteúdo das cláusulas contratuais), ambas expressão da autonomia da vontade segundo Almeida (2008, p. 141), foram mitigadas numa realidade na qual o contratante impunha sua vontade de forma pré-estabelecida ou na qual controlava a oferta de produtos como meio de influenciar o mercado, impondo sua vontade ao outro contratante. A crise do subjetivismo³ se instala e, com ela, agiganta-se a distinção entre vontade real e sentido objetivo da declaração.

A desigualdade reinante no quadro social narrado inicia mudança no paradigma contratual, substitui-se, gradativamente, em nível de importância no universo dos contratos, a igualdade formal e liberdade pela observância da igualdade substancial e pela solidariedade

² “Historicamente, o declínio do subjetivismo contratual surge, pela segunda metade do século XIX, da discrepância entre as concepções voluntaristas e algumas situações contratuais concretas. A primazia da vontade supõe uma certa caracterização pessoal, social e econômica dos agentes contratantes. Assim a autonomia da vontade não poderia funcionar como instrumento contrário, pronto a impedir ou dificultar a realização do acordo negocial. Com a industrialização e a expansão da economia de massas, a dinâmica dos fatos pôs-se a falsear a validade prática de alguns princípios diretores da contratação”. (FEITOZA, 2007, p. 376).

³ “O postulado de que a vontade livre dos sujeitos se afigurava como elemento suficiente para assegurar a melhor expressão dos interesses das partes contratantes não mais resistia à força dos acontecimentos. Abria-se, assim, uma crise do subjetivismo: Era preciso que a ordem jurídica admitisse a possibilidade de distinções entre vontade e interesse; entre vontade real e sentido objetivo da declaração. (*Idem, ibidem*, p. 376-377)”.

entre contratantes. Não é abandonado o valor liberdade, mas este passa a dividir espaço com outros princípios, sendo atribuída ao contrato uma função social adequada ao anseio da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O desequilíbrio contratual acaba por firmar a necessidade de reconhecer no contrato instrumento hábil à busca do equilíbrio perdido. As normas de direito privado, antes meramente supletivas à vontade das partes, passam a ser banhadas por normas de força cogente, fixando-se princípios como o princípio da boa-fé e da função social do contrato como norteadores das condutas dos contratantes, por exemplo. Trata-se de dirigismo contratual pelo qual o Estado passa a interferir na vontade privada dos contratantes para garantir a justiça contratual.

O subjetivismo abarcador do voluntarismo cede lugar ao objetivismo. Na via da objetivação contratual há busca pelo sentido objetivo das declarações e não somente pela vontade das partes interessadas no negócio. A novel realidade contratual, a fase da objetivação contratual, a leitura desse instrumento econômica segue as seguintes perspectivas (FEITOZA, 2007, p. 377-378): (i) As exigências da economia de massa; (ii) Crise no livre mercado com o aparecimento do Estado Interventor na economia por meio de inúmeras medidas, tais quais o dirigismo contratual; (iii) Maior amplitude do conceito de Interesse público, ordem pública, equidade e solidariedade social majorando a zona de interferência e influência estatal; (iv) aumento da ingerência contratual por parte dos poderes públicos, geralmente pelos poderes legislativo e judiciário.

1.1.1 A questão contratual no Brasil: Do subjetivismo à objetivação

No Brasil, o Código Civil de 1916 (CC/1916), marcadamente liberal e oitocentista⁴ por sofrer influxo direto dos códigos civis da Alemanha, Portugal e França, centra na vontade a força criadora dos contratos. O princípio do *pacta sunt servanda* é também a viga mestra inspiradora da realidade contratual.

O voluntarismo permanece reinante até a década de 50⁵, quando a economia de massa se instala alterando as relações econômicas, muda-se a forma produção, a larga escala predomina, estandardiza-se dos contratos para comércio, escancarando-se o desequilíbrio

⁴ “A formação do Código Civil brasileiro tem parentesco com os Códigos Civis alemão, francês e portugueses. É um código oitocentista, nascido no século XX (...)”. (FIGUEIREDO, 2005, p. 42).

⁵ “Até a década de 50, o contrato existia na sua concepção tradicional, tendo como premissa a igualdade das partes e ampla discussão das cláusulas e condições, de tal sorte que deveria resultar do acordo de vontades”. (ALMEIDA, 2008, p. 138).

entre contratantes no mercado de consumo e clareando a hipertrofia da vontade do fornecedor no mercado. A isonomia formal e a força obrigatória dos contratos, o *pacta sunt servanda*, tornavam-se insuficientes juridicamente para ofertar oposição às novas problemáticas sociais.

Atenuou-se, então, a força obrigatória dos contratos, adotando a teoria da quebra da base do negócio, protegendo-se os interessados contra cláusulas abusivas inseridas no contrato por hipertrofia da vontade unilateral de um contratante, dentre as regras hermenêuticas se fala naquela que privilegia o mais fraco na relação contratual e também em um dirigismo contratual, impondo-se normas de ordem pública sobre o elemento volitivo dos contratantes.

Inegavelmente o direito civil e contratual brasileiro passa a sofrer influxos da Constituição Cidadã (CRFB/88), promulgada em 1988, e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), tomando a busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária e as demais normas constitucionais. Fala-se em constitucionalização do direito privado⁶ e até em mitigação ou supressão da dicotomia clássica entre Direito Público e Direito Privado.

O Código Civil de 2002 (CC/2002), embora ainda com influências voluntaristas, aproxima-se muito mais da CRFB/88 e do CDC, sendo caracterizado pela observância da função social do direito e de cláusulas abertas como a Boa-fé a ser resguarda nos contratos.

A autonomia da vontade, limitada agora por elementos constitucionais zeladores da dignidade, sofre influxo da eficácia imediata⁷ e irradiante⁸ dos direitos fundamentais. Ressalte-se a título de esclarecimento que o Supremo Tribunal Federal (STF), além de reconhecer o caráter meramente exemplificativo do rol do art. 5º da Constituição da República, doravante somente CRFB/88⁹, consagra a aplicação dos direitos fundamentais nas

⁶ Chama-se de constitucionalização do direito privado o fenômeno pelo qual as normas de direito privado, outrora separados pela dicotomia clássica entre o direito público e o privado passam a receber influxos direitos da constituição, tornando tênue a divisão antes existente. Os códigos e regras infraconstitucionais passaram a ser relidos ou derogados pelos princípios e regras constitucionais, situação denominada de constitucionalização do direito. Nesse sentido: LISBOA, 2006, p. 55.

⁷ CRFB/88, art. 5º, §1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁸ Os direitos fundamentais são multifuncionais. Dentre as suas multifunções se sobrepõe sua função balizadora da interpretação de normas infraconstitucionais. Em outras palavras a Constituição expande seus efeitos a toda legislação abaixo da mesma, realizando a filtragem constitucional de normas. Nesse sentido se traz a lume a lição de Mitidiero: “É lição corrente na boa doutrina a existência de múltiplas funções acometidas aos **direitos fundamentais**, caracterizando-se como direitos **multifuncionais**. Dentre suas mais importantes tarefas, normalmente associada à sua **dimensão objetiva**, está a de ofertar **balizas para a interpretação** da legislação infraconstitucional. Fala-se, aí, em interpretação conforme aos direitos fundamentais, na **eficácia irradiante** desses [...]”. [grifo nosso]. (MITIDIERO, 2007, p. 45-46.).

⁹ O STF vem decidindo no sentido de que os direitos e garantias fundamentais não se limitam ao art. 5º da CRFB/88, cite-se, por exemplo, o direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da CRFB/88 (vide o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175-0).

relações entre particulares¹⁰, também chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O direito dos contratos, assim como as relações contratuais são constitucionalizadas (constitucionalização do Direito privado através da eficácia irradiante dos direitos fundamentais) sofrendo fortíssima influência do direito público e seus princípios. O direito dos contratos se humaniza, sendo a pedra angular do vetor dignidade a despatrimonialização¹¹ do direito privado e a repersonalização das relações jurídicas.

A leitura do direito dos contratos com advento da Constituição Cidadã, confirmando se torna mais humana, impondo aos aplicadores do direito maior atenção para com situações de desequilíbrio entre contratantes decorrentes do advento da economia de massas, passando o contrato a apresentar função social importante na busca de sociedade livre, justa e solidária.

1.1.2 A relação entre médico e paciente sob os influxos econômicos

A massificação da oferta de produtos e serviços não deixou de acarretar severas mudanças na relação entre o esculápio e o tratado.

O médico tradicional no século XIX e em boa parte do século XX era chamado médico de família. Na relação entre o médico de família e o paciente a intimidade e confiança na figura do facultativo é o traço marcante. Socialmente, o médico próximo à família era um ser merecedor de todo respeito e confiança por parte de todos. O paternalismo médico latente evitava a oferta de informações do médico para o paciente, a qual não se revelava necessária porquanto a confiança cega do paciente era o guia e o médico era sujeito social, em regra, acima de qualquer suspeita, não se admitindo litigância contra essa figura como leciona Reale (1977, p. 47-53) citado por Mariana Massara Rodrigues de Oliveira (2008, p. 15).

A antiga relação entre médico e paciente, ou seja, aquela na qual o ator principal era o paternalista médico da família e tinha como figurante o paciente-amigo, possuía as seguintes características: 1) Relações íntimas e personalizadas; 2) Confiança cega na simples figura do médico amigo da família; 3) Paternalismo médico que impedia em muitos casos a

¹⁰ O E. STF admitiu a aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares (Recurso Extraordinário 201.819-8).

¹¹ A despatrimonialização do direito consiste em voltar o centro jurídico ao ser humano e não ao patrimônio, como antes defendido na época do liberalismo clássico. As relações jurídicas que se despersonalizaram com advento da economia em massa, passaram na perspectiva atual a serem conduzidos à repersonalização em prol da dignidade humana, destinatária final da ordem jurídica. Nesse sentido: LISBOA, 2006, p. 51.

troca de informações do médico ao paciente e impunha a este relação de obediência cega, assim como também era cega a confiança depositada; 4) Baixo índice de litigiosidade¹².

Ocorre que a massificação da oferta dos serviços de saúde acarretou o desaparecimento gradual do confiável médico da família. O afastamento entre os contratantes não deixou espaço para confiança cega na figura do médico, tornando imprescindível, portanto, a troca de informações e também um bom conceito do profissional para criação de uma confiança informada por tais valores. Destarte, o avanço da tecnologia, da ciência, o progresso do mundo e das relações humanas, levou ao quase aniquilamento da figura leal do médico de família, cedendo lugar ao médico moderno, em regra inserido em uma relação impessoal, ou seja, a “relação teve que ser reavaliada, especialmente pela busca dos Tribunais por parte dos pacientes, devido ao descontentamento no tratamento de saúde” (ROBERTO, 2005, p.97).

Assim, o desaparecimento da confiança cega ou, em outras palavras, o crescimento da desconfiança do olhar do paciente em relação ao seu médico é fator que, *per si*, aumenta o potencial de litigiosidade em relação a eventos ocorridos na prestação do serviço médico. Tal situação, portanto, alterou as características da relação entre médico e paciente na atual conjuntura.

Desta forma, a relação médica hodierna apresenta as seguintes características: 1) Relações poucos íntimas, marcada pela despersonalização do paciente (cite-se, por exemplo, as tão faladas reclamações de pacientes de não serem conhecidos pelo nome, mas sim pela enfermidade que porta); 2) Confiança construída com base em informações e bom conceito profissional sem intimidade entre os participantes da relação; 3) Protagonismo do paciente no uso de sua autonomia; 4) Alta litigiosidade em potencial.

A oferta massificada do serviço de saúde e a despersonalização da relação médica acarretaram mudança de postura no paciente, o qual buscou ser mais ativo nas escolhas de seu destino no tratamento de saúde, pois não confia na figura do médico moderno como confiavam seus avós no médico da família.

Inegável, portanto, que as alterações e mudanças no cenário econômico repercutiram provavelmente de forma irreversível na, antes íntima, relação entre os atores da relação em comento, aumentando deveras o grau de litigiosidade judicial, trazendo à baila a necessidade de traçar um breve delinear histórico da responsabilização civil do médico.

¹² “(...) contexto em que não se responsabilizava o médico, (...) sendo-lhe conferida uma conduta inquestionável – médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles”. (OLIVEIRA, 2008, p. 15).

1.2 A responsabilização civil médica e seu avanço histórico

A atividade médica, originalmente, encontra raízes que a confundem com a questão religiosa, remetendo-se, em alguns casos da antiguidade e de povos primitivos, à completa irresponsabilidade médica por seus atos¹³, em virtude do fato de o sucesso ou não do ato médico ser imputável somente a fatores divinos ou sobrenaturais¹⁴. No entanto nem todos os povos da antiguidade entendiam pela ausência de irresponsabilidade do médico quantos aos eventos ocorridos no desenvolver de seu mister.

Cite-se, na antiguidade, o Código de Hamurabi (1.686-1.750 a.C.) e ainda outros textos mais antigos, provavelmente inspiradores dos posteriores, como o corpo legislativo do Rei Urakagina de Lagos (3º milênio antes de Cristo), o art. 625 da coleção legal do rei Ur-Namu (2.111-2084 a.C.), o Código de Lpsit Ishtar de Isin (1.934-1.924 a.C) e as Leis de Eshnumma, proveniente do Rei Dadusha (1.815-1.787 a.C.). O Código de Hamurabi consagrava a lei de Talião, do “olho por olho, dente por dente”, sujeitando o médico ao rigor desse regramento.

No Egito, os médicos gozavam de prestígio social e se confundiam com os sacerdotes, existindo livro de regras médicas, o qual, sendo seguido exonerava o médico de qualquer responsabilidade. A inobservância, ao contrário, imprimia-lhe responsabilidade presumida. Logan Clendening (1951, p. 39) citado por João Monteiro de Castro (2005, p. 21) ressalta a existência de 6 (seis) papiros egípcios a versar sobre a medicina, dos quais o mais antigo (Papiro Edwin), data de mais de 3.000 a.C.

A atividade médica se revelou desprestigiada em Roma, pois se vinculava a escravos e a libertos, tendo caráter eminentemente servil. Os médicos romanos destinavam, por vezes, seus préstimos a grandes famílias. Aqui o regime da vingança privada, da Lei de Talião, consagrada na romana Lei das XII tábuas (por volta de 412 a.C.), seguiu até começar a sofrer atenuações, quando o Estado Romano passou a ter o poder de permitir ou mesmo excluir o regime da vingança privada, caso injustificável.

¹³ Em sentido contrário leciona Mariana Massara Rodrigues de Oliveira: “(...) parece equivocada a afirmação de alguns autores no sentido de que, na Antiguidade, o médico assumia uma conduta intangível, baseado no fato de apenas participar de um ritual em que prevalecia a vontade divina, eis que a breve evolução histórica (...) elucida que os médicos, ou aqueles que lhes faziam às vezes, já vinham sendo penalizados e responsabilizados até mesmo anteriormente à era cristã, embora a medicina estivesse, de fato, muito vinculada à religião”. (OLIVEIRA, 2008, p. 22).

¹⁴ “Nesse contexto, desarrazoado responsabilizar o médico que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas dependente exclusivamente da vontade divina”. (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 33)

Em breve exposição, percebe-se que o instituto da responsabilização encontra seu germe já na antiguidade e, embora muito distinta da forma atual imposta pelo ordenamento jurídico, serve para evitar retrocessos e para entendermos a evolução.

1.3 O consentimento informado: surgimento e referências

Na antiguidade o ato médico ficava restrito, conforme dito em tópico anterior, em grande parte dos povos, aos sacerdotes e curandeiros que exerciam função secundária no tratamento e na cura, porque o êxito ou falha no tratamento era imputável exclusivamente aos desígnios dos seres ditos divinos. Assevera Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1995, p. 33) (*Apud* CASTRO, 2005, p. 21): “Nesse contexto, desarrazoado responsabilizar o médico que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas dependente exclusivamente da vontade divina”.

No período pós-revolução industrial aumentou a consciência popular concernentes aos direitos humanos. O ser humano se observa como sujeito de direitos, obrigando o médico a lhe ver como tal, buscando o primor técnico continuamente, mas atuando ainda de forma altamente paternalista¹⁵ por se entender como único capaz de salvar vidas e resguardar a saúde. A atitude paternalista dificultava a troca de informações no sentido do médico ao paciente, via de conseqüência, colocava-se em risco a autonomia do paciente, entretanto, como o antes verberado, a consciência dos direitos humanos se agigantava na sociedade, incluindo o direito da liberdade de escolha e disposição sobre o próprio corpo: Instalava-se o quadro social permissivo ao crescimento do direito ao consentimento livre, informado e esclarecido.

Historicamente, a primeira referência ao consentimento informado segundo Kfoury Neto¹⁶, citando Clotet, Goldin e Francisconi, lição esta também reprisada em Roberto

¹⁵ “[...] pós-revolução industrial [...] o médico, passa ser visto como a pessoa capaz de utilizar-se de técnicas e formas científicas capazes de salvar vidas, e, ainda, de proporcionar o aumento da expectativa de vida do ser humano, gerando uma forma totalmente paternalista de exercício da profissão de saúde”. (ROBERTO, 2005, p.97).

¹⁶ “[...] um paciente, sr. Slater, procurou p Dr. Blaker, que atuava junto com o Dr. Stanpleton, para dar continuidade ao tratamento de uma fratura óssea em sua perna. Os dois médicos sem consultar o paciente, ao retirar a bandagem, desuniram o calo ósseo, propositadamente, com o objetivo de utilizar um aparelho, de uso não convencional, para provocar tração durante o processo de consolidação. O paciente foi à justiça acusando os médicos de terem provocado por ‘ignorância e imperícia’ nova fratura, causando danos desnecessários, além de não terem informado ao consultado sobre o procedimento que seria realizado. Com o objetivo de esclarecer detalhes do caso, foram utilizadas testemunhas peritas, ou seja, outros médicos reconhecidamente competentes nessa área para darem sua opinião sobre o ocorrido. Os dois médicos que testemunharam como peritos foram unânimes em afirmar que o equipamento utilizado não era de uso corrente, que somente seria necessário refraturar uma lesão óssea no caso de estar sendo muito mal consolidada e, finalmente, que eles somente realizariam uma nova fratura em um paciente que estivesse em tratamento com o seu **consentimento**. O paciente alegou, inclusive, que teria protestado quando o procedimento foi realizado, solicitando que o mesmo não fosse

(2005, p.98), deu-se no século XVIII, mais precisamente em 1767, na Inglaterra quando fora aplicado procedimento sem a informação de que o médico utilizaria procedimento não usual na época e sem obter o consentimento para essa forma alternativa de tratamento, a qual exigia nova fratura. Os médicos foram condenados exatamente pela falta de obtenção do consentimento, numa época em que sequer existia anestesia apropriada e a colaboração do paciente se revelava imprescindível. Afere-se por esse evento a vocação inicial do consentimento para busca da cooperação do paciente no tratar médico. Atualmente, ao revés, o consentimento configura pedra angular do respeito à dignidade humana e do direito à autodeterminação.

A referência primeira ao termo “consentimento informado” remonta 1957, no bojo de sentença Judicial no caso *Salgo versus Lelend Stantford Jr University Board of Trustees*, na Califórnia, EUA¹⁷. Tratava-se, na ocasião, do reconhecimento de um direito do paciente hoje amplamente reconhecido, mas na ocasião ainda incipiente.

Não se desprezando a relevância dos eventos acima narrados na construção da história do direito ao consentimento informado, é de sobrelevo se afirmar o fortalecimento do direito ao consentimento informado após as atrocidades da “experimentação humana”¹⁸ ocorridas durante a Segunda Grande Guerra, ocasião na qual os seres humanos eram remetidos à condição análoga a de ratos de laboratório. Nesse contexto, o Tribunal de Nuremberg emerge trabalho fruto de aproximadamente 8 (oito) meses, o qual culminou com a produção de diversas sentenças e, em 19 de agosto de 1947, na publicação do documento conhecido como Código de Nuremberg, considerado “um marco na história da humanidade, pois pela primeira vez foi estabelecida uma recomendação internacional sobre os aspectos éticos envolvidos na pesquisa com seres humanos” (GUERRA, 2005, pág. 318).

Mister pontuar questão atinente à defesa e acusação de 20 (vinte) médicos nazistas perante o Tribunal de Nuremberg. Os médicos aduziam em defesa o princípio da legalidade,

levado adiante. A corte condenou os médicos por quebra de contrato na relação assistencial com o paciente [...] Na sentença ficou claro que o juiz estava preocupado tanto com a falta de **consentimento** quanto com a falta de **informação**. Vale lembrar que, naquela época, era prática dos cirurgiões informarem o paciente sobre os procedimentos que seriam realizados devido à necessidade de sua colaboração durante as cirurgias, pois ainda não havia anestesia”. (KFOURI NETO, 2010, p. 41-42, grifo nosso).

¹⁷ “O paciente Martin salgo, de 55 anos de idade, tinha arteriosclerose e submeteu-se a uma aortografia diagnóstica. O procedimento foi feito sob anestesia e com uso de contrastes. Na manhã seguinte, o paciente descobriu que tinha seus membros inferiores paralisados. A corte ressaltou que o médico viola o direito do paciente quando não informa qualquer fato necessário a permitir um consentimento racional por parte do paciente. A corte afirmou que o médico deve “revelar plenamente os fatos necessários a um **consentimento informado**”. (GUERRA, 2005, p. 317, grifo nosso).

¹⁸ Mas foram as experiências médicas nazistas levadas a termo durante a segunda guerra mundial que trouxeram grandes discussões sobre o consentimento do paciente, dando origem ao Código de Nuremberg. Este Código foi o primeiro a indicar a necessidade de aliar a pesquisa científica ao respeito pelo ser humano (GUERRA, 2005, p. 318).

ou seja, a inexistência de legislação obstativa da experimentação humana. Dentre os médicos julgados, 16 (dezesseis) sagraram-se culpados, sendo 7 (sete) condenados à morte por enforcamento em 2.6.1948. A severidade da situação frente aos direitos humanos conduziu os juízes de Nuremberg a produzirem documento de 10 (dez) itens, apresentando princípios de base ética concernentes à experimentação humana. O valor normativo do Código de Nuremberg¹⁹ é extremamente duvidoso, pois se trata de Tribunal *ad hoc*, entretanto, sua vigência e seus ideais inspiraram e inspiram documentos outros, também imbuídos do mesmo anseio de proteção humana, por isso, sua “*importância para humanidade é indiscutível*” (GUERRA, 2005, p. 318).

O Código de Nuremberg ofereceu resposta incisiva contra as violações nazistas expostas com a descoberta das experimentações com seres humanas, contudo a foi com o surgimento da Bioética²⁰ que foram viabilizados maiores estudos e a sedimentação do consentimento informado. Pela Bioética, por certo, valorizou-se a autonomia da vontade humana. Os vetores bioéticos fulcrados na racionalidade e na possibilidade de autogoverno humano de decidir e avaliar possibilidades para escolha se apresentaram como espaço fértil para o salutar desenvolvimento do instituto do assentimento esclarecido.

A partir de então, cartas de direitos do paciente surgiram em diversos países e, embora marcadas por caráter natureza predominantemente moral ou deontológica²¹, não deixaram de servir à inspiração da produção legislativa e para educação de médicos e pacientes de seus direitos e deveres.

No estudo das sobreditas Cartas dos Direitos dos Pacientes, volta-se os olhos aos Estados Unidos da América, citando-se a Declaração dos Direitos do Paciente de 1972,

¹⁹ Transcreve-se o primeiro item do Código de Nuremberg, face à sua íntima ligação com o consentimento informado, objeto estudado: “O Consentimento Voluntário do ser humano é essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar o consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentiras, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que lhe sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; Os métodos segundo os quais será conduzido; As inconveniências e os riscos esperados; Os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegadas a outrem impunemente”. (2004”).

²⁰ O Código de Nuremberg é considerado o “documento *mater*” da Bioética, a qual fora denominada pela primeira vez dessa maneira pelo oncologista americano Van Ressenlaer, conceituando-a como “o estudo sistemático da conduta humana na área da ciência da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”. Nesse sentido: COUTO FILHO e SOUZA, 2008, p. 27.

²¹ “Se prescindirmos do Código de Nuremberg de 1947, que, constitui um importante precedente na matéria, há mais ou menos trinta anos, as chamadas cartas e de direitos e deveres dos pacientes se foram instaurando nos diversos países desenvolvidos, o certo é que em muitos casos mais freqüentemente como declarações de princípios ou de vontades de inspiração e validade moral ou deontológica que como autênticos direitos subjetivos, exigíveis por conseguinte a terceiros”. (CASABONA, 2005, p.132).

idealizada pela Associação Americana de Hospitais, a qual recomenda maior atenção ao paciente com o escopo de satisfazê-lo, bem como seu médico e o hospital. O paciente abandona, gradativamente, a posição de figurante para migrar à posição central de protagonista do destino de seu tratamento.

Em continuidade aos estudos, indica-se diversos outros documentos de organismos internacionais referenciados como precedentes formadores do consentimento informado. Destaque-se nesse afã a Declaração de Lisboa sobre Direitos do Paciente, adotada pela 34ª Assembléia Médica Mundial (Lisboa, setembro – outubro de 1981), a carta do Enfermo Usuário do Hospital, aprovada pela Assembléia Plenária do Comitê Hospitalar da Comunidade Econômica Européia (Maio de 1979), a Resolução 613 (1976) e a Recomendação 779 (1976), ambas da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, relativa aos direitos dos enfermos e dos moribundos e, por fim, a recomendação (1980) do Comitê de ministros do mesmo organismo, relativa à participação do moribundo no tratamento.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, nos idos de 1966, é o primeiro mais relevante documento internacional sob o aspecto jurídico internacional tratar expressamente do consentimento. Eis o teor de seu art. 7º: “ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamento cruéis ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem seu livre consentimento a experimentos médicos ou científicos”. Embora referente a experimentos médicos e científicos, não necessariamente quanto ao tratamento médico, o documento representa importante passo para consagração da necessidade do consentimento como pressuposto de atuação médica.

No seio da Comunidade Européia, a Carta dos Direitos fundamentais apresenta núcleo sintético, fato este que não impossibilitou referência à biologia e à medicina, ressaltando-se o consentimento livre e informado, *in verbis*: “o consentimento livre e informado da pessoa que se trate, de acordo com as modalidades estabelecidas na lei” (art. 3º, 2). Apesar de não constituir direito de força obrigatória para os participantes da Comunidade Européia, a sua simples referência na Carta traça e indica tendência para o direito interno dos Estados envolvidos.

No cenário jurídico espanhol, a origem do consentimento informado se situa no âmbito do direito sanitário, participando do rol dos direitos dos usuários e pacientes e disperso em vários documentos, como, *verbi gratia*, o *Real Decreto* de 1978 contendo anexo de direitos do paciente. Todavia, oportuno mencionar, tal documento fora declarado nulo por motivos formais. Em 1984, o ISALUD aprovou um “plano de Humanização”, verdadeira

Carta de direitos do paciente, mas apenas na “Ley General de Sanidad”, por iniciativa do chamado defensor do povo, fora positivada lista de direitos dos usuários de centros públicos e alguns centros privados, na qual se consagrou o consentimento informado e reconhecida sua relevância em tal rol (CASABONA, 2005, p. 135).

Assim, deve-se destacar no cenário internacional os seguintes documentos: a “Declaração dos Direitos do Paciente” (EUA, 1972), a “Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente”, adotado pela 34ª Assembléia Médica Mundial, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia” (2000). Todos os documentos citados no presente parágrafo se revelam flagrantemente preocupados com direito ao Consentimento Informado²².

No Brasil, aponta Guerra (2005, p. 318), as primeiras referências surgiram na década de 1980: Imprescindível trazer a lume a Portaria nº. 16 de 21.11.1981 da DIMED – Divisão de Vigilância Sanitária de Medicamentos do Ministério da Saúde – a qual previu “Termo de Conhecimento de Risco” nos projetos de pesquisa com drogas não registradas. Outro germe do Consentimento Informado foi a Resolução Nº.1.081 de 12.3.1982 do Conselho Federal de Medicina, estabelecendo que as provas para diagnóstico e terapêutica, só podem ser realizadas com o consentimento do paciente.

Continuando no cenário nacional, o advento do Código de Defesa do Consumidor - CDC, em 11/9/1990, impondo aos fornecedores de serviço o dever de informar de forma adequada, clara e segura impulsiona o respeito ao consentimento informado, livre e esclarecido. O CDC provocou, paulatinamente, mudança de mentalidade nos pacientes / consumidores cada vez mais cientes de seus direitos, aumentando o número de litígios cuja causa de pedir apresentasse relação com informação e assentimento.

Ilação possível é que, se o consentimento e a informação médica, não possuíam relevância jurídica no passado, a situação começa a se alterar após a Revolução Industrial com a conscientização dos indivíduos quanto aos direitos humanos, sendo grande estopim do desenvolvimento largo do direito ao consentimento informado as barbáries das experimentações nazistas com os seres humanos. Em meio às indagações éticas da experimentação e outros temas polêmicos atinentes à vida, surge o Biodireito, estudando os deveres humanísticos como o consentimento informado, reforçado com a produção de documentos internacionais de caráter jurídico ou mesmo deontológicos e, no Brasil, o CDC dá novo impulsionar aos direitos à informação e ao consentimento.

²² “Em todos os documentos anteriores o consentimento-informado do paciente constitui um dos direitos mais importantes, aparecendo sempre reconhecido de forma expressa”. (CASABONA, QUEIROZ. 2005, p.135).

Pois bem, após incursão histórica não exaustiva de temáticas imbricadas à relação entre médico e paciente como, por exemplo, a questão contratual, a responsabilidade e o consentimento informado, apresentar-se-ão alguns princípios aplicáveis à relação entre médico e paciente.

1.4 Direitos Fundamentais vinculados ao consentimento informado

Os princípios e os direitos fundamentais representam as normas basilares de qualquer sistema jurídico, motivo pelo qual devem sempre ser respeitadas nas relações jurídicas sobre as quais incidem, pois ferir um princípio, fundamento e viga do sistema jurídico, é muito mais grave que macular uma regra, como leciona Antônio Bandeira de Melo²³.

Frente a tal informação, apresentam-se os princípios incidentes nas relações jurídicas em geral, buscando-se especificar sua incidência na área médica, interesse central deste trabalho, sem prejuízo de outros princípios expostos em conjunto com o instituto do consentimento informado.

Há inegável vinculação do consentimento informado com a proteção de diversos direitos fundamentais e, por isso, afirma Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 98): “O consentimento Informado, quando feito adequadamente, coroa a proteção de diversos direitos da pessoa humana, tais como a vida, dignidade, liberdade, igualdade, autodeterminação, saúde e integridade pessoal no tratamento de saúde”.

Ressalte-se, ademais, que a proteção dos direitos aludidos se efetiva tanto no plano constitucional, com no infraconstitucional, conforme é estudado adiante.

A vida é o primeiro bem da personalidade do homem, sendo que os demais decorrem deste. O Direito à vida, consignado na CF/88 em seu art. 5º *caput*, está associado à continuidade e conservação e, como afirma José Afonso da Silva (1999, p. 201), “constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos”.

A vida é o pressuposto para que alguém seja considerada pessoa e possa adquirir a qualidade de Pessoa e os direitos advindos dessa qualificação, é pressuposto do exercício de diversos direitos, não cabendo se falar em consentimento como meio de transformar o direito

²³ “**Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma.** A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irrenunciável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. **Isto porque, com o ofendê-lo, abatem-se as vigas os sustêm, e alui-se a estrutura neles esforçada**”. (MELLO, 1992, p. 230, grifo nosso).

à vida num instituto de natureza privada, pois se trata de um direito e não uma liberdade a ser exercida como *facultas agendi*, como bem aduz Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p.30):

O direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade [...] constitui um pressuposto essencial da qualidade da pessoa e não um direito subjetivo desta, sendo tutelado publicamente, independentemente da vontade dos indivíduos. O consentimento dos indivíduos é absolutamente ineficaz para mudar esta tutela, não sendo possível, assim, haver um verdadeiro direito privado à vida.

Complementando o entendimento da citada autora, traz-se à baila o entendimento de Alexandre de Moraes (2003, p. 63/64), no sentido de que o direito à vida representa a origem dos demais direitos inerentes à pessoa humana, sendo fundamento e pré-requisito à existência e exercício dos demais direitos, nesse sentido arremata que cabe ao:

Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência [...] A constituição [...], protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.

O direito à vida, garantido em nossa Carta maior e protegido pela intangibilidade das cláusulas pétreas, está intimamente ligado à atividade do médico que lida com a integridade psíquica e fisiológica do paciente e que por tantas vezes pode por em risco o direito à vida do paciente.

Diante disso o direito ao consentimento informado ganha relevo na relação médico e paciente na medida em que permite ao paciente escolher seu caminho no tratamento de forma a continuar e de como irá continuar, ou seja, protege-se pela obtenção do consentimento o Direito à vida não só nas duas acepções (continuidade e digna subsistência) citadas por retro por Alexandre de Moraes, mas numa “acepção mais ampla no processo vital de cada indivíduo, que engloba elementos físicos e espirituais” (ROBERTO, 2005, p.36), não buscando apenas protegê-la no sentido biológico, porquanto o texto constitucional não limitou o uso do termo.

Toda atitude do profissional médico deverá estar pautada no respeito à vida, tornando fluente toda informação acerca do tratamento ao paciente, possibilitando a este o amplo conhecimento dos perigos e vantagens do tratamento à vida e saúde, resguardando-se tais cláusulas pétreas de nossa Carta Maior.

Outro direito fundamental ligado ao Estado Democrático de Direito e ao consentimento informado é o princípio da Dignidade Humana, diante deste o assentimento informado ganha relevo, pois preserva a dignidade físico-psíquica do indivíduo, bem como seu elemento volitivo de autodeterminação. Assevera Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 38):

[...] há que se entender, no contexto deste estudo, que a expressão da “dignidade da pessoa humana” se faz sentir no consentimento informado, isto é, no ato jurídico justificador da intervenção médica [...] Tal expressão comporta diferentes bens jurídicos protegidos, além da dignidade da Pessoa Humana, que desta são conseqüências, em se tratando de cuidados de saúde, como por exemplo, a liberdade, a autodeterminação pelo tratamento (o direito à saúde) bem como a integridade física e moral do paciente.

A dignidade é uma conquista ético-jurídica alcançada após a prática de muitas atrocidades que marcaram a história da humanidade em patente afronta à natureza humana, tendo seu maior reforço nos ideais cristãos, aduz Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 38):

[...] A Dignidade é um termo muito amplo, reconhecido especialmente após as atrocidades cometidas pelo próprio homem durante a 2º Guerra Mundial (1939-1945) [...] “se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana” [...] “A idéia de dignidade teve origem na concepção cristã de pessoa como uma substância racional, e no princípio da imortalidade da alma e na ressurreição do corpo”.

A dignidade, destarte, ligar-se-á não só a elementos palpáveis como o corpo, mas também a outros como a religião, moral, liberdade, sendo que a idéia de Vida está intimamente ligada à idéia de dignidade, por esse motivo o Constituinte da Carta Maior de 1988 traz à baila a idéia de uma vida digna, buscando mais uma vez as palavras de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 38):

A dignidade da pessoa humana pode ser acrescida de outros elementos e deve ser respeitada (imagem, religião, liberdade...). Portanto a vida constitucionalmente protegida não é uma vida qualquer. Seu conceito se apóia noutra definição constitucional que é a da dignidade, vale dizer, o legislador constitucional propugna pela defesa da **vida digna**. (Grifo nosso).

Resta patente que o binômio “vida e dignidade” devem caminhar lado a lado, sendo que a segunda sem a primeira não pode existir e aquela sem esta, pouco ou nada vale ao ser vivente. Assim, o profissional médico deve pautar sua conduta no citado binômio a fim de que se preserve não só a vida, mas a dignidade do paciente e, por vezes, tal atitude passa pelo

consentimento informado pois por meio deste que o paciente decide qual o tratamento ou qual seqüela poderá suportar sua vida de maneira que possa mantê-la dignamente.

O interessante é que para preservar o binômio “vida e dignidade”, o médico precisa, como regra, obter o consentimento consciente do paciente, o que fará com que o paciente exercite seu direito de livre escolha com base na liberdade, igualdade e da faculdade autodeterminação, como estudaremos a seguir.

Como o já afirmado, a liberdade no ato de consentir no tratamento médico está intimamente ligada à proteção da dignidade e da vida do ser humano, pois para que se possa exercer o direito de consentir sem máculas, é necessário se autodeterminar, é preciso estar livre, eis que daí surge a importância do princípio da liberdade no tratamento médico. Nesse diapasão, aduz Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 42):

Elemento fundamental do consentimento do paciente no tratamento de saúde é a liberdade, ou seja, a liberdade de consentir. O consentimento deve ser livremente prestado, para que tenha validade. Para o tanto, o paciente deve ter toda a informação possível sobre seu tratamento de saúde.

Juntamente com a liberdade de escolha, a qual deve estar presente no tratamento, vemos o direito à informação estampado como requisito para o exercício do consentimento informado e autodeterminação. Pressupõe-se que o paciente só pode escolher seus rumos, protegendo a dignidade e a vida, se conhecer as conseqüências de suas escolhas, para tal é mister informação (clara e inteligível ao nível intelectual do paciente). Inclusive assevera Carlso Maria Romeo Casabona (2005, p.155) que “a informação prévia ao consentimento é um requisito essencial para que este seja juridicamente válido”.

A Liberdade no tratamento médico só poderá ser legitimamente exercida com base na informação clara e adequada à obtenção de um consentimento livre e consciente, e isso significa nas palavras de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 43):

Liberdade para consentir (sem nenhum tipo de coação) e a liberdade em termos de integridade pessoal (autodeterminação), significam que profissional de saúde não pode impor um procedimento de ao qual o paciente não queira submeter-se. A partir do momento em que o paciente esteja em ciente de suas condições e das possibilidades de tratamento, ele é livre para escolher e consentir, pois possui garantia de liberdade para tanto.

A liberdade, como garantia constitucional, é direito de todos, todavia seu exercício deve ter por base o interesse público e bem estar social, o que acarreta limitações a esse direito, como bem leciona Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 43):

[...] garantia constitucional, é direito de todos. Isso importa que a liberdade pode estar permeada de algumas restrições e responsabilidades perante a sociedade, mesmo que sejam morais, tal como o dever de vacinação preventiva, de higiene, do combate às zoonoses, e do próprio tratamento de doenças. Um indivíduo pode contaminar toda uma população saudável, gerando desequilíbrio social e demasiados gastos para o Estado.

Destarte, percebemos que a liberdade não é um direito irrestrito, pois sofre limitações de ordem pública, como aduz Vânia Siciliano Aieta (2001, p. 305): “A indisponibilidade do corpo humano aparece, assim, como um limite à liberdade fundamental de dispor de si mesmo ou à liberdade contratual das partes”.

O consentimento informado tem assim aspecto dúplice (ROBERTO, 2005, p. 44) um sob a ótica privada da relação contratual e outro sob a ótica do direito público, como expressão da liberdade do indivíduo de recusar qualquer dano à sua integridade física e psíquica. Impende ressaltar que o consentimento não significa disposição do próprio corpo, o que é vedado por lei, ao contrário, significa aceitar tratamento que apresente a melhor relação entre custo e benefício no tratamento médico – provalmente, aquele com menor agressão ao corpo ou com maior de resultado positivo – e fixar limites à incursão do profissional de saúde no corpo humano tornando o ato coerente com a preservação da vida e dignidade humana. Nessa mesma linha de raciocínio, aduz Lucina Mendes Pereira Roberto (2005, p.44): “[...] o consentimento informado que deve ser emitido não significa que o paciente está dispondo do seu corpo; Muito pelo contrário, estará justamente impondo os limites para a intervenção devida, o que a torna lícita”.

Pode-se concluir, ademais, que a liberdade no tratamento está ligada à informação, à autodeterminação do paciente, estando limitada somente a questões de ordem pública, sendo que o desrespeito a esse direito pode resultar em consentimento inválido, por isso também ilícito, abrindo espaço para indenizações no âmbito da responsabilidade civil.

Em relação ao princípio da isonomia ou igualdade, este requer que todos sejam igualmente considerados, levando-se em conta a máxima Aristotélica pela qual se trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Assim dessa forma igualitária deverá ocorrer acesso às informações e aos tratamentos disponíveis. Arremata nesse mesmo sentido Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 49):

Assim os Princípios da liberdade e da igualdade refletem o direito à autodeterminação do paciente ao consentir no tratamento de sua Saúde, diante das informações recebidas, entendidas e assimiladas.

O consentimento, repita-se, é meio para permitir o tratamento de saúde e para que o médico o realize legalmente todo o procedimento necessário. Afirme-se que, no tratamento médico a igualdade a ser aplicada é a substancial (não a formal), logo as peculiaridades do paciente devem ser consideradas por ocasião da obtenção do consentimento e como bem leciona Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 46):

[...] há que se considerar que todos os homens são iguais em sua dignidade, mas são efetivamente desiguais se forem considerados os fatores que cercam a vida humana, como estrutura física, o nível de inteligência e cultura entre tantos.

Assim, a máxima pela qual “todos são iguais perante a lei...” (Art. 5º, CRFB) deve ser interpretada em consonância com o entendimento de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais tratados desigualmente na medida de suas desigualdades. Em outras palavras, as limitações e capacidades individuais de cada paciente devem ser levadas em consideração para a concessão de informação e obtenção do consentimento informado. Busca-se mais uma vez esteio nas palavras de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, 46-47):

Dessa forma, a igualdade está diretamente relacionada com a justiça, exigindo de cada um conforme sua capacidade, limitando a atividade do legislador e regrado a interpretação da lei. É também uma regra de interpretação. [...] O Juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios de espécie alguma. [...] a igualdade é imposta ao legislador e aos intérpretes das leis. [...] Tal princípio é igualmente imposto ao particular [...] não poderá pautar-se por condutas discriminatórias [...] sob pena de responsabilidade civil e penal [...].

Deflui do trecho acima transcrito que o médico como particular deve pautar-se no critério da isonomia substancial no tratamento com o seu paciente, incluindo aí a obtenção do consentimento e a informação prestada a fim de viabilizá-lo. A falta de tratamento igualitário – em substancia – na questão do consentimento e da informação prestada pode perfeitamente resultar na responsabilização do profissional que deixou de prestar serviço adequado a, pelo menos, um de seus pacientes.

Noutro giro, um dos direitos sociais estampados constitucionalmente (art. 6º, CRFB/88) mais importantes para o bem estar da comunidade é a saúde, sendo o médico um

dos profissionais que mais lidam com a saúde do ser humano, motivo pelo tal direito fundamental não poderia deixar de ser aqui mencionado.

Assim, o médico deve sempre pautar sua conduta na busca pelo bem estar físico e psíquico do paciente e isso significa, também, ofertar subsídios para que o paciente escolha o tratamento que reputar mais adequado à sua saúde física e psicológica. Verbera Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 49) que “implica a atuação do profissional de saúde na esfera físico-psíquica do paciente com o objetivo de proporcionar saúde em benefício próprio do paciente”.

A saúde é um bem humano contemplado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de estar apresentada na Carta Maior brasileira como “direito de todos e dever do Estado” (Art. 196 da CRFB/88). A Organização Mundial da Saúde no preâmbulo de sua Constituição em 1946 declarou que a saúde não é somente a ausência de doenças, mas principalmente “um estado de completo de bem estar físico, mental e social”.

Destarte, o consentimento informado é concebido como um meio de proteção da esfera física e psíquica do paciente, a consequência disso é uma maior qualidade de vida e respeito à integridade física e moral do paciente, em outras palavras, aumenta-se a proteção à saúde, na busca do bem estar físico, mental e social, tudo com base na manifestação de vontade do paciente. Salienta nessa mesma linha Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 56):

Toda pessoa que busca um tratamento de saúde, além de recebê-lo da melhor forma possível, tem o direito de ser protegido contra qualquer tipo de agressão, seja contra sua integridade física ou moral, bem como deve ter respeitada a sua vontade no que se refere à opção de tratamento.

Assim, o direito à saúde que é fundamental e necessário à vida e dignidade humana deve caminhar lado a lado com a necessidade do consentimento do paciente a fim de se falar em saúde represente não somente afirmar a ausência de doenças, mas que também seja a saúde um verdadeiro sinônimo de bem estar físico, mental e social.

Os princípios e direitos apresentados até o presente momento, quais sejam Vida, dignidade, liberdade (autodeterminação), igualdade e saúde representam a base constitucional do consentimento informado. Ocorre que, por outro lado, não somente a Constituição da República positivou princípios e direitos relacionados ao consentimento informando. Infraconstitucionalmente, o Código Civil – CC/2002 (Lei 10.406/2002) consagrou, dos

artigos 11 ao artigo 21, os chamados direitos da personalidade, conferindo ampla tutela protetora à pessoa humana.

Os direitos da personalidade são direitos inerentes à natureza humana, congregando bens e valores essenciais à humanidade, aduz Leonardo Roscoe Bessa (2002):

A idéia dos direitos da personalidade está vinculada ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, imprescindíveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a incolumidade física e psíquica, o próprio corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade entre outros [...] pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é o objeto, ao final dos direitos da personalidade.

Dessa forma, o consentimento informado é garantia de proteção dos direitos da personalidade do paciente, resguardando, especialmente, a liberdade de se autodeterminar, a dignidade e a intimidade, significa dizer “que lhe são previamente garantidas, dentre outras, as faculdades de escolher os recursos médicos disponíveis, de recusar um tratamento proposto e de ter um conhecimento prévio acerca dos riscos e das conseqüências que advirão de uma determinada intervenção clínica, cirúrgica ou laboratorial, ou então da própria ausência de sua execução” (SCAFF, 2010, p. 89-90).

Destacam-se os direitos da personalidade como decorrentes do princípio da dignidade humana, de forma que é interessante tratar no âmbito médico de forma mais específica o direito à integridade física, moral e psíquica, pois guardam maiores relações com o tratamento de saúde e o consentimento informado.

O direito à integridade está intimamente relacionado ao direito à vida, à dignidade, ao direito sobre o próprio corpo e à liberdade de submissão ao tratamento de saúde. Ou seja, proteger a integridade física está ligado à vida digna ou viver dignamente. Bem aduziu Francisco Amaral (2003, p. 261) acerca da integridade física:

A incolumidade física é a incolumidade do corpo humano, o estado ou a qualidade de intacto, ileso, que não sofreu dano. [...] O valor da vida e da integridade física tornam, por isso extremamente importante a sua defesa contra os riscos de sua destruição ou de alteração da estrutura ou funcionamento normal do corpo humano, inclusive a simples ameaça contra a saúde.

No afã de tutelar a incolumidade física, o legislador do Código Civil de 2002 – CC/2002, de forma específica, dispôs da seguinte forma acerca da integridade física nos artigos 13 e 15, veja-se:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição sobre o próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. (Lei 9.434/97 e Dec. 2.268/97)

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

Tais disposições visam à proteção do ser humano em toda sua amplitude, o que traz a conclusão de que “o direito à vida, o direito ao próprio corpo, o direito à saúde, podem ser considerados direitos à integridade física” (ROBERTO, 2005, p. 56). Assim, o direito à integridade corporal (integridade física e saúde) traz consigo o “direito de recusar-se a submeter-se a visitas ou a inspeções corporais [...] uma vez que deve ser garantida e preservada a personalidade humana”, como asseverou Szaniawski, citado por Luciana Mendes Pereira (2005, p. 69-70).

Deve-se entender que a integridade física (o direito da personalidade que tem por escopo proteger a vida, a saúde, a liberdade e a incolumidade do corpo de cada pessoa) somente poderá ser invadida e, de certa forma, ofendida caso seja exarado o respectivo consentimento, que não poderá resultar em disposição do próprio corpo. Essa é a lição de De Cupis, citado por Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 70):

pode consentir-se na ofensa de qualquer dos aspectos da integridade física, desde que o consentimento não vise produzir uma diminuição permanente da própria integridade física e não seja, por outro modo, contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, é porque existe um direito tendo por objeto todas as manifestações possíveis do bem em referência.

Destarte, o consentimento em tratamento médico é válido até o ponto em que repressa a busca de alguma vantagem à saúde do paciente sem contrariar a ordem pública social. Do contrário, ou seja, incidindo sobre valores socialmente protegidos como a ordem pública, moral e bons costumes, o consentimento passa a ser inválido, não desonerando o médico pelo atuar ilegítimo.

Feito os apontamentos acerca da integridade física, analisar-se-á outro componente defensor da integridade pessoal: O direito à Integridade Moral e psíquica.

A Constituição Federal – CRFB/88, por certo, confere grande proteção à integridade moral da pessoa humana, prevendo inclusive o direito à respectiva indenização pelo dano causado à psique (Arts. 5º, V e X), tudo fundado no princípio da dignidade humana e do bem-estar social.

É na mente, residência dos valores morais e psicológicos, que o ser humano determina seus passos, devendo ser respeitado seu direito volitivo de autodeterminação. Não respeitar as manifestações volitivas é ato agressivo não somente à integridade psíquica, mas também a valores constitucionais da dignidade, liberdade e da saúde. Reforça-se com os argumentos de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 71):

Na psique concentra-se a livre manifestação de vontade das pessoas, sendo que a ninguém poderá ser imposto tratamento de saúde contra sua vontade e sem seu consentimento. Tal fato, além de representar uma afronta ao direito à integridade física, implica ainda em um atentado à integridade moral, visto que toda pessoa humana é formada por seu corpo, sua mente e seu espírito.

Assim, a proteção da integridade psicológica e das manifestações volitivas representam proteção da própria saúde do paciente, sendo o consentimento instrumento efetivo na proteção de tais direitos.

No Código Civil – CC/2002 existem ainda normas de proteção da integridade moral do indivíduo (Arts. 17 - 20), e lhe dá a respectiva proteção nos artigos 186 e 953, por nos quais prevê a possibilidade daquele que sofreu o dano ser ressarcido pelos males suportados. O tema é tão importante na sociedade que o Código Penal dispõe acerca dos crimes contra Honra (Arts. 148-145), tendo como bem jurídico protegido a honra humana, a qual encontra seu lar na mente, que recebe proteção de sua integridade psíquica no ordenamento jurídico. Ressalte-se, ademais, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XII também prevê defesa da honra e da reputação do ser humano, devido à sua importância.

Destarte, para que não reste configurada ofensa à integridade humana no decorrer do tratamento de saúde, imprescindível se faz a obtenção do consentimento informado, verdadeiro meio de tutela dos direitos da personalidade usado no atuar médico, tornando lícita a atividade clínica nos termos em que permitida a ação do médico. Nesse sentido Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 73):

O Consentimento Informado é essencial para a não invasão à integridade moral do paciente, que deve manifestar sua vontade para o tratamento de saúde de forma consciente e livre, mesmo que sujeito a algum risco, desde que proporcional ao risco esperado. A disposição do próprio corpo, sob o aspecto físico ou moral, pode ocorrer de forma perfeitamente lícita, nos contornos traçados, ou seja, nos contratos de cirurgias e tratamentos de saúde, (e ainda nos transplantes de órgãos gratuito e legalmente previsto)[...] Mas para que o consentimento informado tenha plena validade, o paciente deve ser devidamente informado. O direito à informação é parte integrante do direito à liberdade.

Patente, portanto, ser o consentimento livre, informado e esclarecido verdadeiro instrumento para proteção de diversos institutos jurídicos, os quais por sua vez protegem o ser humano. Assim, a obtenção do consentimento informado é medida impositiva para salvaguardar os direitos do paciente tratado e manter a atuação médica dentro dos parâmetros legais.

Destarte, desde os princípios constitucionais atinentes à vida, à dignidade, à liberdade, à igualdade e à saúde, assim como as disposições do Código Civil – CC/2002, referentes à proteção dos direitos da personalidade, consagram o Consentimento Informado como pressuposto do tratamento médico a fim de mantê-los preservados.

1.5 Princípios das relações contratuais incidentes na relação médica

Modernamente, diversos são os princípios contratuais incidentes com força determinante na relação entre o médico e o paciente. Em virtude da relevância dos princípios como fonte de obrigações e deveres anexos ao contrato, é de extrema relevância a análise dos mesmos para o sucesso do presente estudo.

Primeiramente, traz-se a lume a solidariedade. O princípio da Solidariedade é elevado ao nível constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, representando verdadeiro objetivo da nação (CRFB/88, art. 3º, I²⁴) ao lado dos ideais de justiça e da liberdade, verdadeiros fins a serem perseguidos tanto pelo Poder Público quanto pelos particulares²⁵. Tais objetivos, em conjunto, buscam a preservação e execução a um fundamento do Estado Brasileiro: A dignidade e é impossível se falar em respeito à dignidade²⁶ sem que se efetive também a justiça e liberdade regadas à luz da solidariedade e se garanta a todos individualmente tais valores.

O mandamento-objetivo emergente do art. 3º, inciso I, da CRFB/88 é chamado pela doutrina pátria de solidarismo social (NANNI, 2008, p. 294), o qual repercute diretamente em uma nova visão dos direitos das obrigações, porquanto, leciona Giovanni

²⁴ CRFB/88, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

²⁵ “Sendo princípio dotado de plena aplicabilidade em todas as relações jurídicas entre particulares e/ou com o Estado, a solidariedade, muito mais do que um mero valor simbólico ou de amor ao próximo, não apenas tutela como também impõe conduta às pessoas de agirem em conformidade com seus ditames”. (NANNI, 2008, p. 296-297).

²⁶ CRFB/88, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

Ettore Nanni (2008, p. 293), “representa o assentamento de um novo parâmetro jurídico, deixando de lado a vontade individual para albergar os interesses da sociedade”.

Historicamente, a fraternidade e uma relativa preocupação com a “questão social” foram reveladas nas revoluções de 1789 e de 1848, entretanto, “essa política de assistência não repousa sobre um discurso construído de solidariedade” (NANNI, 2008, p.294), ganhando impulso o valor da solidariedade no fim do século XIX²⁷.

No solidarismo jurídico, leciona Giovanni Ettore Nanni (2008, p. 295), há uma vocação para “realizar a unidade na diversidade e a diversidade na unidade”, o “homem tem, ao mesmo tempo, consciência de sua individualidade própria e da sua dependência de um grupo humano, por isto está ligado aos outros pelos laços da **solidariedade social**, que se pode dizer **interdependência social**” (grifo nosso).

A solidariedade, conforme sobredito, busca primar pelo respeito à dignidade do ser humano, superando-se o individualismo²⁸ pernicioso à coexistência humana digna²⁹.

A solidariedade impõe deveres de conduta aos particulares e ao Estado em todos seus movimentos no seio da sociedade. Toda movimentação dos membros da sociedade se guia pelo princípio solidário, impondo-se atitudes de pacificação social por parte de todos, como, *verbi gratia*, colaborar de boa-fé para harmonização da vida em sociedade e concretização de uma coexistência digna. Explica Giovanni Ettore Nanni (2008, p. 296-297):

Ademais, no entendimento de Rosa Maria de Andrade Nery³⁰, é no princípio da solidariedade que se deve buscar inspiração para a vocação social do direito, para o sentido prático do que seja funcionalização dos direitos e para a compreensão do que pode ser considerado pacificação e pacificação social.

²⁷ Leciona Giovanni Ettore Nanni (2008, p. 294) acerca do tema citando ainda José Fernando Farias (**A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 190.): “É com a descoberta da solidariedade, no fim do século XIX, que se designa algo bem diferente, tratando-se de uma nova maneira de pensar a relação indivíduo sociedade, indivíduo-Estado, enfim, a sociedade como um todo. Nessa época, confirme José Fernando de Castro Farias, aparece a lógica da solidariedade com um discurso coerente que não se confunde com ‘caridade’ ou ‘filantropia’. A lógica da solidariedade se traduz por uma nova maneira de pensar a sociedade e por uma política concreta, não somente de um sistema de proteção social, mas também como um fio condutor indispensável à construção e à conceitualização das políticas sociais. Este discurso de solidariedade foi sistematizado conceitualmente por Leon Bourgeois e Émile Durkheim”.

²⁸ Buscando esteio em Maria Celina Boldin Moraes (MORAES, O Princípio da Solidariedade. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves. MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Org.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 532) para fundamentar o dever de não fazer a outrem aquilo que não se deseja para si como regra de convivência racional e solidária, explana Giovanni Ettore Nanni (2008, p. 296): “Assim, se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses este que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’”.

²⁹ “Por conseguinte, uma vez que os seres humanos convivem em sociedade, tal previsão constitucional determina que os interesses pessoais se sobrepor aos da sociedade”. (NANNI, 2008, p. 296).

³⁰ Trata-se do seguinte texto: NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, p. 65-70, Jan./mar. 2004, p. 70.

Por conseguinte, uma vez que os seres humanos convivem em sociedade, tal previsão constitucional determina que os interesses pessoais não podem se sobrepor aos da sociedade. Sendo princípio dotado de plena aplicabilidade em todas as relações jurídicas entre particulares e/ou com o Estado, a solidariedade, muito mais do que um mero valor simbólico ou de amor ao próximo, não apenas tutela como também impõe conduta às pessoas de agirem em conformidade com seus ditames. Isto acarreta a necessidade de o direito assegurar a todos uma existência livre e digna, não apenas no aspecto físico, intelectual, espiritual e material, mas também no negocial e econômico, sem a predominância do interesse meramente individual e sim de inserção no meio social de sua convivência. Em todas as atividades desempenhadas, seja nos atos sem relevância para o direito, seja no cumprimento de relações obrigacionais, existe uma imposição de cooperação, de não se abusar de outrem, de se exercer os direitos de acordo com a sua finalidade social etc.

Na atividade médica, por restar iniludivelmente inserida no bojo social, há incidência do princípio da solidariedade agravada. Afirma-se tal incidência face à cogente observância do princípio da solidaderidade imposta pela Constituição Brasileira e adjetiva-se como agravada a forma principiológica em virtude do direito ao qual a solidariedade estará vinculada, que é a saúde (bem garantidor de uma existência digna), e também por força do estado emocional e físico do paciente, em regra, alterado negativamente.

No relacionamento entre médico e paciente, portanto, o princípio da solidariedade é mais intenso que em outras atividades profissionais em respeito ao postulado da igualdade que impõe tratamento desigual aos desiguais. Não é demais ressaltar que o profissional médico é, por vezes, o último contato de um enfermo antes de seu falecimento, tal situação peculiar ou mesmo o receio fundado de falecimento, impõe ao médico um respeito peculiar ao princípio sob comento. A relação médico-paciente e seu feixe de obrigações correlatas devem ser lidos através de uma “visão solidarista”³¹ da relação obrigacional.

Enfim, pode-se chamar princípio da solidariedade médica a incidência agravada do princípio da solidariedade na área médica intensificada por força do postulado da igualdade substancial equalizador da solidariedade frente à fática e inegável fragilidade do paciente e o poder do médico ante tal situação.

Outro princípio com forte incidência na relação entre médico e paciente é o da cooperação ou da colaboração, portanto, meredor de atenção. Cooperar (ou colaborar), por

³¹“Busca-se com isto, além de proteger as partes da relação contratual, especialmente o mais fraco, garantir a sua liberdade, (...) é este o interesse que decorre da visão solidarista da relação obrigacional. Não se trata de alijar as partes de sua liberdade de ação, mas de conformar o seu comportamento com a dimensão social que se exige”. (NANNI, 2008, p. 297).

seu significado próprio e corrente³², é o verbo que deve estar presente quando se fala em direito civil das obrigações devidamente constitucionalizado e banhado pelo princípio da solidariedade, sendo o ser cooperante nas relações obrigacionais o único a materializar conduta humana digna e devida³³.

O princípio cooperativo, de colaborar, consubstancia-se em um dever que “obriga a parte a agir com lealdade, proibindo-a de impedir ou obstruir a outra de cumprir com o contrato, e ao mesmo tempo, assegura-lhe o direito de, querendo, cumprir a sua obrigação, sem ter, também, a execução desta impedida, razão pela qual afasta-se do contrato toda exigência excessiva, burocrática ou absurda” (ROCHA, 2008, p. 520.). O teor normativo do princípio reside em impor conduta de colaboração e cooperação entre as partes, invalidando os atos que desvirtuem o teor colaborador dos atos e que impeçam a efetivação dos deveres naturais das partes em relação à obrigação principal.

Não se olvide que o dever de cooperação constitui dever bilateral, patente via de mão dupla, obrigando, destarte, credor e devedor da relação jurídica, em respeito ao princípio da isonomia substancial entre os interessados na execução da obrigação. Reforça-se invocando passagens de Giovanni Ettore Nanni (2008, p. 311-312), deveras fundamentada na doutrina pátria, como Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 120) e Antunes Varela (1996, p. 131), *in verbis*:

Acrescente-se, outrossim, que é lícita a exigência do dever de cooperação tanto do credor como do devedor, indistintamente. Não mais predomina, *ipso facto*, a supremacia do credor em relação ao devedor. Demonstra Clóvis do Couto e Silva: “A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é de uma ordem de cooperação, em que se aluem as posições tradicionais do devedor e credor. Com isso, não se pense que o credor deixará de estar nitidamente desenhado como aquele partícipe da relação jurídica que é o titular de direitos e pretensões. Amenizou-se, é certo, a posição deste último, cometendo-lhe, também, deveres, em virtude da ordem de cooperação. Com isso, ele não deixou de ser o credor, sujeito ativo da relação, mas reconheceu-se que a ele cabiam certos deveres como os de indicação ou de impedir que a sua conduta venha a dificultar a prestação do devedor. Esse último dever, como já se mencionou, é bilateral. Se houver descumprido um desses deveres, não poderá exigir a pretensão para haver a obrigação principal. Dir-se-á que a sua pretensão precluiu (‘verwirkt’) ”. Averbá Antunes Varela que os deveres acessórios de conduta recaem sobre o devedor, como afetam o credor, a quem incumbe evitar que a prestação se

³²“A própria acepção da palavra cooperação bem representa a imagem de sua materialização no direito civil obrigacional: operar simultaneamente, trabalhar em comum. Portanto, tal idéia de comunhão de esforços é que deve predominar no temam em estudo”. (NANNI, 2008, p. 310).

³³Nesse sentido, cite-se a lição de Giovanni Ettore Nanni (2008, p. 310) com esteio em Judith Martins-Costa (**Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**, v. 5, t. 1, p. 25-27): “Mostra Judith Martins-Costa que a cooperação está no núcleo da *conduta humana devida*, servindo para *possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento*, importando uma colaboração informada pelos valores próprios das ordem jurídico-econômica considerada”. [Itálico no original.].

torne desnecessariamente mais onerosa para o obrigado e proporcionar ao devedor a cooperação de que ele razoavelmente necessite, em face da relação obrigacional, para realizar a prestação devida. Em vista disso, a relação obrigacional engloba um feixe de direitos e deveres, (...) especialmente o de cooperação, em que não há estruturação hierárquica entre pólo ativo e pólo passivo da obrigação. Ambos, como visto, devem atuar em um espírito de colaboração com o fito de obter o adimplemento.

A bilateralidade da incidência do princípio cooperativo se reforça no interior da relação médico-paciente pois na relação entre médico e paciente a cooperação do médico com o paciente e, principalmente, do paciente para com o tratamento e o esculápio representa *conditio sine qua non* do êxito e sucesso do tratamento. Lecionam Paulo Flávio Ledur e Fernando Lucchese (2008, p. 131) acerca do caráter dúplice do dever cooperativo na seara médica:

O mais estável dos contratos, e ao mesmo tempo o mais crítico, pois não apresenta cláusulas escritas, é o que se estabelece entre médicos e pacientes. Por isso o chamamos de acordo de cooperação, porque ambas as partes contribuem espontânea e lealmente para a sua feliz execução e obtenção dos melhores resultados. Ficou claro (...) que **a relação médico-paciente é uma via de duas mãos; ambos devem cooperar com o benefício final: a saúde.** Saúde hoje é muito mais do que não apresentar doença. Saúde é alegria e felicidade. Esta é a finalidade do acordo de cooperação entre médicos e pacientes: a busca da felicidade para todos os envolvidos. [grifo nosso].

A relação entre informação e cooperação é intrínseca, sendo elemento que previne o abuso de poder na prática profissional. Nesse sentido dita Cláudia Lima Marques ao apresentar o livro de Fernanda Nunes Barbosa (2008, p. 17): “(...) informação é poder (estado subjetivo de saber ou não saber), logo, **informar suficientemente e lealmente é cooperar com o outro** (se abstendo de abuso ou desvio de poder na relação médico-paciente-consumidor)” (Grifo nosso). Não colabora quem não informa de boa-fé, por isso, pode-se afirmar, que os princípios da boa-fé, da informação e da colaboração se relacionam mutuamente e necessitam um do outro para que, cada um, obtenha máxima efetividade.

Na profissão médica deve ser estimulada a relação solidária e cooperativa principalmente, existindo, inclusive, a discussão se entre médico e paciente deve ou não existir um “contrato de parceria”. Leia-se J. C. Ismael (2005, 81-82):

A relação entre médico e o paciente é um dos capítulos mais complexos e intrigantes da comunicação humana. (...). As coisas se complicam quando se discute se o médico deve ou não manter um **contrato de parceria** com o paciente. Para os que acham que o paciente não está em condições de questionar o que o médico propõe, a discussão não tem significado. Ela o ganha quando o empenho de ambos é assumido como um projeto de

colaboração comum, sem que médico tema parecer inseguro em discutir com o paciente a sua doença, e este não se iniba em dizer-lhe que vai buscar uma segunda opinião. Refletindo sobre os obstáculos que o médico costuma opor à colaboração do paciente, Naomi Remen lamenta essa atitude que, segundo ela, precisaria ser ensinada com mais empenho pelas escolas. Diz ela: “A capacidade de se relacionar de maneira colaboradora, por meio de um acordo, é uma habilidade aprendida e que precisa ser mais amplamente ensinada. (...) Pouca coisa na formação dos médicos ou em sua experiência o ajuda a dominar as habilidades cooperativas dentro da sua própria profissão ou a desenvolver a larga flexibilidade necessária para se relacionarem com os pacientes de forma a reconhecer suas forças e capacidades individuais. (...) Em grande parte, a disposição de devolver às pessoas a responsabilidade pelo cuidado de suas doenças se baseia no quanto os profissionais são controlados pela própria idéia de autoridade”. (Grifo nosso).

Com o desenvolvimento de um direito das obrigações baseado no princípio constitucional da solidariedade e da cooperação deve perder o sentido debater se o médico deve ou não firmar um pacto de parceria, ainda que implícito, com o paciente. A relação de parceria, colaboração, cooperação e solidariedade, como o perdão de eventual redundância, é imposição constitucional e legal, sendo, portanto, de observância cogente para os participantes da relação jurídica médica sob pena de eventual inadimplemento contratual em caso de desrespeito ao preceito.

Os princípios da cooperação e da solidariedade representam forte vertente na relação jurídica médica entabulada. Entretanto, de nada valeriam tais normas caso segurança jurídica não seja respeitada nas relações em comento, motivo pelo qual se explana a seguir o princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica é valor previsto na Constituição da República, primeiramente no preâmbulo³⁴ que, embora não sendo norma central e não tendo força normativa segundo o entendimento predominante no E. STF³⁵, o mesmo pode nortear a atuação interpretativa³⁶ do

³⁴ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. [Grifo nosso].

³⁵EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - **Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central**. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF, ADI 2076, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218, grifo nosso).

³⁶“É mister, por rigor metodológico, esclarecer que o termo boa-fé é plurívoco, admitindo diversas interpretações, ora conotando, na linguagem coloquial, o dever genérico de agir de forma correta; ora significando, a idéia jusnaturalista do estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar

aplicador da lei. Mais adiante, o documento jurídico maior positiva o direito à segurança enquanto direito e garantia fundamental nos seguintes termos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** (CRFB/88, art. 5º, *caput*)” [destaque nosso].

A segurança jurídica constitui pedra angular para estabilizar e pacificar relações jurídicas, tornando-as consentâneas com o princípio da dignidade humana e com a proteção de legítimas expectativas dos interessados em transações jurídicas.

Para economia, por exemplo, sobreleva-se a necessidade de estabilidade, faceta da segurança jurídica, como fator de obtenção de investimentos e desenvolvimento em prol do ser humano, motivo pelo qual se falar em segurança e estabilidade para o mercado representa verdadeiro referencial mercadológico³⁷. Não se olvide o mercado, em regra³⁸, como habitat da relação médico e paciente. Pontua-se que a sensação de segurança do paciente em seu médico é fator positivo nos tratamentos, pois motiva o tratado ao cumprimento das recomendações médicas. A sensação de insegurança, ao contrário, impulsiona o paciente ao desatendimento das recomendações do esculápio.

A necessidade de segurança jurídica entre as pessoas em seus relacionamentos torna o princípio sob estudo germe constitucional de princípios implícitos da confiança, boa fé e da transparência a seguir analisados por força da relação estreita com o princípio sob comentário.

Antes de ingressar no mérito do princípio da proteção da confiança é mister primeiramente esclarecer o que seria confiança. O Dicionário Escolar da língua portuguesa³⁹ da Academia Brasileira de Letras fornece substância para o início deste trabalho: “**Confiança** (com.fi:an.ça): *s.f.* 1. Sentimento de quem confia. (...). 2. Segurança íntima (...). 3. Bom conceito profissional. 4. Esperança firme (...). 5. Atrevimento, petulância.”. Deflui-se da significação de confiança representa um estado de crença na segurança, tal sentimento, como fato social, merece proteção jurídica quando legítimo.

direitos ou interesses alheios (boa-fé subjetiva), ora referindo-se a um critério de interpretação dos negócios jurídicos ou a uma norma de conduta que se impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, colaboração e consideração à contraparte (boa-fé objetiva).” (DEBS, 2006, p. 252).

³⁷“Convém não olvidar que a segurança jurídica deve funcionar como um referencial para o mercado, mas, principalmente, para os cidadãos”. (FEITOSA, 2008, p. 20).

³⁸ Excetuam-se os serviços médicos prestados gratuitamente pelo poder público, considerados fora do mercado, não se configurando como relação de consumo.

³⁹ Dicionário Escolar da Língua Portuguesa / Academia Brasileira de Letras. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 341.

Quanto à origem, a doutrina se divide entre o posicionamento civilista e o posicionamento constitucionalista (ARAÚJO, 2009, p. 33). Para os civilistas, a fonte do princípio da proteção da confiança respalda-se na boa-fé objetiva, enquanto os constitucionalistas buscam o fundamento do princípio em idéias nascentes no direito público.

No ordenamento infraconstitucional civil a proteção da confiança não é mencionada expressamente, motivo pelo qual, na doutrina nacional, é natural que os civilistas busquem a fonte da proteção da confiança no princípio da boa-fé objetiva, esta sim, citada no ordenamento. Ademais, a proteção da confiança e a boa-fé objetiva guardam entre si “estrito parentesco”⁴⁰.

O princípio da segurança jurídica, portanto, possui como corolário princípio da proteção da confiança e das expectativas legítimas, embora o mesmo guarde estreita relação com o princípio da solidariedade, conforme se verá adiante. A proteção da confiança legitima o direito de “assegurar uma proteção contra mudanças abruptas, injustas e frustradoras das expectativas tidas como legítimas” (ARAÚJO, 2009, p. 239), o fazendo por questão de segurança jurídica e solidariedade humana. Confiar protegido juridicamente em expectativas legítimas despertadas no agir social é condição necessária para obtenção de verdadeira segurança e solidariedade, valores constitucionais, direitos imprescindíveis para obtenção de uma almejável paz jurídica⁴¹ para existência digna.

Juridicamente, segundo José Gustavo Souza Miranda (2002, p. 132), citado por Fabíola Albuquerque (2009, p. 62), pode-se conceituar confiança como “a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e sua tutela”.

Interessante trazer a lume jurisprudência mineira paradigmática, motivo pelo qual também fora citada por Cioccari (CIOCCARI, 2010): “A teoria da confiança atribui responsabilidade àquele que, por seu comportamento em sociedade, gera no outro contratante justificada expectativa justificada expectativa no adimplemento de determinadas obrigações”⁴².

Segundo Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 82) a proteção da confiança possui as seguintes **condições de aplicação**, *in verbis*: “ i) a base da confiança; ii) a existência

⁴⁰ Afirmação de Araújo (2009, p. 34) com base em Hass (1988, p. 108).

⁴¹ Nesse sentido, Canotilho (1999, p. 73-74): “As pessoas, os indivíduos e as pessoas colectivas, têm o direito de poder confiar (...) A segurança e a confiança recortam-se (...) como dimensões indeclináveis da paz jurídicas”.

⁴² Apelação nº 233177-1, 3ª. Câmara Cível do TAMG, Belo Horizonte, Rel. Juiz Wander Marotta, Unânime, 07.05.97, DJ 12.08.97 E RJTAMG 67/24907.04.98.

subjetiva da confiança; iii) o exercício da confiança através de atos concretos e iv) o comportamento estatal que frustre a confiança”.

A teoria da proteção da confiança e das expectativas legítimas do paciente, dos contratantes ou do consumidor surge para resguardar os indivíduos da má-fé e da frustração de esperanças legalmente despertadas por outro interessado no negócio jurídico. Traz-se a lume o entendimento especializado de Cláudia Lima Marques (2005, p. 281), *in verbis*:

A teoria da confiança (...) pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração de um parceiro. Protegem-se, assim, a boa-fé e a confiança que o parceiro depositou na declaração do outro contratante. A vontade declarada, porém, não prevalecerá se o outro contratante souber ou puder saber razoavelmente que aquela não era vontade de seu parceiro. A teoria da confiança (...) serve à nossa análise porque nela observamos exatamente esta transformação na visão protetiva do direito, da vontade individual para o impacto social. A teoria da vontade concentrava-se no indivíduo, aquele que emite erroneamente sua vontade, concentrava-se no momento da criação do contrato; a teoria da confiança concentra-se também em um indivíduo, o que recebe a declaração de vontade, em sua boa-fé ou má-fé, mas tem como um fim proteger os efeitos do contrato e assegurar, através da ação do direito, a proteção dos legítimos interesses e a segurança das relações.

Como se percebe do fim do trecho supratranscrito de Cláudia Lima Marques, é patente a relação entre boa-fé, segurança jurídica e a tutela da confiança. De fato, somente se alcançará grau elevado de segurança jurídica quando for respeitada a boa-fé e quando for garantida a proteção da confiança nas expectativas legitimamente depositadas no tráfico de bens jurídicos.

O princípio da proteção da confiança e das legítimas expectativas decorre constitucionalmente do princípio da segurança jurídica temperado necessariamente pelo princípio da solidariedade e pela igualdade substancial, do contrário, teria-se somente a aplicação da segurança jurídica isolado em seu atuar.

A proteção da confiança é, em outras palavras, fruto da interrelação entre segurança, igualdade e solidariedade. Explica-se: O princípio da proteção da confiança deve atuar como instrumento de proteção da segurança do desigual confiante nos atos de outro agente social mais forte, como Estado ou os fornecedores de serviço perante o consumidor, ao qual será imposto o agir solidário de respeitar a confiança legitimamente despertada.

A proteção da confiança é instrumento de compensação do socialmente mais fraco que deposita esperança legítima no atuar do mais forte socialmente. Justamente por ser via de

mão única (exige-se o respeito da confiança depositada pela parte mais fraca da relação jurídica e não sendo cabível exigência inversa) serve como fonte de desigualdade compensadora, ou, mais propriamente, fonte de equiparação de desiguais através de tratamento desigual entre os mesmos. Presume-se a necessidade de proteção do socialmente mais fraco por força sua situação de desigualdade e fraqueza frente ao outro, tal presunção decorre de uma solidariedade social imposta pelo quadro constitucional.

Poder-se-ia indagar eventual injustiça na aplicação por via de mão única do princípio da confiança. Tal injustiça não deve ser cogitada porquanto o princípio da proteção da confiança busca conferir segurança jurídica de forma compensadora da desigualdade existente entre os sujeitos de determinada relação jurídica, em verdadeiro espírito solidário. Ao mais forte socialmente também é conferido proteção jurídica contra arbitrariedades, mas não pela proteção da confiança e sim pela tutela conferida pelo princípio e o *standart* decorrente da boa-fé objetiva. Para fundamentar o argumentado, invoca-se Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 36) em obra que versa acerca da aplicação do princípio sob comento nas relações entre particulares e poder público: “O princípio da boa-fé objetiva, diversamente do que ocorre com o princípio da proteção da confiança, pode ser invocado tanto por particulares. (...) No entanto, (...) o princípio da proteção da confiança só ofereceria proteção num sentido único: Em favor do particular que se relaciona com o Estado”.

Embora o trecho supra transcrito trate diretamente de uma relação entre desiguais no direito público, quando se relacionam Estado e agente particular, nas relações desiguais entre particulares, como entre fornecedores de obras e serviços e consumidores, o entendimento é também aplicável. Por se tratar de terreno propício à tutela da confiança no seio das relações entre particulares, estuda-se a base de tal direito na seara consumerista.

O princípio da proteção da confiança no Código de Defesa do Consumidor merece destaque por parte da doutrina consumerista, pois positiva-se nesse microssistema na menção do verbo esperar expostas no art. 12⁴³ e no art. 14⁴⁴ do CDC. O verbo esperar, se liga ligado à esperança, guardando este verbo relação com verbo confiar, pois o consumidor ao esperar razoavelmente determinado resultado de um produto ou serviço criar expectativas, esperanças legítimas nas quais confia, merecendo tal fenômeno social proteção jurídica.

⁴³ CDC, Art. 12, § 1º “O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se **espera**, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: (...) II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se **esperam**;(...)”. (Grifo nosso).

⁴⁴ CDC, Art. 14, § 1º “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode **esperar**, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: (...) II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se **esperam**”; (Grifo nosso).

No Código Civil de 2002 não há menção expressa ao princípio, motivo pelo qual alguns civilistas inserem sua origem normativa da confiança nessa área ao princípio da boa-fé positivado no sistema civilístico, como se verá no próximo tópico.

A relação entre boa-fé objetiva e proteção da confiança é íntima, pois ambos os princípios servem-se de uma mesma fonte: a busca da segurança nas relações jurídicas. Por tal motivo, impõe-se apresentar a distinção entre ambos.

Primeiramente em relação ao princípio da proteção da confiança, este para Mariana Almeida de Souza⁴⁵, é fundamental para a concretização do Princípio da Boa-fé, pois promove a previsibilidade e, via de consequência, a segurança, dos efeitos razoavelmente esperados em uma relação jurídica. Pontue-se, que o Princípio da Boa-fé com o escopo de formar um *standart* de conduta busca inspiração de concretização não só na proteção da confiança, mas em outros valores razoavelmente esperados no trato jurídico entre agentes sociais, como a dignidade, a segurança, a solidariedade e a cooperação, por exemplo.

O princípio da proteção da confiança possui autonomia científica, embora no direito brasileiro o tratamento seja no sentido de lhe entender com estreita vinculação e dependência como a boa-fé objetiva. Salutares as palavras de Gerson Luiz Carlos Branco (2002, p. 184-185): “O princípio da boa-fé e da confiança não se confundem. (...) o âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas o da boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança”.

Conforme conceituado anteriormente, a boa-fé objetiva fixa padrões de conduta socialmente aguardados e a proteção da confiança protege expectativa. A proteção de esperanças legítimas, por outro lado, compõe o quadro no qual se apresenta a conduta aguardada pela boa-fé objetiva. Tal argumento deve ser usado para suprimir a zona de penumbra⁴⁶ entre os princípios sob debate, pois embora para formação de uma conduta de padrão à luz da boa-fé utilize-se o referencial da proteção da confiança, isso não implica a limitação deste ao outro, até porque outros valores são utilizados para formação do *standart* da boa-fé (solidariedade, cooperação, dignidade e segurança, por exemplo) e nem por isso se afirma que tais valores compõem e se limitam à boa-fé objetiva.

Em suma, o *standart* de conduta na boa-fé objetiva fixa padrão de comportamento social almejável para consecução da paz jurídica e social, sendo o princípio da proteção da

⁴⁵“A relação entre o princípio da confiança e a boa fé é deveras estreita. Aquele se mostra como princípio fundamental para a concretização deste, ao passo que, nas relações jurídicas deve-se ter a certeza de que há veracidade nos atos dos indivíduos. Ou seja, o princípio da confiança promove a previsibilidade do Direito a ser cumprido, assegurando que a fé na palavra dada não é infundada”. (SOUZA, 2009).

⁴⁶“Os limites exatos entre o âmbito de atuação de ambos é nebuloso”. (BRANCO, 2002, p. 184-185).

confiança, enquanto protetor das expectativas legítimas. Ressalte-se que as expectativas legítimas e objetivamente geradas por esse padrão de conduta decorrente da boa-fé objetiva são protegidas, não exatamente pelo princípio da Boa-fé Objetiva, mas sim pelo princípio da proteção da confiança. Afirma-se, portanto, a boa-fé objetiva como fixadora de padrão social de conduta e a proteção da confiança como princípio assecuratório de que as expectativas decorrentes desse padrão sejam socialmente respeitadas.

Destarte, o médico por seu comportamento enquanto tal e detentor da respectiva função social que é tratar o ser humano, desperta a confiança no paciente, confiança esta que deverá ser protegida nos termos das expectativas razoáveis e legítimas do paciente. Leciona João Monteiro de Castro (2005, p. 96) acerca da existência de “uma estreita relação de confiança estabelecida entre médico e o paciente (...). A confiança do paciente no médico é dupla: de um leigo em um profissional e de um fraco em um protetor”.

A relação entre o direito à informação e o princípio da confiança é intrínseca, na medida em que a quantidade de informações e o tamanho da confiança são, em regra, diretamente proporcionais. Tal situação levou Lucchese e Ledur (2008, p. 9) à seguinte assertiva: “A troca intensa de informações preserva a confiança”.

A quebra da impessoalidade reinante nas relações hodiernas, principalmente nas de consumo, é imprescindível para manutenção do estado de confiança nas expectativas depositadas no esculápio. Por tal motivo é sempre importante o contato direto e pessoal entre médico e paciente, ainda que intermediários profissionais de outra área da saúde possam praticar determinados atos do tratamento e ainda que se possa utilizar a via telefônica para comunicá-lo⁴⁷. A falta de contato pessoal no caso em comento poderá ocasionar quebra de expectativas legítimas do consumidor que aguarda, por natural, a existência de tal contato “olhos nos olhos”.

Ora, a própria autoridade do médico é decorrência da confiança nele depositada, aliás na confiança depositada na função social dessa profissão e dos anos de estudo aos quais o médico se submeteu⁴⁸. Não é prematuro afirmar que a confiança é pressuposto da autoridade médica⁴⁹ e de um bom relacionamento entre médico e paciente⁵⁰.

⁴⁷ “**Os contatos devem ser regulares e pessoais, em função da relação de confiança que liga o profissional e o paciente.** O telefone não substitui a presença do médico e nem a supre. O médico pode valer-se de auxiliares para os cuidados, sem olvidar que a prescrição e a direção são suas incumbências, sempre”. (CASTRO, 2005, p. 104, grifo nosso).

⁴⁸ “Assim, quando se trata de contrato celebrado com médico, profissional liberal cuja competência e habilitação se presumem, fundado na confiança e expectativa, obrigações severas lhes são remetidas”. (CASTRO, 2005, p. 94).

⁴⁹ “(...) **a autoridade vai repousar na confiança,** (...). O médico desde sempre hauriu uma considerável autoridade da situação fática de sempre estar a serviço da vida. A autoridade do médico nasce da evidente atitude

Bruno Miragem⁵¹ destaca que o procedimento médico desperta a confiança no paciente e esperança, ou seja, deposita-se expectativas no ato médico, merecendo o paciente proteção da expectativa criada quando legítima e razoável.

Ainda no âmbito dos princípios que reforçam os deveres de conduta na relação médica, tempo o princípio da boa-fé que é princípio tão antigo quanto a tradição romano-germânica (ZANETTI, 2008, p. 68) e que somente ganhou expressividade no Brasil com o advento do Código de Defesa do Consumidor - CDC em 11/9/1990, sendo reforçado com o vigência do CC de 2002. Embora houvesse previsão expressa da boa-fé antes mesmo do CC/1916, mais especificamente no art. 131, inciso I do Código Comercial de 1850⁵², como informa Eliseu Jusefovicz (2006, p. 327), mas era àquela época letra morta por falta de inspiração doutrinária e nenhuma aplicação forense, como leciona Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1995, p. 21), citado por Jusefovicz, no mesmo lugar retro mencionado.

Boa-fé é termo detentor de muitos significados (DEBS, 2006, p. 252), importando aqui a idéia de boa-fé enquanto princípio e *standard* jurídico. Antes de qualquer outro passo, impende delimitar não se tratar o princípio em comento de boa-fé subjetiva⁵³, a qual somente poderia ser aferida caso a caso e avaliando o âmbito psicológico do indivíduo. Trata-se, por outro lado, da boa-fé dita objetiva, porquanto a mesma é aferida a partir de padrão de condutas leais e respeitadas legitimamente esperadas de cada participante da sociedade em dada circunstância. Ressalte-se não ser desprezível juridicamente o estudo da boa-fé subjetiva⁵⁴, mas afirma-se que não se tratar do objeto do presente tópico.

de indicar e prescrever o que é bom, justo e conveniente para a saúde do seu paciente e de proibir o que seja contrário ou prejudicial a ela. **Todo médico sabe que sua autoridade deixa de existir quando perde a confiança do paciente (...)**”. [destaque nosso]. (CASTRO, 2005, p. 110, grifo nosso).

⁵⁰ Por certo, quando o paciente não confia no médico o mesmo tende evitar suas recomendações ou mesmo a alterá-las com base em outras informações que detêm. Daí a importância de o médico sempre galgar bom relacionamento e buscar a confiança de seu paciente. Lucrar, na obtenção da confiança mútua, o paciente em sua luta pelo melhor tratamento, o médico por sua imagem social e o tratamento que já terá dado seu primeiro passo ao êxito.

⁵¹ “A jurisprudência (...) reconhece a **necessidade de proteção da pessoa** que ao recorrer a tais espécies de serviços encontra-se **em situação de hipervulnerabilidade, frente** ao sofrimento da doença ou **ao** temor do tratamento, bem como os agravos e riscos decorrentes de todo o **procedimento que desperta no paciente um alto grau de confiança e esperança de êxito**”. (MIRAGEM, 2007, p. 91, grifo nosso).

⁵² “A inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.”

⁵³ Acerca da diferença entre Boa-Fé Objetiva e Subjetiva, remete-se a Santos: “A boa-fé subjetiva é aquela que se refere ao âmago do indivíduo, como conduta que ele mesmo se impõe por razões religiosas ou puramente morais, ao passo que a boa-fé objetiva é exigida do indivíduo como conduta que a coletividade lhe impõe, independentemente de seu sentimento interno. Assim se revela, na distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, a diferença entre direito e moral, enquanto capítulos da ética”. (SANTOS, 2006, p. 242.).

⁵⁴ “Em qualquer situação, porém, não deve ser desprezada a boa-fé subjetiva, dependendo seu exame sempre da sensibilidade do juiz. Não se esqueça, contudo, de que haverá uma proeminência da boa-fé objetiva na hermenêutica, tendo em vista o vigente descortino social que o presente Código Civil assume francamente.” (VENOSA, 2010).

A base constitucional da boa-fé objetiva é princípio da solidariedade social⁵⁵, constitucionalmente previsto.

A Alemanha é país no qual a doutrina da boa-fé primeiramente evoluiu para incorporar um conteúdo substancial ao princípio sob comento⁵⁶, sendo o estado ao qual se imputa a divisão triparte das funções da boa-fé⁵⁷. O princípio da Boa-Fé é multifuncional, exercendo função interpretativa, limitativa e criativa de direitos. Explica-se:

A função interpretativa (ou hermenêutica) permite a interpretação de cláusulas contratuais e de normas de conduta decorrentes dos deveres legais no caso concreto.

A função limitativa de direitos, quando se limita o exercitar de direitos à parâmetros que não permitam o abuso.

A função criativa (ou integrativa das obrigações) se vincula à chamada aos chamados deveres anexos, fiduciários (JUSEFOVICZ, 2006, p. 329) porque derivados da confiança mútua, secundários e finda por abarcar diversos outros princípios necessários para definição e concretização do *standart* da conduta de boa-fé.

Em verdade, entende-se o princípio da boa-fé como um criador de um *standart* comportamental padrão aguardado em determinadas situações, dentro desse padrão cria-se moldes limitações à condutas contrárias ao modelo (função limitativa do exercício abusivo de direitos) e impõe-se àquelas necessárias à concretização do padrão, ponto no qual a boa-fé busca inspiração em vários outros princípios do ordenamento, tais como a dignidade, a segurança, a proteção da confiança, solidariedade e cooperação, momento em que surgem os deveres anexos, secundários ou fiduciários.

O princípio da boa-fé objetiva é de observância cogente a todos em suas relações sociais conduta apartada do seu inverso, a lesiva má-fé, devendo ser observada conduta leal e respeitosa no tocante às expectativas legítimas do próximo, visando impedir lesões, danos e frustração de expectativas alheias.

⁵⁵ Debs, inspirado em Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 1999, p. 639), expõe a boa-fé como tentáculo da solidariedade constitucional, a saber: “A boa-fé é nitidamente tratada como mandamento geral como mandamento geral de conduta, ‘concretizadora e sistematizadora da solidariedade social’ (...) Nesse ponto, deve-se esclarecer que os diversos deveres derivados da boa-fé (...) são, na verdade, formas de especificação da diretriz constitucional da solidariedade social, insculpida no art. 3.º da nossa Constituição Federal”. (DEBS, 2006, p. 253).

⁵⁶ “Com muita lentidão a jurisprudência e a doutrina, especialmente na Alemanha, passaram a incorporar um conteúdo substancial ao princípio da Boa-fé”. (JUSEFOVICZ, 2006, p. 327-328).

⁵⁷ A lição de Tepedino imputa à doutrina germânica a identificação da função tripartite das funções do princípio da boa-fé, asseverando: “A classificação é originalmente encontrada em Franz Wieacker, *El principio general de la buena fé*, trad. espanhola de José Luis de los Mozos, Madrid: Civitas, 1976, cap. IV. No Brasil v. Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, parte III; e Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, Biblioteca de Teses, Cap. IV”. (TEPEDINO, 2006, p. 72-73, grifos no original).

Em verdade, a boa-fé objetiva, enquanto princípio que norteia a criação de um *standart* de conduta social tem seus parâmetros aferidos da combinação de outros princípios necessários ao ordenamento constitucional, tais como o dever de informar, de cooperar, ter cuidado com o outro, evitar danos e gastos desnecessários à luz de um padrão do homem médio⁵⁸.

No afã de respeitar as expectativas do próximo, inclusive aquela pela qual se pressupõe a boa-fé e a ausência de ânimo de lecionar, impõe-se pelo princípio da boa-fé objetiva a observância de deveres ditos anexos ou secundários aos participantes de relação jurídica, mesmo que não tenham sido previstos expressamente entre os interessados.

A aplicação do princípio da boa-fé conduz à criação de padrão razoável de conduta, modelo empiricamente formulado por julgadores a cada caso concreto,

Enquanto *standard* jurídico, fazendo-se uso das palavras de Silvio de Salvo Venosa (2010), “a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos”. A partir do momento em que se forma padrão social de conduta valorado empiricamente

A boa-fé objetiva, na seara médica, surge no sentido de que médico e paciente devem agir nos estreitos limites do respeito e lealdade mútuos sem frustrar expectativas razoáveis do outro e sem o ânimo de causar dano. Exemplifica-se a conduta de boa-fé em relação ao paciente que tudo informa o quanto sabe dos sintomas apresentados. Objetivamente, é essa conduta que se impõe e é essa a mesma conduta aguardada socialmente pelo médico em relação aquele. Se o paciente omite informação útil ao médico, principalmente quando indagado acerca de determinado sintoma, há quebra da boa-fé objetiva, pois a conduta foge do *standard* razoável do doente que aguarda tratamento médico. O exemplo dado reforça o entendimento de que a boa-fé é exigida de todos os protagonistas da vida social, mesmo nas relações de consumo.

Acerca da bilateralidade do dever de respeito à boa-fé na seara consumerista, ou seja, quanto à observância cogente do princípio sob comento tanto por parte do fornecedor quanto do consumidor de serviços e produtos, Newman de Farias Debs (2006, p. 255) leciona:

Com efeito, a dicção legal do referido artigo 4.º, que tem natureza de norma princípio, a informar todo o ordenamento consumerista (...) deixa de maneira inequívoca a intenção do CDC de promover a harmonização dos interesses

⁵⁸“A boa-fé que se exige na relação contratual é a objetiva, exigível de cada um dos contratantes como conduta positiva, da qual decorrem os deveres de informação, de colaboração e de cuidado. Ou ainda em honrar a palavra dada, não causar prejuízos desnecessários, colaborar com o outro contratante, tudo segundo os padrões do homem médio”. (SANTOS, 2006, p. 242.).

dos participantes das relações de consumo, bem como a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico (...). O dever de agir segundo a boa-fé incumbe não só aos fornecedores mas também aos consumidores, sob pena de, não sendo assim, simplesmente se inverter os pólos das desigualdades desta relação. (...) Para se alcançar o objetivo da harmonização, impõe-se reconhecer que também nós, os consumidores, temos deveres que decorrem da regra geral da boa-fé. Curiosamente, a doutrina, majoritariamente, não se ocupa destes deveres, limitando sua análise àqueles que incumbem aos fornecedores. Fica aqui, então, o alerta para a correta interpretação do tão citado art. 4.º, onde haja espaço para a completa descrição dos deveres decorrentes da boa-fé em temas da relação de consumo.

De fato, a imposição de observância do princípio da boa-fé objetiva e de seu *standart* de padrão social de conduta é dever imposto não somente ao fornecedor, pois ao consumidor também há o dever de observância cogente pelo consumidor. A imposição unilateral de boa-fé ao fornecedor, além de contrariar a busca da harmonização de interesses na relação de consumo (CDC, art. 4º), contraria o ideal da existência digna e solidária imposta pela CRFB/88. Inolvidável, o fato de estarem presentes por parte dos fornecedores, pessoas físicas titulares do direito à dignidade e que, mesmo as pessoas jurídicas possuem uma honra objetiva, a qual merece proteção contra atitudes dolosamente causadoras de dano por parte de consumidores de má-fé e com o intuito de enriquecer ilicitamente, por exemplo. Relembre-se que é Princípio Geral do Direito a vedação ao enriquecimento sem causa.

O princípio da Boa-fé objetiva, enquanto fixador de padrão de conduta constitucionalmente aceitável, é de observância premente pelo médico e pelo consumidor. A imposição bilateral do dever de boa-fé é o único modo de garantir equilíbrio e igualdade substancial nas relações médicas, seja de consumo ou não, e, por via transversa, permitir a perpetuidade e consagração na ordem fática dos ideais de solidariedade e de padrões de existência digna a todos participantes da teia social.

Diante de uma realidade relacional embasada na boa-fé, proteção da confiança e cooperação, pode-se afirmar que o princípio da transparência é fortalecido, sendo é, em verdade, é norma que visa à criação de um estado de lealdade, verdade e clareza entre os participantes de uma relação negocial. Não se trata de princípio limitado à esfera consumerista, diga-se desde logo, trata-se antes de tudo de um aplicável às relações jurídicas em geral, principalmente em relação à Administração Pública (“transparência administrativa”). Ressalte-se que o estado de transparência é exigível nas relações jurídicas negociais em geral, pois enquanto transparente a relação jurídica serve de instrumento à

proteção de outros valores como a liberdade de escolha e a igualdade de informação entre contratantes.

A transparência, por outro lado, não se confunde com o direito de acesso à informação, embora o princípio informático seja complementar ao princípio da transparência na sistemática consumerista (NUNES, 2005, p. 115). Assim, em relação transparente a informação prescinde de solicitação⁵⁹, sendo de fluência natural. O estado de transparência possui as seguintes características⁶⁰: (I) Coleta ininterrupta de informação; (II) Veracidade informativa; (III) Completude informacional; (IV) Quadro informacional organizado para facilitação da apreensão e acesso; (V) Facilitação de acesso à informação; (VI) Fluência contínua de informação; (VII) Transmissão da informação ao destinatário, em regra, sem intermediários para evitar extravio ou deturpação informativa; (VIII) Possibilidade de verificação da fidelidade da informação; (IX) Possibilidade de checar a compreensão; (X) Possibilidade de discussão e eliminação de dúvidas.

No Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/1990, art. 4º), é tratado como princípio que busca relações contratuais sinceras e não danosa, com fulcro no respeito mútuo e informação clara e correta acerca dos produtos e serviços comercializados. Mister ressaltar a incidência da transparência em todos os momentos das tratativas negociais (fase pré-contratual, fase executiva e fase pós-contratual). Interessante trazer à baila o entendimento esposado por Cláudia Lima Marques (2004, p. 16, grifo nosso)⁶¹, *in verbis*:

De um lado, **o ideal de transparência no mercado acaba por inverter os papéis tradicionais**, aquele que encontrava-se na posição ativa e menos confortável (*caveat emptor*), aquele que necessitava atuar, informar-se, perguntar, conseguir esclarecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, o consumidor, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6º, III), enquanto aquele que encontrava-se na posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação (*caveat venditor*). [Destaque nosso].⁶²

⁵⁹ “A transparência difere do acesso à informação, pois a comunicação deve fluir sem que se solicite. (...) A transparência opera através de comunicação contínua, imparcial, plena e verossímil (...) Como num edifício envidraçado, a transparência requer manutenção caso contrário os vidros ficarão embaçados”. (MACHADO, 2006, p. 64-65).

⁶⁰ Para fixação dos requisitos de uma relação transparente, buscou-se inspiração em Machado: “(a) coleta ininterrupta de informações; (b) Organização completa e veraz dos dados existentes; (c) facilitação do acesso às informações; (d) respostas rápidas às demandas apresentadas; (e) transmissão contínua de dados informativos, de tal forma que eles cheguem sem intermediários indevidos, aos seus legítimos destinatários; (f) possibilidade de serem verificadas e discutidas as informações fornecidas”. (MACHADO, 2006, p. 65).

⁶¹ No mesmo sentido: MARQUES, 2005, p. 717.

⁶² Quanto às expressões *caveat emptor* e *caveat venditor* significam, respectivamente, que o “adquirente deve se acautelar” e que “cabe ao vendedor se acautelar”. A primeira expressão representa o raciocínio clássico (vigente

Percebe-se pela afirmativa acima transcrita a vocação da informação para efetivar o ideal da transparência no tráfico de bens jurídicos em sociedade. Feliz é a lição de João Monteiro Castro (2005, p. 96, grifo nosso): “Transparência (...) está intimamente relacionada com clareza e informação sobre os detalhes importantes da relação contratual. **O dever de informar é reflexo do princípio da transparência**, regente desde a fase pré-contratual até a conclusão da relação”. A transparência encontra meio de efetivação na informação clara, suficiente e acessível, o que por sua vez criará ambiente favorável às relações de confiança⁶³ entre médico e paciente, que merece proteção jurídica, conforme explanação a seguir traçada.

A valorização social do trabalho, enquanto direito fundamental⁶⁴ social⁶⁵ do ser humano, encontra seu fundamento constitucional não somente como Princípio da ordem econômica (CRFB/88, art. 170, *caput*⁶⁶), mas também como fundamento da República brasileira (CRFB/88, art. 3º, inciso IV⁶⁷).

O trabalho médico guarda estreito vínculo com a saúde humana, a qual está imbricada à vida e à dignidade, sendo esse o viés para a busca da implementação do valor do trabalho do médico, a qual não deve ser desprezada pelo paciente e muito menos traída pelo médico, sob pena de ofensa à função social da profissão médica, a proteção à saúde.

A função social do médico consistente na proteção da saúde deriva de sua propriedade em sentido amplo, qual seja o conhecimento técnico e o diploma universitário, este permitindo seu atuar perante toda a sociedade em busca do bem-estar dos consumidores

principalmente até o século XX) em relação à responsabilidade e ônus dos adquirentes e compradores de produtos, enquanto que o segundo fomenta o raciocínio moderno.

⁶³ Marques (2005, p. 715) cita Benjamin (Comentários, Forense, 7ª ed. p. 245 e 8ª ed., 318) que relaciona a transparência como exigência da Boa-fé e da Proteção da Confiança, e Guimarães (Vícios do produto e do serviço, p. 78) lembrando que a transparência e o dever de informar como previstos na Resolução 39/248 da ONU como instrumento de proteção da livre e racional escolha. Particularmente, entende-se que a busca pelo ideal da transparência serve-se do princípio da informação e da boa-fé para sua implementação que, por sua, vez permite a facilitação da proteção da confiança.

⁶⁴ O E. STF entende que o rol de direitos fundamentais expostos no art. 5º da CRFB/88 não encerram listagem *numerus clausus*, taxativa. Cite-se, por exemplo, o direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da CRFB/88, o qual no entendimento do Supremo (vide o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175-0) mesmo fora do art. 5º integra o rol de direitos fundamentais. O “trabalho dignifica o homem”, ou seja, tem ligação direta com o fundamenta dignidade humana (CRFB/88, art. 1º, III), pilar da República. Ressalte-se, ademais, a possibilidade de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais entre particulares (STF, Recurso Extraordinário 201.819-8), eis que dotados de eficácia imediata (CRFB/88, art. 5º, §1º).

⁶⁵ CRFB/88, Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o **trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Grifo nosso).

⁶⁶ CRFB/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁶⁷ CRFB/88, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

inseridos no mercado, conforme almeja a Constituição (CRFB/88, art. 219⁶⁸) e também promovendo a dignidade humana (CRFB/88, art. 3º, III). A função social da propriedade (CRFB/88 art. 5º, inciso XXIII⁶⁹ e art. 170, inciso ⁷⁰) do médico sobre seu conhecimento e diploma é medida de ordem pública e cogente, não sendo permitido o desrespeito dos interessados na relação jurídica de forma alguma, sob pena de patente inconstitucionalidade.

A mesma Constituição que impõe a valorização do trabalho médico é mesma a impor ao médico o fardo do respeito à função social de sua profissão, como leciona Genival Veloso França (2007, p. 9) afirmando que hoje “a medicina (...) tornou-se uma instituição de interesse coletivo, em que o Estado passou a exigir mais dos profissionais de medicina, como elementos de grande valia para estabelecer a ordem pública e a paz social”.

A função social da medicina é vetor normativo fixador dos respeitos às bases da profissão médica, sendo imprescindível a atuação dentro desse princípio com o intuito de gerar pacificação social e de ver o médico gerando os frutos na saúde da sociedade tão aguardados pelos cidadãos.

Todos os princípios acima apontados representam base para uma leitura jurídica da relação entre médico e paciente. Tal afirmação não obsta a afirmação da existência de um princípio síntese o qual se municia de todos os outros: O princípio do melhor interesse do paciente visto a seguir.

O princípio da tutela do melhor interesse do paciente é princípio síntese, específico do direito médico que condensa todos os demais princípios sob uma só denominação: O dever médico de tutelar o melhor interesse do paciente. Nesse sentido advoga Gustavo Tepedino (2006, p. 94), seguido por Felipe P. Braga Netto (2008, 319-320), o qual também lhe reproduziu as palavras conforme a citação seguinte:

Tutela do melhor interesse do paciente: Vislumbrada a relação obrigacional, qualquer que seja ela, como um processo dinâmico, iluminada pela boa-fé objetiva, daí decorrendo vários deveres recíprocos de lealdade e cooperação, não admira que do médico se exija a tutela do melhor interesse do enfermo. Esse será, no século XXI, o farol que iluminará as hermenêuticas, sobre a matéria. Superando o frio tecnicismo (ainda existente na prática profissional) a relação se desenvolverá sob as bases do respeito mútuo, considerada, obviamente, a ascedência técnica do profissional. É o que nos ensina, de

⁶⁸CRFB/88, Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

⁶⁹CRFB/88, art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁷⁰CRFB/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade;

maneira elegante, Gustavo Tepedino: “Daí porque se torna indispensável a consideração, como critério interpretativo para a avaliação conduta médica, ‘do dever de tutela do melhor interesse do paciente’, em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica. . Exclui-se, então, a possibilidade de excessos ou abusos de poder por parte do médico (...)”. (...) Naturalmente que sempre se há de exigir do profissional, qualquer que seja ele, o emprego da técnica adequada, dever que assume notável relevância na prática médica, presente o valor vida.

Destarte, a disparidade entre médico e paciente jamais deve ser olvidada, mas a superioridade técnico-científica médica deve ser usada em prol do melhor interesse do paciente, com o escopo de compensar a diferença fática existente entre ambos.

Vistos alguns princípios informadores da relação entre médico e paciente, debruça-se a partir de então sobre a relação cerne do trabalho, a qual se dá entre médico e paciente.

2 A RELAÇÃO ENTRE PACIENTE E MÉDICO

A relação entre médico e paciente, dentro ou fora de uma relação de consumo, é um relacionamento entre desiguais, motivo pelo qual se afirma que se trata de uma relação não-harmônica. Nesse sentido, Joaquim Clotet (2006, p. 88, grifo nosso) “De forma geral o **relacionamento** médico-paciente pode estar **desarmonizado** por causa das possíveis diferenças na educação e em conhecimento científico de ambas as partes”.

Frente à tal disparidade fática, que deixa o médico em situação de poder, Miragem (2007, p. 62), com fulcro na lição de Carlos Alberto Gherzi (2000, p. 42-43), aduz que o paciente se encontra em situação de vulnerabilidade agravada face sua condição de enfermo ou de suspeita da enfermidade. Disserta o retrocitado autor (MIRAGEM, 2007, p. 62, grifo nosso):

Note-se que a contratação de uma obrigação médica pelo paciente, decorre muitas vezes, de uma necessidade de diagnóstico ou tratamento em vista da integridade física ou moral do tomador de serviço. Nessa situação, o profissional encontra-se em autêntica situação de poder. O paciente, doente ou afetado com o risco da doença, assim como seus familiares, encontram-se, em geral, em situação de **vulnerabilidade agravada**, dada sua situação particular. [destaque nosso].

Pode-se afirmar, portanto, que a situação de vulnerabilidade na qual se encontra é majorada em relação à vulnerabilidade geral de padrão do médio exposta no Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/1990). Ousa-se afirmar, face à realidade fática em que se encontram os pacientes, que há presunção de vulnerabilidade mesmo fora da seara consumerista, motivo pelo qual a carga de incidência dos princípios constitucionais da solidariedade e da vulnerabilidade consumerista devem nortear os julgadores, intérpretes e demais aplicadores do direito na relação sob exame.

Há também verdadeira **assimetria informativa** entre ambas as partes: Se por um lado o médico possui informação técnica e científica, somente o paciente pode apresentar ao médico detalhes sintomáticos suportados e que poderão auxiliar o facultativo a tomar as decisões mais acertadas diante da situação apresentada. O êxito do tratamento, portanto, depende em muito da troca de informações entre os participantes da relação. A comunicação, portanto, é caminho eficiente na busca da recuperação da saúde.

Ressalte-se, por oportuno, que a forma comunicativa, o método de repasse de informação do médico ao paciente jamais deve olvidar realidade insofismável: A hipervulnerabilidade do paciente. Somente tomando esse pressuposto como condicionador da

relação médica, a dignidade do paciente poderá ser efetivamente respeitada. A hipervulnerabilidade, pelo motivo ora exposto, é explanada no tópico seguinte.

2.1 O paciente-doente: A supervulnerabilidade

A situação do paciente, quando abalado por um mal de saúde – ou mesmo sua simples suspeita – tende a afetar sua tranqüilidade decisória e paz de espírito, repercutindo na sua relação com o médico de forma incisiva. O médico deve reconhecer tal situação e levar em consideração, inclusive, que a fragilidade do paciente pode afetar o ato comunicativo tão importante para o êxito do tratamento de saúde⁷¹.

Os deveres médicos de cuidado se agigantam em relação ao esculápio, pois o mesmo recebe para o tratamento ser humano em estado abalo ou fragilização que vão do grau mais leve ao gravíssimo devendo tratá-lo, à luz do princípio da igualdade substancial, de acordo com a necessidade requestada pela conjuntura do estado de saúde do paciente. Hans-Georg Gadamer (2006, p. 132) reconhece o estado específico de necessidade e de desproteção do paciente e a repercussão que isso dever ter no cuidado cauteloso para com o necessitado:

Dizemos que tratamos alguém com cuidado, que se deve ter cuidado ao tratar dessa pessoa. Nesse sentido, todo paciente é, pois, um caso assim, com o qual devemos sempre de proceder cautelosamente. **Isso se deve ao seu estado de necessidade** e, ao mesmo tempo, à sua desproteção [destaque nosso].

A doutrina brasileira, também reconhece o estado de inferioridade na qual se sente inserido o paciente. Nesse sentido leciona o médico Irany Novah Moraes (2003, p. 402):

O Motivo que leva o paciente a procurar o médico costuma a ser a dor, sangramento, febre, enfim, um mal que o aflige. Certamente só esse fato já cria condições diferentes [...]. O doente chega ao médico contrariado de certa ou muita angústia; entretanto, essa mesma situação de relativa inferioridade leva em si uma enorme dose de esperança.

⁷¹“A saúde é o maior de todos os bens de qualquer cidadão. (...) Ao menor sinal de perigo à saúde, o ser humano se preocupa, se perturba, se angustia, tornando-o um ente fragilizado. Então, com esse sentimento, procura um médico. Essa situação de angústia é, sem dúvida, um dos aspectos que mais interfere no processo de comunicação entre paciente e médico, opondo significativos obstáculos ao pleno cumprimento do acordo de cooperação firmado entre as partes”. (LUCESSE e LEDUR, 2008, p. 19).

Há, em verdade, um cidadão, o paciente, qualificado de hipervulnerável nas palavras de Bruno Miragem⁷², o qual é merecedor de especial proteção por parte do profissional médico. Ora, o hipervulnerável paciente é o destino do ato médico e é somente essa a interpretação dos princípios fundamentais expostos no capítulo I, inciso I⁷³ e II⁷⁴ do Código de Ética Médica. A saúde do paciente é, portanto, primeira e última medida de cada ato médico. Cada ato do esculápio só tem justa medida se respeitado o estado de super vulnerabilidade, em outras palavras, o dever de cuidado inerente à atividade de saúde é respeitado somente quando a intensidade do dever é proporcional ao estado de necessidade e vulnerabilidade do ser humano tratado.

Tratando-se de relação bilateral, na qual dois sujeitos atuam lado a lado, não somente a situação de hipervulnerabilidade do paciente interessa ao presente estudo, como também interessa o estado do médico participante, o qual, em muitos casos, apresenta-se como sobrecarregado.

2.2 O médico moderno: A sobrecarga de trabalho e a limitação da autonomia técnica

O médico moderno se caracteriza por apresentar multiplicidade de vínculos, dando-se tal fato mais por necessidade econômica do médico que por necessidade social. Tal situação, entretanto, não se revela recomendável, pois é fato majorador da incidência de erro médico.

Não somente a carga sobre humana de trabalho afeta a realidade médica. Hodiernamente, são narradas diversas formas de interferência em suas atividades de forma incisiva por parte das operadoras de plano de saúde e mesmo do Poder Público. Trata-se, por exemplo, de limitações no encaminhamento para exames e limite de tempo para cada atendimento. Tais situações colocam em apuros a autonomia médica, pois o médico fica limitado às decisões do plano de saúde, prejudicando a ampla autonomia preconizada pelo seu

⁷²“A jurisprudência neste sentido, ao desenvolver gradualmente os deveres cabíveis aos profissionais médicos, hospitais e clínicas reconhece a necessidade de proteção da pessoa que ao recorrer a tais espécies de serviços encontra-se em situação de **hipervulnerabilidade**, frente ao sofrimento da doença ou ao temor do tratamento, bem como os agravos e riscos decorrentes de todo o procedimento que desperta no paciente um alto grau de confiança e esperança de êxito. Nesse sentido é que a definição dos regimes de responsabilidade civil médica leva em consideração tanto as peculiaridades desta atividade, (...) destacando a necessidade de proteção dos interesses do **hipervulnerável**”. (MIRAGEM, 2007, p. 91, grifo nosso).

⁷³ Código de Ética Médica (CEM) - Resolução CFM 1.931/2009, Capítulo I: “I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.”.

⁷⁴ Código de Ética Médica (CEM) - Resolução CFM 1.931/2009, Capítulo I: “(...) II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”.

Código de Ética Deontológico, o Código de Ética Médica - CEM/2009⁷⁵. Tais dificuldades são reconhecidas por Ledur e Lucchese⁷⁶ que destacam, frente à situação, a importância que o comunicar seja eficiente a ponto de superar as dificuldades inerentes à sobrecarga e à limitação de tempo. Busca-se, destarte, aumentar a eficiência médica com base no diálogo eficaz, o qual é de insofismável importância no tratar médico, como se busca demonstrar a seguir.

2.3 O diálogo necessário

O diálogo, adverte Hans-Georg Gadamer (2006, p. 131), “representa o primeiro e também o último ato em comum entre médico e paciente, e pode abolir a distância entre ambos”. Nesse contexto, o mundo moderno caracteriza as relações entre médico e paciente pela despersonalização. Assim, são os participantes da relação jurídica de saúde seres estranhos um ao outro, possuindo modernamente uma distância intrínseca. O filósofo alemão (GADAMER, 2006, p. 131) retrocitado, pontua pertinentemente que perante “tal distância, há necessidade de que médico e paciente encontrem um solo comum, no qual possam se entender, e essa base é o diálogo, o único elemento que pode cumprir aquela função”.

A responsabilidade pela formação e conformação legal do diálogo é precipuamente do médico em virtude da sua pressuposta preparação para o exercício profissional. É nesse sentido a lição da Mário Raposo (*Apud* KFOURI NETO, 2002, p. 288) para o qual “deve o médico estimular um diálogo aberto e humanamente paritário. Não se tratará, por certo, de adoptar um modelo paternalístico nem contratual, mas de fazer nascer uma interacção fiduciária, radicada no denso valor ético-social da recíproca confiança”.

A relação entre médico e paciente, portanto, dever ser estabelecida com base no diálogo, para cumprir com a função de amenizar o distanciamento entre os sujeitos da relação jurídica de saúde, aqui se socorre à lição de André Nigre (2008, p. 27), “deve ser estabelecida de forma horizontal com interesses comuns, sem o paternalismo autoritário do profissional e sem a submissão total do paciente” e, nessa condição, não deve o médico olvidar de que a

⁷⁵Código de Ética Médica (CEM/2009) - Resolução CFM 1.931/2009, Capítulo I: “(...) VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho”.

⁷⁶“Tradicionalmente, os médicos encontram-se sobrecarregados por múltiplas atividades, geralmente em diferentes hospitais. O sistema de saúde impõe tempos determinados para o atendimento de cada paciente e, mais do que isso, a população procura o médico em situações progressivamente mais graves, o que termina por exigir um maior tempo no atendimento. A precisão absoluta na comunicação passa a ser, mais do que uma qualidade, uma necessidade.”. (LUCHESE e LEDUR, 2008, p. 20).

“comunicação deve ser cortês, honesta, aberta e apropriada ao nível intelectual e, principalmente, à necessidade emocional do paciente”.

É pressuposto do legítimo exercício do diálogo pelo médico que o mesmo reconheça a peculiar condição do paciente, para tratá-lo de forma diferenciada frente à sua fragilizada situação, respeitando, enquanto particular o princípio da isonomia substancial e realizando um diálogo perene no tramitar do tratamento, como esclarece Arthur Magno e Silva Guerra (2005, p. 316, 319 e 320):

[...] O médico deve manter um diálogo com seu paciente, mas não qualquer diálogo, e sim um diálogo qualificado, voltado para o tratamento de saúde do ser humano fragilizado [...] O diálogo e deve fazer parte do próprio tratamento e não apenas uma introdução a este. Somente o diálogo nestas condições conduz o paciente ao “consentimento livre e esclarecido”.

Na sede do diálogo qualificado multicitado, o médico deve estar preparado no diálogo para “confortar, escutar olhar e tocar” (ISMAEL, 2005, p. 95) sempre ciente de que o “atendimento apressado e impessoal” pode representar forma de imperícia, tudo isso “apesar das dificuldades enfrentadas pela falta de tempo dos dias de hoje, o profissional deve procurar conhecer melhor seu paciente e olhá-lo como um ser integral, evitando fragmentar seu problema de saúde, visualizando, com isso, somente a morbidade” (NIGRE, 2008, p. 27).

Inegável a importância do diálogo na relação sob comento, assim como é insofismável a assimetria informativa existente entre médico e paciente. Tal situação gera a necessidade de acordo de cooperação mútua no anseio de tornar a comunicação o mais eficiente e eficaz possível, conforme se pontua a seguir.

2.4 A comunicação médico-paciente: O acordo de cooperação comunicativo

No ato comunicativo a conduta dos interlocutores é *condictio sine qua non* para o êxito na transmissão de informação. O auxílio mútuo para compreensão sempre deve estar presente, sendo sempre mais necessário quando maior for a discrepância informativa entre os o emissor da informação e o destinatário, como pode ocorrer na relação entre o diplomado médico e um analfabeto desinformado ao extremo possível. O acordo cooperativo e a discrepância informativa são, portanto, grandezas proporcionais. Em obra específica sobre a comunicação entre médico e paciente, Ledur e Lucchese (2008, p. 9) mencionam que entre o esculápio e o tratado há verdadeiro acordo de cooperação pelo qual, segundo “a Teoria das

Implicaturas⁷⁷, de Paul Grice, sempre que duas pessoas entram, em processo de comunicação, estabelece-se um acordo de cooperação, segundo o qual as partes se empenham para abstrair o máximo de significado, esteja ele nas palavras, nos gestos, na postura, no olhar ou no contexto”. Não deve existir sonegação de informação pelo paciente e muito menos o médico deve deixar de fornecer respostas – acessíveis ao nível intelectual do paciente - às indagações postas⁷⁸.

A relação médico-paciente, por certo, deve ter por fulcro “modelo interativo”, pelo qual seja possível o intercâmbio entre o conhecimento do médico e as necessidades do paciente (KFOURI NETO, 2002, p. 296). Médico e paciente, o que trata e o tratado, devem trocar informações em via de mão dupla, facilitando ao máximo a interação de ambos no tanger do objetivo do tratamento que é a efetiva busca pela cura.

Há, ou ao menos deveria existir, um acordo entre médico e paciente com o escopo de que ambos extraíam o máximo significado da comunicação corrente entre ambos. O acordo de colaboração comunicativo é fruto da combinação do princípio-direito da informação e do princípio da colaboração (ou cooperação) que deve nortear a execução dos contratos modernos e serão oportunamente estudados no presente trabalho.

2.4.1 Premissas da comunicação entre médico e paciente

Não obstante os esforços da classe médica⁷⁹ para reverter o quadro, fato é que a profissão da medicina passou a ser encarada como um negócio, saindo na maioria dos casos do controle do médico enquanto pessoa física para se transferir para empresas, planos de saúde e outros⁸⁰. Tal conjuntura trouxe a necessidade de modernização da relação entre o

⁷⁷ A teoria das Implicaturas foi idealizada por Paul Grice na obra “lógica e conversação” (H.P. Grice. *Logic and Conversation*, in P. Cole and J.L. Morgan (eds), *Syntax and Semantics*, vol 3. New York. Academic Press. 1975.), a qual menciona o princípio da cooperação para obtenção de êxito em todas as etapas comunicativas. Para maiores informações: A Teoria Inferencial das Implicaturas: Descrição do Modelo Clássico de Grice. Disponível em: <http://www.pucrs.br/letras/pos/logica/implicat.html>. Acesso em: 30/6/2010.

⁷⁸ “O paciente não deve sonegar ao médico seus problemas. O médico não deve deixar de responder todas as indagações do paciente, e mais: deve acrescentar as informações subjacentes, aquelas que constituirão dúvidas ao longo do tratamento”. (LUCESSE e LEDUR, 2008, p. 9).

⁷⁹ CEM/2009, capítulo I, inciso IX: “A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”.

⁸⁰ Nesse sentido: “A medicina mudou. A comunicação entre médico e paciente também. O cenário da saúde se modificou. Há competição acirrada entre profissionais, entre hospitais e entre operadoras de planos de saúde. O controle do negócio saiu definitivamente das mãos do médico, apesar de algumas tentativas de retenção, como a da Unimed. A legislação, os custos e a limitação do poder aquisitivo da população são componentes importantes dessa equação. A medicina passa a ser encarada como negócio. Nossos avós médicos teriam um ataque de asma se soubesse disso. (...). Portanto, a nova realidade exige mudanças de conceitos e de postura. E a comunicação entre médico e paciente passa por uma modificação gigantesca (...) em que a comunicação médico-paciente se manifesta como estratégia essencial”. (LUCESSE e LEDUR, 2008, p. 69).

curador e o moribundo à luz dos novos fatos e dos preceitos éticos clássicos. Luchesse e Ledur (2008, p. 69-70), em obra específica sobre a comunicação entre médico e paciente, ponderam a necessidade de que seja repensada face à nova conjuntura a que se expõe a relação conforme abaixo exposto:

1. Os médicos são curados para o ato de curar e salvar vidas, mas, ao ingressarem no mercado, são regidos por leis negociais que desconhecem.
2. Os pacientes deixaram de seguir o significado da palavra que os qualifica e, de resignados aceitadores, passaram a exigir qualidade e segurança.
3. O médico deixou de ser a parte mais importante do binômio médico-paciente. O paciente assumiu esse papel.
4. O conhecimento foi democratizado entre médico e paciente. Hoje, raramente o paciente chega desinformado à consulta.
5. Os erros não terminam com o pedido de desculpas, mas em disputas nos tribunais.
6. Desaparece o conceito clássico de paciente e instala-se a nova visão de mercado: o cliente. E o cliente sempre tem razão...
7. O desafio é buscar exercer a medicina de forma diferente, que destaque o profissional diante de mercado tão competitivo. O médico é visualizado pelo cliente num universo de ofertas.
8. O sucesso profissional exige, mais do que nunca, a interface das seguintes qualidades: caráter, atualização, esforço, disciplina e capacidade de encantamento. Esta última pode ser definida como simpatia, boa comunicação (saber ouvir, saber falar), otimismo e alegria de viver e de fazer viver.
9. A capacidade de encantar aumenta a aderência ao tratamento, aumenta a fidelização do paciente, cria um diferencial entre os médicos, estabelece rede de marketing espontâneo (pacientes encaminhados por outros pacientes).
10. Apesar de todas as transformações do mercado, a compaixão continua sendo o pilar fundamental de uma boa prática médica.

Destarte, as premissas da comunicação foram alteradas para que tanto médico quanto ao paciente possam responder aos novos ditames dessa relação secular. A postura paternalista médica vai se abradando e o paciente passa a ser co-autor ao lado do médico no tratamento de saúde. Tais premissas são deveras importantes na medida em se demonstra a seguir a importância da comunicação entre médico e paciente.

2.4.2 A importância da comunicação na relação médica

A comunicação médico-paciente, por vezes menosprezada, em verdade deve ocupar papel de destaque nas relações jurídico-clínicas. Somente a título exemplificativo, pontue-se que em 1998, na Espanha, segundo o Colégio Oficial de Médicos de Barcelona, mais de 50% das ações judiciais contra médicos decorriam de problemas comunicativos (problemas na transmissão de informação, obtenção de consentimento válido e

confidencialidade), na Alemanha, na década de 70, dois terços dos processos também se ligavam a aspectos informativos (PEREIRA, 2007, p. 115).

Assim, deve-se lembrar que a comunicação franca entre médico e paciente pode ser a chave para uma boa fama médica e, mais do que isso, para o acesso para um tratamento vitorioso. A comunicação franca reforça a confiança e abre portas para que a autoridade do médico faça o paciente respeitar os preceitos ditados para o êxito do tratamento. Acerca da comunicação franca e sua colaboração para o êxito do tratamento, J. C. Ismael (2005, p. 83.) redige com fulcro em Hanner:

Hanner atribui a origem do antagonismo entre o paciente e o médico à impossibilidade de este nem sempre poder fazer um diagnóstico preciso e imediato, contrariando as expectativas do paciente. Além disso, diz, é necessário que tanto o médico deve ser capaz de demonstrar insegurança, como o paciente de não ver nela uma demonstração de incapacidade profissional. Quando isso ocorre, afirma, a comunicação entre eles será estabelecida desde o início de maneira franca, colaborando desta forma para o sucesso do tratamento.

Interessante trazer a lume que a comunicação também necessita ser adjetivada por atenciosa e bem humorada na conquista dessa confiança face à necessidade do paciente de se sentir confortável para se abrir com o médico e instalar a relação de confiança necessário ao melhor tratamento e tutela do melhor interesse do paciente. A pressa e impessoalidade que destoam do tratamento atencioso podem caracterizar, mais que imprudência ou negligência, imperícia manifesta no caso concreto. Nessa linha argumentativa, invoca-se novamente J. C. Ismael (2005, p. 95):

Nas entrevistas feitas pelo autor deste livro com trinta pessoas, com idade de 30 e 65 anos, sobre o que esperam receber do médico, aparecem quatro atitudes principais: confortar, escutar, olhar e tocar. Em seguida vem em ordem de importância: os títulos, os cursos de especialização e o tempo de formado. Um dado curioso: Para 65% dos entrevistados, a boa aparência, e não o luxo, do consultório influi muito na pré-avaliação do profissional, pois o desleixo com a iluminação, a pintura e a conservação dos móveis antecipa ao paciente a mesma sensação de pouco caso que o médico mostra com seu ambiente de trabalho. A importância da atenção e do humor do ou da atendente também foi lembrada, pois ao marcar a consulta ou prestar qualquer informação, de certa forma sugere na imaginação do paciente, a qualidade da atenção que vai receber do médico, mesmo porque, ao procurá-lo, está emocionalmente, com os sentidos aguçados e pela tensão e expectativa. Entre as demonstrações de imperícia, o atendimento apressado e impessoal foi uma das mais citadas.

Irrefutável, portanto, que a comunicação entre médico e paciente franca e atenciosa, permeada por bom humor (adaptado ao caso concreto e circunstâncias fáticas) ou, pelo menos, positividade, gera mais confiança, permitindo, destarte, maior troca de

informações essenciais ao tratamento, possibilitando ao médico cautela frente às inseguranças de se diagnosticar enfermidades, impedindo medidas impulsivas por receio de aparentar insegurança. Tal conjuntura informativa somente tem a contribuir para com o tratamento e, eventualmente, desestimular litígios, como se depreende do tópico seguinte.

2.4.3 O bom relacionamento: Efeitos na responsabilização civil prática?

O clássico médico de família era uma figura de vocação antilitígio. O profissional de saúde, nesse caso, era o amigo, o conselheiro, acima de qualquer suspeita. A relação de proximidade e amizade tornava quase nula a possibilidade de litígio⁸¹ entre médico e paciente, situação totalmente oposta nas relações hordiernas, marcadas pela distância entre os contratantes e impessoalidade.

Destarte, a disparidade entre o índice de litigiosidade nas atividades profissionais do clássico médico de família e o médico moderno é fator que deve ser objeto de atenção tanto da classe médica, quanto do mundo jurídico. O motivo da incidência de litigiosidade ser inversamente proporcional na relação do médico de família e do médico moderno é, dentre outros fatores, o bom relacionamento entre o médico e o paciente. A pessoalidade, a amizade e intimidade aproximam os interessados na relação, reduzindo a possibilidade de retaliações judiciais. Ocorre que modernamente a dificuldade de se criar laços de intimidade na relação médica é bastante alta, tornando a relação profissional médica moderna alvo freqüente das ações judiciais. André Nigre (2008, p. 28) pontua “Por fim, cabe salientar que os pacientes não processam médicos dos quais gostam e respeitam”, exemplifica, em abstrato, Ledur e Luchesse (2008, p. 100-101) que o médico culpado mas de aparência arrependida corre mais risco de ser processado que o médico não faltoso mas de retratar frio e desinteressado pelo paciente ou familiares deste.

O bom relacionamento, portanto, repercute diretamente no número de demandas judiciais propostas. Repensar a comunicação e o relacionamento, tornando-os mais humanos e fraternos, é o grande diferencial na medicina moderna, competitiva e, por vezes, cruel tanto com o profissional e como com o paciente.

2.5 O contrato médico

⁸¹ “(...) contexto em que não se responsabilizava o médico, (...) sendo-lhe conferida uma conduta inquestionável – médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles”. (OLIVEIRA, 2008, p. 15).

São características, segundo João Monteiro de Castro (2005, p. 90-94), do contrato entre médico e paciente: Natureza essencialmente pessoal, bilateralidade, onerosidade, ausência de empresarialidade, obrigação de meio, continuidade, possibilidade de rescisão unilateral, conteúdo implícito e relação de consumo.

Quanto à natureza essencialmente pessoal, pontua-se a confiança depositada pelo paciente no médico como fator relevante para o êxito no tratamento. Em princípio, o paciente busca o médico por seu renome e suas qualidades pessoais, como a confiabilidade, pois confidências íntimas pelo paciente são imprescindíveis para levar ao conhecimento do profissional as informações sobre a saúde. Nem sempre o paciente escolhe o facultativo de forma livre, pois, hodiernamente, o paciente fica limitado aos catálogos profissionais de plano de saúde, não existindo, por vezes, relação de confiança prévia ou mesmo relação *intuito personae*, tal fato, porém, não afasta a relação pessoal no sentido de recair sobre a intimidade do paciente, embora fragilize, inicialmente, a confiança necessária ao tratamento.

A pessoalidade exige proximidade física no tratar do médico ao paciente, ainda que não se trate da escolha de um médico de forma *intuito personae*, para garantir a criação da confiança necessária e êxito nos procedimentos médicos, salvo telemedicina⁸². O Exame direto e pessoal do médico é imposição ética⁸³ e imposição normativa do princípio da dignidade humana.

O contrato médico é bilateral e oneroso, pois envolve obrigações recíprocas, a prestação de serviço médico em troca da remuneração, a troca de informações, a colaboração do paciente e a orientação médica. Como a medicina é atividade profissional voltada ao sustento profissional, a atividade médica se presume onerosa e não gratuita.

João Monteiro de Castro aponta a “ausência de empresarialidade” porque o médico está vedado de exercer a sua atividade com *animus* meramente comercial, nos termos do CEM/2009 (Capítulo I, IX). A questão está vinculada à finalidade precípua da medicina que é a proteção do ser humano e não auferir lucros, motivo pelo qual não se pode exercer a medicina com finalidade meramente comercial, olvidando-se do elemento, centro correto da atividade.

A doutrina clássica leciona que a obrigação médico é meio (o dever se vincula a usar todos os instrumentos possíveis para alcançar o resultado almejado pelo paciente) e não

⁸²CEM./2009, Art. 37. (...) Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

⁸³CEM/2009, Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

de resultado (ou seja, garantia de evento certo contratado). O médico não pode garantir a saúde, mas pode garantir a utilização de todos os meios possíveis para tentar levar o paciente a status saudável. Caso o médico firme obrigação de resultado, eventualmente, poderá se tratar de objeto impossível (CC, art. 104, II⁸⁴), pois o médico vende o tratamento e não a saúde em si. É de ressaltar a autonomia da vontade das partes, pois se o médico se comprometeu pelo resultado razoavelmente possível, o pacto é lei entre as partes, sendo o resultado exigível se assim foi pactuado em respeito à confiança depositada pelo paciente, salvo má-fé deste, quando o mesmo não poderá se valer da própria torpeza.

O contrato entre médico e paciente pressupõe continuidade, por isso desde o início do tratamento o médico permanece vinculado ao paciente existindo o dever ético e humanístico de não abandoná-lo (CEM/2009, art. 36⁸⁵). O médico acompanha todo impacto do tratamento, inclusive eventuais consequência pós-tratamento. A saúde requer atenção contínua do paciente e do médico, daí a necessidade da continuidade na relação em foco, gerando-se obrigações recíprocas de cooperação e informação mútuas.

Embora contínuo, é possível a rescisão unilateral. Nessa senda, tanto o médico quanto o paciente podem usar da rescisão unilateral, pois ambos não estão, em princípio, obrigados a permanecer no relacionamento se o liame da confiança inexiste. A possibilidade de rescisão unilateral pelo médico em face de abalo do bom relacionamento deve ser contrabalanceado pelo princípio da continuidade da proteção da saúde acima citado, como determina o CEM/2009, em seu art. 36, §1º⁸⁶ e §2º.⁸⁷ Assim é imprescindível a notificação prévia do paciente e transmissão das informações necessárias ao novo esculápio, protegendo-se a saúde do ser humano tratado para que a troca de facultativo não venha a repercutir negativamente no tratamento.

O contrato médico possui conteúdo implícito, pois a preocupação com vida digna e saudável do ser humano impõe certo dirigismo contratual, imposto por parte da legislação consumerista, pelo Código de Ética Médica e princípios constitucionais. O resultado desse intervencionismo é uma relação mais digna para os participantes, com a fixação de deveres de

⁸⁴ CC/2002, Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: (...) II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

⁸⁵ CEM/2009, Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

⁸⁶ CEM/2009, Art. 36. (...) § 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

⁸⁷ CEM/2009, Art. 36. (...) § 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

cooperação e informação mútuas, por exemplo, além de outros deveres necessários à boa prática médica.

A última característica citada por João Monteiro de Castro foi a de catalogar a relação médica como tipicamente consumerista. Tal afirmação deve ser lida com reservas, motivo pelo qual se estudará a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor – CDC nas relações médicas mais a frente em topo específico.

2.6 Deveres do médico

A doutrina identifica três grandes blocos de deveres médicos. Nesse sentido, Bruno Miragem (2007, p. 61): “A prestação de serviços pelo profissional médico pressupõe o cumprimento de uma série de deveres específicos que este deve observar. A sistematização destes deveres pela doutrina, dá causa à sua identificação destes deveres em três grandes grupos, quais sejam: os deveres de informação e esclarecimento; os deveres de técnica e perícia e os deveres de cuidado, diligência e prudência”.

Afirme-se, desde logo, que os deveres do médico se estendem mesmo na fase pós-contratual (KFOURI NETO, 2002, p. 307). Assim, fala-se em deveres médicos nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual (ROSÁRIO, 2009, p. 86-93), ocasiões onde sempre estarão presentes deveres éticos do médico para com seu paciente.

Em verdade, entende-se que os deveres de técnica, perícia, de informação e esclarecimento fazem parte dos deveres de cuidado, assistência, diligência e prudência, porquanto não se pode falar em real zelo se não há troca de informação, de esclarecimento e uso da melhor técnica e perícia. Passa-se ao estudo dos deveres médicos.

O dever de cuidado ou de assistência⁸⁸ é obrigação de meio precipuamente assumida pelo esculápio, sendo devido perenemente durante o tratamento. O descumprimento do dever de cuidado e assistência caracteriza inadimplemento⁸⁹ por parte do médico em relação à obrigação de empenho no uso dos meios possíveis e hábeis para a eficácia do tratamento.

⁸⁸“A assistência é, por excelência, a ação precípua do médico, não se esgota senão com uma série de prestações e atenções encadeadas e anima todas as formas de atenção e tratamento.” (CASTRO, 2005, p. 103).

⁸⁹“Falhas nos cuidados para com o paciente atraem sempre a responsabilidade do profissional, porque, ao deixar que aconteça está descumprido o núcleo da obrigação de meio que contraiu com ele”. (CASTRO, 2005, p. 103).

O dever de cuidado, diligência e prudência é, por certo, dever genérico⁹⁰ a todos imposto quando de sua interação com a sociedade. No tratamento médico, por força do peculiar estado de hipervulnerabilidade do paciente, o médico é obrigado a tonificar os deveres de prudência, cuidado e assistência, conforme determina o princípio da igualdade material, ou seja: O dever de cuidado é adaptado à realidade e circunstâncias da necessidade de cada paciente, tratando-se desigualmente os desiguais. Nesse sentido, busca-se escólio na lição de Bruno Miragem (2007, p. 67, grifo nosso):

A negligência que se caracteriza pela violação desse dever, apresenta-se como espécie de culpa omissiva “em relação a comportamentos recomendáveis pela prática e ciência médica”. O **dever de diligência** será **avaliado** com respeito ao grau de atenção devida pelo profissional médico, em vista das **circunstâncias específicas** da relação médico-paciente. E é por isso que o juiz, ao deparar-se com o exame deste dever de diligência deve ter em consideração não apenas um padrão de conduta a ser seguido em abstrato, senão de acordo com as **circunstâncias de fato** que se apresentavam que se apresentavam para o profissional médico.

No mesmo sentido leciona Bruno Miragem acerca do dever de prudência (2007, p. 68). É o que se transcreve:

O mesmo deverá ocorrer em relação ao dever de prudência. Trata-se, igualmente, de um dever genérico, a condicionar a conduta de todas as pessoas em suas relações. No que se refere à atuação do profissional médico, entretanto, considera-se imprudente a adoção de procedimentos que se afastem dos padrões de conduta técnica médica, que suprimam fases de tratamento ou de qualquer modo realizem procedimentos pelos quais o profissional tenha mais confiança em seus próprios juízos do que no que estabelece a ciência.

O dever de cuidado e prudência deve ser grandeza diretamente proporcional ao grau de necessidade de atenção do paciente no caso concreto. Admitir-se-á os valores de cuidado médico e necessidade do paciente como grandezas inversamente proporcionais somente se o cuidado imprimido pelo médico for superior à necessidade. Ainda assim, ressalte-se que “o dever de cuidado exige que não se solicite a realização de exames laboratoriais ou procedimentos desnecessários, mormente quando representem algum risco ao paciente” (VASSILIEF, 2006, p. 507).

⁹⁰ “O dever de diligência constitui um dever genérico que abrange todas as condutas humanas. Reclamar-se um comportamento cuidadoso, com adoção das cautelas devidas, não é exclusividade de um determinado grupo de profissionais, senão uma exigência de conduta social reclamada de todos, e cuja violação implica em responsabilidade.” (MIRAGEM, 2007, p. 67).

João Monteiro de Castro (2005, p. 103-109) subdivide o dever de cuidado em outros quatro: (a) Cuidados diretos do médico; (b) Dever de atualização; (c) Vedação ao abandono e; (d) Dever de vigilância especial. Em princípio, cabe ponderar que o dever atualização por estar incluído no direito à informação do próprio médico para o repasse das necessárias ao tratamento ao paciente, será estudado no próximo capítulo por força da bilateralidade do direito informativo, conforme se verá.

Quanto aos cuidados diretos, ressalte-se que o médico tem o dever de cuidar do paciente e o direito de examiná-lo diretamente para o salutar desempenhar de sua atividade. O dever de cuidado direto não se estende a todos os momentos, até porque existem outras profissões relacionadas à área médica a desempenhar suas funções no âmbito do tratamento de saúde e porque o médico tem vida pessoal. Entretanto, em todos os momentos de necessidade da atuação médica o atendimento médico pessoal é impositivo, tal obrigatoriedade, porém, é definida casuisticamente. Em relação aos cuidados diretos do médico leciona João Monteiro de Castro (2005, p. 104):

O cuidado (...) do médico deve (...) ser uma presença contínua ao lado do paciente, todavia as visitas do profissional devem obedecer a uma frequência que lhe possibilitem acompanhar e conhecer o andamento do combate à doença, permitindo-lhe intervir toda vez que for necessário. Os contatos devem ser regulares e pessoais, em função da relação de confiança que liga o profissional e o paciente. O telefone não substitui a presença do médico e nem a supre. O médico pode valer-se de auxiliares para os cuidados, sem olvidar que a prescrição e a direção são suas incumbências, sempre.

A preocupação com a pessoalidade na relação médico e paciente é tão grande no meio médico que determina o Código de Ética Médica o exame direto do paciente pelo médico:

É vedado do médico: Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

O exame pessoal, além de dever ético do médico, é verdadeiro direito fundamental do paciente decorrente dos princípios constitucionais da dignidade, da promoção da saúde, da segurança e proteção da vida pois somente o olhar e diálogo atento e analítico do médico sobre o paciente aumenta as chances de êxito do tratamento. Verdade seja dita, o contato direto faz parte do tratamento, leciona sobre a questão o filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (2006, p. 130-131):

Iniciemos pela palavra tratamento: o que já não reside nessa palavra? O médico sabe disso imediatamente. Todo tratamento começa com mão⁹¹, com palpa, apalpando e examinando os tecidos. – Eu tive coragem de recorrer a um médico para me lembrar disso! Na linguagem do paciente prevalece o significado modificado de tratamento, como quando se diz que se está, como paciente, em tratamento com alguém.

A pessoalidade na relação médico-paciente é deveras importante para o sucesso do tratamento e para o cumprimento dos deveres médicos. Ressalte-se que além do dever de atender pessoalmente, impõe-se ao médico o dever de estar presente no atendimento sempre que necessário, daí se falar em vedação ao abandono.

Abandonar o paciente carente de cuidados significa quebra da obrigação de meios de cuidar, simbolizando um sombrio inadimplemento contratual. Acerca da vedação ao abandono dispõe o Código de Ética Médica - CEM/2009⁹²: “É vedado do médico (...) Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados”.

Por certo, abandonar significa a negação do cuidado, por isso o abandono gerador de danos nesses casos, existindo nexos causal, enseja responsabilização do médico. Entretanto, o CEM/2009 permite a cessação anômala do tratamento: (a) na ocorrência de fatos – endógenos ou exógenos ao tratamento - que prejudiquem o relacionamento médico e paciente ou o desempenho profissional, desde que não se interrompa o tratar até a efetiva substituição por outro médico, sendo devida a informação ao novo esculápio⁹³. (b) Em relação às moléstias graves (crônicas e incuráveis) o médico somente poderá abandonar o caso clínico por “justo motivo”, devendo ser mantida a assistência até a substituição do médico e respeitada a comunicação ao paciente ou aos familiares, conforme caso⁹⁴.

Pontue-se que não somente o paciente que possui relação contratual com o médico está protegido do abandono⁹⁵. Como forma de prevenir lesões aos pacientes e garantir o

⁹¹O tradutor da versão traduzida lançou a seguinte nota: “(...) em alemão, ‘tratamento’ é, no sentido buscado, *Behandlung*, que contém a palavra alemã *Hand*, a qual corresponde à ‘mão’ e é empregada analogicamente a ‘tratamento’ por Gadamer”. (GADAMER, 2006, p. 130).

⁹²O Código de Ética Médica anterior travava da questão em seu art. 61.

⁹³CEM/2009, Art. 36, (...) § 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

⁹⁴Art. 36, (...) § 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados.

⁹⁵“O (...) Código de Ética Médica veda ao médico o afastamento de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave. O

acesso à saúde dos que necessitam de tratamento de urgência, o CEM veda o abandono do médico plantonista ao seu respectivo plantão. Nesse sentido o CEM/2009: “É vedado ao médico: (...) Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento”. Ressalte-se ser princípio médico a obrigação de atender em casos de urgência, emergência e de perigos à saúde do paciente (CEM, VII ⁹⁶)

Os artigos 7º⁹⁷, 8º⁹⁸ e 33º⁹⁹ do Código de Ética Médica de 2009 impõem ao médico o dever de nunca abandonar o plantão, de nunca deixar de atender paciente em caso de emergência

O abandono caracteriza negativa ao dever constitucional de solidariedade e negativa de saúde, podendo caracterizar crime, em abstrato, de periclitção à vida (CP, art. 132¹⁰⁰) ou omissão de socorro (CP, art. 135¹⁰¹).

A preocupação ética com vistas à salvaguarda do direito à saúde de todos é amparada no dever de solidariedade e proteção da dignidade, ambos constitucionalmente previstos. O médico que abandona não cumpre sua função social de cuidar e buscar a cura, podendo ser responsabilizado pelos danos advindo do desrespeito ao presente dever sob estudo.

art. 58 também proíbe o médico de deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo. Esses dispositivos tem substratos na solidariedade humana e não se pode conceber o exercício da medicina sem concebê-lo sempre. **Com contrato ou sem**, se o médico é procurado em situação de urgência, não pode exercer livremente a faculdade de decidir se atende ou não o caso. Não escapa o médico, objetando que o estado do doente já era desesperador, porque a obrigação de intervir não é subordinada à eficácia do socorro. É preciso adicionar que um médico não pode desesperar-se diante da proximidade da morte de quem lhe demanda socorro, pois tem o dever de assistir o moribundo e não fazer com que perca as esperanças”. (CASTRO, 2005, p. 107, grifo nosso).

⁹⁶ CEM/2009, Capítulo I, Princípios Fundamentais (...) VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

⁹⁷ É vedado ao médico (...) Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

⁹⁸ É vedado ao médico: Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

⁹⁹ É vedado ao médico: (...) Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

¹⁰⁰ CP, Perigo para a vida ou saúde de outrem: Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)

¹⁰¹ CP, Omissão de socorro: Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Pontue-se ainda o dever de vigilância especial, pois os seres humanos enfermos ou aqueles que simplesmente suspeitam portar alguma enfermidade, em regra, não se comportam de forma natural à medida que a preocupação com a saúde lhes atinge o sossego e, por vezes, grande parte da espontaneidade. Desse estado diferenciado é que brota dever de vigilância imposto pelo princípio da isonomia substancial. Tal isonomia é que permite graduar o grau de atenção do médico e sua equipe ao paciente, devendo ser avaliadas questões como (in)sanidade mental, nível de (in)consciência e, por exemplo, possibilidade clínica de ocorrência de eventos fatais. Salutar transcrever trecho da lição de João Monteiro de Castro (2005, p. 107-108) acerca do tema:

Pacientes que, em função de seu estado mórbido ou por condição imposta pela doença, possam lesar a si ou a terceiros, precisam ser objeto de atenção e vigilância especial. Esse dever de vigilância dirige-se principalmente aos doentes alienados e aos pacientes anestesiados. Volta-se ao ponto: o médico há de atuar com toda sua habilidade, seus conhecimentos e préstimos, no sentido de cuidar bem do paciente, com o objetivo de curá-lo. Faz parte, então, protegê-lo até de si mesmo.

Os deprimidos¹⁰² também pertencem a um grupo ao qual, necessariamente se deve guardar especial cuidado e vigilância, principalmente quando o paciente externar quadro autodestrutivo.

¹⁰² Embora não se trate de Responsabilidade de Hospital Público ou Privado, mas sim de estabelecimento prisional, o seguinte aresto do E. STJ promove a responsabilização do Estado por falta de atenção ao dever de vigilância em relação à pessoa com estado emocional alterado por quadro depressivo: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SUICÍDIO. TENTATIVA. NEGLIGÊNCIA. POSSIBILIDADE CONCRETA. DEVER DE VIGILÂNCIA. DIREITO À PROTEÇÃO DA VIDA PRÓPRIA E DE TERCEIROS. NEXO CAUSAL. SÚMULA 7/STJ. 1. O **nexo causal** ressoa inequívoco quando a **tentativa de suicídio** respalda-se na **negligência** do Estado quanto à possibilidade de militar **deprimido** ter acesso a armas, colocando em risco não apenas a sua própria existência, mas a vida de terceiros. 2. Ad argumentandum tantum, ainda que se admitisse a embriaguez afirmada pelo recorrente, incumbe ao Estado o tratamento do alcoolismo, reconhecida patologia que acarreta distúrbios psicológicos e mentais, podendo evoluir para quadro grave, como a tentativa de suicídio. Precedente: RMS 18.017/SP, DJ 02/05/2006. 3. In casu, assentou o Tribunal a quo caber ao Estado **vigiar o comportamento** e o **estado psicológico** daqueles que sob sua imediata fiscalização e autoridade estão. Formar soldados não significa querê-los - a qualquer preço - bons atiradores, bem preparados fisicamente e cumpridores de ordens. **Eventuais desequilíbrios emocionais ou psicológicos podem e devem ser detectados** pelo Administrador Público em suas rotineiras rondas. 4. A negligência decorrente dos fatos narrados pelo autor na exordial - em especial no que se refere à configuração da responsabilidade estatal - restou examinada pelo Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, é insindicável nesta instância processual, à luz do óbice constante da Súmula 7/STJ. 5. **O Estado é responsável pessoas** presas cauterlamente ou em decorrência de sentença definitiva; menores carentes ou infratores internados em estabelecimentos de triagem ou recuperação; alunos de qualquer nível (básico, profissionalizante, nível superior etc); **doentes internados em hospitais públicos, e outras situações assemelhadas, torna-se guardião dessas pessoas** (Rui Stocco - in “Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial - Doutrina e Jurisprudência”, 4ª Edição, Revista dos Tribunais- página 603). 6. A Fazenda do **Estado responde** pelo ato ilícito praticado por agentes da Administração, decorrente da **deficiência de vigilância** exercida sobre oficial da Polícia Militar, **portador de esquizofrenia, internado estabelecimento hospitalar da Corporação, que, evadindo-se, suicidou-se com arma por ele encontrada no Batalhão onde servia** (...). (STJ, REsp 1014520/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 01/07/2009, grifo nosso).

Quanto ao dever de proteção do paciente em relação a si próprio, impõe-se a ilustração com o seguinte caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Suicídio cometido por paciente internado em hospital, para tratamento de câncer. Hipótese em que a vítima havia manifestado a intenção de se suicidar para seus parentes, que avisaram o médico responsável dessa circunstância. Omissão do hospital configurada, à medida que nenhuma providência terapêutica, como a sedação do paciente ou administração de anti-depressivos, foi tomada para impedir o desastre que se havia anunciado.

- O hospital é responsável pela incolumidade do paciente internado em suas dependências. Isso implica a obrigação de tratamento de qualquer patologia relevante apresentada por esse paciente, ainda que não relacionada especificamente à doença que motivou a internação.

- Se o paciente, durante o tratamento de câncer, apresenta quadro depressivo acentuado, com tendência suicida, é obrigação do hospital promover tratamento adequado dessa patologia, ministrando anti-depressivos ou tomando qualquer outra medida que, do ponto de vista médico, seja cabível.

- Na hipótese de ausência de qualquer providência por parte do hospital, é possível responsabilizá-lo pelo suicídio cometido pela vítima dentro de suas dependências.

Recurso especial não conhecido.

Em relação aos cuidados pré e pós-operatórios há incidência também do dever de vigilância especial, devendo-se evitar o **chamado** “vazio médico”¹⁰³, nefasto caracterizador da negligência médica.

Trata-se, portanto, dever inerente à atividade médica, impondo-se sua graduação e intensidade à luz das necessidades de atenção concreta do paciente, devendo ser grandezas diretamente proporcionais¹⁰⁴.

Noutro giro, os deveres de técnica e perícia, tradicionalmente, são, por vezes, aqueles que implicam maiores dificuldades de comprovação¹⁰⁵ em virtude das variáveis de fatores que podem influir em um tratamento, das idiosincrasias humanas e de eventuais divergências entre correntes de pensamento da arte médica. Profícua a lição de Bruno Miragem (2007, p. 66-67) quanto ao item:

¹⁰³ Leciona Castro, com esteio em Vera Fradera (FRADERA, 1992, p. 128), acerca de tais situações: “A vigilância no pré e pós-operatório é necessária, porque riscos sérios pesam sobre o paciente nessas fases críticas, evitando-se o que a jurisprudência francesa chama de ‘vazio médico’. Ou seja, nessas fases críticas, quando podem ocorrer acidentes das mais variadas ordens, o paciente não pode ser deixado só ou abandonado, evitando a ocorrência de um vazio na cadeia de cuidados que devem ser dedicados a ele, com a responsabilidade recaindo sobre vários médicos.” (CASTRO, 2005, p. 108-109).

¹⁰⁴ Não há problema algum no fato de o médico dar mais atenção ao paciente do que aquele recomendado ao seu caso, sendo esta hipótese a única em que se admitiria que a vigilância e o cuidado sejam grandezas inversamente proporcional à carência. Não se admite, portanto, menos cuidado e vigilância do que a necessidade do paciente recomenda.

¹⁰⁵ “Há, naturalmente, uma dificuldade de apreciação da violação destes deveres, seja em razão da dificuldade de demonstração, quanto dos aspectos variáveis na avaliação da conduta médica”. (MIRAGEM, 2007, p. 66).

O conhecimento técnico em matéria médica não significa (...) senão o desenvolvimento prático do conhecimento em vista da situação concreta enfrentada pelo profissional, bem como as possíveis divergências de entendimento que podem existir entre diferentes linhas de pensamento dentro da ciência médica. (...) Os padrões de exigência do conhecimento técnico devem ser considerados em vista da situação do profissional, de modo a exigir-se mais de um especialista do que do generalista. Exigência inafastável, contudo, será de que o profissional permaneça sempre atualizado na sua área de atuação. Considera-se inerente ao dever de conhecimento técnico do profissional médico sua permanente atualização, o que faz situá-lo de acordo com o grau de desenvolvimento científico (...).

O dever do uso da técnica adequada moderna e de perícia profissional acaba por se vincular ao direito à informação do próprio médico, o qual se encontra obrigado a se manter atualizado¹⁰⁶, sob pena de não cumprir satisfatoriamente o dever de perícia¹⁰⁷ e técnica, bem como o dever de cuidar e assistir escorreitamente, à luz da evolução hodierna da ciência médica¹⁰⁸, podendo ser responsabilizado por tal descuido.

Por outro lado, tem-se na seara médica os deveres de informar, aconselhar e esclarecer como faces de um mesmo dado, relacionados ao dever de conduta conforme a boa-fé objetiva. Aconselhar e informar são deveres distintos (KFOURI NETO, 2002, p. 310) mas que, por outro lado, estão umbilicalmente ligados pois mesmo o aconselhamento veicula informação. O esclarecimento, por sua vez, consiste em explicitação do conteúdo informativo e do aconselhamento a fim de que o paciente possa, conforme o devido, exercer plenamente sua autonomia.

Pode-se afirmar, ademais, ser o dever de aconselhar o paciente deveras relacionado à medida terapêutica a ser adotada e seu custo-benefício. Por isso, fala-se também em dever de “desaconselhar” medidas impertinentes à saúde do paciente. Miguel Kfoury Neto (2002, p. 311) menciona julgado datado de 14.9.1990, proveniente da Corte de

¹⁰⁶ João Monteiro de Castro leciona acerca do dever de atualização médica quanto ao conhecimento das técnicas e perícia e pondera, ao fim, com fulcro em Le Tourneau (LE TOURNEAU, Philippe. **La Responsabilité Civile**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1976, p. 397), acerca da possibilidade de responsabilização do médico pelo descumprimento de tal obrigação, a saber: “Para bem cumprir o dever de cuidados, o médico está sendo cada dia mais solicitado. Essa cobrança o compele a ser mais profissional e manter-se o mais possível atualizado, em relação às técnicas e equipamentos novos que ingressam incessantemente no mercado. (...) Portanto, a formação permanente do médico, sempre à busca da melhor qualidade dos cuidados que pode prestar, é uma necessidade e um dever a ser observado, sob pena de colocar em jogo sua responsabilidade.” (CASTRO, 2005, p. 105).

¹⁰⁷ “Nas entrevistas feitas pelo autor deste livro com trinta pessoas, com idade de 30 e 65 anos, sobre o que esperam receber do médico, aparecem (...) **Entre as demonstrações de imperícia, o atendimento apressado e impessoal foi uma das mais citadas**”. (ISMAEL, J.C., 2005, p. 95, grifo nosso).

¹⁰⁸ Miragem a tal respeito, com fulcro em Penneau (PENNEAU, Jean. **La responsabilité du médecin**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 1), bem ressalta: “A correta identificação das hipóteses de responsabilidade civil do médico não se desvincula da atenção permanente evolução da ciência médica”. (MIRAGEM, 2007, p. 66).

Apelação de Paris, pela qual se considerou que o “cirurgião cometeu (...) um erro, ao não desaconselhar a paciente, como fizeram os médicos anteriormente consultados”. O estímulo ou desestímulo à adoção de determinados tratamentos é, portanto, inerente ao dever de aconselhamento em prol da saúde do paciente, podendo o médico ser responsabilizado se negligente se ignorar tal regra.

Em verdade, o sobredito autor ainda menciona que o dever médico de alerta e aconselhamento estão voltados à obtenção do consentimento informado (MIRAGEM, 2007, p. 62), ou seja, prestam-se à tutela do elemento volitivo do paciente. Entretanto, para se falar em consentimento informado real, não basta informar, alertar e aconselhar, é preciso ainda esclarecer todos esses elementos.

O dever de esclarecimento, segundo Bruno Miragem (2007, p. 62), está inserido no âmbito do dever de “informação-lealdade”, até porque, repita-se, não basta informar, mas deve o médico ser leal a ponto de “esclarecer” a informação prestada. O dever de esclarecimento, por isso, está diretamente ligado à lealdade e à confiança que deve preponderar na relação comentada. O sobredito autor fala, ademais, da “informação-colaboração”, pelo qual o médico aconselha e prescreve as condutas a serem adotadas pelo paciente na consecução do correto tratamento.

Assevera-se que o desrespeito do dever de esclarecer, informar e aconselhar pode gerar o dever de indenizar por parte do médico já na fase pré-contratual do relacionamento médico-paciente quando as questões omitidas sejam importantes de tal sorte a viciar o consentimento para o tratamento (MARTINS-COSTA, 1999, p. 500).

Em síntese, atrelado ao dever de informação estão os deveres médicos de alertar, aconselhar e esclarecer com o objetivo de melhor tutelar o direito à autodeterminação do paciente.

Noutro vértice, o dever informativo propriamente dito, deve-se dizer que o tema é o centro do presente estudo, motivo pelo qual, remete-se o leitor ao capítulo próximo, especificamente destinado ao direito à informação.

O médico, ademais, possui o dever de se abster de abusar da confiança e de sua autoridade, bem como de evitar o desvio de poder.

Em verdade, a fase do paternalismo médico, autoritário, enquanto prática dominante na medicina vem diminuindo, e sendo substituída por práticas democráticas na arte médica valorizadoras da liberdade e da autodeterminação do paciente¹⁰⁹. O paternalismo

¹⁰⁹“Até alguns anos atrás, a relação médico/paciente guiava-se pelo paternalismo, orientação advinda da tradição hipocrática, que serviu de base para medicina ocidental. (...) Modernamente, quando o enfermo começou a

concretizava-se na clássica postura médica, citado por João Monteiro de Castro (2005, p. 109) com esteio em Joaquim Clotet, Carlos Fernando Francisconi e José Roberto Goldim (2000, p. 73), de não informar o paciente sobre dados do tratamento e da doença sob a argumentação que o paciente não saberia lidar e entender a informação comunicada. Tratava-se de uma postura anuladora da autodeterminação do paciente e que, embora dotada, em regra, de boa-fé, partia da falaciosa premissa pela qual o paciente não possuía capacidade de autodeterminação em relação à informação médica por não possuir conhecimento científico para tanto. Daí ser chamada de paternalismo a prática, pois o médico agia como o pai de uma menor sem capacidade de autodeterminação impondo as condutas a este que obedecia, seja por confiança cega ou por temor da autoridade ou do poder. João Monteiro de Castro (2005, p. 110, grifo nosso) distingue autoridade e poder para melhor explicar o tema agora sob comentário:

Em comum, poder e autoridade versam sobre a capacidade de alguém impor aos outros a própria vontade, mas por maneiras diferentes. A **autoridade** supõe antes de tudo uma força moral, que enquanto tal é reconhecida e aceita pelos outros, pois vista como instrumento idôneo ao serviço do bem comum e não do interesse de quem ordena. O **Poder**, por sua vez, pode excluir a autoridade na medida em que se encontra em posição de força dispõe de outros meios efetivos para obrigar aos demais a submeter-se à sua vontade. Enquanto a autoridade vai repousar na **confiança**, o poder não tem necessidade do reconhecimento dos outros e nem está necessariamente voltado ao bem dos demais, levando comumente à atitude inicial de temor, de desconfiança de que os interesses de quem manda estão primeiro plano e, quando possível, acarreta resistência. O médico desde sempre hauriu uma considerável autoridade da situação fática de sempre estar a serviço da vida. A **autoridade do médico** nasce da evidente atitude de indicar e prescrever o que é bom, justo e conveniente para a saúde do seu paciente e de proibir o que seja contrário ou prejudicial a ela. **Todo médico sabe que sua autoridade deixa de existir quando perde a confiança do paciente.**

Após a lição sobredita, João Monteiro de Castro lança a conclusão de que (1) o bom relacionamento do médico deve se fundar em uma autoridade transparente e (2) que esta autoridade não pode ser substituída pelo mero poder sobre as informações, corpo, tratamento e conseqüências deste. Inegável que os anos de estudo da arte médica, como pressuposto para obtenção do respectivo diploma, é capaz de gerar no paciente leigo confiança e criar

reclamar seus direitos e sua parcela de poder nas tomadas das decisões acerca de saúde e disposição do seu corpo, a medicina teve de refletir sobre sua própria ética e veio o crescimento, com grande força, da Bioética e houve migração do exercício da medicina movido pelo paternalismo, calcado no princípio bioético da beneficência, para uma abordagem orientada prevalentemente pelo princípio da autonomia.” (CASTRO, 2005, p. 109). Deve-se atentar que as causas levadas ao judiciário também devem ser lidas à luz da modificação da base da arte médica, ou seja, impõe-se o abandono de uma leitura de deveres e da responsabilização médica com fulcro no paternalismo-autoritário, lendo-se a relação jurídica com esteio no democrático respeito à autodeterminação do ser humano.

expectativas no mesmo. É justamente dessa confiança que brota a autoridade médica, sendo aquela *condictio sine qua nom* para um bom relacionamento entre os participantes da relação médica. Não é lícito ao médico abusar da confiança e muito menos da autoridade dela decorrente.

Interessante ressaltar, porquanto oportuno, que o conhecimento técnico do qual é detentor o médico lhe possibilita meios para anular ou minimizar o direito à autodeterminação do paciente, sem que este perceba, o que normalmente culmina em abuso de poder médico. Abusa de seu poder, em princípio, o médico que induz o paciente à determinada escolha por omissão de informações. A informação, iniludivelmente, é uma forma de poder¹¹⁰ e quem informa lealmente pode prevenir situações de abuso ou desvio de poder. Em outro exemplo, desvia finalidade do seu poder o médico que, após a prática da técnica do coma induzido, pratica relações sexuais com mesmo. Há neste último caso patente desvio da finalidade do coma induzido, desviando-se o objetivo do poder médico para algo ilícito. Tanto o desvio de poder quanto o abuso de autoridade e de confiança devem ser extirpados da sociedade.

O dever de abstenção do abuso de autoridade e do desvio de poder implica em diversas obrigações.

2.7 Base legal da relação entre médico e paciente: Entre o CDC e o sistema civil geral

Questão relevante ao presente trabalho é definir se as relações entre médico e paciente se submetem ou não ao microssistema do Código de Defesa do Consumidor - CDC. De antemão se coloca a necessidade de distinção entre o médico privado e o público, sendo que naqueles, em princípio, há remuneração direta pelo usuário de serviços e para este não há, salvo se entendermos se tratar de remuneração indireta aquela realizada através de tributos.

Primeiramente, trata-se daqueles casos em que o serviço médico-privado é ofertado em troca de remuneração oriunda do paciente. Firme-se a atuação do Conselho Federal de Medicina no intuito de afastar a incidência do CDC das relações entre médico e paciente sob a afirmação de se tratar de relações personalíssimas. Esse é o teor e a intenção da Resolução n. 1.931/2009 do CFM, o novo Código de Ética Médica, o qual afirma em seu capítulo I, inciso XX: “A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”.

¹¹⁰ Não é demais rememorar Cláudia Lima Marques, em apresentação ao livro de Fernanda Nunes Barbosa (2008, p. 17) tratando da informação médica: “Informação é poder (estado subjetivo de saber ou não saber)”.

A primeira indagação é se uma resolução (Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM n. 1.931/2009), ato infralegal, pode derrogar uma lei (Lei 8.078/1990). Ora, através da hierarquia das normas se sabe ser idéia corrente aquela pela qual uma norma somente derroga ou ab-roga outra, quando possui o mesmo *status* ou superior. O Código de Defesa do Consumidor - CDC é lei ordinária, proveniente do Poder Legislativo, enquanto que o Código de Ética Médica é mera resolução, ato infralegal, editada por um conselho profissional. Ora, por certo, se houver conflito entre a lei e a Resolução prevalece a lei sobre a resolução, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, nos termos do princípio constitucional da legalidade (CRFB/88, art. 5º, inciso II). Entretanto, somente se socorre do critério hierárquico das normas caso exista conflito no sentido de ambos os atos normativos. Nessa esteira, parte-se ao segundo questionamento: Há conflito entre o CDC e o inciso XX do capítulo 1 do Código Ético da Medicina?

Partindo-se do pressuposto de que o CEM/2009 excluiu a relação sob comento da esfera de influência do CDC, deve-se analisar se, pela ótica do CDC, trata-se ou não de uma relação de consumo. Para tal desiderato, buscam-se os conceitos de consumidor e fornecedor, estampados no CDC, respectivamente em seus arts. 2º¹¹¹ e 3º¹¹². Ou seja, tenta-se responder se o paciente e o médico subsumem aos conceitos consumeristas de consumidores e fornecedores pelo CDC, para então se afirmar a incidência ou não do CDC no caso em comento.

Relativamente ao consumidor, nota-se que ele deve, primeiramente, adquirir ou utilizar determinado serviço ou produto, e ser o destinatário final do produto. Sem enfrentar a questão da teoria finalista para definição de consumidor, percebe-se patentemente que o paciente se utiliza do serviço médico como destinatário final, pois a sua saúde e vida é inseparável de si mesmo. O paciente, por isso, se enquadra na noção estrita de consumidor. Todavia, para configuração da relação de consumo é mister averiguar se o médico, no outro pólo da relação jurídica, se subsume ou não à figura de fornecedor.

O conceito legal de fornecedor estampado no art. 3º do CDC, seja pessoa física ou jurídica, liga-se basicamente à comercialização de produtos e serviços. Percebe-se então que para se reconhecer o fornecedor é preciso saber também os conceitos de serviço ou produto, conceito umbilicalmente ligado à configuração ou não de uma relação de consumo.

¹¹¹ CDC, Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹¹² CDC, Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Pois bem, na letra legal, produto é “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (CDC, art. 3º, § 1º) e serviço “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (...), salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (CDC, art. 3º, § 2º). O médico, indubitavelmente, presta um serviço de interesse social à comunidade humana, sendo objeto de tal serviço é a saúde e a vida digna do indivíduo-paciente. Não se vende portando vida e saúde, mas sim um serviço recaindo sobre a vida digna e salutar. Nesse ponto se critica Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2008, p. 51), os quais defendem a não incidência do CDC no caso vertente porque a “vida e a saúde não são bens de consumo, posto que não podem ser comparadas a nenhum produto, (...) tampouco podem ser equiparadas, igualmente, a serviços, posto que para se constituir um serviço (...) mister que oferecesse ao mercado um bem de consumo”. Com o devido respeito, deve ser dito que a falácia do argumento contrário à incidência das normas de consumo, nesse caso particular, reside no fato de o serviço médico, na realidade, constituir préstimo do consumo humano, o qual jamais se confunde com o objeto sobre o qual recai a atividade médica: A saúde e a vida. Em outras palavras, o médico privado presta serviço, o qual, antes de tudo, é disponibilizado no mercado para seu público alvo, os pacientes.

Há ainda outros problemas a serem solucionados. Relativamente ao Conselho Federal de Medicina, o pensamento deste, conforme acima mencionado, é expresso no capítulo I, inciso XX do atual CEM/2009. Pelo raciocínio do órgão retrocitado é o caráter personalíssimo do relacionamento entre médico e paciente. Pergunta-se: O fato de se tratar de uma relação personalíssima, *per si*, afasta a incidência do Código Consumerista? A resposta, mais uma vez, perpassa pela análise do art. 2º e 3º do CDC, o qual em nenhum momento expõe como requisito negativo a ausência de relação personalíssima para que o CDC possa incidir no caso concreto. Ou seja, sendo ou não a relação entre médico personalista ou não, o CDC se habilita como instrumento jurídico hábil a dar resposta à eventual querela.

Outro argumento exposto no CEM/2009 que, embora aparentemente ligada somente à ética médica¹¹³ possui potencial anticonsumerista, pois tal argumento já foi utilizado nesse desiderato¹¹⁴, é o de que a atividade médica não configura ato comercial.

¹¹³ Em primeira leitura, o inciso IX parece somente querer repudiar a utilização da medicina em busca de lucro desenfreado, a qual olvidaria o ser humano, cerne da preocupação médica, mas pode existir no mesmo o intuito de afastar o CDC, como se demonstra em nota seguinte.

¹¹⁴ Observe-se o então presidente do CRM-ES, Fernando Costa, utilizando-se do argumento de que a medicina não se trata de relação comercial com o intuito de afastar a incidência do CDC sobre a mesma, critica o uso das regras consumeristas na relação Médico e paciente, aduz: “Essa visão é muito simplista e os médicos não podem concordar com essa linha de pensamento. É banalizar uma profissão que cuida do bem mais precioso: a vida humana. Não se trata de uma relação comercial. (...). Não é uma relação puramente comercial e jamais

Nesse sentido o inciso IX do capítulo I: “A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”. Ora, embora se possa admitir, por questões éticas, que a medicina não possa ser exercida em forma comercial (no sentido negativo da palavra, ou seja, como forma busca desumana de lucros a qualquer custo na exploração da atividade médica), não se pode negar que o médico, ao colocar seu serviço perante o mercado, explora atividade comercial em sentido amplo, situação aferível, com índole consumerista, pois se enquadra como fornecedor de serviços no art. 3º do CDC. Há preocupação da classe médica com o incentivo da litigância desenfreada e com a inversão consumerista do ônus da prova descabida extremamente prejudicial ao médico¹¹⁵, preocupação não permissiva, ressalte-se, com a configuração ou não relação de consumo no caso estudado. A preocupação, por outro lado, deve ser fator incentivador de estudos pertinentes às peculiaridades da produção de prova com o escopo de que os juízes apliquem corretamente o instituto do ônus da prova atentos às peculiaridades das questões médicas, sem prejudicar demasiadamente os profissionais e consumidores da relação sob comento.

Pontue-se que o serviço médico trata do mais valioso bem humano, vetor de diversos outros direitos, qual seja a vida digna e saudável, por isso, a relação de consumo, embora inserida no âmbito comercial, não deve ser banalizada a ponto de compará-la às demais relações de consumo, como serviços de telefonia, compra de aparelho eletro-eletrônico. A relação de consumo entre médico e paciente deve ser tratada de acordo com sua função e valor social do trabalho médico, sempre se respeitando a dignidade do profissional e do consumidor. Ou seja, trata-se diferenciadamente a relação entre paciente-consumidor e médico-fornecedor, de acordo com as peculiaridades da profissão e do caso concreto, respeitando-se a isonomia substancial.

Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2008, p. 51-52) tentam obstar a incidência da do CDC na relação médica asseverando que em nenhum momento o Código de Defesa do Consumidor tratou especificamente da relação médica, ao contrário do Código Civil que, segundo os autores citados, “regula muito bem a responsabilidade civil médica”.

poderemos considerá-la como tal. É uma injustiça muito grande com a classe médica. (...)”. (Disponível em: <http://www.crm-es.org.br/conteudo.php?conServicos=169>. Acesso em: 15/7/2010).

¹¹⁵ A classe médica deixa transparecer o descontentamento com o instituto do ônus da prova e parece vê-lo como estímulo ao litígio e fator de desconforto para o médico. “(...) Atualmente, quase toda a insatisfação do paciente vira uma denúncia de erro médico. (...) Estamos vivendo a era do ‘denuncismo’, das acusações sem provas. É um absurdo. (...) Quando o (...) Código do Consumidor diz que é uma relação de consumo, e inverte o ônus da prova, abre margem para o paciente denunciar qualquer insatisfação. É o médico tem que tem que sair do seu serviço, largar o plantão ou o consultório para ir lá e provar que não cometeu aquele dano, ou lesão. Isso complica a relação médico-paciente”. (Disponível em: <http://www.crm-es.org.br/conteudo.php?conServicos=169>. Acesso em: 15/7/2010).

Para os autores o CC é norma específica incidente na relação entre médico e paciente, não podendo ser revogado por norma genérica em termos de relação de consumo que seria o CDC. Reforçam o argumento, trazendo à baila o art. 7º do CDC¹¹⁶, que afirma que o CDC não exclui direitos da legislação ordinária, motivo pelo qual o CC teria prioridade de aplicação na relação sob comento.

Argumenta-se contrariamente a Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza porque o Código Civil possui disposições que se aplicam à atividade médica, mas não regulando a medicina por completo. Destarte, o CC/2002 possui normas tratantes sobre a possibilidade de afetação da integridade física em tratamento de saúde (art. 13), a necessidade de consentimento (art. 15) e sobre questões atinentes à indenização em caso de responsabilização subjetiva civil no caso de danos causados ao paciente (art. 951). Tais disposições não positivam amplamente a relação entre médico e paciente e o CDC cumpre tal função, positivando o direito à informação e fixando diversos direitos básicos do consumidor, por exemplo. Não há, portanto, incompatibilidade entre as normas citadas e a especificidade, em verdade, é do microssistema consumerista, por isso a superveniência em 2002 do CC não afasta sua aplicação. As regras codificadas são aplicadas de maneira subsidiária, ou seja, na omissão e de forma a não contrariar a principiologia consumerista. O Código Civil e a legislação consumerista convivem harmoniosamente até o ponto em que beneficiem o sistema protetor determinado pela CRFB (art. 5º, XXXII), do contrário, as normas menos benéficas, sejam elas civis ou consumeristas, tem efeitos anulados no caso concreto em favor do regramento mais benéfico. O entendimento se consubstancia na vertente interpretativa extraível da finalidade social que guia a interpretação das normas (LICC, art. 5º¹¹⁷) e do direito fundamental de proteção do consumidor (CRFB/88, art. 5º, XXXII e art. 170, inciso V).

O Código Civil de 2002 não afastou, portanto, a incidência do CDC na relação médica por três motivos básicos. Primeiramente é de se ressaltar que nem toda relação médica é de consumo e o CC/2002 não trata sobre estas. Segundo, o CC/2002 não regulamentou por completo a relação de consumo médica, motivo pelo qual não poderia afastar a incidência do CDC na relação. Por terceiro, ainda que tivesse tal condão o CDC é lei específica que regula

¹¹⁶ CDC, Art. 7º: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes (...) da legislação interna ordinária, de cairegumentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

¹¹⁷ Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

as relações médicas catalogáveis como de consumo e não toda e qualquer relação. A lei específica, por certo, não é revogada pela geral.

Acerca da incidência do CDC na relação médico e paciente, cita-se a seguinte passagem doutrinária, de autoria de Sandra Yuri Yonekura (2003, p. 144-145):

Parece-nos claro que deve o paciente, ao contratar um serviço médico, ser encarado como consumidor deste trabalho oferecido pelo profissional ao contratar um serviço médico. [...] Da mesma forma o profissional médico, ao ofertar a prestação de um serviço a um mercado consumidor (o paciente), enquadra-se claramente no conceito de fornecedor.

Firmado o entendimento de que a relação privada entre médico e paciente sofre influxos do Código de Defesa do Consumidor, indaga-se quanto aquele médico que, embora inserido na iniciativa privada, presta serviços médicos de forma gratuita.

Ora, respondendo-se à indagação, o médico benfeitor a título gratuito não pode ser responsabilizado por normas consumeristas (VASCONCELOS, 2007, p. 130), pelo fato de que não existe a contraprestação do consumidor exigível para configuração de consumo, nos termos do art. 3º, § 2º do CDC¹¹⁸. Pode-se contra-argumentar relativamente à questão da equiparação de amostra grátis (CDC, art. 39, parágrafo único¹¹⁹), quando se fornece produto ou serviço não autorizado pelo consumidor, situação na qual existiria a relação de consumo a autorizar incidência do CDC. Relativamente ao médico a temática é distinta dos demais fornecedores, merecendo tratamento diferenciado por força da isonomia real. O médico ao atender em situação de emergência e urgência, por exemplo, o faz por dever ético-legal, enquanto os demais fornecedores por questões meramente mercadológicas e de alvedrio. Faltantes o requisito da urgência e emergência, sendo ausente a contraprestação do paciente, não há incidência na norma consumerista relativa à amostra grátis, porque há autorização do paciente, afastando a incidência da regra de equiparação à amostra grátis, e inexistente contraprestação, imposta pelo CDC para configuração do serviço médico. No caso, portanto, não há relação de consumo por inexistência de contraprestação.

Por fim, traz-se a lume a questão do médico público, o qual não é remunerado diretamente pelos pacientes, sendo pago pelo poder público, havendo somente o que se chama

¹¹⁸ CDC, Art. 3º, § 2º: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, **mediante remuneração** (...)”.

¹¹⁹ CDC, art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; (...) Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

de remuneração indireta, não se permitindo no caso a incidência de normas consumeristas, todavia, recaem sobre a relação todo sistema protetor dos direitos fundamentais com sua eficácia imediata, impositiva e irradiante sobre todo sistema infraconstitucional.

Ainda que se afirme a existência de remuneração indireta por força dos tributos pagos, não como mensurar a utilização do serviço médico pela população como se faz com o serviço público *uti singuli*, pois se está diante de um serviço por todos custeados e nem sempre utilizado por todos, chamados serviço público *uti univesi*. A remuneração indireta não pode, portanto, ser motivo autorizador para permitir a incidência do CDC em serviços públicos *uti universi*, como no caso do atendimento médico público.

No sentido da não aplicação do CDC nas relações médicas oriundas de hospitais públicos a jurisprudência do E. STJ ratifica:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. FACULTATIVA.

1. Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar.

2. **Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.**

3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denúncia da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais.

Precedentes.

4. Considerando que o Tribunal a quo limitou-se a indeferir a denúncia da lide com base no art. 88, do CDC, devem os autos retornar à origem para que seja avaliado, de acordo com as circunstâncias fáticas da demanda, se a intervenção de terceiros prejudicará ou não a regular tramitação do processo.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1187456/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 01/12/2010, grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. **PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO-CONFIGURADA.** DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Hipótese de discussão do foro competente para processar e julgar ação indenizatória proposta contra o Estado, em face de morte causada por prestação de serviços médicos em hospital público, sob a alegação de existência de relação de consumo.

2. O conceito de "serviço" previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC).

3. Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF).

4. Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade da incidência das regras de competência contidas na legislação específica.

5. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 493181/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 431).

Destarte, nem toda relação entre médico e paciente é regada pelo sistema consumerista, embora todas sejam pelo sistema ético do CEM/2009. Ficam excluídos da incidência do CDC os atendimentos gratuitos e os integrantes de hospitais públicos, fato este que jamais afasta a garantia de proteção dos direitos fundamentais dos pacientes.

3 A INFORMAÇÃO

Na sociedade moderna a informação representa poder, podendo-se encarar o poder informativo como poder econômico ou mesmo em poder de escolha através das informações obtidas. Em sede de relação médica, o médico é detentor de um poder técnico baseado na informação técnica e o paciente possui o poder de escolher, com base em sua autonomia e liberdade, os passos que lhe aprouver. O poder de escolha, por sua vez, somente poderá ser tomado com real liberdade se o paciente receber a informação clara e adequada sobre os dados e possibilidades de tratamento. Ou seja, a informação é definidora da real liberdade de escolha do paciente. Inegável, portanto, a importância do direito-informação na relação sob comento.

Primeiramente se esclarece o significado do termo informação, a qual é palavra polissêmica, dependendo seu significado do contexto no qual a mesma é utilizada. Busca-se esteio na lição de Fernanda Nunes Barbosa (2008, p. 34-35):

A informação em sentido amplo, isto é, como mensagem, constitui elemento do ato de comunicação e abarca tanto conteúdos conceituais já incorporados pelo receptor – *in casu*, o consumidor – com conteúdos conceituais novos. A comunicação para que seja efetiva, depende ainda da atuação dos sujeitos, como intervenientes, como destinadores e destinatários da informação, bem como da escolha do código, que é a linguagem, do canal, que é o meio, e, por fim, do contexto. (...) Ossola e Vallespinos realizam esta análise em *La obligacion de informar*, definindo, primeiramente, o que seja comunicação, com base em suas várias acepções, e, a partir delas, formulam a idéia comum subjacente: “Comunicación implica una union, um acercamiento entre personas o cosas”. Vera Maria Jacob de Fradera, ao buscar as origens da imposição do dever de informar, que estariam na *common Law*, sugere que o dever de informar tem o sentido original de proteger, avisar, tendo em vista o vocábulo *warn*, da expressão *duty to warn*. Assim, poderíamos dizer, com os argentinos e a doutrinadora brasileira, que comunicar, no sentido que para nós interessará, significa uma aproximação, ao passo que informar, um forma de proteção.

Em breve síntese, a comunicação é um processo pelo qual se veicula informação, não se confundindo com esta, embora intrinsecamente relacionadas.

3.1 O regramento da informação enquanto direito autônomo em palco constitucional

Trata-se de direito de caráter fundamental do estampado no ordenamento jurídico brasileiro, com caráter dúplice, na medida em que é direito individual e também coletivo¹²⁰, sendo oponível tanto face ao Estado, quanto em relação ao particular. A informação, antes mesmo de ser direito do consumidor, é direito do cidadão previsto no art. 5º da Carta Maior da República, *in verbis*:

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

XXXIII - todos têm direito a receber dos **órgãos públicos informações** de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Portanto, não se deve olvidar, é o direito à informação *ius* de índole constitucional, voltado em favor de todo ser humano, seja o mesmo qualificado como consumidor ou não¹²¹. A afirmativa retrodita se revela importante na seara médica quando, eventualmente, o médico não seja enquadrado como fornecedor de serviços para efeito de aplicação do código de defesa do consumidor, pois dessa forma, garantir-se-á pela via constitucional o direito e garantia fundamental do paciente.

Por outro lado, imperioso ressaltar que além de direito, a informação é garantia de participação consciente do cidadão seja em atos da vida privada em atos da vida pública, daí porque se pode afirmar que há caráter *duplex* também quanto à natureza da informação, que é, repita-se, direito e garantia do cidadão e da coletividade, possuindo, inclusive, base constitucional conforme será visto a seguir.

3.1.1 A informação em nível constitucional enquanto garantia do exercício de outros direitos fundamentais

Sob o aspecto constitucional, a informação parece “encontrar fundamento também no pleno exercício da cidadania, pois, na sociedade atual, massificada e globalizada, somente

¹²⁰ “Como direito fundamental presente no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à informação possui caráter tanto individual como coletivo, abrigando interesses “particulares” e “sociais”. De outra parte, constitui direito subjetivo, tanto público como privado – uma vez que oponível não só em face o Estado, mas também perante particulares – qualificado como essencial à pessoa humana, cuja proteção configura um dos pilares do Estado Democrático. (BARBOSA, 2008, p. 45-46).

¹²¹ Aliás, pontue-se, é justamente por ser humano que o consumidor teve garantido com modalidade básica o direito à informação: “O reconhecimento do direito à informação como direito fundamental do consumidor decorre basicamente da verificação de que o consumidor é, antes de tudo, pessoa humana e, como tal não pode ser considerado apenas na sua esfera econômica”. (BARBOSA, 2008, p. 47).

o indivíduo bem informado é capaz de exercer os diversos papéis que lhe são reservados na convivência social” (BARBOSA, 2008, p. 42-43).

Em outras palavras, somente há que se falar em efetiva democracia, república e efetivo respeito à cidadania, quando o cidadão possui acesso à informação bastante para o atuar consciente do cidadão no trato da coisa pública e do exercício do poder pelo povo. Enfim, a raiz primeira do direito à informação reside no Princípio Democrático e Republicano. Nessa esteira argumentativa, traz-se à baila as palavras de Pedro Abi-Eçab (2008, p. 290-291):

Com efeito, o direito à informação decorre do regime democrático e visa à proteção do cidadão (...). Em suma, a informação afirma-se como decorrência própria da garantia do Estado Democrático, sendo pressuposto necessário à proteção de todos os direitos (...)

Entretanto, não somente nesses princípios se encontra o germe do direito informativo na Carta Magna, a Isonomia (CRFB/88, art. 5º, *caput*) também determina a distribuição de informação com o escopo de permitir relacionamentos conscientes entre indivíduos e bem como sua tomada de escolha, resguardando-se outro princípio constitucional, o princípio da dignidade (CRFB/88, art. 1º, inciso III).

Por fim, deve-se trazer porquanto oportuno, quando se tutela a isonomia informativa entre os integrantes da sociedade e assim sua dignidade recíproca, estar-se-á tutelando também sua vontade livre e desimpedida em realizar escolhas, tomando decisões, aspecto no qual reside a tutela da liberdade dos cidadãos através da informação.

A proteção dos princípios fundamentais sobreditos parece ser motivo de o constituinte ter positivado o direito à informação dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, sendo o mesmo oponível tanto em face do particular (CRFB/88, art. 5º, XIV), quanto em face dos agentes públicos (CRFB/88, art. 5º, XXXIII), existindo em relação a este devedor da informação a previsão constitucional de instrumento específico de acesso à informação: O direito de certidão para obtenção de esclarecimentos informativos (CRFB/88, art. 5º, XXXIV¹²²).

Deve-se trazer a lume ainda o princípio da legalidade (CRFB/88, art. 5º, II¹²³), pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei que o determine, na medida em que a informação esclarecida é pressuposto para escolhas e

¹²² CRFB/88, art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

¹²³ CRFB/88, Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

exercício da autonomia e liberdade (CRFB/88, art. 5º, *caput*) do indivíduo. Em miúdos, com a informação correta e esclarecida, o paciente poderá decidir exatamente aquilo que lhe aprouver, sem induzimento ao caminho indesejado, como, v.g., na escolha de um tratamento mais simples mais simples para o paciente, mas com menos chance de êxito se comparado com outro existente, por ausência de informação acerca de outras vias possíveis, ou seja, o paciente acabaria sendo compelido a fazer o que não desejaria se tivesse acesso à plena informação.

A informação médica encontra ainda sua teleologia protetora na salvaguarda do direito de crença e de consciência (CRFB/88, art. 5º, VI¹²⁴ e VIII¹²⁵), na medida em que o direito de recusa ou de aceitação do tratamento pode expressar motivos de crença e consciência com base exatamente nas informações recepcionadas.

Em síntese, o direito-garantia informativo encontra seu germe silencioso nos seguintes princípios: Democrático, Republicano, Isonômico, Dignidade e Liberdade, motivo pelo qual o mesmo fora positivado para, embora sendo direito autônomo, salvaguardar direitos outros que lhes são conexos.

3.1.2 A informação e o Código de Defesa do Consumidor

A informação é direito básico do consumidor estampado no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor - CDC, sendo decorrência direta da busca do estado de transparência nas relações de consumo (CDC, art. 4º¹²⁶). A informação, por certo, é elemento sem o qual não se promove o status transparência, motivo pelo qual é impensável se pensar no sistema consumerista moderno sem se falar no direito informativo.

O direito informativo, muito mais que norma-regra, concretiza função de norma-princípio no sistema consumerista, motivo pelo qual exerce eficácia irradiante sobre todas as relações de consumo. Enquanto princípio expresso do sistema protetor do consumidor, a informação aparece ao lado do princípio da educação, no art. 4º, inciso IV do CDC. A

¹²⁴ CRFB/88, art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

¹²⁵ CRFB/88, art. 5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

¹²⁶ CDC, Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a **transparência** e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes **princípios**: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (...) **IV** - educação e **informação** de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

informação e a educação se relacionam intimamente, pois quando se educa, pressupõe-se o recebimento de informações.

Em continuidade, sobleva-se o fato de que por diversas ocasiões no Código Consumerista há menção ao direito informativo, sendo tal direito tutelado mesmo na esfera penal e por vezes como direito principal ou como direito instrumental com intuito de garantir o acesso a outros direitos. Com vistas a gerar um quadro de transparência nas relações de consumo (CDC, art. 4º, *caput*), além do princípio da educação e da informação (CDC, art. 4º, IV), o código de proteção do consumidor positivou o direito básico à informação, impregnando o Código de Defesa do Consumidor¹²⁷ de dispositivos protetores de tal expediente. No afã de salvaguardar o acesso à informação, o inciso VI, do art. 6º da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (CDC) expõe:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

No caso da relação médica que, em princípio, pode envolver riscos à saúde e à integridade física, a mesma pode ser classificada como um serviço potencialmente perigoso ao se humano, embora seu objetivo seja o oposto (proteger a vida humana). Assim deverá incidir sempre a regra consumerista que impõe o dever de informar adequadamente ao caso e da forma mais clara e ostensiva possível, nos termos do art. 9º do CDC¹²⁸.

Não se olvide que toda informação deve ser precisa e passa a integrar o contrato de prestação de serviço, sendo, por isso, vinculante quando ao médico-fornecedor, nos termos determinados pelo art. 30¹²⁹ do Código Consumerista.

As informações de índole técnica e científica informadas pelo médico devem ser disponibilizadas para os pacientes e consumidores legitimamente interessados com o escopo de garantir a transparência na relação de consumo, criando meios de proteção da confiança em expectativas legítimas depositadas no médico. É esse o entendimento que deflui da leitura do

¹²⁷“O dever de informação e esclarecimento encontra-se positivado no sistema jurídico brasileiro no que respeita às relações de consumo (arts. 6º, 31, 46, 51 do CDC)”. (MIRAGEM, 2007, p. 52-91).

¹²⁸ CDC, Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá **informar**, de maneira **ostensiva e adequada**, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto. (Grifo nosso).

¹²⁹ CDC, Art. 30. Toda **informação** ou publicidade, suficientemente **precisa**, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, **obriga** o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e **integra o contrato** que vier a ser celebrado. (Grifo nosso).

parágrafo único do art. 36 do CDC¹³⁰, artigo que embora referente à publicidade que veicula serviços, pode ser usado para compreensão e definição da extensão do direito básico informativo do consumidor, mesmo na área médica.

Aplicando à informação médica de forma analógica o regramento da publicidade, meio de vinculação da informação, pode-se afirmar que é “enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação (...), inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (CDC, art. 37, § 1º¹³¹), sendo que a informação seria enquadrada como “enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (CDC, art. 37, §3º¹³²).

A direito à informação, entretanto, não é absoluto, devendo ser o mesmo ponderado com o chamado **privilegio terapêutico**, previsto no art. 34¹³³ do CEM/2009, ou seja, o dever de o médico avaliar o custo benefício para o paciente no recebimento da informação, caso o prejuízo para sua integridade psicofísica supere os benefícios em se ver cumprido o direito à informação, em verdadeiro juízo de ponderação no conflito entre os princípios da informação e da vida digna e saudável, o médico fica autorizado a mitigar a incidência do direito à informação e repassá-la a um representante do enfermo.

Ressalte-se que o médico é quem deve provar em juízo o cumprimento da obrigação de informar correta e adequadamente. Assim necessita o facultativa demonstrar a retidão das informações prestadas, por ser detentor das informações técnicas e científicas prestadas. Tal posicionamento foi acolhido pelo CDC (art. 38¹³⁴) e decorre do posicionamento doutrinário acerca da distribuição do ônus da prova quanto às obrigações de meio e de resultado, conforme se verificará à frente.

¹³⁰ CDC, Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

¹³¹ CDC, Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

¹³² CDC, Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

¹³³ CEM/2009, Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

¹³⁴ CDC, Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Pontue-se, por oportuno, a existência de vedação para o fornecedor, *in casu* o profissional de saúde, de veiculação de informações depreciativas do consumidor que pugna por seus direitos, dentre os quais o direito básico à informação. É nesse sentido o determinação do art. 39, IV do CDC¹³⁵

Por outro lado, não é demais ressaltar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em caráter concorrente devem fiscalizar e controlar, baixando normas necessárias, regras relativas ao acesso da informação por parte do consumidor (CDC, art. 55, § 1º¹³⁶), o que inclui situações pertinentes ao relacionamento paciente-médico. Sobreleva-se, ademais, previsão no CDC de órgão federal, o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor - DNDC, que visa, dentre outras atribuições, dar acesso à informação para o consumidor e conscientizá-lo de seus direitos¹³⁷, buscando-se garantir a efetividade do direito básico à informação.

A informação é direito tão importante sob a ótica consumerista que mereceu tutela penal, como se depreende dos seguintes crimes contra o consumidor:

CDC, Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:
Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.
§ 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.
§ 2º Se o crime é culposos;
Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

CDC, Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:
Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

A título de informação complementar, traz-se a baila a menção à palavra “informação” no art. 101, inciso II, do CDC¹³⁸, pela qual o síndico em uma falência deve

¹³⁵ CDC, Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

¹³⁶ CDC, Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços. § 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **fiscalizarão e controlarão** a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da **informação** e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

¹³⁷ CDC, Art. 106. O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe: (...) IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação;

¹³⁸ CDC, Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: (...) **II** - o réu que houver

informar a existência de seguro de responsabilidade. Neste caso a informação ganha também aspecto instrumental, pois pretender assegurar outro direito básico do consumidor: O Direito à reparação efetiva dos danos suportados (CDC, art. 6º, VI¹³⁹).

Esta breve explanação acerca da fundamentação do direito à informação no ordenamento jurídico brasileiro demonstra que o mesmo possui sede constitucional, infraconstitucional (CDC) e na ética médica, representando, tais sedes, via de estudo imprescindível para compreensão do direito à informação, motivo pelo qual não serão olvidados.

3.2 A informação médica como dever principal

No presente item, parte-se do pressuposto de que em termos de conhecimento científico e profissional há imensa disparidade o arcabouço cognitivo do médico e do paciente e que, este, em regra, busca o médico em situação de fragilidade física e emocional. Em outras palavras, trata-se de uma relação entre desiguais, motivo pelo qual os princípios e postulados da igualdade substancial e da solidariedade devem nortear tal relação.

Na área do direito do consumidor a assertiva sobredita é patente, pois a vulnerabilidade do consumidor é presumida pela via legal (CDC, art. 4º), trazendo consequências imediatas quanto à natureza do dever informativo relativamente à profissão médica. Leciona Nelson Rosenvald (*Apud* BDINE, 2007, p. 106), “tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor, o reequilíbrio de suas relações contratuais tem amparo na desigualdade material objeto do inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, de modo que o dever de informar integra o próprio contrato e se converte em obrigação principal, e não dever anexo ou lateral”.

Mesmo nas relações médicas apartadas do direito do consumidor, a desarmonização entre o *status* de conhecimento do médico¹⁴⁰ e a fragilidade psicológica do paciente, colocam o médico em patamar superior na relação, obrigando este, por mandamento do princípio da solidariedade e da igualdade substancial, a nivelar a relação através da

contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a **informar** a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

¹³⁹ CDC, Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

¹⁴⁰ “De forma geral o relacionamento médico-paciente pode estar desarmonizado por causa das possíveis diferenças na educação e em conhecimento científico de ambas as partes”. (CLOTET, 2006, p.88).

concessão de informação inteligível ao paciente, por isso, ousa-se afirmar, o “dever de informar é para o médico dever essencial” (FORSTER, 2002, p. 37).

A informação e o consentimento do paciente, enquanto deveres médicos, encontram seus fundamentos não somente nos constitucionais princípios da solidariedade e da igualdade, mas também em ordem legal e ética. Tal ressalva pode ser fundamentada em voto de lavra do Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior (STJ, Resp 467.878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003, p. 222, grifo nosso):

(...) b) (...). **A obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar,** destacando-se entre elas o consentimento informado. Segundos as instâncias ordinárias, esse dever não foi cumprido; (...)."

Assim, o dever informativo é dever de origem constitucional, legal e, por fim e não menos importante, ético-deontológico.

Em continuidade, deve-se trazer a lume que existem autores que apresentam a informação médica como dever anexo. Nesse sentido, Regina Beatriz Tavares da Silva (2007, p. 157, grifo nosso): “Reitere-se que a prescrição dos exames, sua análise com perícia, **a informação detalhada ao paciente** dos riscos inerentes ao procedimento e à fase posterior, assim como os cuidados depois da operação ou da terapia utilizada são **obrigações anexas**, de resultado, porque dependem exclusivamente do médico”. Ainda nesse sentido, Miragem (2007, p. 63, grifo nosso):

Note-se que o atendimento ao dever de informar, por si só, constitui espécie de obrigação de resultado, ainda que a prestação principal seja de meio (a prestação de serviço médico). Isto porque o dever de informar é **dever anexo** da obrigação, e a avaliação sobre seu correto cumprimento ou não é independente do cumprimento do dever principal da prestação.

Ora, com devido acatamento ao respeitável entendimento acima transcrito, não se concorda com a taxatividade das assertivas supra transcritas no sentido de que informação seria sempre dever anexo à atividade da medicina. Não se concorda porque, de um modo geral, a informação à luz do caso concreto, pode assumir faceta de dever anexo ou de dever principal e também porque o consentimento com a prévia informação é a fonte de legitimação do ato médico durante todas as fases de um tratamento ou experimentação, motivo pelo qual a

informação se consubstancia, na seara médica, obrigação principal, sendo determinante tanto para formação quanto para continuidade do contrato de saúde.

Não pode haver, nos termos do Código Civil de 2002 (CC, Art. 15¹⁴¹) e do Código de Ética Médica (CEM/2009, art. 22¹⁴²), invasão à integridade física do paciente sem o devido consentimento do paciente e este assentimento, mesmo que concedido, não pode ser considerado válido, em regra, sem a prévia e devida informação (CEM/2009, art. 34¹⁴³).

Como pode ser visto a informação inteligível ao paciente é, tanto nas relações consumeristas quanto nas civis, elemento intrínseco à atividade médica, não sendo elemento accidental e eventual. Ao contrário, a informação, é componente habitual do ato médico e sua presença, falta ou deficiência gera consequências diretas para a validade do consentimento e da responsabilização médica, como será visto mais a frente.

3.3 A informação e seu fundamento ético

A informação é também pressuposto do atuar ético do médico, independentemente de a relação com o paciente ter índole consumerista ou não. A informação é, em outras palavras, obrigação profissional do médico. Observem-se as disposições do Código de Ética Médica – CEM¹⁴⁴ (Capítulo V: “Relação com pacientes e familiares”) aplicável relativamente à obrigação informativa. Dita o CEM que é “vedado ao médico”:

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

Não é demasia afirmar que o novo código ético dos médicos no artigo retrotranscrito reproduziu o teor do art. 59¹⁴⁵ do Código de Ética Médico anterior (Resolução

¹⁴¹ CC/2002, Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

¹⁴² CEM/2009, É vedado do médico: Art. 22. Deixar de obter **consentimento** do paciente ou de seu representante legal **após esclarecê-lo** sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

¹⁴³ CEM/2009, É vedado do médico: Art. 34. Deixar de **informar** ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

¹⁴⁴ Ressalte-se que se trata aqui do Novo Código de Ética Médica, consubstanciado na Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM n. 1.931 de 17/9/2009, publicada no Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção I, p. 90-2 - Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 2009. Seção I, p. 173 – RETIFICAÇÃO, entrando em vigor a partir de 13/04/2010.

¹⁴⁵ CEM/88, Art. 59 - Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

Resolução CFM nº 1.246, de 08.01.88, em virtude da redação pródiga em proteger o direito à informação.

O direito à informação na seara médica consumerista é, portanto, triplamente positivado, pois possui berço constitucional e terreno para crescimento tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código de Ética Médica.

3.4 O dever de “informar-se” e o direito à informação por parte do médico

O novo Código de Ética Médica – CEM/2009, na apresentação de seus princípios fundamentais (Capítulo I), demonstra o dever de buscar informação e educação por parte dos médicos da seguinte maneira: “V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”.

No dispositivo sobredito, resta consagrado o princípio ético do “aprimoramento contínuo dos conhecimentos profissionais”, alcançável somente pela busca, também contínua, da educação e da informação profissional, o que se coaduna perfeitamente com o objetivo da informação-princípio do CDC¹⁴⁶, qual seja o de proporcionar um amplo conhecimento por parte dos participantes da relação de consumo dos seus direitos e deveres, gerando um estado fático de transparência, no qual se prima pela proteção da segurança, dignidade e vida do consumidor-paciente, escopo final de todo progresso científico almejado pelo médico.

Não é demasia ressaltar, por certo, que o dever de contínuo estudo por parte do médico, guarda inegável relação com o dever de cuidado, pois não se pode assistir ao paciente da forma devida, eficaz e eficiente, senão com base no conhecimento moderno das técnicas hábeis criadas e disponibilizadas, isso porque a obrigação médica é de meio e tal meio, no mundo de avanço tecnológico célere, muda constantemente. Nesse sentido invoca-se João Monteiro de Castro (2005, p. 104-105):

O médico tem o dever de manter-se atualizado, porque, se não o fizer, não estará em condições de prestar os cuidados que o doente requer, com base nas técnicas mais eficazes e disponíveis. (...) Como a obrigação do médico é, habitualmente, de meio, consistindo em prestar cuidados e atender aos clientes segundo as técnicas adequadas disponíveis – e essas técnicas estão em constante mudança e aprimoramento, em benefício do paciente - , a

¹⁴⁶ CDC, Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a **transparência** e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes **princípios**: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (...) **IV** - educação e **informação** de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à **melhoria do mercado de consumo**;

exigência de o profissional estar sempre atualizado é necessária ao competente desincumbir da obrigação, por ele ajustada ou exigida, em função da situação de fato posta.

E continua o sobredito autor (CASTRO, 2005, p. 105) ressaltando as possíveis consequências da desatualização:

A desatualização do médico pode atrair a responsabilidade por danos advindos em decorrência do uso de técnicas, procedimentos ou medicamentos obsoletos, reconhecidos pela comunidade médica como ineficazes ou superados, pois não terá cuidado bem de seu paciente. Mas não é culposa, para o médico, a utilização de métodos antigos, se ainda são de aplicação ainda reconhecida e defensável.

A desatualização, portanto, pode gerar danos informativos, pois o “atendimento ao dever de informar, por si só, constitui espécie de **obrigação de resultado**, ainda que a prestação principal seja de meio (a prestação de serviço médico)” (MIRAGEM, 2007, p. 63). Informação desatualizada gera um consentimento deficiente caso a informação tenha sido relevante para escolha esclarecida do paciente.

Deve-se pontuar, por outro lado, que o uso de método não adequado ou antigo, se utilizado em situação de urgência, necessidade ou falta de opção não deve implicar responsabilidade ao profissional, restando caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa, por força da situação real.

Em síntese, o médico também possui direito à informação – possuindo o dever de buscá-la - a fim de que possa executar sua obrigação de meios de forma condizente com a dignidade do paciente no tratamento de saúde.

3.5 O dever de falar a verdade e a relação de confiança

Conforme já mencionado no presente trabalho, a relação entre médico e o paciente possui por base a confiança. Indaga-se se em situações potencialmente prejudiciais o médico poderia mentir ou omitir informações do titular do direito à informação, o paciente. João Monteiro de Castro (2005, p. 96, grifo nosso), inspirando-se em Savatier (1956, p. 244), leciona que a relação de confiança deve ter por fulcro a verdade, rechaçando a mentira:

É, então, de clareza solar o dever atribuído ao médico de aconselhar e informar o paciente, e, se o caso, familiares ou próximos, da conduta a ser seguida e dos riscos da operação e tratamento recomendados. Ademais, como **há** uma estreita **relação de confiança** estabelecida **entre médico e o**

paciente, a mentira não se coaduna com a ela, por isso o médico deve-lhe a verdade, embora sujeita a certos limites; limite esses estabelecidos **para a própria proteção do doente.** É princípio normal de que a mentira é juridicamente uma culpa e o médico não se pode crer acima dele.

Há imposição de limites, portanto, tanto em relação ao dever de informar a verdade ao paciente, limites estes representativos de exceção, a qual é determinada pelo critério do melhor interesse do paciente. Nessa esteira argumentativa, João Monteiro de Castro (2005, p. 99), expõe de forma concisa os limites do direito à verdade do paciente:

- a) a sua fragilidade, pois a revelação do diagnóstico e prognóstico pode agravar-lhe seriamente o estado de saúde. Então, um dos limites ao direito à verdade devida é sua capacidade de sabê-la, sem maior prejuízo;
- b) a sua inépcia para compreender o diagnóstico;
- c) a sua recusa voluntária, manifestada de forma suficientemente clara, quando da celebração do contrato com o médico, em saber a verdade.

Por força de sua importância para o estudo ora realizado, essas formas de abrandamento do dever informativo merecem estudo individual. É o que se faz a seguir.

3.5.1 O privilégio terapêutico: A proteção da fragilidade do paciente perante a informação

A informação é, *per se*, direito do paciente que por vezes serve à garantia de outros direitos fundamentais, permitindo a ilação pela qual a informação tem por escopo a proteção da dignidade e dos direitos fundamentais do ser humano. Destarte, qualquer informação que possa causar impacto à dignidade e a outros direitos fundamentais do paciente, é subversiva, em princípio, relativamente ao direito informativo, permitindo a excepcional não concessão da informação, situação denominada pela doutrina especializada de privilégio terapêutico. Em amparo, traz-se lição de Nestor Forster (2002, p. 37):

O médico tem o dever de informar o paciente ou seus familiares de forma adequada e completa, apenas deixando de fazê-lo em relação ao paciente se a informação agravar-lhe o estado mórbido (...) causando, com tal informação, um sofrimento adicional, que se soma às aflições inerentes à própria enfermidade.

Portanto, sempre que determinada informação tiver potencial lesivo contra o paciente, médico deverá exercer um juízo de ponderação, aferindo, à luz do caso concreto, se deve prevalecer, de um lado, o direito informativo, ou, por outro lado, direito de evitar

agravamento do mal a despeito da informação omitida. Socorre-se, por mais uma vez, à lição de Nestor Forster (2002, p. 37), *in verbis*: “Em cada caso, o médico deverá ponderar, com prudência, qual é a informação que deve passar ao paciente, até porque deverá obter-lhe o consentimento para o tratamento prescrito”.

O Código de Ética Médica – CEM/2009 faz prescrição do privilégio terapêutico, a saber:

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

O Código de Ética Médica Brasileiro, portanto, frente ao choque do princípio informativo e do princípio da dignidade, pondera em favor da preservação da integridade biopsíquica do paciente quando do conflito entre o direito à informação e manutenção da integridade do *status* dignidade.

Solução diversa, por outro lado, é aquela dada pelo ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América – EUA prestigiador, sem ponderações ou meio termo, do direito à informação, pois, nessa outra realidade jurídica, o “médico não pode deixar de se eximir do dever contratual de informar, mesmo quando a informação pode causar um desespero mental no paciente” (FABIAN, 2002, p. 88).

A solução do CEM/2009 é mais ponderada que a norte-americana, pois possibilita ao médico avaliar a realidade concreta e os eventuais deletérios efeitos de uma informação na integridade físico-psíquica do paciente, ou seja, a liberdade de atuação ética do médico brasileiro é mais ampla quando se trata de conceder ou não informação com potencial nocivo ao paciente.

Imperioso salientar, porquanto pertinente à temática, que a situação ora sob estudo, não tornará inexistente o dever de informar e de obter o consentimento, mas tão somente deslocará o sujeito do consentimento informado, trata-se de um **consentimento informado subjetivamente deslocado e complexo**, deslocado, porque se transfere a titularidade do exercício do paciente para o representante legal, e complexo, porque, embora dado por um sujeito, outro indivíduo é o destinatário do assentimento.

3.5.2 Inépcia compreensiva do paciente

Por certo, em sede de tratamento médico “ninguém poderá chegar à fase da tomada de decisão se não tiver capacidade de entender a informação prestada” (OSSWALD,

2009, p. 155). Assim, a informação repassada ao paciente deve estar de acordo com seu nível intelectual de apreensão e processamento das informações. Tornar-se-ia inócua, sem efeito algum, a informação incompreendida pelo paciente, implicando em patente descumprimento do dever informacional pelo médico e eventual inexistência de consentimento válido para o ato médico, ainda que este tenha sido formalmente concedido. Leciona Bruno Miragem (2007, p. 64, grifo nosso):

(...) a informação deve ser de tal modo inteligível, a fim de que seja corretamente compreendida pelo paciente. Ou seja, não basta o cumprimento formal do dever de informar, o que muitas vezes na obrigação médica se dá pela referência excessiva de termos técnicos, em linguagem inacessível, ao paciente leigo, não familiarizado com a terminologia médica. Destaque-se, pois, que o correto atendimento ao dever de informar exige que se determine uma **informação** eficiente, ou seja, que esta seja **compreensível** e compreendida pelo paciente, o que constitui a razão para a multiplicação dos procedimentos de obtenção do consentimento informado pelos profissionais de diversas especialidades médicas.

A informação, para ser dada como validadora do consentimento legitimador de todo tratamento, necessita ser compreendida pelo paciente, cabendo ao médico o dever de certificação da compreensão ou não do paciente, garantindo a este a escolha do tratamento após o esclarecimento da informação recebida.

Caso a inépcia compreensiva do paciente seja plena e incontornável, o médico deve transmitir as informações ao seu representante legal, em um verdadeiro consentimento informado deslocado.

3.5.3 A recusa voluntária de acesso à informação: O reflexo do princípio da liberdade de autodeterminação

A informação no âmbito do tratamento surge como instrumento permissivo do direito à liberdade e à autonomia do paciente, pois somente devidamente informado o paciente poderá tomar o caminho no tratamento coerente com a sua real vontade.

Ora, se é justamente o direito à liberdade e autonomia que impõe o dever de informar, então é o mesmo direito limitador do recebimento ou não das informações. O paciente não está obrigado a ouvir e receber as informações do médico, podendo, por livre vontade e autonomia, abrir mão da informação pela confiança depositada no médico. Nesse sentido Paulo Antônio de Carvalho (1998, p. 66):

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

Mais uma vez se está na frente de um choque entre princípios: De um lado princípio da informação, imposto como dever ao médico, e de outro a liberdade do paciente de negar a implementação desse direito que lhe é peculiar. A solução equacionadora de ambos os princípios, ocorrer quando o facultativo desloca subjetivamente o destinatário da informação, que será preferencialmente a pessoa indicada pelo paciente.

O direito à informação na seara médica, embora valha *per si*, tem por destino natural servir ao direito de liberdade e autonomia do paciente no tratamento médico, permitindo-lhe o uso escorreito e constitucional do consentimento informado e esclarecido, o qual é estudado a seguir.

3.6 A extensão informativa adequada

Vista a obrigação de informar de maneira geral e suas hipóteses de exceção, volta-se para o foco central do presente trabalho: Qual deve ser extensão e objeto da informação com o fim de validar o consentimento informado? O médico poderia estandarizar as informações, transmitindo-as de modo regular a todos os pacientes e ter como válido o consentimento obtido?

Ora, sendo a informação protetora da autodeterminação esclarecida do paciente, para que a mesma tenha o efeito protetor desejado, é certo que a mesma deve possuir um conteúdo mínimo a resguardar os direitos do cidadão.

Ordinariamente, entende-se que o conteúdo informativo médico mínimo deve ser integrado pelos seguidos seguintes requisitos: Diagnóstico, prognóstico possível para cada tipo de tratamento, opções terapêuticas – padrão e alternativas, riscos, complicações (BARROS JÚNIOR, p. 83)¹⁴⁷.

Embora pareça simples o teor informativo supra indicado, é preciso ponderar que diversas dificuldades práticas pesam sobre a configuração do teor mínimo da informação.

¹⁴⁷ Ressalte-se, por ser oportuno, que o médico não somente deve informar os riscos e complicações possíveis, como também descrever “o comportamento que o enfermo deverá adotar” (KFOURI NETO, 2010, p. 35) para reduzir a possibilidade de sua efetivação.

Para Casabona (2005, p. 157), “a ‘quantidade’ de informação que deverá ser transmitida pode ser medida em função dos riscos previsíveis que a intervenção possibilita”, existindo, ainda, “outros fatores moderadores da extensão da informação”. Os riscos previsíveis, portanto, devem ser informados segundo entendimento doutrinário citado.

Entretanto, não há uniformidade doutrinária nesse entendimento.

André Gonçalo Dias Pereira (2005, p. 74-75), por exemplo, ressalva a existência de entendimento pelo qual os riscos a se informar devem estar cingidos aos chamados “riscos significativos”, ou seja, aqueles relevantes e ligados à natureza da intervenção de saúde. Para Gonçalo (2005, p. 75), são caracteres do risco significativo: 1) A necessidade interventiva; 2) A frequência na qual, estatisticamente, ocorre; 3) Gravidade e; 4) Comportamento do paciente.

Se por um lado, sustenta-se o repasse da informação acerca dos riscos previsíveis e, de outro prisma, dos riscos significativos, noticia Marcelo J. Lopez Mesa (*Apud* FREIRE, 2010, p. 294-295) há no seio da jurisprudência clássica francesa entendimento pelo qual não é obrigatório informar os “riscos infrequentes ou raros”. Destarte, adotava-se na jurisprudência francesa o critério “quantitativo-estatístico” até que, em outubro de 1997, firmou-se entendimento pelo qual não só os riscos normais como também os graves devem ser informados, sendo considerado objeto do dever informativo do facultativo.

Assim, na esteira do entendimento francês, não basta ao médico informar os riscos previsíveis e nem somente os “frequentes” estatisticamente comprovados, é necessário informar os riscos graves ainda que excepcionais.

Percebe-se, pelo exposto, que o entendimento parece caminhar no sentido de firmar como objeto da informação médica os riscos frequentes e os graves, ainda que este último seja raro.

O estudo, entretanto, deve continuar à luz das diversas espécies de riscos existentes (v.g., desconhecidos, significantes e residuais) e também sob o enfoque de determinados referenciais (paciente real ou abstrato), que pode ser definido a partir de aspectos antropológicos, como, por exemplo, no caso da informação prévia para obtenção do consentimento de indígenas¹⁴⁸.

¹⁴⁸ “Afiml a grande discussão que tem de ser travada ainda para o acesso aos recursos genéticos humanos é sobre o ‘**consentimento informado**’. Ainda não se chegou ainda à essência do que é essa informação, do que é esse consentimento. Por mais que se criem palavras como a vulnerabilidade, etc., e idéias que podem ser jurídicas, temos **elementos antropológicos** dessas **informações** que têm de ser profundamente tratados, como as que vimos aqui sobre a cultura indígena”. (EMERICK, 2009).

Hermes Rodrigues Alcântara (*Apud* ROBERTO, 2005, p. 127) classifica os riscos quanto à sua essência (evitável ou inevitável), quanto aos fatores contribuintes, ao grau (leves, graves, gravíssimos e letais) e, por fim, quanto à frequência (baixa, média, alta, altíssima). Interessante ressaltar que “a frequência do risco sofre variações com o tempo, o lugar, os recursos e tantos outros fatores” (ROBERTO, 2005, p. 129), sendo mister apresentar tais variantes ao paciente.

Partindo-se das premissas até o presente momento firmadas e da classificação dos riscos sob comentário, deve-se pontuar que relativamente ao grau e frequência, quanto maior for a classificação do risco mais agravada é a necessidade de o mesmo constar das informações necessárias ao consentimento. Assim, quanto mais grave e frequente for o risco mais relevância o mesmo terá no direito de escolha do paciente. Em sentido semelhante decidiu o E. STJ (Resp 436.827/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 228, grifo nosso): “**As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano**”.

Noutro giro, inolvidável a problemática dos riscos desconhecidos (*unknowable risks*). Para o direito francês, *verbi gratia*, há uma presunção de que os profissionais devem conhecer os produtos ou serviços que colocam no mercado (*peritus artis suae*). Tal presunção foi extremada em caso norte-americano no qual uma fornecedora de produtos foi condenada por risco “cientificamente desconhecido à época que o produto foi colocado no mercado”.

No direito brasileiro há precedente importante a rechaçar a responsabilização civil médica em casos de *unknowable risks*, pois conclui, o E. STJ, que o dever de informar deve ter seu conteúdo firmado de acordo com a realidade na qual está inserido. A decisão embora tenha se dado no debate acerca da responsabilização civil das indústrias de tabagismo, incide sobre o teor do direito à informação, motivo pelo qual faz-se relevante sua citação no caso vertente (STJ, REsp 1113804/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010, grifo nosso), *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. AÇÃO REPARATÓRIA AJUIZADA POR FAMILIARES DE FUMANTE FALECIDO. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. **INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DEVER JURÍDICO RELATIVO À INFORMAÇÃO**. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. TEORIA DO DANO DIREITO E IMEDIATO (INTERRUPÇÃO DO NEXO CAUSAL). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. (...) 3. O cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto

defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço. 4. **Não é possível simplesmente aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos supostamente ilícitos** imputados à indústria tabagista, **ocorridos em décadas pretéritas** - a partir da década de cinquenta -, alcançando notadamente períodos anteriores ao Código de Defesa do Consumidor e a legislações restritivas do tabagismo.

5. Antes da Constituição Federal de 1988 - raiz normativa das limitações impostas às propagandas do tabaco -, sobretudo antes da vasta legislação restritiva do consumo e publicidade de cigarros, aí incluindo-se notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 9.294/96, não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela por elas praticada em décadas passadas. 6. Em realidade, afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta "contaminação propagandista" arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing. É desarrazoado afirmar-se que nessas hipóteses a vontade não é livre.

7. **A boa-fé não possui um conteúdo per se, a ela inerente, mas contextual, com significativa carga histórico-social. Com efeito, em mira os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não há como se agitar o princípio da boa-fé de maneira fluida, sem conteúdo substancial e de forma contrária aos usos e aos costumes, os quais preexistiam de séculos, para se chegar à conclusão de que era exigível das indústrias do fumo um dever jurídico de informação aos fumantes. Não havia, de fato, nenhuma norma, quer advinda de lei, quer dos princípios gerais de direito, quer dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento. (...)**”.

O ato decisório supratranscrito dispõe, em síntese, que o dever de informar não pode ter efeito retroativo. Da mesma forma, *mutatis mutandis*, pode-se entender que a informação científica posterior ao ato médico não pode atingir fato pretérito a fim de ampliar o objeto do dever jurídico de informar.

Desse modo, a informação deve estar disponível para os profissionais médicos em geral a fim de que esteja incluída no conteúdo do dever informativo. Pensar de modo contrário, asseverar-se, significaria impor ao médico obrigação impossível, a qual, segundo antiga sabedoria romana, a ninguém obriga, pois “ninguém é obrigado ao possível” (“Ad impossibilia nemo tenetur”).

Nesse espírito, Octávio Luiz Motta Ferraz (2009, p. 81) afirma que os riscos desconhecidos não fazem parte da obrigação e advertência e, da mesma forma, Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2004, p. 38) afastam a obrigação de informar “se ocorrer um caso ainda não visto pela comunidade científica, vale dizer, inédito”. Nada mais natural, portanto, à luz da idéia de que ninguém pode cumprir uma obrigação impossível, seja

a impossibilidade jurídica, física ou científica motivo para desoneração médica quanto à concessão informativa.

Outra indagação cabível relativamente ao dever informativo é se a informação deve ser completa ou parcial. Em outras palavras, o médico deve informar tudo que sabe e em rico detalhes? Ou o dever informativo se contenta com informações parciais?

Para o jurista Octávio Luiz Motta Ferraz (2009, p. 171) a realidade é que a lista de riscos em procedimentos médicos é interminável, inclusive por força do caráter idiossincrático do organismo humano. Assevera o retrocitado autor: “não há sentido em obrigar o prestador de serviços médicos a informar o paciente sobre todos os riscos previsíveis de determinado tratamento, por mais raros e improváveis que se mostrem”. Em semelhante sentido corrobora Souza (2003, p. 65) afirmando que “exposição completa seria bastante difícil de conseguir”.

Compartilha o mesmo entendimento Miguel Kfoury Neto (2002, p. 301) para o qual, em geral, “admite-se que o médico deva informar os riscos mais comuns, pena de se transformar a consulta médica em verdadeiro curso de medicina. Assim não haveria necessidade de relatar riscos excepcionais, anormais e estranhos”.

Vera Maria Jacob de Fradera (1992, p. 126), também citada por Miguel Kfoury Neto (2002, p. 301), salienta, por outro lado, que o risco residual configura exceção à regra de que perigos pouco prováveis não necessitariam ser informados. Exemplifica a sobredita autora com o caso no qual não se informou o risco mínimo de gravidez após ligadura de trompas e a paciente obteve o direito à indenização por danos morais também por esse vício informativo. A regra, para Vera Maria Jacob de Fradera (1992, p. 126), seria de informar os riscos mais comuns, dispensando-se da obrigação os que raramente aconteçam, salvo os casos de cirurgia estética.

A exceção acima apontada por Fradera, deve-se ao fato de que as cirurgias estéticas, em regra, são eletivas, em oposição às cirurgias de emergência e urgência. Assim, enquanto estas duas últimas formas de cirurgias estão ligadas à necessidade imperiosa para manutenção da saúde e vida do paciente, as eletivas estão ligadas a critério maior de conveniência e oportunidade, permitindo maior diálogo e preparação para seu efetivar. É justamente por tal motivo que Miguel Kfoury Neto (2002, p. 310) aduz dever ser rigorosamente observado o dever de informação, prudência e conselho nesse tipo de ato.

Por certo, a informação completa é algo exaustivo e não razoável, pois o paciente não vai ao médico com o escopo de estudar medicina, assim como as variáveis do tratamento

podem ser quase infinitas à luz da literatura médica. Destarte, o ônus da informação completa é equiparável à obrigação impossível e esta, repita-se, a ninguém impõe dever.

O excesso de informação causado por informação exaustivamente completa pode prejudicar a finalidade da informação, que é “o alcance da autodeterminação do paciente” (BARROS JÚNIOR, 2007, p. 83). Em outras palavras a partir do momento em que a informação excessivamente prestada passa a prejudicar o processamento da própria pelo paciente, a finalidade informativa foi subvertida, devendo ser limitada somente aos pontos essenciais e cognoscíveis ao paciente.

Assim, diante do que se vem expondo é preciso afirmar que para definição do conteúdo da informação tangente ao risco, um dos critérios a serem utilizados seria o da razoabilidade segundo Octávio Luiz Motta Ferraz (2009, p. 171). Em ato contínuo, o citado autor importa do direito anglo-americano o critério da relevância do risco (*material or significant risks*).

O critério da relevância da informação, também reconhecido na doutrina brasileira, liga-se àqueles “aspectos relevantes para formação de sua decisão de se submeter ao procedimento, tais como os riscos, conseqüências do tratamento, chances de êxito, efeitos colaterais” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 394).

Nesse diapasão, leciona Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 394) que o dever de informar encontra seus limites nos riscos graves decorrentes da atuação médica e que *per si* podem conduzir o paciente a não desejar o procedimento, observando-se três fatores: 1) Circunstâncias fáticas peculiares, como a presença do quesito urgência; 2) Relevância estatística do item; 3) Se informação tem potencial de influenciar o assentimento do paciente.

Sob o enfoque do critério da relevância dos riscos a problemática seria ponderar se a relevância seria definida pela perspectiva do médico ou do paciente. Destarte, Octávio Luiz Motta Ferraz entende que a perspectiva do paciente-consumidor deve prevalecer uma vez que a informação se destina a guiar e tutelar sua autonomia.

Perquire-se, ademais, se informações óbvias e patentes podem ser afastadas do teor informativo obrigatório. Em outras palavras, é preciso definir se a teoria norte-americana da “obviedade dos riscos inerentes” e da “regra da periculosidade patente” (FERRAZ, 2009, p. 76) aplica-se ou não para definir os contornos informação a ser prestada no ordenamento jurídico brasileiro.

No direito dos EUA (FERRAZ, 2009, p. 176) se desenvolveu duas noções fortes acerca do teor informativo, quais sejam: (1) A obviedade dos riscos inerentes ao produto (*obviousness of product related risks*) e a (2) regra da periculosidade patente (*patent danger*

rule). Segundo as citadas concepções “os riscos óbvios, patentes, inerentes a determinados produtos, não precisam ser informados ao consumidor. (...) Não se compreenderia na obrigação do fornecedor, assim, os riscos óbvios” (FERRAZ, 2009, p. 179).

No ordenamento brasileiro a situação não pode ser generalizada à luz do que seria um padrão obviedade de riscos e de periculosidade patente porque, conforme o grau percepção e inteligência do paciente, o que parece óbvio para um, pode parecer oculto a outro.

Dessa maneira, traz-se à lume a seguinte indagação: O critério norteador do conteúdo informativo obrigatório deve ser feito à luz de um padrão médio ou somente poderia ser definido tendo por base o paciente concreto? É essa a indagação formulada por Octávio Luiz Motta Ferraz (2009, p. 172) ao se questionar acerca do critério de triagem de informação, se o referencial seria o do paciente abstrato (homem médio) ou o do paciente real.

Propõe o autor acima citado que, em virtude da natureza peculiar do serviço médico, seja adotado um critério misto, tendo por base critério de expectativa razoável do paciente “homem médio” para formular um núcleo básico de informação (2009, p. 173) e, conforme o caso concreto, avaliar a necessidade de adaptá-lo às condições pessoais do paciente.

Neri Tadeu Câmara Souza (2003, p. 65) propõe que a informação goze do caráter da variabilidade na medida em que “o grau de compreensão de cada paciente contribui para isso, pois é variável de um para outro”. O Souza afasta, portanto, o caráter uniforme na maneira de informar.

A variabilidade do modo de informar, em um mundo marcado pelo “agravamento impressionante dos níveis pobreza” (FEITOZA, 2007, p. 45-46) e cultura, é mecanismo de consecução da isonomia entre o paciente (desconhecedor da arte médica) e o médico. Daí afirmar-se: “O consentimento livre ou esclarecido, ou consciente, apenas será aceitável se estiver fundamentado na **informação acessível no nível intelectual e cultural** do paciente, na competência, no entendimento e na voluntariedade” (ROBERTO, 2005, p. 123, grifo nosso). Em reforço, traz-se a lume Hildegard Taggessel Giostri (2002, p. 167, grifo nosso): “**A informação**, além de clara, deve vir acompanhada de dados suficientes sobre (...) os riscos que ela encerra, bem como **deve estar adaptada às circunstâncias de cada caso e às condições culturais, sociais e psicológicas do assistido**”.

A característica da adaptabilidade do conteúdo informativo, afirme-se, é aceita também pelo Desembargador do Tribunal de Justiça Paranaense Miguel Kfoury Neto (2002, p. 291 e p. 298), com as seguintes palavras: “O médico deve informar ao paciente em linguagem

clara e adequada ao seu nível cultural (...). A informação deve estar relacionada com a complexidade da terapia e a cultura do paciente”.

A jurisprudência italiana, conforme leciona Miguel Kfouri Neto (2002, p.284-285), aponta o dever de observância do grau de cultura para efeito de individualização do conteúdo e limites da correta informação, mas acrescenta a adaptação do conteúdo informacional às condições psíquicas e também ao grau de urgência da intervenção cirúrgica.

Kfouri Neto (2002, p. 288) traz à baila a lição de Mário Raposo (Ano 124, p. 407) no sentido de que a informação compreensível perpassa a observância do nível cultural e capacidade de discernimento do paciente, dentro de um quadro relacional no qual o médico estimule o diálogo aberto e franco. Miguel Kfouri Neto (2002, p. 298) parece compartilhar do mesmo entendimento quando aduz que a “informação deve estar relacionada com a complexidade da terapia e a cultura do paciente”, porque, segundo o mesmo autor, o a *ratio* da informação é proporcionar ao paciente “condição de discernir aspectos técnicos do tratamento proposto”.

Assim, percebe-se que a adaptabilidade informacional é imposição da eficácia irradiante do direito fundamental da igualdade, sendo cogente a observância de tal característica da informação na ocasião em que for o médico buscar o consentimento livre e esclarecido do paciente.

Ao remate, é preciso reafirmar, “o dever de informar o paciente é indiscutível, sendo certo que o seu mero descumprimento implicará na caracterização do serviço como defeituoso e, ato-contínuo, no inadimplemento da obrigação contratual que, se danosa, ensejará reparação” (BARROS JÚNIOR, 2009, p. 83).

Destarte, “a insuficiência ou falta de informações (...) no momento da obtenção do consentimento faz com que juridicamente se cuide da matéria como se inexistisse este” (MATIELO, 2001, p.114). Sob esse prisma o tema da informação deve ser objeto de especial atenção pela ciência jurídica em virtude de suas repercussões na seara da responsabilização civil.

Em síntese, a informação deve obedecer ao critério da adaptabilidade à luz do paciente concreto, embora possa ser aceita a criação de um conteúdo mínimo informativo à luz do paciente abstrato. Tal afirmativa, deve-se à força irradiante tanto do princípio da solidariedade médica quanto do princípio da igualdade substancial, a qual impõe ao facultativo tratar divergente entre os pacientes na medida em que os mesmos se desigualam faticamente.

4 O CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento, enquanto instituto de direito médico, encontra antecedente lógico na informação, anteriormente estudada. Sendo assim, trata-se de consectário lógico deste trabalho o avanço sobre o estudo do consentimento pós-informação.

4.1 Terminologia

O consentimento informado é conhecido por diversas designações, como leciona Joaquim Clotet (2006, p. 89): “Convém observar, inicialmente, que não há uniformidade entre os autores em língua portuguesa sobre a tradução e uso do termo inglês *informed consent*. Usa-se consentimento pós-informação, consentimento consciente, consentimento esclarecido e consentimento informado”.

Eduardo Dantas¹⁴⁹ ressalva o fato de que o consentimento faz parte de um processo muito maior, o da escolha esclarecida, pois somente após a opção consciente o assentimento deveria ser externado.

Embora não se ignore o fato de o consentimento ser resultado de um procedimento maior no qual o paciente recebe informação, esclarece-se acerca de seu teor, realiza sua escolha consciente e expressando por fim o consentimento, prefere-se no presente trabalho, embora sem excluir outras designações, o termo mais usual e corrente na doutrina brasileira: Consentimento informado.

4.2 Conceito de consentimento informado

O consentimento é o comportamento humano autorizador de determinado evento (KFOURI NETO, 2002, p. 281). A medicina moderna tem no consentimento sua viga mestra que humaniza o atuar médico. A ausência do consentimento fragiliza deveras a ação dos médicos, porque retira a seriedade do agir profissional, tornando patente a lesão ao direito à autodeterminação e à informação do paciente. O Comitê de Bioética Italiana, citado por

¹⁴⁹ “Ao paciente, é necessário estar de posse de todos os elementos possíveis a sua compreensão, para que – aí sim – possa exercer a faculdade de consentir com o tratamento ou intervenção proposta, escolher outra das alternativas existentes, ainda que menos indicadas pelo profissional que o assiste, ou mesmo recusar-se a se tratar. A este procedimento, que engloba o consentimento informado sem com este se confundir, se atribui o nome de escolha esclarecida”.(DANTAS, Eduardo. Diferenças entre consentimento informado e escolha esclarecida. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/artigos/5/diferena-as-entre-o-consentimento-informado-e-a-escolha-esclarecida> Acesso em: 16/7/2010).

Maria Helena Diniz (2009, p. 662), leciona acerca do conceito de consentimento informado, a saber:

[...] consentimento dado pelo paciente, após receber a informação médica feita em termos compreensíveis, ou seja, adequada e eficiente, é uma condição indispensável à relação médico-paciente [...], constitui, segundo o Comitê Nacional de Bioética da Itália¹⁵⁰, a legitimação e fundamento do ato médico que estiver baseado no esclarecido consenso do paciente, [...] constitui o ideal da terapêutica científica.

Para Bruno Miragem (2007, p. 64-65), por “consentimento informado, entende-se o procedimento pelo qual o paciente é esclarecido pelo profissional médico sobre todos os aspectos relevantes pertinentes ao tratamento, terapia ou procedimento a que será submetido, tais como riscos, efeitos colaterais, chances razoáveis de êxito, custos, e após o qual manifesta concordância expressa com sua realização, nos estritos termos das informações que lhe foram transmitidas”.

Joaquim Clotet (2006, p. 89), por sua vez, expõe o conceito da seguinte forma: “o consentimento informado é uma condição indispensável da relação médico paciente e da pesquisa com seres humanos. Trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos riscos”.

Depreende-se dos conceitos acima enumerados, tratar-se o consentimento esclarecido de uma autorização oriunda do paciente pela qual se legitima a atividade médica, ressaltando-se que a validade da autorização sobredita é condicionada ao prévio entendimento pelo paciente das possibilidades e implicações oriundas do tratamento / experimentação após a concessão das informações pertinentes pelo médico.

Assim posto, o Consentimento Informado é *condictio sine qua nom* para extirpar a ilicitude do ato Médico no qual o paciente poderá, dentro da legalidade, dispor de sua integridade físico-psíquica com fins de melhora da saúde. Ao envolver direito indisponível, a integridade humana, faz-se mister proteger o consentimento de vícios, como, por exemplo, termos inacessíveis ao entendimento do usuário do serviço médico ou ausente. Viciado o consentimento não há como ensejar desresponsabilização do profissional de saúde pelo tratamento aplicado, pela simples ausência de consentimento.

¹⁵⁰ “o consentimento informado constitui a legitimação e o fundamento do ato médico”. (COMITÉ National de Bioéthique, Italie. Information et consentement concernant l’acte medical. 20 juin 1992, conclusions. *International Journal of Bioethics*, n. 1, p. 42-43, 1994 *Apud* CLOTET, 2006, p. 89).

O Código de Ética Médica, reforçando tal posicionamento, veda procedimentos sem o devido esclarecimento em seu 22¹⁵¹ (Ressalte-se que, no código anterior, tratava-se do art. 46), excepcionando-o em casos de iminente perigo de vida.

Neri Tadeu Câmara Souza (2005) apresenta o consentimento informado como processo cujo objetivo maior é a obtenção do consentimento livre de máculas, dúvidas, falsidade ou deficiência por parte do centro da atenção médica, o paciente. E continua o sobredito autor: “O consentimento informado é um processo de informação que atinge seu final com a concordância – documentada, se possível com duas testemunhas – do paciente com o tratamento, se for o caso, que lhe está sendo ministrado”.

Não se deve olvidar, contudo, que o consentimento não deve ser entendimento em seu sentido meramente formal, pois não se trata aqui de “mero preenchimento de papéis”. Nesse sentido, traz-se à baila Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 88):

O Consentimento Informado é o consentimento dado pelo paciente, baseado no conhecimento da natureza do procedimento a ser submetido e dos riscos, possíveis complicações, benefícios e alternativas de tratamento. Ou seja, é uma concordância na aceitação dos serviços a serem prestados pelo profissional de saúde em troca do pagamento do paciente ou responsável, estando este informado adequadamente do que está consentindo. [...] O consentimento não é mero ato de preenchimento de um papel para ser colocado no prontuário do paciente, mas sim um processo que envolve uma troca de informações entre o fornecedor do serviço de saúde e o paciente, bem como sua permissão ou a sua concordância.

As informações e consequente consentimento, portanto, não podem possuir caráter padronizado, representando mero cumprimento de formalidades. Em verdade, deve-se falar em consentimento material (BARROS JÚNIOR, 2007, p. 81) e real, oposto consentimento meramente formal, para que se proteja efetivamente a dignidade do paciente.

Para que o consentimento seja real e alcance sua finalidade, não deve ser olvidado seu caráter procedimental e dialógico. Nesse procedimento dialógico a informação deve transitar na via de mão dupla que é a comunicação entre médico e paciente, cujo ápice, pode-se afirmar, é aceitação ou negativa do paciente relativamente ao tratamento. O paciente, devidamente informado e esclarecido, dos benefícios e prejuízos advindos do tratamento pode conscientemente dispor sobre os rumos de seu tratamento de saúde. Kfoury Neto (2002, p. 281) reforça a questão dialógica do Consentimento:

¹⁵¹ Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após **esclarecê-lo** sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

No caso do Consentimento Informado para o ato médico, uma atuação na esfera psíquico-física do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro [...] representa mais que uma mera faculdade de escolha do médico [...] representará o corolário do ‘processo dialógico e de recíprocas informações’ entre médico e paciente.

De forma direta, Arthur Magno e Silva Guerra assevera que o assentimento livre e esclarecido representa exteriorização da autonomia do paciente para efeito de autorização das intervenções médicas necessárias. Aduz o sobredito autor (GUERRA, 2005, p. 316, 319 e 320), ainda, a premência de diálogo qualificado e contínuo entre médico e paciente para manutenção da legalidade do atuar médico:

A autonomia do paciente deve ser externada através de seu consentimento livre e esclarecido para que o médico possa fazer as intervenções necessárias (aplicar medicamentos, realizar cirurgias, etc.) [...] O médico deve manter um diálogo com seu paciente, mas não qualquer diálogo, e sim um diálogo qualificado, voltado para o tratamento de saúde do ser humano fragilizado [...] O diálogo e deve fazer parte do próprio tratamento e não apenas uma introdução a este. Somente o diálogo nestas condições conduz o paciente ao “consentimento livre e esclarecido”.

Ponto crucial para o entendimento do “consentimento informado” é diferenciá-lo do “consentimento esclarecido” e do “consentimento livre”, enfatizando necessidade dos três serem obtidos conjuntamente por meio do processo dialógico entre médico e paciente.

Quem bem salientou tal diferença foi Arthur Magno e Silva Guerra (2005, p. 319) aduzindo ser o Consentimento livre aquele sem vícios que maculem a vontade, o Consentimento Informado é aquele dá conhecimento ao paciente, todavia somente com o Consentimento esclarecido o paciente, leigo pode dar um consentimento consciente:

Primeiro, o Consentimento deve ser “livre”, isto é, o paciente não pode sofrer nenhuma influência, pressão por parte do médico, família ou amigos, coação física, psíquica ou moral, fraude, ser induzido em erro, ou obtido por qualquer outra forma que impeça sua livre manifestação da vontade pessoal [...] Por outro lado, não basta o médico “informar” ao paciente o seu diagnóstico, prognóstico e tratamento. O paciente deve ser devidamente “esclarecido”, a fim de que possa conscientemente dar seu consentimento.

A doutrina de Orlando de Carvalho (*Apud* ROBERTO, 2005, p. 93) leciona serem três as formas de Consentimento na área de saúde. Dessa forma, o Consentimento pode ser classificado em (1) tolerante, objeto de estudo deste trabalho, (2) autorizante e, por fim, (3) vinculante. Explicita o entendimento Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 93):

Interessante é distinção [...] entre o consentimento tolerante, o autorizante e o vinculante. O primeiro é o que exclui a ilicitude de uma agressão, como as intervenções cirúrgicas consentidas em benefício próprio. O segundo é caracterizado pelas intervenções em benefício alheio ou geral, como nos ensaios clínicos. O último é o caso do contrato de aleitamento materno, como a disposição normal dos direitos da personalidade.⁷

Outro ponto importante para conceituação do consentimento informado é identificá-lo como fator legitimador da atuação do médico. Nesse diapasão, Carlos Maria Romeo Casabona (2005, p. 129), ao tratar do Consentimento, indica o mesmo como legitimador de toda ação médica no tratamento, tendo como vital finalidade a proteção de bens jurídicos:

[...] o Consentimento Informado é condição de legitimidade da ação de um terceiro, na medida em que possa afetar um bem jurídico penalmente protegido, com relação ao qual se reconhece a faculdade de disposição por parte de seu titular (integridade corporal e saúde), ou a própria liberdade de movimentos e de deslocamento (Liberdade ambulatoria) e até mesmo de formação ou manifestação da vontade daquele (detenções ilegais, ameaças, coações, tratamento médico arbitrário).

O Consentimento informado, em suma, é um procedimento dialógico contínuo, no qual paciente e médico realizam o câmbio mútuo de informações objetivando o esclarecimento bastante do paciente para concessão de consentimento livre e esclarecido que legitimará o profissional em seu atuar, protegendo, destarte, bens jurídicos do paciente, dentre eles sua dignidade de autodeterminação.

4.3 Finalidade bifrontal do Consentimento Informado

No estudo do presente instituto não deve ser esquecida a busca pela identificação de sua finalidade. Nesse afã, assevera-se que, embora o seu fim primeiro seja proteger o paciente, a verdade presente é a finalidade bifrontal ou bifronte, pois o assentimento tanto alude à proteção dos direitos do paciente, como também resguarda a atuação profissional de saúde.

Repita-se, porquanto pertinente, que o consentimento informado tem por escopo precípua a salvaguarda da liberdade e autonomia do paciente e, com tal intuito, protege o paciente. Em reforço, traz-se as palavras André Nigre (2008, p. 23): “(...) o consentimento livre e esclarecido é um instrumento (...) que tem por fim permitir ao paciente exercer seus

direitos volitivos em face da intervenção que será realizada, razão pela qual deve ser respeitada pelo profissional médico”.

Por certo, “o objetivo do consentimento informado é aumentar, como diz Mark A. Hall, a autonomia pessoal das decisões que afetam o bem-estar físico e psíquico” (DINIZ, 2009, p. 661). Destarte, o consentimento pós-informação resguarda a liberdade e autonomia humana com o escopo de resguardar a dignidade e a integridade inerente a todo ser humano tal qual o paciente.

Por outro lado, afirma-se, o consentimento não se limita à proteção do paciente. Ao contrário, o consentimento viabiliza o trabalho e a dignidade da profissão médica. O assentimento pós-informado, quando concedido de acordo com o princípio da autodeterminação, é fonte legitimadora do atuar médico, apartando a antijuridicidade deste (DANTAS, 2009, p. 73). Nesse sentido, rememore-se, o médico resta protegido em sua atividade profissional, porquanto esta se encontra legitimada e fundamentada nos limites do assentimento concedido. Nesse sentido o Comitê Nacional de Bioética da Itália ao asseverar que o consentimento informado: “Constitui (...) a legitimação e fundamento do ato médico que estiver baseado no esclarecido consenso do paciente, [...] constitui o ideal da terapêutica científica”.

Portanto, indubitável o fato de ser o consentimento livre e esclarecido arma protetora da autonomia do paciente e, também, da garantia do livre exercício profissional, constitucionalmente resguardado. Determina a Carta Magna em seu art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Ressalva-se, por oportuno, que a finalidade bifrontal ora citada do consentimento informado não se confunde com o aspecto dúplice do consentimento informado para o ato médico. Jean Penneau (*Apud* KFOURI, 2002, p. 285) entende que o aspecto dúplice do assentir pós-informação está ligado à esfera contratual como condição de formação do contrato e, na perspectiva do direito público, cinge-se à proteção da liberdade enquanto direito fundamental do paciente. A finalidade desse consentimento, conforme o verberado supra, serve para ambos os sujeitos da relação de saúde: O médico e o paciente.

Em síntese, o consentimento informado é instrumento de garantia do livre exercício da atividade médica, legitimando e fundamentando o ato médico, protegendo-o de acusações infundadas e, principalmente, resguardando a dignidade da profissão e do profissional. Não param por aí as qualidades finalísticas do assentimento esclarecido, conforme o explanado, pois representa ainda vetor protetor da autonomia e liberdade do

paciente, direito subjetivo do ser humano sob tratamento. Indene de dúvidas, por isso, o caráter bifrontal do consentimento informado.

4.4 Natureza do consentimento informado

No âmbito médico as atitudes de seus profissionais acarretam de forma direta risco à integridade físico-moral do paciente, daí porque, no sentido de preservar tais fatores, o assentimento informado é **direito fundamental** e também **subjetivo** do paciente, como afirma Carlos Romeo Maria Casabona (2005, p. 129):

No âmbito médico-sanitário, ao poder afetar os atos profissionais à integridade física e moral e à livre autodeterminação individual do paciente ou do usuário, além de outros direitos [...] esse consentimento constitui a manifestação de um direito fundamental que, portanto, deve ser respeitado e protegido como tal. [...] não é apenas um componente do negócio jurídico [...] também não é sempre um elemento justificante com respeito a determinado tipo penal, [...] Na atualidade pode ser concebido primordialmente como um direito subjetivo, que entronca diversos direitos fundamentais e que, enquanto tal, confere legitimidade ao ato médico nas demais e variadas projeções jurídicas que possa apresentar o ato.

Tem-se entendido também que consentimento informado é um ato jurídico voluntário cujas consequências estão previstas em lei e que apenas terá efeitos circunscritos ao tratamento de saúde, aduz Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 90):

Quanto à natureza Jurídica do instituto do consentimento informado, entende-se que não seja um contrato de prestação de serviço de saúde, mas um ato jurídico voluntário com consequências provenientes da lei (direito à autodeterminação, direito à disposição do próprio corpo, conforme disposições dos artigos 13 e 15 do Código Civil) e que apenas terá os efeitos pretendidos em função da relação estabelecida de prestação de serviços de saúde.

A Relação entre o médico e o paciente é um contrato, sendo o consentimento um dos elementos deste, servindo, a propósito, como fonte legitimadora do tratamento, como bem aduziu Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 93):

O contrato de prestação de serviços de saúde é um contrato civil, personalíssimo e consumerista, sendo que se lhe aplicam as disposições protetivas do Consumidor [...] O Consentimento é um dos elementos contratuais, juntamente com as partes, o objeto e a forma prescrita ou não proibida por lei, mas está imediatamente ligado à aceitação, concordância na

relação contratual. O consentimento informado vai mais além. Trata-se do assentimento para o tratamento de saúde, representando o direito do paciente ao respeito à sua integridade pessoal, bem como sua disposição de seu corpo conforme os bons costumes e a moral.

Para Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 94-95) o Consentimento esclarecido é um “ato jurídico unilateral, não gerando direitos para a outra parte (profissional de saúde). Apenas torna lícita a agressão à integridade pessoal do paciente conscientemente”, e arremata acerca da natureza jurídica do Consentimento Informado:

[...] O consentimento informado é processo que legitima a conduta do profissional de saúde quando do tratamento de seu paciente, após o esclarecimento e consenso. É Ato jurídico em sentido estrito, pois diferentemente do negócio jurídico, não gera direitos para a outra parte. Se o paciente revogar o consentimento, nenhum direito terá o profissional de saúde quanto ao ato jurídico, tão somente quanto ao contrato de prestação de serviços, que, mesmo rescindido unilateralmente pelo paciente, gera o direito do fornecedor de cobrar os honorários devidos.

Como visto o Consentimento Informado é direito fundamental do paciente, servindo de garantia e proteção à dignidade e direitos relacionados, sendo qualificado pela doutrina como ato jurídico em sentido estrito, pois uma vez manifestado o assentimento não direito adquirido da outra parte ao mesmo, e seus, efeitos, decorrem da lei.

4.5 Efeitos do Consentimento Informado

O consentimento informado tem com principal característica legitimar a conduta ofensiva de terceiro (médico) contra bens jurídicos do paciente, logo, podemos asseverar que é efeito principal do instituto **legitimar** o ato médico, como assevera Maria Helena Diniz (2006, p. 674-675):

[...] consentimento dado pelo paciente, após receber a informação médica feita em termos compreensíveis, ou seja, adequada e eficiente, é uma condição indispensável à relação médico-paciente [...], constitui, segundo o Comitê Nacional de Bioética da Itália, a legitimação e fundamento do ato médico que estiver baseado no esclarecido consenso do paciente, [...] constitui o ideal da terapêutica científica.

O consentimento é tão importante na aferição da responsabilização do médico, “que a falta do consentimento informado é motivo de responsabilização civil, independentemente do sucesso ou insucesso do tratamento de saúde” (ROBERTO, 2005, p. 90-91, grifo nosso). Trata-se de dever humanístico do médico que pode representar atuar

negligente do médico, por isso culposo, abrindo ensejo à responsabilização profissional quando presente o dano e o nexo causal. Nesse sentido ressaltou o E. STJ (REsp 436.827/SP, – Rel. Ruy Rosado de Aguiar) em jurisprudência trazida a lume por Hildegard Taggesel Giostri (2005, p. 342): “A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional”.

Ressalte-se, porém, que o consentimento informado não é somente “mera transferência da responsabilidade ao próprio paciente” (CASABONA, 2005, p. 131), pois tem como objetivo precípuo o respeito aos direitos fundamentais do paciente e só resultando na falta de responsabilidade do médico nos termos a que o consentimento Médico se circunscreveu, continuando o profissional responsável por erros e demais atitudes ilícitas, afirma Carlos Maria Romeo Casabona (2005, p. 129):

Como se sabe, a transferência da responsabilidade ao próprio paciente ou, melhor dizendo, da assunção do risco do ato médico, do que previne e adverte a informação, somente é eficaz juridicamente em relação aos seus efeitos, também jurídicos, que se reconhecem ao dever de informar e ao consentimento informado que, quando é oportuno, o acompanha, mas em, nenhum caso ampara a atuação incorreta – negligente – do profissional. A imputação da tal atuação continua recaindo sobre este.

Infere-se da retrocitada decisão judicial que a simples ausência de consentimento informado pode ensejar responsabilização do profissional médico. Doutra forma, *contrario sensu*, podemos asseverar que a presença do consentimento nesses casos seria fator de desresponsabilização do profissional. Aduz, nesse diapasão, Carlos Maria Romeo Casabona (2005, p. 145):

Finalmente, havia de mencionar a informação necessária para que o paciente possa prestar seu consentimento a qualquer intervenção [...] Consentimento é a condição ou pressuposto que confere licitude às intervenções que, estando indicadas, pretenda realizar o profissional. Não obstante, a omissão de tal informação ou sua transmissão incorreta (insuficiente errônea), pode dar lugar à Responsabilidade civil do profissional ou patrimonial – objetiva – da Administração.

Interessante ressaltar que a teoria do consentimento, conforme o entendimento de Luciana Mendes Pereira Roberto pode ser vista por três enfoques: 1) como caracterizador da atipicidade; 2) como excludente da antijuridicidade e; 3) justificador da conduta. Nesse sentido é a lição da doutrina (ROBERTO, 2005, p. 81): “A teoria do consentimento busca mostrar a legitimidade da conduta sob três enfoques: O consentimento torna a conduta atípica

[...] o consentimento retira a antijuridicidade da conduta; ou ainda, o consentimento é causa de justificação da conduta.”

Dentro da teoria do consentimento, portanto, o assentimento possui três efeitos básicos, sendo o primeiro deles o de trazer à tona a atipicidade, assim, um fato que poderia ser criminoso, deixa de ser, em virtude de o consentimento existir. Exemplo de desse efeito é o fato de alguém permanecer em certa casa com o consentimento do morador, deixando, o fato, de caracterizar invasão de domicílio.

Quanto à antijuridicidade e justificação da conduta, traz-se a lume, porque direta e abrangente, a explanação de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 81-82, grifos do autor):

O Consentimento como causa da **exclusão da antijuridicidade** pode ocorrer nos crimes contra os bens patrimoniais (por exemplo: crime de furto, de dano simples); contra honra (calúnia, difamação e injúria); contra liberdade individual (por exemplo: privação de liberdade de locomoção); e contra a integridade física. Contra a integridade Física, pode-se entender que há uma conduta típica (por exemplo: lesões corporais), mas, desde que consentida para um tratamento de saúde, este consentimento torna a conduta **atípica** ou é uma **justificação** da conduta.

Impende destacar, nas palavras de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 82 e 164) que “os limites do consentimento não podem ser extrapolados e que, no caso da execução, de ações de perigo, o consentimento justifica a ação no âmbito dos riscos permitidos” e, continua mais adiante a autora asseverando, que somente “a ausência de dano, nexo causal, dolo ou culpa é que eximirá o profissional de saúde de responsabilidades perante sua atuação no tratamento do paciente, mesmo com consentimento informado. Porém, eximirá a responsabilidade sobre os riscos e conseqüências que foram fartamente esclarecidas”.

O efeito desresponsabilizador, portanto, deve ser lido à luz dos estreitos limites do consentimento fornecido, mas nunca abrangendo eventual ato culposos do médico praticado durante o tratamento.

Nesse diapasão, o efeito exonerador da responsabilidade acima aludida, por certo, não pode ser interpretado com um salvo-conduto para que o médico pratique atos culposos, daí porque ressalva Miguel Kfoury Neto (2002, p. 291): “O consentimento, todavia, não deve confundir-se com causas excludentes da responsabilidade – como ausência de nexo causal, o caso fortuito, a força maior ou culpa da vítima ou de terceiro, dentre outras”. Apesar dessa notória distinção entre as excludentes de reponsabilidade e o consentimento informado, é inegável que, dentro do âmbito infgormativo e do consentimento, é inegável a existência de

algum efeito exonerador da responsabilidade. Reforça-se com as palavras de Calcerrada (*Apud* ROBERTO, 2005, p. 164, gifo nosso):

Em conclusão, a aportação consensual do paciente junto a um efeito principal dirigido a conferir a licitude à atividade médica que se desenvolva sobre sua pessoa, produz um certo **efeito exonerador** da responsabilidade do médico em sua atuação.

O consentimento esclarecido, em outras palavras, tem por efeito tornar lícita a incursão do médico na esfera físico-psíquica do paciente, justificando e tornando atípica toda conduta do médico em consonância com o tratamento a ser ministrado, destarte, preservando os direitos fundamentais que o assentimento informado protege, como se verá adiante, mas tal legitimação só é conferida nos termos da clareza e alcance da informação e consentimento prestados, excluídos atos ali não incluídos e atuações incorretas do profissional, atos pelos será o profissional devidamente responsabilizado.

4.6 Pressupostos

O consentimento para que seja considerado válido precisa se cercar de um conjunto de requisitos, destacando-se o fato que aquele tem que ser livre *e* consciente. Ressalte-se, por oportuno, que o consentimento pressupõe a prestação devida das informações necessárias, devendo estar ausente qualquer vício na formação e manifestação da vontade, além disso, o sujeito deve possuir claro discernimento sobre o que consente.

Bruno Miragem (2007, p. 65) leciona acerca de alguns pressupostos do consentimento informado, lição esta à qual ora se socorre, *in verbis*:

Pressupõe, para sua correta realização, que sejam considerados, dentre outros aspectos: a) as condições subjetivas do paciente, tais como idade, nível cultural e de instrução, dentre outras qualidades relevantes à compreensão das informações a serem repassadas pelo profissional médico; b) a capacidade do paciente de formular uma decisão racional com base nas informações obtidas; e c) linguagem acessível e precisa (não-ambígua), quanto aos procedimentos e riscos.

Quanto à ordem cronológica os requisitos para outorga do consentimento podem ser agrupados em três momentos da relação médico e paciente, tendo como fator delimitador a manifestação ou não do consentimento esclarecido: Primeiramente, aqueles anteriores à manifestação de vontade, em seguida os concomitantes e, ao remate, os posteriores à

manifestação do assentimento, aduz Carlos Maria Romeo Casabona (2005, p. 146, destaque nosso):

Os requisitos que o consentimento outorgado pelo paciente deve reunir [...] podem ser agrupados em: a) **anteriores** à manifestação do consentimento, sejam gerais (p.ex., os que afetam a capacidade do paciente para consentir), referidos ao caso concreto (a informação sobre a intervenção diagnóstica curativa ou de outro tipo, que possibilita que a formação da vontade se produza livre de engano e de erro, pois este pode ser gerado por aquele ou por uma falta de representação da realidade tal e como acontece); b) **concomitantes** à manifestação da vontade e alcance do consentimento (objeto, forma e momento do mesmo; e c) **posteriores** a sua manifestação (mas anteriores à realização completa do fato consentido: retificação e revogação).

Será feito uma análise dos sujeitos do consentimento, bem como de sua capacidade para consentir, da informação como seu requisito imprescindível, seu objeto e sua forma, acerca da possibilidade de revogação ou mudança, bem como das exceções à sua obrigatoriedade.

4.6.1. Os sujeitos e sua capacidade para consentir

Toda relação jurídica apresenta alguns elementos básicos que apresentam na forma de sujeito ativo, passivo, objeto e vínculo de atributividade. O processo de consentimento não se distingue nesse ponto.

Destarte, na teoria do assentimento os elementos se apresentam da seguinte forma: O objeto é o próprio consentimento, o qual possui como vínculo de atributividade a obrigação ético-legal médica de obter o consentimento, dever do qual é incubido o médico (sujeito passivo depositário do consentimento) e, finalmente, como sujeito ativo resta o paciente que decide conceder ou não o consentimento.

Em relação ao sujeito passivo, o médico, afirma-se que, embora seja mero receptor e depositário do consentimento, a importância do instituto para o liberal é patente, pois é esse instituto o outorgante de “legitimidade a todas as atuações que realizem e se encontrem cobertas por aquele; neste sentido, são também destinatários do consentimento” os médicos (CASABONA, 2005, 148).

Em continuidade, traz-se a lume o sujeito ativo do consentimento, que é “principalmente quem deva emití-lo, ou seja, o paciente. Somente quando este não se encontre em situação de emití-lo, terceiras pessoas poderão outorgá-lo em lugar daquele. O

médico e os demais profissionais sanitários são meros receptores ou depositários do consentimento” (CASABONA, 2005, p. 147).

O paciente maior de idade e em pleno gozo de sua capacidade civil é quem necessariamente deve expressar o consentimento, pois tal decisão é, via de regra, pessoal e, dimanando do direito de autodeterminação, podendo ser imposta pela natureza dos bens jurídicos e por ser o paciente portador dos mesmos.

Para validade do consentimento se requer “que o paciente conheça e compreenda o alcance de sua decisão, para o qual é necessário em primeiro lugar, como pressuposto, que esteja e, plena posse de suas faculdades psíquicas e mentais” (CASABONA, 2005, p. 148). Entretanto, nem sempre o paciente possui plenas condições para formar sua vontade e decisão, como veremos a seguir.

As circunstâncias que podem conduzir o paciente à incapacidade de prestar o consentimento podem ser originadas de fatores diversos, como bem leciona Carlos Maria Romeo Casabona (2005, p. 149):

As circunstâncias que conduzem a esta **incapacidade** podem ser de natureza e origem diversas: a) **temporal**, no caso do menor; b) **permanente**, quando o paciente se vê afetado por alguma deficiência ou enfermidade orgânica; e, c) **Sobrevinda**, quando o paciente se acha inconsciente por causa da própria enfermidade ou outra razão (acidente, envenenamento, etc.) podendo ser transitória ou irreversível. As três possibilidades resultantes [...] podem se dar isoladas ou combinadas entre si. ²³(Grifos do autor)

Cabe apresentar, brevemente, a questão do paciente menor, do incapaz maior e do consentimento dado por terceiros, motivado pela problemática relacionada a estes casos.

O paciente Menor de idade tem os pais como representante legal responsável pelo consentimento, devendo quando maturo, ser consultado acerca do tratamento. A Convenção sobre os direitos da criança (1989) conceitua criança como todo ser menor de 18 anos de idade (salvo a emancipação – art. 1º), e dispõe em seu artigo 12:

Art. 12. 1. Os Estados-partes assegurarão à criança, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista, o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias atinentes à criança, levando-se devidamente em conta essas opiniões em função da idade e maturidade da criança.

Em verdade, a capacidade para consentir (configurada na possibilidade do paciente racionalmente decidir acerca de valores – custo-benefício do tratamento – os fatos, as alternativas – conseqüências e riscos concernentes ao tratamento) é figura autônoma e distinta da capacidade negocial (referente à tutela e gestão de bens patrimoniais), por isso, ao menor

pode ser conferida capacidade para consentir e interferir no tratamento de saúde de acordo com seu grau de maturidade, juntamente com seus representantes ou assistentes legais conforme seu grau de incapacidade, ou seja, se absoluta ou relativa, respectivamente.

No caso da incapacidade para consentir das pessoas maiores de idade, o responsável será seu curador, todavia, “primeiramente será avaliada a sua capacidade de consentir e, em seguida, ser chamado seu responsável legal (co-consentimento). Nos casos de doença mental grave, necessária a participação direta do representante” (ROBERTO, 2005, p. 116).

Destarte, a regra é que o adulto capaz possa emitir seu consentimento, sendo os incapazes absoluta ou relativamente assistidos ou representados nos termos da lei, mas ouvidos se sua maturidade ou discernimento permitir juízo de valor para o tratamento de saúde, pois a capacidade de consentir não se confunde com a negocial.

4.6.2 A informação como requisito do consentimento informado

O dever de informar, previsto no Código de Defesa do Consumidor (Art. 6º, III, CDC), é inerente à relação de consumo entre médico e paciente, como bem aduz Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2008, p. 34) o “sendo certo que uma vez não cumprida essa obrigação, estará prestando serviço defeituoso, ou seja, quebrando parte de sua obrigação contratual”.

Maria Helena Diniz aduz que a informação deve ser dada modo a ser compreensível ao entendimento e nível cultural do agente a fim de que o consentimento seja válido, *in verbis*: “O consenso livre e esclarecido, ou consciente, apenas será aceitável se estiver fundamentado na informação acessível no nível intelectual e cultural do paciente, na competência, no entendimento e na voluntariedade” (DINIZ, 2006, p. 675).

A informação traz em si multiplicidade de sentidos, devendo o médico observar todos eles, como ensina Cláudia Lima Marques (2004, p. 16):

Informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo (*Zustände*), é o saber e não saber (*Informationszustände, Wissen und Nichtwissen*), Informação é um processo interativo (*vorgänge, Informationsvorgänge*) que se denomina normalmente de comunicação (*Kommunication*), informação é um conteúdo (*Inhalt, Informationsinhalte*), são os dados, saberes, conhecimento, imagens, som, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito (*informationretht*).

Assim, incumbe ao profissional médico dar informação ao paciente, abrangendo toda essa gama de significados supracitados, ao paciente. João Monteiro Castro (2005, p. 96) enumera os principais caracteres, objetos da informação a ser dada ao usuário do serviço de saúde:

O paciente deve ser objeto de profundo respeito e consideração pelo profissional e tem o direito a ser informado de seu estado, perspectivas e possibilidades, tratamentos existentes e riscos advindos de cada um, salvo quando a comunicação direta puder provocar-lhe dano, devendo, em nome de sua proteção, nesse caso, a comunicação ser feita ao responsável legal ou familiar (art. 59, Código de Ética Médica. Tem o direito a ter suas dúvidas esclarecidas antes de formular qualquer consentimento. Deve o médico, ao paciente, indicações e orientações sobre os atos curativos a cumprir, precauções a serem tomadas, para não contagiar outras pessoas, e imprudências a serem evitadas. O dever de aconselhamento e informação implica em relações do médico com os familiares do paciente, respeitados os limites do segredo profissional, para que lhe sejam providenciados os cuidados convenientes).

Concluindo, é dever do prestador de serviço, no caso o médico, oferecer segurança e informação no que concerne a seus serviços, podendo “ser responsabilizado até por um serviço tecnicamente bem prestado, se a prestação foi defeituosa, em face da insuficiência de informação quanto ao resultado e riscos” (CASTRO, 2005, p. 103), diante de tal assertiva só podemos concluir que a informação deve ser prestada de modo mais completo possível a fim de dar base a um consentimento válido para o tratamento: O Consentimento Informado.

4.6.3 A forma do consentimento informado

No ordenamento Jurídico brasileiro prevalece a liberdade de forma desde que não tenha a lei a prescrito ou defesa (CC, art. 107), mas “o ideal em procedimentos mais complexos, é que o consentimento informado seja expresso e escrito” (ROBERTO, 2005, p; 137).

É indicada a forma escrita para resguardo de ambas as partes, servindo como meio de prova tanto ao bom profissional (que poderá provar em juízo a boa prestação de serviço e da informação), como ao paciente (demonstrando a debilidade do serviço prestado).

Nessa esteira argumentativa, invoca-se Miguel Kfoury Neto (2002, p. 297) para o qual o consentimento deverá ser “documentado e registrado”, sob pena do profissional sofrer nefastas consequências no âmbito da responsabilização cível.

Destarte, Maria Helena Diniz (2006, p. 676-677) indica que um bom caminho seria a adoção, pelos profissionais de saúde, dos chamados “Termos de Consentimento Livre e esclarecido”, que, sob a ótica da renomada autora, deverá:

a) ser feito em linguagem acessível; b) conter: os procedimentos ou terapêuticas que serão utilizados, bem como seus objetivos e justificativas; os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados; métodos alternativos existentes; a liberdade de o paciente recusar ou retirar seu consento sem que se lhe aplique qualquer sanção punitiva ou sem que haja prejuízo à sua assistência médico-hospitalar; assinatura ou identificação dactiloscópica do paciente ou de seu representante legal.

Destarte, apesar de ser livre a forma dos atos no ordenamento jurídico brasileiro, recomenda-se que nos casos mais graves e complexos sejam prestadas as informações e o consentimento esclarecido de forma escrita, a fim de que as partes envolvidas possam nele se basear para tomar suas decisões ou buscar seus direitos e defender-se em juízo.

4.7 A possibilidade de revogação ou mudança no Consentimento

A teoria do consentimento encontra um de seus fundamentos basilares no princípio da autodeterminação da pessoa, sendo este princípio também base para que ocorra a revogação ou alteração do alcance do consentimento. “A possibilidade da revogação ou retirada do consentimento já outorgado não é mais que uma consequência natural do princípio da autodeterminação amplamente reconhecida ao paciente” (CASABONA, 2005, p. 162-163). O consentimento já prestado não vincula perenemente o paciente, pois este possui a faculdade de modificar sua decisão até mesmo no começo do tratamento ou intervenção, devendo o médico se adaptar à nova situação, em respeito ao princípio da isonomia substancial.

Caso tenha iniciado o tratamento e o paciente resolva revogar ou alterar seu assentimento, tudo o praticado anteriormente será considerado lícito, pois a revogação ou modificação nesse caso tem efeitos “*ex nunc*”, não retroagindo para retirar a licitude do ato antes acobertado pelo consentimento. Nesse sentido aponta Carlso Maria Romeo Casabona (2005, p. 163):

Evidentemente, todo o realizado com anterioridade à revogação ou restrição permanece lícito, e ainda que o médico deva interromper o tratamento no momento em que se produz a primeira, se não pode ser assim, poderá continuar lícitamente a fase de tratamento até concluí-la, na medida em que isto seja necessário.

Por fim, assevere-se que a revogação do consentimento pode se dar a qualquer tempo, sem qualquer formalidade, todavia, indica-se a forma escrita, principalmente se esta foi utilizada na obtenção do consentimento primário.

Com base no princípio da autonomia da vontade e dignidade humana, conclui-se que não se pode compelir ninguém a continuar tratamento contra sua vontade, daí porque nasce o poder de revogar e alterar o consentimento. Tal feito não retira a licitude dos fatos praticados anteriormente, bem como daqueles que estejam sendo praticados e não possam ser interrompidos por questão relacionada a risco de morte do paciente.

4.8 Exceções ao dever de obter o Consentimento Informado.

Apesar de toda importância que possui, em alguns casos, excepcionalmente, o consentimento informado não se faz obrigatório consoante demonstraremos a seguir.

No direito comparado, pode-se falar da Ley General de Sanidad espanhola, a qual aponta três exceções à obrigação de obter o consentimento que também são levadas em consideração no direito brasileiro (CASABONA, 2005, p. 164): a) Quando falta de intervenção suponha um risco para saúde pública, onde se mitiga o princípio da autonomia individual para privilegiar a supremacia do interesse coletivo; b) quando o paciente não esteja capacitado para tomar decisões, havendo somente o deslocamento de quem dará o assentimento (normalmente um terceiro familiar); c) Quando concorram situações urgentes com risco ou de lesões irreversíveis para o paciente.

No direito brasileiro, Maria Helena Diniz (2006, p. 678-679) de forma mais detalhada e completa acrescenta dois casos esse rol, o privilégio terapêutico, consistente na possibilidade de o médico privar o paciente de certa informação, quando esta constituir uma ameaça ao seu bem estar e sua saúde, evitando traumas e outros danos maiores. Por fim, supracitada autora consigna a possibilidade de renúncia ao direito de ser informado, pois o paciente no exercício de sua autonomia pode autorizar o médico a tomar decisões relativas à saúde sem prévia consulta, todavia, recomenda-se consignação do fato na ficha clínica do paciente e esclarecimentos aos familiares.

Destarte ocorrem exceções à regra do consentimento informado que podem ser guiadas por questões concernentes à própria autonomia do paciente (como no caso em que não deseja ser informado), por questões de prevalência da supremacia do interesse coletivo sobre o particular, no caso em que a não intervenção poderia colocar toda coletividade em risco; Pode estar ligada à impossibilidade do paciente prestar seu assentimento, quando será

substituído por seu representante ou familiares; Poderá, em caso, de perigo na demora o próprio médico decidir pelo tratamento se for o único meio de salvar-lhe a vida e o paciente não tiver condições de prestar o consentimento.

Percebe-se que a regra do consentimento não é absoluta comportando exceções de diversas formas e que, ainda assim, legitimam a conduta do médico.

4.9 Alguns casos específicos: Os portadores de necessidades especiais e os indígenas

O Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 que Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, incorporou Convenção Internacional de direitos humanos que trata dos direitos humanos das pessoas portadoras de necessidades especiais. Não é demais ressaltar sua incorporação em nível de emenda constitucional, decorrente do disposto no art. 5º, § 3º da Carta Maior¹⁵².

Há especial previsão na Convenção sob o tema do direito livre consentimento do portador de necessidades especiais, protegendo-o contra experimentos médicos e científicos que desrespeitem a autonomia de sua vontade e ignorem seu direito a consentir livremente. Nesse sentido, traz-se a lume a convenção:

Artigo 15 - Prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes
1. Nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em especial, nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu **livre consentimento**.

A preocupação com o livre consentimento se desvela cabalmente na Convenção quando se trata do direito à saúde dos deficientes: Acrescentou-se ao livre consentimento o termo “esclarecido”, concebendo-se a idéia, já corrente, que a escolha de todos, inclusive dos portadores de necessidades especiais, deve ser esclarecida. Determina a Convenção:

Artigo 25 -Saúde - Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes: (...)

¹⁵² CRFB/88, art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

d) Exigirão dos **profissionais de saúde** que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o **consentimento livre e esclarecido** das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência;

Destarte, a incorporação da Convenção multicitada representa avanço em relação ao consentimento esclarecido de um grupo, por vezes e infelizmente, ainda marginalizado pela sociedade. Aguarda-se efetividade social do sobredito direito.

Relativamente ao caso dos indígenas, deve-se afirmar que se trata de proteção das minorias, sendo o consentimento informado esclarecido expoente protetor dos grupos minoritários por força da vulnerabilidade destes frente aos grupos dominantes e majoritários em sociedade. Não foi por outro motivo que o professor bioeticista Fermin Roland Schramm: “O princípio do consentimento informado tornou-se um princípio fundamental no debate atual, junto ao da vulnerabilidade das minorias”.

Em relação aos povos indígenas, para compensação da vulnerabilidade e da carência informativa, aquele médico que pretende a obtenção do consentimento informado substancial deve atentar a elementos antropológicos e culturais. Em sede de uma rodada de debates intitulada “Sobre o consentimento Informado”, explanou Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2009):

Afinal a grande discussão que tem de ser travada ainda para o acesso aos recursos genéticos humanos é sobre o 'consentimento informado'. Ainda não se chegou ainda à essência do que é essa informação, do que é esse consentimento. Por mais que se criem palavras como a vulnerabilidade, etc., e idéias que podem ser jurídicas, temos **elementos antropológicos dessas informações que têm de ser profundamente tratados, como as que vimos aqui sobre a cultura indígena.** [destaque nosso].

Inolvidável a Convenção relativa aos povos indígenas e tribais de países independentes (OIT, Convenção 169 de 7/6/1989 em vigor em 5 de setembro de 1991 e aprovado pelo Congresso Nacional 25/8/1993). Serviço de saúde adequado é aquele que, além de muitas outras garantias permite o exercício da autonomia da vontade. Nesse sentido a convenção sobredita garante o consentimento informado e esclarecido ao índio quando dispõe que os mesmos devem ter acesso ao “serviço de saúde adequado”, em outras palavras, há um princípio ao serviço de saúde adequado, o qual garante ao índio, implicitamente, o respeito à sua autonomia e impõe ao médico o dever de obter o consentimento informado para a

realização de tratamentos. Trata-se de leitura obrigatória o art. 25 da Convenção 169 da OIT, o qual se transcreve, *in verbis*:

Artigo 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.
2. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.
3. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.
4. A prestação demais medidas desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país.

Destarte, o art. 25, em seu item 1 da Convenção 169 da OIT, garante o princípio da adequação dos serviços, incluindo a concessão de informação e obtenção do consentimento indígena, que deve, na medida do possível, ser banhado por um espírito de cooperação na relação entre o médico e o indígena, à luz de elementos concretos da realidade indígena, como exemplifica o item 2 do artigo 25, quais sejam: “condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais”. Ressalte-se que o médico não está obrigado a aceitar a prática indígena não usual na medicina moderna, mas deve informar adequadamente acerca dos riscos da “medicina alternativa” utilizada pela Tribo.

Como forma de garantir a autonomia indígena e a confiança que deve existir entre o médico e o paciente, no caso o indígena, nada melhor que garantir que eduquem e formem índios capacitados para a atuação na área e sanitária médica. A comunicação entre iguais é bem menos complicada e os laços étnicos podem facilitar a interação e a relação de confiança.

A convenção também garante o acesso à educação em todos os níveis¹⁵³, incluindo-se aí a educação médico-preventiva e repressiva, o que significa que a informação médica e o esclarecimento, que também representam forma de educação, devem ser adaptados à realidade indígena, respeitando-se suas diferenças e adaptando o conteúdo e a forma de repasse da informação em respeito à igualdade substancial.

¹⁵³ Artigo 26: “Deverão ser adotadas medidas para garantir aos membros dos povos interessados a possibilidade de adquirirem educação em todos os níveis, pelo menos em condições de igualdade com o restante da comunidade nacional.”

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A sistemática da responsabilidade civil profissional hodiernamente não pode ser condensada em um único sistema geral para apuração de responsabilidades graças às particularidades de cada realidade profissional, conforme atesta Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 384).

A responsabilidade civil traz consigo a idéia de que cada indivíduo responde por seus atos¹⁵⁴, colhendo os frutos da semente outrora plantada. Nesse sentido, conforme se verá, o médico responderá pelos atos culposos eventualmente perpetrados, como qualquer outro sujeito capaz.

Traça-se, a partir do presente momento, comentários acerca dos pressupostos da responsabilização civil médica e também sobre temas atinentes à temática.

Destarte, diante da hipossuficiência do paciente, do conceito de relação de consumo e de seus respectivos autores como a Medicina é atividade Liberal, não responde o mesmo através da responsabilidade objetiva, regra no Código de Defesa do Consumidor - CDC, mas sim pela responsabilização subjetiva, consoante o disposto no artigo 14, § 4º, como assevera Domingos Afonso Kriger Filho (2005, p. 72):

Neste campo, a única exceção que se apresenta à responsabilidade nas relações de consumo é o caso dos profissionais liberais, conforme dispõe expressamente o artigo 14, § 4º, do CDC, que exige, para sua responsabilização, a caracterização da culpa no sentido tradicional.

Imprescindível analisar a responsabilidade civil do médico não apenas sob o aspecto civilístico, mas também consumerista, visto que o CDC rege a relação entre esses dois atores sociais – médico e paciente, tudo em paralelo com o impacto do consentimento informado nessa relação jurídica.

5.1 Os Pressupostos da responsabilidade Civil

Em breve síntese, a responsabilidade civil subjetiva é aquela na qual a culpa deve ser apurada para que se resulte em responsabilização do agente provocador da conduta danosa. Ao contrário, na responsabilidade objetiva, dispensa-se a perquirição do elemento

¹⁵⁴“Juridicamente, o termo responsabilidade normalmente está ligado ao fato de respondermos pelos atos que praticamos. Revela, então um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato”. (FIUZA, 2006, p. 275).

culpa, bastando apenas a comprovação do resultado danoso e do nexo de causalidade com a conduta do agente. Destarte, três são os elementos básicos para caracterização da responsabilidade civil: 1) A ação / omissão culposa; 2) O dano e; 3) O nexo de causalidade entre ambos. Reforça-se com lição de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 17-18):

[...] há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; Um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos apresentados pela doutrina francesa como ‘pressupostos da Responsabilidade Civil Subjetiva’, podem ser claramente identificados no art. 186 do código civil [...].

Ressalte-se que ausência ou vício na prestação do Consentimento Informado torna o tratamento de saúde arbitrário, mas não implicará, obrigatoriamente em dano (que poderá ser de ordem física ou moral).

Analisar-se-á os pressupostos da Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico brasileiro.

5.1.1 Ação ou Omissão causadora Dano

A todo o momento em suas relações sociais o homem está sujeito a praticar atos jurídicos que, por sua vez, podem ser lícitos ou ilícitos, sendo que estes últimos são repudiados por nosso ordenamento jurídico que os condena e sanciona através da responsabilização civil do responsável pelo ilícito.

O ato ilícito é cível quando atinge “interesses particulares, de natureza pessoal ou econômica do homem”, podendo ter natureza contratual e extracontratual, como leciona Francisco Amaral (2003, p. 548):

No primeiro caso (Ilícito contratual) consiste no descumprimento ou cumprimento defeituoso de uma obrigação, violando direito subjetivo relativo. No segundo (Ilícito extracontratual) consiste no descumprimento de um dever geral de abstenção, violando direitos subjetivos absolutos, como os direitos da personalidade e os reais.

O Código Civil – CC/2002 prevê, como regra, a responsabilização subjetiva do praticante do ato ilícito, todavia, quando previsto legalmente, a responsabilidade poderá ser objetiva, ou seja, sem aferição do elemento subjetivo (Culpa em sentido amplo). Cabendo ainda asseverar que o “Abuso de direito” também é considerado ato ilícito, configurando-se,

como ensina Mário Júlio Almeida Costa (1994, p. 443), “ilicitude por exercício inadmissível da posição jurídica”.

Ainda em relação ao abuso de direito é correto que o médico poderá agir na esfera física e psicológica do paciente, é uma faculdade adquirida através da obtenção do consentimento informado, todavia ele não pode extrapolar os limites do assentimento e fazer o que lhe bem convier, como leciona Fabrício Zamproga Matielo (2001, p. 117): “O consentimento não é carta de alforria para o médico agir como quiser; ao contrário é marco inicial do incremento de mais extensos deveres”.

Para configuração do ato ilícito e idôneo para ensejar responsabilização cível de seu autor, há que estar presente, portanto, uma ação ou omissão que seja causada de modo culposos pelo agente que ilicitamente gere dano a outrem, logicamente, deve existir nexo de causalidade entre ação ou omissão culposa e o dano efetivamente verificado.

Ressalte-se que a comissão ou omissão é proveniente da conduta humana, controlável de alguma forma pela vontade do agente, excluindo-se destarte os eventos naturais. Nesse sentido leciona Maria Helena Diniz (2003, p. 39-40):

Ação [...] vem a ser o ato humano [...] voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou fato de animal ou coisa inanimada que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado [...] A responsabilidade decorrente do ato ilícito baseia-se na idéia da culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco [...].

Impende ressaltar que a omissão, ao contrário da ação, consiste em conduta negativa, como a inexecução de obrigação na responsabilidade contratual. Entretanto, se o ilícito for de natureza extracontratual, surgem dificuldades como definir a existência ou não o dever jurídico de praticar o ato omitido, dever este que poderá ser gerado por lei ou por negócio jurídico.

Outro fator importante na seara da responsabilização civil é que não basta existir uma ação ou omissão causadora de dano para que se configure a responsabilidade de indenizar, é de suma importância se verificar o elemento da ilicitude que “é a contrariedade a um dever jurídico ofensa a direito subjetivo, infração à regra legal protetiva de interesses alheios, podendo ser também, o abuso de direito” (ROBERTO, 2005, p. 175-176). A ilicitude pode estar em sentido lato ou estrito, como bem lecionou Judith Martins Costa (2003, p. 125), *in verbis*:

A ilicitude em sentido lato compreende os fatos jurídicos, os atos-fatos jurídicos e os atos jurídicos que atentam contra o direito. O que se exige é a contrariedade ‘ao direito’, e não, exclusivamente, à lei (ilegalidade). Assim, configurará ilicitude a lesão de direitos da personalidade, ou direitos reais, bem como a violação de preceitos legais e contratuais de tutela dos direitos privados. Em sentido estrito o termo ilicitude designa delitos, seja de direito civil ou penal.

Aduz Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p.176-177) que há uma forma dúplice de configuração do ilícito no ordenamento jurídico brasileiro, para a primeira forma há necessidade de restar presente a culpa e o dano (CC/2002, art. 186), enquanto que para segunda são dispensandos tais elementos, como é o caso do abuso de direito (CC/2002, Art. 187).

Para enriquecer o presente estudo, frise-se a existência de casos em que apesar de inicialmente ilícitos, tornam-se alguns atos se tornam lícitos por expressa previsão legal, como é o caso das excludentes de ilicitude, *verbi gratia*, legítima defesa e estado de necessidade. Nessa senda existem ainda os casos dos esportes nos quais estão em jogo os direitos disponíveis sobre os quais é possível recair o consentimento do ofendido, afastando a ilicitude quando ausente o dolo. Cite-se como exemplo as faltas e lesões ocorridas em jogo de futebol, as corridas automobilísticas, as agressões o boxe, entre outros.

Em síntese, toda ação ou omissão voluntária humana que eventualmente venha a repercutir na esfera de direitos de um indivíduo poderá ser avaliada para efeito de responsabilização cível.

5.1.2 A Culpa

O Código Civil de 1916 – CC/1916, influenciado pela legislação da França, provocava debates acerca do conceito de culpa, pois trazia consigo aspectos jurídicos ou morais, porque o termo *faute*, citado na lei francesa e equivalente à culpa no Brasil, pode significar falta ou erro na língua daquele país.

O Código Civil de 2002 – CC/2002, por outro lado, adota o critério da ilicitude como cerne da responsabilidade civil. Destarte, o artigo 186 do Código Civil abrange a culpa em sentido amplo, incluindo o dolo e a culpa *stricto sensu*.

A doutrina, ao tratar da culpa, menciona conceitos como a previsibilidade e também o padrão do *hommos medius*. Destarte, não há que se falar em culpa frente a eventos

imprevisíveis, considerando-se tal imprevisibilidade à luz do conceito de bom pai de família ou do homem diligente médio.

Imprescindível se afirmar que, em regra, a culpa não se presume, devendo ser aferida e provada à luz do caso concreto. Assim, para que a culpa reste configurada, pressupõe (ROBERTO, 2005, p. 177): 1. Elemento objetivo representado na violação de um dever jurídico; 2. Elemento subjetivo configurado na culpabilidade do agente causador do dano; 3. Imputabilidade ligada ao conhecimento e discernimento do indivíduo conhecer a regra jurídica infringida; 4. Possibilidade de evitar e prever o evento referente à (im) previsibilidade e (in) evitabilidade do dano causado.

O elemento em estudo, a culpa, possui papel central na legislação brasileira quanto à responsabilização civil, daí porque se fala em adoção da teoria subjetiva como regra no direito brasileiro. Nesse sentido a dicção do artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O aludido artigo deve ser entendido versando sobre a culpa *lato sensu*, ou seja, abrangendo tanto o dolo (ato intencional e voluntário cuja finalidade é o dano) e a culpa em sentido estrito, a qual abrange a culpa ordinária (imprudência e negligência) e a culpa profissional (imperícia), a qual é mencionada no art. 951 do Código Civil.

A imperícia, dentro da seara da responsabilização médica, é a modalidade de culpa que mais enseja polêmica doutrinária. O dissenso trata da possibilidade de o médico agir com imperícia na profissão escolhida. Genival Veloso França (2007, p. 245) e Edmilson de Almeida Barros Júnior (2007, p. 107) sustentam que o diploma médico e sua presunção de legitimidade afastam a possibilidade de o médico praticar ato na modalidade culposa de imperícia.

O posicionamento de ambos os médicos acima citados, embora razoável, não encontra respaldo na jurisprudência dominante e doutrina salientou Miguel Kfoury Neto (2010, p. 103).

Não é demais mencionar que o próprio Código de Ética Médica – CEM/2009 prevê, em abstrato, a possibilidade de prática de imperícia por parte do médico, *in verbis*: “Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência” (Capítulo III).

A jurisprudência pátria também de maneira dominante aceita, ao menos em abstrato, a possibilidade de debate sobre a prática de imperícia pelo médico. Nesse sentido, citem-se os seguintes recursos especiais: n. 841051, n. 866063, n. 244838 e n. 674586. Cite-

se, ademais e ainda exemplificativamente, o julgado paulista (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 6946-5/9) pelo qual se reconheceu a notória inadequação do uso de fórceps em parturiente, acarretando ruptura de períneo posterior com conseqüente fistula retro-vaginal, bem como com um quadro de incontinência parcial fecal, devido à lesão dos músculos do esfíncter anal. No caso, considerou-se certa a imperícia médica, ocorrendo condenação em 100 (cem) salários mínimos da época.

Desse modo, para doutrina e jurisprudência pátria predominante, a culpa médica pode ser configurada em qualquer das três modalidades clássicas (imprudência, negligência e imperícia). Faz-se imprescindível, portanto, mencionar as classificações possíveis do elemento culpa.

A doutrina, na teoria subjetiva, contemplou diferentes gradações de culpa, que embora não sejam o critério definidor da indenização (este é o dano efetivamente suportado), permite magistrado redução da mesma caso exista desproporção entre o valor indenizatório e o grau de culpa, nos termos do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002 – CC/2002. Assim, pode-se classificar a culpa quanto à sua gradação, como leciona Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, 178), da seguinte maneira: *Culpa lato ou grave* (próxima ao dolo, diferenciando-se porque a violação não foi intencional); *Culpa Leve* (seria aquela evitável com atenção básica); *Culpa Levíssima* (aquela somente evitável com atenção extraordinário).

Noutra banda, a culpa quanto à natureza, ainda buscando socorro nas palavras de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 179), vê-se que a Culpa poderá ser: a) *In eligendo*, ocorre quando ocorre dano causado por preposto ou representante; b) *In vigilando*, decorre da falta de vigília, fiscalização; c) *in committendo* ou comissiva (Ação); d) *In ommittendo* ou omissiva (omissão, dever de abstenção); e) *in custodiendo*, decorrente da falta de cuidado com um animal ou um objeto; f) *In contraendo* (Pré-contratual) g) *In concreto* (observa-se o agente causador e as circunstâncias do ato) h) *In abstracto* (toma-se por base a conduta do diligente pai de família – *bônus pater familiae* – do homem normal), comumente utilizada para aferir a responsabilidade extracontratual.

Podemos falar ainda em culpa contratual (aquela reconhecida pela cláusula geral de inadimplemento - art. 389, Código Civil), e a culpa extracontratual (aquiliana ou delitual) prevista no artigo 186 do código civil. Ressalte-se que essas modalidades de culpa, a qual leva em consideração o âmbito no qual ocorreu ato culposos, tem efeito direto sobre o ônus da prova, como verberou Francisco Amaral (2003, p. 552):

Na (culpa) contratual, demonstrado pelo credor o inadimplemento, o devedor é que tem de provar a existência da culpa, a ocorrência de caso fortuito, força maior ou outra excludente de responsabilidade. O ônus da prova é do devedor. Na Culpa Aquiliana, cabe à vítima provar a culpa do agente causador do dano.

Não se olvide, ainda em relação ao inadimplemento das obrigações e seus efeitos probatórios, que no caso das cláusulas resolutivas de contrato (art. 475, Código Civil de 2002), estas dependem da aferição da culpa para gerar seus efeitos, como aduziu Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 180). Ou seja, em eventual descumprimento contratual, o inadimplente terá desvantagem probatória em relação às condições de implemento de cláusulas resolutivas.

Há outro aspecto, antecipe-se, que também terá repercussão sobre o ônus da prova e que será objeto de explanação mais adiante, guarda relação com a classificação das obtrogações de meio (nas quais o contratante se obriga a empregar todos os meios para buscar a efetivação do resultado almejado) e de resultado (em que há comprometimento pela obtenção do resultado, sendo que a ausência deste configura inadimplência contratual) ao se aferir a culpa, assim nesta espécie de obrigação a culpa é presumida pelo inadimplemento, o que não ocorre naquela.

Noutro giro, reafirma-se que a teoria subjetiva da responsabilidade é aquela aferível mediante apuração de culpa, podendo ser visualizada nos mais variados tipo de responsabilidade. Não é diferente o caso médico.

Assim a profissão médica por certo, é também regulada pelos princípios gerais da responsabilidade civil, todavia, por seu caráter único de lidar de tão perto com a vida, saúde e morte do ser humano, devem ser salientados alguns pontos. João Monteiro de Castro (2005, p. 46), com base nos ensinamentos de René Savatier (1956, p. 290), indica três fontes da culpa médica:

- a) Violação dos deveres de Humanismo, impostos pelo direito ao mister médico; b) Falha quanto às regras técnicas da medicina, acerca das quais o profissional há de estar sempre diligenciando para se manter atualizado; e c) Imprudência ou negligência banais, como qualquer pessoa.

Em síntese, os atos culposos de origem médica podem ter origem (1) comum ou ordinária, (2) humanística ou (3) técnica, sendo importante diferenciar o âmbito do ato culposo para fins de definir os contornos da responsabilidade médica.

Ainda buscando auxílio na lição de João Monteiro de Castro (2005, p. 46), imperiosa é a distinção entre a culpa consciente (quando a pessoa prevê o resultado ilícito

como um efeito possível, mas age levemente supondo que ela não se verificará) e a culpa inconsciente (quando a pessoa por descuido, incúria, desleixo sequer previu a possibilidade de efetivar o ilícito).

Por outro lado, não se deve olvidar a distinção entre a culpa concreta e a culpa abstrata. Trata-se de tradição transmitida pelo direito romano a qual conduz à apreciação do ato médico pela culpa em abstrato, ou seja, toma-se por padrão, referência um médico-tipo, com a imagem do que os romanos denominavam de *bonus pater familiae*, uma pessoa média, prudente, cuidadosa e respeitadora do interesse do paciente. Tal distinção leva em consideração a diferenciação do referencial para definir a existência ou não de culpa. Assim, pode o referencial ser o indivíduo real ou um indivíduo abstrato, um padrão médio do ator social.

Ressalte-se que no caso dos “médicos que exercem a medicina em lugares distantes dos grandes centros urbanos não se pode exigir tanto quanto dos que tem à disposição centros médicos modernos e equipados, com o que há de mais recente e melhor no mundo” (CASTRO, 2005, p. 47), por decorrência do princípio da isonomia substancial, o qual não permite igual tratamento aos desiguais, nem diferente tratamento aos iguais.

A culpa, portanto, como elemento de constituição da responsabilidade civil subjetiva, comporta diversas classificações que não devem ser olvidadas por ocasião do caso concreto colocado para julgamento.

5.1.3 O Dano

O dano, também pressuposto da responsabilização civil, é lesão suportada por um bem jurídico, podendo ter natureza patrimonial ou extrapatrimonial, conforme a natureza do objeto da lesão.

Para Carlos Alberto Bittar (2005, p. 22) são espécies do gênero dano conforme o bem jurídico atingido: 1) Danos pessoais ligados à composição orgânica e estrutura da personalidade; 2) Danos morais ligados ao complexo valorativo subjetivo e objetivo, ou seja, os que repercutem na imagem própria e social do lesado; 3) Danos patrimoniais conectados a elementos suscetíveis de avaliação pecuniária, ligados a elementos materiais.

Classificação útil e de vultosa relevância direito médico, é aquela citada por Gustavo Tepedino (2006, p. 98), na qual o dano pode ser o dano hospitalar, de origem na atividade de hospedagem do paciente e realização de exames. Noutra ponta, vê-se o dano médico, oriundo do ato médico propriamente dito.

Para se delimitar o dano hospitalar do dano médico é preciso reconhecer o que seria serviço propriamente hospitalar do que seria o dano médico. A título de esclarecimento, traz-se trecho de julgado do C. STJ (AgRg no REsp 1167261/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 18/02/2011, grifo nosso) pelo qual é delimitado o que é serviço hospitalar, ou seja, aqueles oriundos da atividade da pessoa jurídica e que originam o dano hospitalar:

(...) 2. Segundo entendimento da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, "devem ser considerados **serviços hospitalares** 'aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção de saúde', de sorte que, 'em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, **excluindo-se** as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos'" (REsp 1.116.399/BA, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJ 24/2/10) (...)

Destarte, todos os danos originados do serviço hospitalar devem ser catalogados como danos hospitalares, excluindo-se, claro, as atividades tipicamente médicas, originadoras do dano médico. A distinção entre essas espécies de dano é relevantíssima e de grande respercussão prática, pois recentemente o E. STJ noticiou em seu sítio eletrônico na data de 1/4/2011, que “clínica não é reponsável por erro exclusivo do médico” (Recurso Especial n. 1019404), tudo porque, asseverou o Ministro Relator João Otávio Noronha, “deve-se avaliar se o serviço tido por defeituoso se inseria entre aqueles de atribuição da entidade hospitalar” ou somente no âmbito de diligência do médico. O caso se referia à situação em que “diagnosticada via tomografia computadorizada com hérnia de disco, a paciente acabou sendo operada na vértebra errada”, acarretando o pagamento de indenização compensatória de danos morais no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) somente por parte dos médicos – e não da clínica – por existir dano médico decorrente de imperícia e nenhum dano de origem hospitalar em sentido estrito.

Noutro giro, classificação basilar na seara do estudo dos danos é a clássica bipartição entre os danos morais e materiais, a seguir esmiuçada.

Em relação aos danos patrimoniais, ressalte-se ser este, com perdão da redundância, dotado de conteúdo patrimonial (ao contrário do dano moral), podendo ser subdividido em dano emergente (dano efetivo e constado de imediato) e lucro cessante (aqueles valores que certamente deixaram de ingressar na esfera jurídica do lesado em decorrência do dano suportado), como divide o Código Civil de 2002, por exemplo, nos artigos 403 e 949. Ademais, fala-se nesse âmbito em indenização por perdas e danos para que

o dano seja dissolvido, consoante o art. 402¹⁵⁵ do CC/2002, abrangendo o dano emergente e o lucro cessante. O dano material, assim, tem potencial econômico e é marcadamente patrimonial, em oposição ao moral.

O “dano moral” ligado ao aspecto não patrimonial do indivíduo, por outro lado, comporta outra subdivisão, segundo leciona João Monteiro de Castro (2005, p. 34), podendo ser “direto” quando resulta da frustração de um interesse ou bem extrapatrimonial, contidos no direito da personalidade ou nos atributos da pessoa, ou será “indireto”, quando há uma lesão à interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais que provoca, por ricochete, dano moral à pessoa.

Teresa Ancona Lopez (1999, p. 24), fulcrada na solidez da Lição de Miguel Reale, divide o Dano Moral em três espécies, quais sejam: “Danos Morais Objetivos”, que atingem a pessoa tanto no aspecto privado como no público; “Dano Moral Subjetivo”, a configuração do *pretium doloris*, consistente no sofrimento da alma, da *psique* do indivíduo; “Dano Moral à Imagem Social”, seria o dano estético, devendo ser visto sob duplo enfoque, um “ontológico” (atinente à desfiguração da aparência externa, comprometendo a imagem individual, a lesão é objetivamente considerada) e outro “Sociológico” (referente à alteração da imagem social do indivíduo, podendo chegar até a repulsa).

A doutrina e a jurisprudência reconhecem ainda o dano estético, que pode ser aparente ou não a toda hora (CASTRO, 2005, p. 37). A Jurisprudência do E. STJ editou o enunciado 387 (“É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”) de sua Súmula, admitindo a cumulação de pedido de indenização a título de compensação de danos morais e estéticos. A lesão estética poderá estar acompanhada do dano material se dele advier prejuízo econômico como assevera Teresa Ancona Lopez (1999, p. 49), conceituado por Maria Helena Diniz (2003, p. 73) como:

[...] toda alteração morfológica do indivíduo que além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem, sob qualquer aspecto, um afeiamento da vítima consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa

Deve-se trazer à baila a classificação de Amaral, por onde se pode conhecer seis espécies diferentes de dano:

¹⁵⁵ CC/2002, Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

“Dano direto”, o que resulta imediatamente do fato; “dano indireto” decorrente de circunstâncias ulteriores, que aumentam o prejuízo; “Dano Contratual”, se resulta do descumprimento de obrigação, e extracontratual, se de infração ou dever legal. Danos “previsíveis”, os que se podem prever na celebração do contrato [...] e “imprevisíveis”, os insuscetíveis de conhecimento antecipado.

Pontue-se, quanto ao dano direto, que o CC/2002 acolheu a teoria do dano direto quanto ao dano material ao positivizar o art. 403 do CC, *in verbis*: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Em contraposição ao dano direto há ainda o “dano em ricochete” ou “reflexo” sendo estes caracterizados por uma relação somente indireta com fato lesivo. Na França é dano reconhecido há tempos. No Brasil, visualiza-se a hipótese no caso do artigo 948, II¹⁵⁶ do Código Civil combinado com o art. 951¹⁵⁷ do mesmo diploma legal, onde são devidos alimentos às pessoas a quem o lesado diretamente devia. Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 44) aduzia que “Na falta de um princípio que o defina fracamente, o que se deve adotar como solução é a regra da certeza do dano”.

Não se pode olvidar ainda a teoria da perda de uma chance, a qual se liga a danos que deflagrados pela perda de oportunidade provocada por ato ilícito tem sido aplicada pelos Tribunais, como fez o STJ na seguinte ocasião:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - **MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA** - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - **TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO**, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui

¹⁵⁶ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: (...) II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

¹⁵⁷ CC/2002, Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada "**teoria da perda da chance**", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;

IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance";

V - Recurso especial provido. (STJ, REsp 1104665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009)

Da ementa acima transcrita, sobreleva-se o fato de a doutrina ser de origem francesa e que a probabilidade da perda de uma chance seja efetiva e concreta. Grácia Cristina Moreira do Rosário (2009, p. 143) entende que o dano reparado na pela teoria da perda de uma chance é de ordem moral, entretanto a doutrina diverge quanto a tal posicionamento. A doutrina e jurisprudência francesa, por exemplo, o caracteriza como lucro cessante e enquanto que Sérgio Cavalieri Filho afirma se tratar tanto de prejuízo de ordem material ou imaterial (2009, p. 80). Segundo Grácia Cristina Moreira do Rosário (2009, p. 144) a chance somente será séria e real quando for possível obter o resultado favorável percentagem superior a 40% (quarenta por cento), sendo a indenização minimizada (2009, p. 145). Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 78) aduz que a indenização deve ser fixada com base na razoabilidade e levando-se em conta a perda da oportunidade de auferir uma vantagem, nunca a própria vantagem. Em síntese, o dano pela teoria da perda de uma chance está ligada à oportunidade perdida e não ao direito eventual decorrente da mesma oportunidade, assim supera-se a dificuldade inerente à teoria que seria incerteza de um dano efetivo (ROBERTO, 2005, p. 183).

Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 182), traz a lume os “danos Pessoais” (causados em pessoas) e “não pessoais” (que afetam coisas), os danos reais (danos avaliáveis materialmente) e o “dano de cálculo” (expressão pecuniária do prejuízo), o qual ainda aguarda avaliação. A autora aludida menciona ainda os “danos presentes” (aqueles existentes na data em que fixada a indenização) e os “danos futuros” (estes embora ainda não verificados, revestem-se de certeza). Fala-se, ademais, no “dano positivo” ou “dano de cumprimento”, ligado ao fato de o contrato não ter sido cumprido, sendo possível conduzir o lesado à situação na qual estaria caso o contrato cumprido fosse espontaneamente, e “dano negativo”, também chamdado “dano de confiança”, configurado naqueles casos em que deve ser

reparado de modo a levar o contratante ao *status quo ante*, como se não tivesse celebrado o contrato.

Na atividade médica jamais deve ser olvidado o dano iatrogênico. Em sentido amplo todo dano originado pelo médico é iatrogênico, mas o conceito de iatrogenia *stricto sensu*, por outro lado, vincula-se ao dano decorrente de atividade médica correta, sem qualquer atitude imprudente, negligente ou imperita por parte do médico (COUTO FILHO e SOUZA, 2008, p. 32). Exemplifica-se tal dano iatrogênico no caso de extirpação dos seios (mastectomia) para evitar que um câncer se alastre e ceife a vida de uma paciente. Ou seja, o médico opta – corretamente – pelo mal menor, permitindo a vida, embora atingindo a integridade física. O dano iatrogênico em sentido estrito, não é indenizável, pois decorre de atitude lícita do médico (CARVALHO, 2009, p. 6).

Uma das maneiras de identificar o dano iatrogênico no mundo jurídico é através da Teoria da eleição procedimental (COUTO FILHO e SOUZA, 2008, p. 46), que permite avaliar se houve lesão iatrogênica a partir de opções do médico em seu atuar que deve seguir a seguinte linha de prioridades: vida, saúde, integridade física, estética e psicológica. Constatado que o médico em seu atuar seguiu tal diretriz, quebra-se qualquer nexo causal, pois se está diante de caso fortuito e de força maior, sendo inexigível outra conduta médica.

Ainda quanto ao dano iatrogênico, deve-se ressaltar que não se deve falar em exoneração quando se tratar de pseudo-iatrogenia estrito senso, chamada por José Carlos Maldonado de Carvalho (2009, p. 9) de simulação iatrogênica. Em outras palavras, a simples alegação em processo judicial de existência de iatrogenia verdadeira deve ser respaldada pelos devidos elementos probatórios, para que se evite a admissão de simulação como fato verdadeiro.

Em relação ao dano médico indenizável, ou seja, aquele decorrente de falha culposa do médico, os critérios do *quantum* indenizatório são regulados no Código Civil de 2002 no artigo 951, que remete expressamente aos artigos 948, 949 e 950. Traz-se a lume as ponderações de Alexandre Castro (2005, p. 33):

dano no corpo e à saúde é sempre um dano emergente (*damnum emergens*) e do ato antijurídico. Por outro lado, o lucro cessante (*lucrum cesans*) contempla o ganho frustrado [...] em razão da internação, tratamento, ou convalescença gera uma inatividade que impede o exercício da capacidade produtiva. [...] Daí a pertinência dos lucros cessantes.

Destarte será responsável o profissional médico no caso de morte do paciente (lesador fica obrigado a prestar alimento a e quem o *de cuius* devia pelo tempo da provável duração de sua vida, o que é delimitado pelos institutos oficiais de pesquisa), lesão ou ofensa

à honra e à saúde (deve-se ressarcir as despesas com tratamento e os lucros cessantes até o fim da recuperação e convalescença) e situações que resultam na impossibilidade de se exercer a profissão ou em redução de sua capacidade laborativa (deve ser paga pensão no valor correspondente ao trabalho para o qual se impossibilitou ou da depreciação sofrida, além de despesas com tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença).

Em relação à quantificação do dano oriundo da atividade médica, João Monteiro de João Monteiro de Castro (2005, p. 42) indica alguns parâmetros médico-legais que têm sido propostos. São eles: “incapacidade temporária; b) Incapacidade permanente, inclusive laborativa; c) o ‘quatum doloris’; d) o dano estético; e) o prejuízo d afirmação pessoal”.

Aduz Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 182) que “não há qualquer relação entre amplitude do dano e a gravidade da culpa”, medindo-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa, todavia, este pode servir de meio para que o intérprete da lei reduza, eqüitativamente, a indenização a fim de manter a proporção entre a culpa e o dano, consoante consta no artigo 944 do Código Civil.

Em relação aos lucros cessantes para definição do dano o critério mais utilizado é o da causalidade adequada, por onde o magistrado imagina o andamento normal e esperado dos acontecimentos como se o Ilícito não tivesse ocorrido, fixando, destarte, o *quantum* indenizatório.

Em suma o valor indenizatório existe com o escopo de reparar o dano sofrido e jamais devendo ser causa de indevidas vantagens ou enriquecimento ilícito por parte da vítima.

Após a apresentação do elemento dano, permeador da responsabilidade civil, resta apresentar o último requisito do instituto em estudo, qual seja o nexo de causalidade.

5.1.4 O nexo causal

O nexo de causalidade é o liame que deve existir entre o fato ilícito e o dano produzido, pois sem tal instituto não haverá a obrigação de indenizar. O nexo causal é apresentado a seguir nas palavras de Carlos Alberto Bittar (2005, p. 13):

Deve, por fim, haver vínculo (nexo causal) entre a ação e o evento, de sorte a poder-se concluir que o dano proveio do fato do agente. Por outras palavras, cumpre que esta seja a causa do prejuízo: que exista uma relação certa e direta, entre o fato desencadeador e o resultado danoso, dentro da teoria denominada “equivalência das condições” afastam-se para o agente, as condições que não sejam hábeis à produção do resultado; Vale dizer, as

consequências que não tenham vinculação com sua ação, ou as que derivem da interferência de causas estranhas [...].

O essencial é que exista entre o fato ilícito do agente e o dano efetivamente suportado pela vítima, uma relação de necessidade, só existindo este porque aquele provocou sua existência.

João de Matos Antunes Antunes Varela (1996, p. 248) assevera que há diferença substancial entre “mera superveniência cronológica” e “nexo lógico de causalidade”, não devendo ser confundido ambos os conceitos visto que o fato de sucederem-se fatos cronologicamente não necessariamente significará que um fato ocorreu em virtude do anterior, sendo que nem todo fato que ocorre em virtude do outro ocorre em necessária superveniência cronológica.

O nexo de causalidade é uma “noção normativa” (ROBERTO, 2005, p. 185) posto que a lei pode guiá-lo pela teoria do risco, da garantia, Segurança atribuindo o fato a quem não lhe causou dano dentro da “teoria da imputação objetiva”, ou limitá-la à responsabilidade pelo dano que o sujeito efetiva e diretamente causou, no caso trata-se da “Teoria da Imputação Subjetiva”.

A problemática circundante do nexo causal é o fato de nem sempre ser simples concluir qual a verdadeira causa do dano, em virtude do aparecimento das chamadas “concausas”, que seriam sucessivas e simultâneas, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 585, grifos nosso):

Essas concausas podem ser sucessivas ou **simultâneas**. Nas últimas só há um dano, ocasionado por mais de uma causa. É a hipótese de um dano que pode ser atribuído a várias pessoas (solidariedade do art. 942, parágrafo único do CC) [...] A grande dificuldade [...] está no estudo das **causas sucessivas**, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida como a responsável pelos danos.

Tal problema é conhecido por causalidade múltipla, onde num encadeamento de diversos acontecimentos é necessário precisar qual a causa eficiente do prejuízo (causa real ou eficiente do dano), para, por fim definir a responsabilidade do causador do ilícito. Para explicar a questão surgiram três teorias com o escopo de fazer frente hábil ao problema da causalidade.

A teoria da equivalência das condições (*Condictio sine qua nom*) consiste no fato de que em havendo várias circunstâncias que poderiam ter causado o prejuízo, qualquer poderá ser considerada causa eficiente da responsabilidade. Esta teoria vem em socorro da

vítima, mas vem sendo afastada, como aduz Caio Mário da Silva Pereira (2000, p. 78) por atribuir “a um dano um número infinito de causas. Elas tenderiam a tornar cada Homem responsável por todos os males que atingem a humanidade”.

A doutrina mais moderna filiada a essa teoria afirma que dentre as possíveis causas, os pesos serão diferentes em relação a quem provocou o evento danoso, criando-se duas classes de eventos, os eventos “mera ocasião” e “imediatamente efetivos”, sendo aquelas situações que não levam *per se* à situação vedada pelo direito, simples antecedentes e estas (as efetivas, de intervenção imediata) são as que dão origem à ruptura da ordem estabelecida pelo direito.

As teorias seletivas representaram um avanço na doutrina do nexo causal, por selecionarem a condição que deveria ser apontada como a verdadeira e única causa do dano. Mário Júlio Almeida Costa (1994, p. 657) aponta os seguintes entendimentos:

“doutrina da última condição ou da causa próxima” ou “doutrina da causalidade imediata” (será a condição mais próxima do resultado) e a “Doutrina da Condição Eficiente” (causa é a condição que foi eficaz ou preeminente em relação às restantes, a que mais determinou a produção do resultado).

Na teoria da causalidade adequada, de origem germânica assim como a teoria da equivalência tem como pressuposto a “idéia de que nem todos os antecedentes de um dano tem o mesmo papel” (CASTRO, 2005, p. 48-49). Destarte, a relação de causalidade é uma questão de probabilidade científica, devendo se destacar qual condição necessariamente produziu o dano, quais seriam os “antecedentes necessários” deste e quais seriam indiferentes à sua efetivação com base em um critério eliminatório consistente em definir se mesmo na ausência de certo antecedente ocorreria o “*eventum damni*”. Os críticos asseveram que probabilidade não induz à certeza.

A teoria moderna inspirada no senso de Justiça funda-se na Teoria da Causalidade Racional, com base nas circunstâncias concretas do caso, deduzindo-se o nexo causal.

Em relação aos danos decorrentes do fator chamado massificação social, aqueles danos produzidos e que dificilmente serão individualizados, surgiu a teoria da causalidade suposta ou Alternativa, sendo tal caso visualizado no direito brasileiro no artigo 942 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002, que dizem respeito aos casos em que não é possível individualizar quem seria responsável pelo dano.

A crítica realizada seria a de que podem ser cometidas injustiças ao se responsabilizar pessoas que não teriam participado do evento causador do dano. Luciana

Mendes Pereira Roberto (2005, p. 190) indica o melhor caminho: “Para tanto melhor se faz a aplicação da doutrina da causalidade adequada, acrescida pelo aspecto da causalidade racional, como já demonstrado” e continua a autora citando casos de ocorrência do impedimento de se verificar o nexo causal como as excludentes de responsabilidades (culpa da vítima, fato de terceiro, estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de um direito, caso fortuito, força maior, cláusula de não-indenizar ou limitativa de responsabilidade e outros).

O juiz no caso concreto deverá decidir qual a forma mais justa para a apurar as faltas médicas, ressaltando-se que a teoria da equivalência das condições é ampla, identificando não somente a real causa do dano, mas também todas as causas que tornaram possíveis a superveniência do dano. A teoria da causalidade adequada é mais restritiva, indicando somente as causas que abstratamente consideradas levaram ao resultado danoso.

O magistrado deverá apurar os fatos de acordo com o conjunto probatório do caso particular, atentando, ainda, ao fato de que podem existir mais de um causador do dano, respondendo eles solidariamente, bem como os coatores e responsáveis indiretos.

Impende observar na atividade médica a vítima procura o médico já na situação que teria como resultado previsto, normal o dano (doença, acidente), logo ao médico cabe interromper esse curso normal, que conduziria ao dano. Destarte, o médico quase nunca é causador da doença, não sendo sua causa eficiente, no sentido jurídico. Ocorre a responsabilidade do médico quando ele pode curar o paciente, mas não o faz, seja por erro culposos no tratamento ou no diagnóstico, será o mesmo responsabilizado como causador eficiente do dano, no sentido jurídico.

5.2 Especificidades da responsabilidade civil do médico

Apresentados os pressupostos da responsabilidade civil, podemos visualizar algumas funções práticas do consentimento informado na configuração da responsabilização médica.

Rememore-se, porquanto pertinente, que a simples ausência ou vício no consentimento, salvo as exceções já tratadas, torna o tratamento de saúde não legítimo, implicando o tratamento arbitrário é ofensa à integridade física e moral, bem como à liberdade e autodeterminação do paciente. Aduz André Gonçalo Dias Pereira (2004, p. 121): “[...] Independentemente da alteração para melhor ou para pior do estado de saúde do doente,

haverá lesão de um direito de personalidade, o “direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde [...]”.

Apesar dessa responsabilidade pelos danos não patrimoniais nascidos do tratamento arbitrário, deverá ser ponderado o custo e o benefício de tal arbitrariedade como bem aduziu Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 191):

O julgador deve ponderar os custos e os benefícios do tratamento arbitrário, ou seja, a violação da liberdade, integridade e autodeterminação da Pessoa Humana de um lado, e de outro o benefício trazido pelo tratamento. Na busca pelo equilíbrio, devem estar somente os danos morais e não os materiais, como por exemplo, os lucros cessantes de dias não trabalhados pelo paciente em função do tratamento.

A falta de consentimento hábil juntamente com situações em que o médico age com imperícia, imprudência ou negligência, faz com que o *quantum* indenizatório cresça substancialmente.

Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 15) divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, sendo cabível a indagação se tal classificação é pertinente no âmbito da responsabilidade médica. Para o mesmo Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 385) a discussão é irrelevante à luz do Código de Defesa do Consumidor - CDC¹⁵⁸, devendo ser lida a questão sob o prisma da responsabilidade do profissional liberal médico e da empresa, como hospitais e clínicas.

Por toda a multiplicidade de fatores que envolvem a atividade médica, faz-se mister analisar qual o tipo de obrigação assumida na Atividade médico, qual a consequência desse fato na responsabilidade civil do profissional em sua relação de consumo com o paciente.

5.2.1 Das Obrigações de meio e de Resultado

A classificação das obrigações em virtude de seu objeto, que tem drásticas consequências sobre a responsabilidade civil do médico, vem do direito romano, e modernamente foi atribuída a René Demongue como aduziu Czajkowski (2002, p.11).

¹⁵⁸ Leciona Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 16) que CDC adotou a Teoria Unitária ou Monista quanto aos efeitos da responsabilização civil seja ela decorrente de ilícito contratual ou extracontratual: “O Código de Defesa do Consumidor (...) superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário”.

Ressalte-se que o debate acerca da obrigação assumida pelo profissional médico de saúde reside no âmbito contratual. Parte-se do pressuposto de que há prévia relação jurídica e anterior outorga do consentimento esclarecido, ou seja, o vínculo negocial foi devidamente formado pela manifestação das partes no negócio jurídico.

Não é o tipo de relação contratual que classificará o tipo de obrigação como de meio ou resultado, mas sim a concreta declaração da vontade na relação jurídica (ROBERTO, 2005, p. 194), ou seja, a autonomia da vontade pode alterar a natureza da obrigação, se de meio ou resultado de acordo com a manifestação da vontade das partes.

A relação obrigacional jurídica se configura na formação de um vínculo patrimonial, por onde o credor poderá exigir do devedor uma prestação, que será diferenciada, se tiver relação com a atividade em si considerada (obrigação de meio) ou com o resultado de atividade (obrigação de resultado ou de fim). Aduz Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p.195) sobre a Obrigação de meio e de resultado:

Na obrigação de meio, o devedor a cumpre empregando diligentemente a atividade, ainda que não consiga o resultado esperado. Por outro lado, na obrigação de resultado só há o cumprimento se o resultado tiver sido obtido [...] nos casos em que seja duvidoso o enquadramento da obrigação, deve-se resolver a questão, verificando se o resultado está ou não ao alcance de quem desenvolve a atividade. Caso sim, a obrigação será de meios [...] será a concretização da relação entre as partes que definirá, que classificará a obrigação, por meio da análise da declaração de vontade.

As obrigações de prudência e diligência (meios) e as obrigações determinadas (resultado), na terminologia dos professores Mazeaud e Tunc terá consequências diretas sobre o ônus da prova, como dita Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 194-195) em suas lições:

[...] nos danos da responsabilidade delitual, o demandante deverá provar a culpa de seu adversário, mas em caso de contrato, a culpa se presumirá, a não ser que sejam provado a força maior ou o caso fortuito [...] consideradas as obrigações de meio, de um lado, e os de resultado, de outra.

Inegável, portanto, que a natureza da obrigação influencia diretamente na distribuição do ônus da prova.

Por outro lado, Luiz Roldão de Freitas Gomes (2000, p. 348) assevera que a distinção entre obrigações de meio e resultado pertencem à seara contratual, pois não se projetam no âmbito delitual, pois não haveria manifestação de vontade. Acrescente-se: as obrigações de meio e resultado tratam sempre de uma relação jurídica entre credor e devedor.

Na obrigação de meio, o critério para analisar a diligência e zelo do médico deverá ser, em princípio, o critério do bom pai de família juntamente com o conjunto das condições reais de realização da obrigação e a qualidade individualizada do agente (ROBERTO, 2005, p. 198). Rui Stoco (1999, p. 287) leciona que: “[...] na obrigação de meios, o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato [...]”.

Na obrigação de resultado, por outro lado, o devedor promete um resultado específico e o eventual não implemento deste, cede espaço à possível responsabilização do devedor. A jurisprudência e a doutrina se inclinam para atribuir às cirurgias plásticas meramente estéticas a qualidade de obrigação de resultado, o que para Rainer Czajkowski (2002, p. 12), é um erro, pois os objetivos desta atividade “não afastam o que há de aleatório e imprevisível no campo humano”. Ressalte-se que a jurisprudência nacional enfatiza que o simples fato de a obrigação ser de resultado não altera a natureza da responsabilidade médica, a qual continua a ser subjetiva, embora seja alterado o objeto do ônus da prova para o médico. Nesse sentido dita o E. STJ:

CIRURGIA ESTÉTICA. INDENIZAÇÃO. QUELOIDES. Trata-se, na origem, de ação de indenização por danos morais e estéticos, ajuizada pela ora recorrente contra o recorrido, na qual alega que foi submetida a uma cirurgia estética (mamoplastia de aumento e lipoaspiração), que resultou em grandes lesões proliferativas – formadas por tecidos de cicatrização – nos locais em que ocorreram os cortes da operação. **Ora, o fato de a obrigação ser de resultado, como o caso de cirurgia plástica de cunho exclusivamente embelezador, não torna objetiva a responsabilidade do médico,** ao contrário do que alega a recorrente. **Permanece subjetiva a responsabilidade do profissional de Medicina, mas se transfere para o médico o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores alheios à sua atuação durante a cirurgia.** Assim, conforme o acórdão recorrido, o laudo pericial é suficientemente seguro para afirmar a ausência de qualquer negligência do cirurgião. Ele não poderia prever ou evitar as intercorrências registradas no processo de cicatrização da recorrente. Assim, não é possível pretender imputar ao recorrido a responsabilidade pelo surgimento de um evento absolutamente casual, para o qual não contribuiu. A formação do chamado queiloide decorreu de característica pessoal da recorrente, e não da má atuação do recorrido. Ademais, ao obter da recorrente, por escrito, o termo de consentimento, no qual explica todo o procedimento, informando-lhe sobre os possíveis riscos e complicações pós-cirúrgicos, o recorrido agiu com honestidade, cautela e segurança. Logo, a Turma negou provimento ao recurso. (STJ, REsp 1.180.815-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/8/2010).

Nota-se da leitura da parte final do aresto acima, a existência do dever informativo. Nessa linha argumentativa, afirma-se que tanto das obrigações de meio como das

obrigações de resultado decorrem as obrigações de segurança e de informação e aconselhamento, todas reconhecidas e inerentes à atividade médica, mas acessórias à obrigação principal, pois não consistem em cuidar da pessoa e não são aleatórias para o devedor. A obrigação de informação consiste no direito do credor de ser informado adequadamente sobre o objeto do contrato, sendo decorrente da boa-fé contratual, reconhecida como dever anexo ou acessório, segundo o entendimento de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 199).

As obrigações de resultado podem ser consideradas por três enfoques (ROBERTO, 2005, p. 201): a) Legal (como o sigilo profissional); b) Convencional (decorrente da vontade das partes, como exemplo o caso da dentista que promete sucesso no implante dentário); c) Não ocorrência de álea no procedimento, como no caso em que o médico deveria opera o pé direito e operou o esquerdo.

Nas obrigações, em função da autonomia privada, para fins de enquadramento em obrigações de meio e resultado, não é recomendável enquadrar previamente as situações abstratamente, pois devemos observar a concretude da manifestação de vontade das partes. Nesse sentido, André Gonçalo Dias Pereira (2004, p. 433), aduz que “uma intervenção pode ver transformada a sua natureza jurídica, de obrigação de meio em obrigação de resultado, por força do modo como foi prestado o ‘esclarecimento’ sobre os seus fins”. Assim, a autonomia da vontade dos interessados no ato médico pode conduzir o médico a assumir como de resultado, obrigação que seria, em regra, de meio, ou mesmo o inverso.

Verifica-se, pelo exposto no presente item, a importância das obrigações de meio e resultado e sua distinção nos casos de responsabilidade civil, e que mesmo o instituto do consentimento informado poderá ter consequências sobre a questão do adimplemento ou não da obrigação.

5.2.2 Da responsabilidade contratual e extracontratual

O fundamento da responsabilidade civil está na alteração do equilíbrio social em virtude do dano sofrido por um de seus componentes. Dependendo do âmbito no qual tal dano foi gerado, a responsabilidade poderá ser contratual ou contracontratual (aquiliana). A responsabilidade contratual, como o próprio nome indica, surge quando em um liame uma das partes causa dano a outra pelo inadimplemento. Quando não derivada de contrato será aquiliana (extracontratual), ou seja, apesar de não existir vínculo jurídico entre a vítima e o

causador do dano, por ocasião do ilícito, existirá responsabilidade em virtude dos deveres gerais de abstenção ou omissão.

Ressalte-se, como aduz Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 203 – 204), que sob vários aspectos o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria dualista de responsabilização civil, o que implica na distinção de efeitos dependendo do cenário onde se apresenta o dano (contrato ou extracontratual). A teoria monista, pelo contrário, aduz que os efeitos da responsabilização são uniformes, independentes dos aspectos sob os quais se apresentem no palco jurídico. No ordenamento jurídico brasileiro se admite a teoria dualista na questão do ônus da prova (Se a responsabilidade for contratual, basta o credor prova o descumprimento da obrigação; Se aquiliana, o autor deve provar a culpa do agente).

Outra aplicação da teoria dualista é a fonte de onde derivam as responsabilidades. A contratual tem origem no liame inter partes e a extracontratual, tem sua gênese no dever genérico de não-lesar. Nesse contexto, deve-se afirmar que a capacidade do agente é um aspecto mais restrito na responsabilidade contratual, existindo, entretanto, alguns casos em que o patrimônio do incapaz responde por danos causados, ainda que de forma mitigada, como no caso do artigo 928 do Código Civil, ou seja, no caso em que o menor causa dano e seu responsável não tem a obrigação de responder no seu lugar ou não dispõem de meios suficientes.

Outro aspecto no qual se visualiza a teoria dualista no Brasil é em relação à gradação da culpa, pois a gradação na esfera delitual é mais ampla, atingindo a falta ligeiríssima. Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 204-205) assevera ser amplamente aceita a responsabilidade contratual do médico, existindo algumas obrigações que estarão presentes no contrato de prestação de serviços médicos mesmo que de forma implícita, dentre elas estão o dever de instruir ou cuidar e de abster-se de abuso ou desvio de poder. A responsabilidade contratual do médico poderá ser presumida ou não, consoante aduz Rui Stoco (1999, p. 288):

[...] não há obrigatoriedade de presumir-se a culpa só por estarmos diante de um contrato. O parâmetro deve ser o tipo de obrigação assumida pelo facultativo com o seu cliente. Se este se propôs a alcançar um determinado resultado, como na cirurgia estética, é presumivelmente culpado, caso não somente se esforçar para conseguir a cura, cabe à vítima do dano provar a sua culpa ou dolo. [...].

Por vezes a relação médico e paciente se verifica na esfera extracontratual, no caso de inexistência de relação contratual, como um atendimento de urgência, contratos nulos (ex. aborto ilícitos), relação entre paciente e serviço público de saúde. Tal fato deve-se ao fato

de que “a atividade múltipla não pode ficar presa exclusivamente ao plano contratual”, nas palavras de Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 96 e 474), que continua:

[...] Tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual se interpenetram [...], por exemplo, nas responsabilidades profissionais. O cirurgião [...] ao executar uma operação seu mister, poderá manter um contrato de prestação de serviços com o paciente ou com uma instituição hospitalar, mas sua responsabilidade emana não somente do contrato, como também dos deveres de conduta ínsito à sua arte profissional.

Embora a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual possam se interpenetrar na relação médica, deve ser afirmado que assim como nem sempre haverá contrato médico, também nem sempre nos atendimentos de urgência e emergência se pode exigir o consentimento esclarecido e previamente informado por força das condições do paciente. Afirme-se, nessa linha de raciocínio, que o consentimento informado dado pelo paciente não pode ser confundido com a aceitação do contrato, todavia, a relação contratual prévia é um requisito para existência do consentimento informado (ROBERTO, 2005, p. 207).

Pode-se asseverar que a relação médico e paciente é estabelecida, via de regra, contratualmente, entretanto toda essa relação estará permeada de responsabilidade extracontratual e ético-profissional, pois o esculápio deverá sempre respeitar as regras de cuidado com o paciente, agindo com diligência, prudência e perícia mesmo que eventualmente tais exigências não estejam previstas contratualmente.

5.2.3 Da responsabilidade subjetiva e objetiva

Em se tratando de necessidade de aferição elemento culpa para fins de apuração da responsabilidade civil, repista-se, existem duas teorias: 1) A subjetiva com cerne na culpa e 2) a objetiva, fundada no risco, bastando ao lesado provar o nexo causal entre o ato do injusto e o dano suportado.

Para definir o tipo de responsabilidade médica é preciso rememorar que o mesmo é encarado como fornecedor de serviços, sendo sua relação regida pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC em seu artigo 14, §4º. Destarte, o médico, profissional liberal, responderá mediante aferição de sua culpa aos danos causados ao paciente, representando exceção no sistema consumerista, no qual a regra é a responsabilidade sem perquirição de culpa.

Impende ressaltar, na questão do aspecto aquiliano, o parágrafo único do art. 927, do Código Civil não pode ser aplicado em relação à responsabilidade do esculápio, pois

nasceram da teoria do risco criado e implicaria responsabilização sem culpa ao profissional liberal, sendo o entendimento majoritário dos Tribunais e dos doutrinadores a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (art. 14, §4º) aos casos médicos. Nesse sentido o E. STJ (REsp 731.078/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006 p. 799):

RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. (...) I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14. (...)

Assim, a responsabilidade civil médica, seja de índole contratual ou extracontratual, tem como eixo a responsabilidade subjetiva, ou seja, é imprescindível provar culpa em sentido amplo do agente.

A teoria subjetiva, por sua vez, vem sofrendo diversas críticas em face do fortalecimento da responsabilidade sem culpa, pois esta representa o fundamento da atual responsabilização civil, como bem aduz Genival de Veloso França (2011), refletindo “a sensibilidade do doutrinador ante os fenômenos sociais, conseqüentes e inevitáveis nesses tempos de hoje”. Assim, enquanto a teoria subjetiva é calcada em ideais liberais, a teoria objetiva se funda na idéia de solidariedade social.

Outro instituto a ser lembrado no presente item é o abuso de direito. Firme-se desde logo a possibilidade de sua ocorrência tanto no plano contratual como no extracontratual, pois representa o excesso nocivo no exercício de um direito, opondo-se ao exercício normal e regular do direito. Entretanto, afirma-se existir posicionamento minoritário, como Planionl (*apud* ROBERTO, 2005, p.211), no sentido inexistiria abuso de direito, pois este, *per si*, será considerado um ato ilícito.

A responsabilidade advinda do abuso de direito é regulada autonomamente no Código Civil em seu artigo 187. São chamdos de atos “ad emulationem”, isto é, aqueles ofensores dos bens costumes, moral, contrários à lei ou ao fim social ou econômico ao qual são destinados.

Em esforço para identificar os aspectos caracterizadores do abuso de direito Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 212) aduz que “os critérios identificadores dos atos abusivos de direitos são: a intenção de lesar outrem; a ausência de interesse sério e legítimo; e

o exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social”. Destarte brotando dano dessas situações, o prejuízo deverá o dano.

Na responsabilidade objetiva, por outro lado, o foco volta-se para dano, sendo o elemento culpa prescindível e suficiente para o dever de indenizar a prova do liame causal entre o ato do agente e o evento lesivo. É fruto da teoria da responsabilização sem culpa, conhecida também como teoria do risco, explica Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 17): “[...] quem, com sua atividade cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona em benefício [...] cuida-se do denominado “risco-proveito” [...]”.

O Código Civil adota como regra a responsabilização subjetiva, tendo como enfoque a culpa para responsabilizar. A regra se torna exceção quando se parte para o microssistema do Código de Defesa do Consumidor, pois neste a responsabilidade subjetiva somente é aplicada aos profissionais liberais de acordo com o art. 14, § 4º.

A responsabilidade objetiva, por outro lado, está presente na Constituição Federal (art. 37, §6º), sendo a regra no Código de Defesa do Consumidor (CDC, art. 12 e 14), encontrando guarida ainda no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Acerca do enfoque dado na responsabilidade sem culpa, arremata Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 214):

O que impera nos fundamentos da Responsabilidade objetiva é a reparação do dano [...] para tanto, não depende de ilicitude ou de culpa, mas sim do nexos causal entre o fato e o dano, cuja demonstração é necessária para que haja a devida indenização.

Embora ainda se afirme ser a responsabilidade subjetiva a regra no ordenamento jurídica brasileira, assiste-se a um fortalecimento da responsabilidade sem perquirição de culpa, a qual socializa os riscos e os danos, no afã de implementar a equidade e a solidariedade social, motivo pelo qual é tendência do pensamento jurídico moderno (ROBERTO, 2005, p. 211). Na seara médica, entretanto, a proteção do profissional indica a manutenção da responsabilização subjetiva para os profissionais a fim de respeitar a dignidade do profissional liberal em apreço.

5.2.4 Do ônus da prova

A regra geral no sistema probatório processual brasileiro se encontra estampada no art. 333 do Código de Processo Civil, nesse sentido cabendo ao autor da ação a prova do

fato constitutivo do seu direito e, ao réu, o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito autoral.

De início, deve-se salientar a aplicabilidade do princípio da verdade real e da investigação dos fatos em matéria de responsabilidade civil médica, conforme decidiu o E. STJ (R.Esp. n. 906.794). Tal medida se impõe como pressuposto de efetivação de justiça e proteção do livre exercício profissional. Realizada a ponderação acima, passa-se à avaliação do ônus probatório das partes nas demandas de direito médico.

Pois bem, no campo probatório das questões médicas, a distribuição do ônus de provar decorre diretamente da natureza da obrigação assumida pelo esculápio frente ao seu paciente.

Entende-se, nesse diapasão, que a obrigação de meio no âmbito do direito material tem como consequência, nas questões processuais, de imputar ao autor da ação o encargo de provar negligência, imprudência ou culpa do médico. Por outro lado, em se tratando de obrigação de resultado, o mero descumprir do resultado convencionado pelas partes interessadas, faz presumir a culpa do esculápio, cabendo a este provar o seu adimplemento contratual ou a inexistência de ação ou omissão culposa.

A sistemática acima apresentada permite ilação no sentido de que o campo material do direito, no ponto, a natureza da obrigação assumida, acarreta implicação de índole processual, determinando o ônus da prova.

É exatamente no influxo do poder do direito material sobre o seu instrumento de efetivação, o direito processual, que surge, em 11 de setembro de 1990, a lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, com notório afã protetor do presumidamente hipossuficiente consumidor. Com o intuito de garantir ao consumidor o direito fundamental de proteção (CRFB/88, art. 5º, XXXII), faz previsão da inversão do ônus da prova em favor do consumidor. A distribuição invertida da carga probatória, prevista no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, é chamada de “carga probatória dinâmica ou compartilhada”, podendo ser invertidos os encargos probatórios naturalmente decorrentes das normas do processo ou mesmo divididas as incumbências de provar entre ambas as partes, de forma a transformar o direito probatório em campo mais justo e equânime.

A inversão do ônus da prova, entretanto, não é automática conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, devendo ser preenchido, alternativamente, um dos seguintes requisitos do art. 6º, inciso VIII do CDC, a serem reconhecidos pelo juiz: 1) Verossimilhança da alegação; 2) Hipossuficiência.

Em relação à inversão consumerista do ônus da prova, o primeiro ponto a ser salientado é que a inversão do ônus da prova do CDC, não implica alteração da responsabilidade do profissional liberal, a qual excepciona o sistema da responsabilidade objetiva do CDC, determinando-lhe a apuração da responsabilidade pelo ato perpetrado pela modalidade subjetiva de responsabilização civil, na qual a culpa é o ponto central do debate. Traz-se a lume as pertinentes ressalvas de Vinícius de Negreiros Calado (2006):

O que existiu foi a inversão do ônus probatório e não a alteração da responsabilidade subjetiva do médico para objetiva. A carga probatória apenas saiu do encargo do autor (paciente) e passou para o réu (médico), que, neste caso, deverá produzir prova para afastar a sua culpa.

Miguel Kfoury Neto (2002, p. 151), por outro lado, entende não cabível a inversão do ônus da prova na seara da responsabilidade médica, sob pena de subversão do sistema de perquirição da culpa médica para o sistema objetivo, regra geral no CDC.

Com o devido respeito, não se concorda com o entendimento de Miguel Kfoury Neto porque mesmo com a inversão do ônus da prova, a culpa continua sendo apurada processualmente para efeito de responsabilização do médico, alterando-se apenas o responsável pelo ônus probatório. Mesmo Miguel Kfoury Neto (2002, p. 148), contrário à inversão probatória no caso da responsabilidade médica, entende que na “responsabilidade objetiva, não se cogita de culpa, que resulta inteiramente descartada”. Ou seja, a *contrario sensu*, existindo perquirição de culpa para efeito de responsabilizar ou não um profissional, a responsabilidade continua a ser subjetiva.

Destarte, quando é invertido o ônus da prova em demanda proposta em face de profissional liberal, tal qual o médico, incumbe a este provar que não agiu com culpa, pois o regime material da responsabilidade subjetiva no sistema consumerista não derroga de maneira alguma o modelo processual de inversão do ônus da prova, conforme leciona Sandra Aparecida Sá dos Santos (2006, p. 74-75).

Deve-se indagar, em matéria de litígios judiciais envolvendo questões médicas acerca do consentimento informado, sobre quem recai o ônus de provar o cumprimento do dever de obtenção do consentimento livre e esclarecido.

No afã de responder ao questionamento supra apontado, não se deve olvidar da classificação do ônus probatório entre formal-subjetivo e material-objetivo, classificação esta imputada à Rosenberg (NUNES, 2007, p. 17-18) e também citado por Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 218). Nessa esteira, o ônus da prova objetivo e material é aquele que determina sobre qual parte recai o risco de provar determinado fato. O ônus da prova

subjetivo ou formal, por outro lado, determina sobre qual parte recai o dever de provar um fato.

Aportando a classificação acima apontada ao cenário de litígio envolvendo o consentimento informado, é de solar clareza que a falta de prova de cumprimento do dever de informar, esclarecer e obter o consentimento repercute negativamente sobre o médico. Ou seja, o risco da inexistência de prova do consentimento informado, o ônus objetivo e material pertence ao médico.

Por outro lado, o ônus subjetivo e formal merece especial atenção, pois se trata de imputar a qual litigante cabe o dever de provar a (in) existência do assentimento livre esclarecido.

André Gonçalo Dias Pereira (2007, p.127-128) é categórico ao aduzir que tal ônus é imputável ao réu-médico, tanto por motivos materiais quanto processuais. Explica-se: Materialmente, com base no princípio da isonomia, é preciso garantir paridade de armas entre os litigantes, o que não ocorrerá acaso a produção de provas fique a cabo de um leigo. Ademais, existe a natural dificuldade em se provar fatos negativos (*in casu*, a inexistência de obtenção do consentimento devidamente informado e esclarecido), gerando encargo por vezes impossível conhecido como “prova diabólica” (*diabólica probatio*). Em relação ao consentimento informado, portanto, deve o médico provar a regularidade da concessão da informação, do esclarecimento e obtenção do consentimento informado, até porque, eis a razão de ordem processual no parágrafo anterior citada, o cumprimento dos deveres aludidos configuram fato impeditivo do direito do autor-paciente, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC.

Outro ponto importante na sistemática do direito probatório médico é, de fato, as questões das presunções adotadas.

A priori, pode-se trazer à baila a presunção chamada “prova *prima facie*”, a qual permite presumir a culpabilidade dos profissionais da medicina, quando há tão somente indícios de atos culposos. Melhor explicando, existindo fatos da vida que permitam determinadas conclusões, “o autor fica dispensando de realizar uma prova directa de certo facto se as máximas da experiência apontarem para esse facto acompanhado de outros factos provados” (NUNES, 2007, p. 31-32). Tal modalidade de presunção probatória, entretanto, não se confunde com a inversão do ônus da prova (NUNES, 2007, p. 34), na prova *prima facie* a “eloquência dos fatos” (NUNES, 2007, 35-36) já faz com que o autor da ação se desincumbir de seu ônus de provar.

Há, por outro lado, a presunção conhecida como *res ipsa loquitur*, em que “a coisa fala por si mesma”, que permite também a presunção de danos quando se trata de situações nas quais presumivelmente laborou-se com culpa. Leciona Heloisa Helena Barboza (2005, p. 91): “Há provas que, por si só, geram a presunção de culpa do médico. A formulação decorre do ‘direito de evidência circunstancial’.”.

Embora a presunção de prova *prima facie* e *res ipsa loquitur* sejam semelhantes, para Heloísa Helena Barboza (2005, p. 91), aqui existiria inversão natural do ônus da prova, o que não haveria na prova à primeira evidência segundo Manuel Rosário Nunes (2007, p. 34).

O novo Código de Ética Médica brasileira, busca impedir todas as formas de presunção de culpa do médico, conforme se deflui do seguinte dispositivo da Resolução do Conselho Federal de Medicina sobredita: “XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.” (Inciso XIX, Princípios Fundamentais, Capítulo I, Resolução – CFM n. 1.931/2009).

A busca do CFM de medicina contra presunções de culpa se torna deveras dura na medida em que as presunções acima citadas foram sedimentadas ao longo de décadas na jurisprudência pátria e estrangeira. De tal sorte, mais prudente à classe médica é apresentar respostas que ilidam as presunções acima citadas, que não são absolutas (Presunção *iuris et de iure*), mas, do contrário, são relativas, admitindo prova em contrário (Presunção *iuris tantum*).

Outro ponto deve ser sobrelevado, conforme salientado por Antônio Fernando de Vasconcelos (2007, p. 161) com base na jurisprudência carioca, é que “(...) a culpa não decorre do resultado da operação, mas dos meios empregados. (...). Em havendo dúvida, conclui-se pela exclusão da culpa profissional”. Entendimento é consuetâneo com a preservação da dignidade do profissional e também da profissão, motivo pelo pode ser considerado devidamente constitucional.

Em suma, a prática forense na área da responsabilidade civil médica, muito além da básica divisão dos encargos probatórios, tem admitido não somente a inversão consumerista do ônus da prova, como também o sistema de presunções tão repugnado pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro. Tal realidade, entretanto, não pode onerar em demasia a liberdade de exercício profissional e a dignidade do médico, motivo pela qual se entende aplicável o brocardo *in dubio pro reo*.

5.3 O consentimento informado em juízo

A obtenção do consentimento do paciente após devidamente informado e esclarecido é instituto detentor de dois efeitos basilares, quais sejam a legitimação do tratamento de saúde e a exoneração da responsabilidade médica quanto aos riscos alertados – afastando-se, ademais, qualquer responsabilidade advinda de procedimento não consentido, evento maculador mortal da liberdade e autodeterminação do paciente. É o entendimento de André Gonçalo Dias Pereira (2004, p. 121, grifo nosso):

Em primeiro lugar, se o paciente “consentiu” (tendo sido devidamente informado) só há lugar a indenização em caso de má prática médica, isto é, por violação negligente das regras da arte. **O Consentimento válido transfere para esfera jurídica do paciente os riscos da intervenção, desde que seja realizada diligentemente.** Se a intervenção médica for arbitrária, porque não se obteve consentimento ou se obteve um consentimento viciado (por falta de informação adequada), devemos distinguir duas situações: Na primeira, verifica-se uma intervenção médica sem consentimento (ou com consentimento viciado), mas sem quaisquer danos (corporais), ou seja, sem qualquer agravamento do estado de saúde do paciente; Na segunda, intervenção é arbitrária e não obteve êxito, ou verificaram-se riscos próprios da operação, ou provocou consequências laterais desvantajosas.

Por certo, a obtenção do consentimento, a informação transmitida e o esclarecimento dado, farão total diferença no resultado de demanda por erro médico. Recentemente, por exemplo, o E. STJ exonerou de qualquer responsabilidade civil, cirurgião plástico que demonstrou ter informado acerca dos riscos de manifestação de quelóides no corpo do paciente. Segue o aresto transcrito (REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010, grifo nosso):

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. (...) 4. **Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.** RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Destarte, percebe-se que o trinômio “informação, esclarecimento e consentimento” é de vital importância na arte médica e nas lides envolvendo o tema, podendo ser indício da boa prática médica e repercutir no processo de forma a exonerar o médico.

Reconhecida a importância, deve-se avançar para formas de prevenção da responsabilidade civil.

5.3.1 A prevenção médica e a prova do consentimento informado em juízo

O consentimento Informado, repita-se, na prática tem aspecto preventivo duplice: Primeiramente na visão do paciente quando resguarda o direito à liberdade, autodeterminação, integridade física, moral, à vida, dignidade e saúde. Noutra vertente, o termo de consentimento pós-informação é meio probatório e consolidante da informação prestada, servindo à demonstração da inexistência de lesão aos direitos da personalidade do paciente, porquanto o tratamento está devidamente legitimado¹⁵⁹. Cite-se, *verbi gratia*, o seguinte caso julgado pelo Tribunal de Justiça Gaúcho (Recurso Cível Nº 71002457364, grifo nosso):

INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. REALIZAÇÃO DE EXAMES CLÍNICOS DE ANGIOGRAFIA (RETINOGRAFIA FLUORESCENTE). REAÇÃO ALÉRGICA À INJEÇÃO DE CONTRASTE. AUTORA SUFICIENTEMENTE INFORMADA, ATRAVÉS DE TERMO DE CONSENTIMENTO, QUANTO ÀS PROBABILIDADES DE REAÇÕES ADVERSAS, INERENTES AO EXAME. RÉ QUE PRESTA SOCORRO ADEQUADO. NÃO VERIFICADA A FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU QUALQUER ATO ILÍCITO PRATICADO PELA RÉ. AUSENTE O DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO.

Assim, a suficiente documentação da prestação da informação devida e obtenção do consentimento é fator decisivo nas demandas judiciais que envolvem tal tema.

Exemplo clássico, apontado por Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 230-231) foi o caso do paciente submetido a vasectomia (esterilização masculina) que “a posteriori” teve a companheira grávida. Duvidando da paternidade, causou danos morais a mulher e rompeu seu relacionamento. No teste de DNA, verificou-se a paternidade do paciente. No caso em tela o médico não informou o paciente da possibilidade do organismo recanalizar para o canal deferente, a fim de que o mesmo procedesse a espermogramas constantes evitando a gravidez indesejada. Ante a falta de informação devida, o paciente acionou o urologista pelos danos morais e materiais sofridos.

Há ainda caso jurisprudencial brasiliense, ora trazido a título ilustrativo, em que a paciente nãofoi informada da falibilidade do procedimento de esterilização ao qual se submeteu. Na situação, mais uma vez a ausência de informação foi considerada fator de

¹⁵⁹ “O consentimento informado legitima e torna lícito o tratamento de saúde. Assim, sua invalidade ou ausência, por si só, representa um dano à liberdade e integridade do paciente, podendo gerar responsabilização por parte do profissional de saúde”. (ROBERTO, 2005, p.229).

responsabilização médica, conforme se depreende da ementa a seguir transcrita (TJ-DFT, 20030310135648ACJ, grifo nosso):

PROCESSO CIVIL. CIVIL. CDC. LAQUEADURA DE TROMPAS. MÉTODO FALÍVEL. NÃO INFORMAÇÃO DO MÉDICO À PACIENTE. NOVA GRAVIDEZ. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CLÍNICA. DANOS MATERIAIS DEVEM VIR PROVADOS. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA. 1. Escorreita é a decisão monocrática que dá pela ilegitimidade ad causam passiva de clínica médica que tão-somente locou seu centro cirúrgico para o médico proceder a laqueadura tubária bilateral na paciente, quando foi este quem não a informou devidamente a respeito (arts. 59 e 67 do Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.246, de 8 de janeiro de 1988), inexistindo, por isso, o que se falar em nexo causal a vinculá-la à pretensão vestibular, inconfigurando-se a solidariedade passiva pretendida. 2. **Confessada pelo médico a não informação devida à paciente sobre a eventual falibilidade do método não contraceptivo adotado, assume este a responsabilidade indenizatória pelos danos materiais por aquela sofridos, decorrentes da gravidez indesejada.** 3. Como regra essencial da reparação, o prejuízo deve ser certo, razão porque há que vir evidenciado e provado nos autos, não havendo como se cogitar de indenização por dano hipotético. 4. Consoante as regras ordinárias da experiência comum revelam, o nascimento de uma criança - mesmo que, a princípio tenha sido indesejada a gravidez - além de se constituir numa verdadeira dádiva de Deus, traz muita alegria e felicidade a qualquer lar, por mais pobre, necessitado e premido que esteja pelas adversidades do mundo moderno, não podendo, nem de longe, ser guiado a uma causação de mal, muito menos de natureza moral. 5. Recurso conhecido, diante do afastamento da impugnação, nas contra-razões, da concessão da gratuidade à Autora/recorrente, e improvido, para o fim de manter íntegra r. sentença recorrida.

Solução diversa adotou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível Nº 70026859314¹⁶⁰) justamente em virtude do cumprimento do dever de informar e em por força da natureza de meio da obrigação médica em procedimento de laqueadura de trompas. Por outro lado, o mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso de gravidez posterior à vasectomia (Apelação Cível Nº 70034402461) condenou o médico por ausência de informação acerca do risco de gravidez. Noutro giro, há caso em que melhor sorte assistiu ao profissional médico que demonstrou ter informado devidamente o paciente sobre

¹⁶⁰ **Ementa:** AGRAVO RETIDO. PROCESSUAL CIVIL. PROVA PERICIAL SUSPEIÇÃO DO PERITO. Não há qualquer elemento robusto que confirme a alegada parcialidade do expert ou seu interesse no deslinde do feito APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. LAQUEADURA DE TROMPAS. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DEVER DE INFORMAÇÃO PRESTADO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Gravidez subsequente à realização de cirurgia de laqueadura de trompas. Obrigação de meio do profissional médico. **Dever de informar acerca da falibilidade do método contraceptivo cumprido**, à luz da prova produzida nos autos. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO E AO AGRAVO RETIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70026859314, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/05/2009, grifo nosso).

os riscos e possibilidade do tratamento, conforme se verifica a seguir (Apelação Cível Nº 70017507864, grifo nosso):

APLEÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. VASECTOMIA. ENGRAVIDAMENTO DA PARCEIRA. EXAME INDICATIVO DA AZOOSPERMIA. PROVA SUFICIENTE DA OBSERVAÇÃO DO DEVER DE INFORMAR. ABANDONO DO TRATAMENTO PÓS-OPERATÓRIO. Não merece respaldo a pretensão indenizatória a pretexto de erro médico no procedimento de vasectomia face a gravidez da parceira do autor, pois o exame de azoospermia revela a infertilidade do paciente e a **prova produzida demonstra que houve suficiente informação sobre o procedimento pós-operatório, com abstinência sexual e a necessidade de observação da ausência de espermatozóide através do exame correspondente para a liberação integral da atividade sexual, havendo abandono do tratamento por parte do paciente que não retornou a consulta de revisão e somente realizou o exame indicado após a notícia do resultado indesejado.** APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

Através dos arestos acima colacionados, percebe-se a importância de se documentar e criar meios de prova para demonstrar existente o consentimento pós-informado. Ressalte-se, por oportuno, que o termo de consentimento informado não pode ser concebido como uma simples utilização de formulários – padrão (ROBERTO, 2005, p. 230), pois como bem aduz Miguel Kfoury Neto (2002, p. 205): “[...] o consentimento é um processo e não uma forma [...] perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico, em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente [...]”.

Interessante trazer à baila a experiência dos Estados Unidos da América, país no qual o termo de consentimento informado é obrigatório, consoante lição de Luciana Mendes Pereira Roberto (2005, p. 232). Naquele Estado tal instrumento é parte de política de prevenção do risco de perdas, incluindo neste os pagamentos a título de indenização nos chamados *Healthcare Risk Management* – Administração dos riscos na saúde.

No Brasil, mais especificamente no âmbito da prestação do serviço de saúde estatal, de caráter público e de execução obrigatória conforme mandamento constitucional, a observância do consentimento esclarecido se faz tão presente quanto na iniciativa privada, porquanto “a utilização do consentimento informado é perfeitamente cabível na prestação de serviço de saúde público, pois a dignidade da pessoa humana é válida para todos, não importando se o contrato é público ou privado”. (ROBERTO, 2005, p.234). Trata-se, no caso público, de responsabilidade extracontratual do Estado na teoria do risco administrativo.

O consentimento, para efeito de viabilizar a utilização como meio probatório em litígios, deve assumir a forma escrita. Nessa senda, a lição de Hildergard Taggesel Giostri (2002, p. 85):

O Consentimento informado recebido, lido, entendido (e rubricado) pelo paciente servirá como evidência de que o médico cumpriu com o seu dever de bem informar seu ciente sobre os riscos e também sobre as possibilidades – tanto positivos quanto negativos – do procedimento ao qual iria se submeter, e que o paciente anuiu para tanto. Conduta esta, em acórdância com o Código de Ética Médica (art. 59) e com o código do Consumidor (arts. 6º e 14).

Destaca-se, em conclusão, que o consentimento pós-informado materializado através de um termo escrito e por outros meios viáveis de registro para consulta posterior, tem força de viabilizar a cognição judicial sobre a legitimidade da informação, esclarecimento e consentimento obtido. Assim, as demandas médicas tem chance maior de serem conduzidas a resultado consistente com o princípio da primazia verdade real, não ofensiva ao paciente e ao médico.

CONCLUSÕES

Em remate à execução da presente pesquisa, algumas conclusões merecem ser tecidas com o escopo de aventar os aspectos mais importantes da mesma.

A relação médico-paciente sofreu forte influência da massificação da oferta de bens e serviços, passando a despersonalizar-se. O desaparecimento do clássico médico de família cedendo lugar às especializações médicas e aos catálogos de profissionais de planos de saúde acentuou o distanciamento dos participantes da relação sob comento. Não se deve olvidar o crescimento da importância dos direitos humanos na área médica no período pós-segunda guerra mundial e o surgimento do Biodireito e Bioética, calcados no respeito à dignidade do paciente. O modelo paternalista fundado na confiança cega passou a ter como centro a autonomia do paciente e a confiança informada.

A relação médico-paciente é permeada por diversos princípios determinantes da atuação de seus participantes. Emergem nesse relacionamento com força determinante e eficácia irradiante sobre a legislação infraconstitucional os princípios constitucionais, marcadamente os direitos fundamentais à vida, saúde, dignidade, igualdade e liberdade. Ainda nessa realidade merecem citação o direito à integridade física e psíquica do paciente, decorrente de todos os princípios constitucionais acima narrados e do estado democrático de direito. A relação sobre a qual se traça comentários, entretanto, sofre também influxos de outros princípios não tão clássicos como o princípio da solidariedade, cooperação, segurança jurídica, proteção da confiança e das expectativas legítimas, transparência e função social da profissão médica.

Os princípios supra aludidos, entretanto, podem ser condensados em um princípio resultante da união dos demais, que é chamado “princípio da tutela do melhor interesse do paciente”, o qual conduz o médico à observância de todos os deveres humanísticos e técnicos que conduzam ao respeito da dignidade do paciente em amplo sentido.

Médico e paciente são atores centrais da efetivação do direito à saúde e algumas premissas podem ser firmadas na realidade hodierna brasileira.

O paciente é caracterizado como super vulnerável por força da fragilidade que lhe acomete – seja a fragilidade de ordem física, psíquica ou ambas. O médico, por outro lado, embora visto como hipersuficiente tecnicamente, muitas vezes está sobrecarregado de trabalho e limitado em seu atuar em virtude das condições precárias de trabalho que o cercam.

As dificuldades acima narradas resultam na necessidade de efetivação de rica comunicação entre médico e paciente, pois se parte da premissa de que o diálogo é necessário

à efetivação do direito à saúde, fazendo parte do próprio tratamento, aumentando suas chances de sucesso. A comunicação, por sua vez, pode conduzir ao bom relacionamento entre o médico e paciente que, eventualmente, poderá evitar o ajuizamento de demandas judiciais de responsabilização na área cível.

Os deveres médicos no seio dessa relação se colocam em quatro grandes grupos: 1) Deveres de cuidado; 2) Deveres de técnica e perícia; 3) Deveres de aconselhamento, informação e esclarecimento; 3) Dever de abstenção do abuso da confiança e autoridade, bem como desvio de poder. Os deveres citados, quando respeitados, conduzem à observância dos princípios que regem o relacionamento multicitado.

Noutro vértice, vê-se o contrato médico propriamente dito que sofre, de regra, influência direta do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), salvo os casos de prestação de serviço de saúde na rede pública de forma *uti universi*, quando então há incidência das normas de direito público concernentes ao atuar do estado por seus preposto, no caso, os médicos.

Dentre os deveres emergentes do atuar médico, sobreleva-se o dever de informar, centro da presente pesquisa.

Em verdade, o direito à informação médica tem sede constitucional, subordinando o atuar médico em todas as instâncias, é verdadeiro direito fundamental, possuindo base legal e ética.

A informação é tutelada pelo CDC como direito básico do consumidor, mas dentro da seara médica, mesmo quando a relação não for acobertada por tal norma, incidirá o dever informativo do profissional por força constitucional e ética.

A informação não se configura somente como dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva. Ao contrário, a informação é também dever principal, principalmente no caso médico quando ao paciente busca informações relativas à prevenção de males.

O médico, por outro lado, também possui direito à informação, devendo buscar informação atualizada e verdadeira para corretamente orientar o paciente. De tal sorte, fala-se que intrínseco ao direito à informação do paciente, é dever de “informar-se” e “atualizar-se” do esculápio. Aliás, o médico também tem direito à informação verdadeira acerca dos sintomas do paciente para realizar o diagnóstico correto na busca do sucesso no tratamento. Trata-se a troca de informações mútuas de meio compensatório da assimetria informativa entre médico e paciente.

A base do relacionamento entre o facultativo e o tratado é a confiança, devendo sempre a informação transmitida ser veraz, salvo quando a própria informação possuir

potencial lesivo ao paciente, situação na qual receberá a informação alguém próximo paciente, objetivando, mitigadamente, o respeito ao direito à informação sem causar maiores lesão ao paciente. Quando ocorrer inépcia compreensiva do paciente quanto à informação ou mesmo recusa ao recebimento da mesma é preciso, em regra, deslocar o sujeito recebedor do teor informativo.

Após a obrigatória concessão da informação devida, é chegada a hora do paciente consentir ou não tratamento. É, por certo, o momento do consentimento pós-informação e esclarecimento que legitima o atuar do médico sobre o corpo do paciente, tendo finalidade bifrontal: A proteção da autodeterminação do paciente e da lisura da atuação profissional. O consentimento informado é verdadeiro direito fundamental e subjetivo do paciente, além de ser, após manifestado e no seio do tratamento, ato jurídico unilateral pelo qual se autoriza o atuar médico, sendo seu principal efeito a legitimação do ato médico nos estreitos limites em que concedido. Tem como pressuposto sujeito capaz e linguagem acessível ao seu nível intelectual.

A aceitação do desnível entre o conhecimento técnico do médico e o conhecimento leigo do paciente é o primeiro pressuposto de que deve partir o facultativo a fim de selecionar a informação necessária ao consentimento válido. Assim, deve o médico selecionar a linguagem acessível ao nível Intelectivo do paciente. A escolha da informação necessária, portanto, leva em consideração as peculiaridades do paciente concreto, real e não do paciente abstrato, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia substancial.

O médico, portanto, concederá a informação partindo do referencial do paciente concreto, transmitindo informações adaptadas ao nível intelectual deste e selecionando as informações com razoabilidade, tendo em vista a relevância que o risco reserva, ou seja, quanto maior a gravidade, inevitabilidade e a possibilidade de ocorrência do risco. O critério da relevância da informação, assim, tem base qualitativa (gravidade e inevitabilidade) e quantitativa (probabilidade de ocorrência).

Jamais se deve exigir do médico mais conhecimento e informação do que o possível por ocasião da concessão do consentimento, pois ninguém pode ser compelido ao cumprimento de obrigações impossíveis, como é a de conhecer e informar algo desconhecido. Nesse sentido, as limitações médicas podem ser de ordem científica ou mesmo circunstancial, sendo que não pode o médico ir além do conhecimento de sua arte, no primeiro caso, e, se for o caso de possibilidade de superação de determinadas circunstâncias, como a falta de aparelho de diagnóstico avançado, essa limitação deve ser informada e esclarecida ao paciente.

Com relação aos riscos óbvios inerentes e eventuais periculosidades patentes, cabe ao médico, por prudência, certificar-se do conhecimento do paciente em relação às mesmas, pois, repita-se, deve-se partir do referencial do paciente concreto e não de um paciente médio.

A adoção do referencial concreto de paciente não impede que se preparem informações padronizadas mínimas com referência no paciente médio-abstrato, as quais deverão ser complementadas por aquelas necessárias ao entendimento do paciente concreto. Destarte, será adotado um critério misto variável e adaptável de preparação da informação para o paciente, sempre sob a ótica deste, titular do direito de autodeterminação.

Em verdade, o direito fundamental à igualdade substancial determina que a informação, pressuposto do consentimento válido, deve ser nivelada de acordo com o nível intelectual e cultural do paciente, levando-se em consideração também aspectos antropológicos, como no caso dos indígenas, e biopsíquicos, como no caso dos portadores de necessidades especiais e menores de idade.

Em conclusão, deve ser afirmado que a ausência de informação e violação ao dever de obter o consentimento do paciente por parte do médico tem direta consequência na responsabilidade civil. Destarte, o dano informativo, oriundo de ausência ou deficiência informacional que deve ser lida à luz da igualdade substancial, e a violação do consentimento tem autonomia para gerar o dever de indenizar do médico. Assim, não observadas as necessidades informativas do paciente concreto para o assentimento válido, poderá o médico responder por tal lesão de direito quando também presentes o dano e o nexo de causalidade.

Nessa realidade, os meios de comprovação da concessão de informação e obtenção do consentimento, como, por exemplo, o termo escrito, gravações e testemunhas, revelam-se instrumentos poderosos de prova no afã de respeitar o princípio da verdade real nos casos envolvendo possíveis falhas médicas, além de permitir ao médico se desincumbir de seu ônus probatório e ao paciente demonstrar do que realmente foi informado.

REFERÊNCIAS

ABI-EÇAB, Pedro. Transversalidade dos princípios dos direitos metaindividuais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 36, out./dez., 2008, p. 278-295.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, abr./jun., 1995, p. 20-27.

_____. Responsabilidade Civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 33-53, Ago. 1995.

AIETA, Vânia Siciliano. Princípios do Direito à integridade do Corpo Humano. *In* PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A tutela da confiança e seus reflexos na responsabilidade civil. *In*: VIEGAS, Frederico. **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília: Obscurus Editora, 2009, p. 61-74.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues. **Responsabilidade Médica perante o paciente, o médico, o jurista e o seguro**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5º ed. São Paulo: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do estado**. Niterói: Editora Impetus, 2009.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: Direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOZA, Heloísa Helena. Responsabilidade Civil Médica no Brasil. *In*: **Responsabilidade Civil Médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 73-93.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade pelo Diagnóstico. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (COORD.). **Responsabilidade Civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007, Série GVLaw, p. 79-114.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Direitos da Personalidade*. Disponível em <www2.correioweb.com.br> Acesso em: 14 out 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil: Teoria e Prática**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade Civil**. São Paul: Saraiva, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: Elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 12, out./dez., 2002, p.160-225.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro (2002). Brasília: Câmara dos Deputados, 2002.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (1990). Brasília: Câmara dos Deputados, 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 436.827/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 494206/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2006, DJ 18/12/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 493181/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 01/02/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 436.827/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 467.878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 731.078/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1104665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1014520/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 01/07/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1113804/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. R.Esp. n. 906.794, rel. Ministro Luis Felipe Salomão julgado em 07/10/2010, DJe 13/10/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1187456/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 01/12/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1167261/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 18/02/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1019404, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 22/03/2011, DJe 01/04/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387 - 26/08/2009 - DJe 01/09/2009
. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175-0, rei. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 387 - 26/08/2009 - DJe 01/09/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819-8, MIN. GILMAR MENDES, DJ 27.10.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2076, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 20030310135648ACJ, Relator BENITO TIEZZI, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, julgado em 12/05/2004, DJ 20/05/2004 p. 48.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70017507864, Sexta Câmara Cível, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 06/03/2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70034402461, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/05/2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70026859314, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/05/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71002457364, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 14/10/2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 6.946-5/9, Relator Desembargador Willina Marinho, julgado em 18/12/1997.

CALADO, Vinicius de Negreiros. Culpa Médica: Considerações. In: **Revista Brasileira de Direito Médico**. Disponível em: <www.revistadedireitomedico.com>. Acesso em: 14 mar 2006.

CALCERRADA, Luis Martinez. **Derecho medico**: derecho medico general y especial. Madrid: Tecnos, 1986, V.1.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Estado de Direito. **Cadernos Democráticos**. N. 7. Lisboa: Gradativa, 1999.

CASABONA, Carlos María Romeo. Coord. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *O consentimento informado na relação entre médico e paciente. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. QUEIROZ, Juliane Fernandes. Coord. **Biotecnologia e suas implicações Ético-Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.*

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CLENDENING, Logan. **O romance da medicina**. trad. Almir de Andrade. 2ª ed. São Paulo: José Olympio, 1951.

CLOTET, Joaquim. **Bioética: Uma aproximação**. 2ª ed. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

_____; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. (Org.). **Consentimento Informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

CÓDIGO de Nuremberg (Tribunal Internacional de Nuremberg/1947): Disponível em <<http://www.bioetica.ufrgs.br/nuremcod.htm>> Acesso em 31 ago 2004.

Comunicación. **El Diccionario de La Lengua de La Real Academia Española**. 21. ed. Madrid: Espasa Calpe, 1992.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica: Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009** (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina. – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

_____. **Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1246/88**. Rio de Janeiro, Idéia & Produções, 1988.

COSTA, Judith Martins. Do inadimplemento das obrigações. *In* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. 5, t. 2.

COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

COUTINHO, Ana Luísa Celino, SORTO, Fredys Orlando. *Projeto de pesquisa na pós-graduação em Direito*. In: **VERBA JURIS: Anuário da Pós-Graduação em direito**. – Ano 1, n. 1, (Jan./Dez. 2002). João Pessoa: Editora Universitária (UEPB).

COUTO FILHO, Antônio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CZAJKOWSKI, Rainer. Responsabilidade Civil de Médicos e Hospitais – Aspectos da Jurisprudência. In: **Jurisprudência Brasileira** Cível & Comércio – Erro Médico, 194. Curitiba: Juruá, 2002.

DANTAS, Eduardo. Diferenças entre consentimento informado e escolha esclarecida. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/artigos/5/diferenca-as-entre-o-consentimento-informado-e-a-escolha-esclarecida>. Acesso em: 16 jul. 2010.

_____. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito Civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 7.

EFING, Antônio Carlos. Coord. **Direito do Consumo – 2**. Curitiba: Juruá, 2003.

EMERICK, M. C; Carneiro F. (Orgs). **Recursos Genéticos Humanos – Limites ao Acesso**. Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 1997. Disponível em: <http://www.ghente.org/publicacoes/recursos/consentimento.pdf>, Acesso em: 27 abr 2009.

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

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FEITOZA, Maria Luiza de Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Souza. **Revisão do Contrato**. Curitiba: Juruá, 2005.

FILHO, Domingos Afonso Kriger. **A Responsabilidade Civil e Penal no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo: Ed. Síntese, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 9 ed., rev., atual. e amp. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FORSTER, Nestor. **Erro Médico**. Coleção Aldus, v. 5. São Leopoldo: Editora da Universidade dos Sinos, 2002.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. **Ética e Saúde: questões éticas, deontológicas e legais, autonomia e direitos do paciente, estudos de caso**. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1998.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A interpretação da proibição da publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da Boa-fé: O Dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 4, 1993, p. 173-191.

_____. A responsabilidade civil dos médicos. *In: Ajuris*, Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Volume 19, n. 55/117, p. jul. 1992, p. 116-139.

FRANÇA, Genival de Veloso. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

_____. **Direito Médico**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Erro Médico**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A, 2002.

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. Disponível em
<<http://www.portaldeginecologia.com.br/modules.php?name=News&file=article&sid=97>>
Acesso em: 4 abr 2011.

FREIRE, Henrique. **Responsabilidade Civil na área da Saúde Privada**. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **O caráter oculto da saúde**. (Tradução de Antônio Luz Costa). Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

GIOSTRI, Hildegard Taggesel. **Erro Médico à luz da Jurisprudência Comentada**, 2º ed. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Responsabilidade Médica**: As obrigações de meio e de resultado: Avaliação, uso e adequação. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2002.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (Série Curso de Direito).

GOMES, Rui Kleber Costa. **Responsabilidade Civil do Médico no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Pillares, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUERRA, Arthur Magno e Silva (Org.). **Bioética e Biodireito**: Uma Introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

HASS, Peter. **Vertrauensschutz im Steuerrecht**. Tese de doutorado apresentada na universidade de Saarland, 1988.

JUSEFOVICZ, Eliseu. **Contratos: Proteção contra cláusulas abusivas**. Curitiba: Juruá, 2006.

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

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HALL, Informed consent to rationing decisions. **The Milbank Quartely**, 4:645-68, 1993.

ISMAEL, J.C. **O médico e o paciente: Breve historia de uma relação delicada**. São Paulo: MG editores, p. 2005.

LE TOURNEAU, Philippe. **La Responsabilité Civile**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1976.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 73 (Biblioteca de direito do consumidor, v. 23).

LISBOA, S Roberto Senise. **Responsabilidade nas relações de consumo**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano estético: responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

LUCESSE, Fernando A. Ledur, Paulo Flávio. **Comunicação médico-paciente: um acordo de cooperação**. Porto Alegre: AGE, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MAGNO, Hélio Antônio. A responsabilidade civil do médico diante da autonomia do paciente. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva. **Bioética e Biodireito: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: 2005, América Jurídica, p. 315-345.

MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In: BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 37), p. 9-23.

_____. A Responsabilidade dos médicos e do hospital por falta do dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, N. 827, setembro de 2004, p. 11-48.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, (Biblioteca de direito do consumidor, vol. 1).

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado (sistema e tópica no processo obrigacional)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: 2003, v. 5, t. 1.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. 2 ed – Porto Alegre: Ed. Sagra Luzzatto, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Elementos de direito administrativo**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MESA, Marcelo J. Lopez. Teoria General de La Responsabilidad civil medica em el derecho argentino y comparado. *In*: MESA, Marcelo J. Lopez (COORD.). **Tratado de Responsabilidad Médica**. Buenos Aires: Legis Argetina, 2007.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade Civil Médica no direito brasileiro. P. 62. *In*: MARQUES, Cláudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 63 (julho-setembro 2007). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 52-91.

MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 38, n. 153, jan./mar, p. 131-149, 2002.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Justiça**, 5º edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, O Princípio da Solidariedade. *In*: PEREIRA, Antônio Celso Alves. MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (Org.). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 527-556.

NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. *In*: NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes de Direito Civil contemporâneo**: Reflexões sobre o os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 281-321.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *In*: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, p. 65-70, Jan./mar. 2004.

NIGRE, André. **O atuar médico: Direitos e Obrigações**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Rubio, 2008.

NUNES, Manuel Rosário. **O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos**. 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2007.

NUNES, Rizzatto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 2ª edição reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

OSSOLA, Frederico; VALLESPINOS, Gustavo. **La obligación de informar**. Córdoba: Advocatus, 2001.

OSSWALD, Walter. Limites do consentimento informado. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord). **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 151-160.

PAULA, Ignácio Carrasco de. Que hacer con e poder de los prefesionales de La medicina? **Dolentium Hominum** (Revista Del Pontificio Consejo para La Pastoral de La Salud). Ciudad Del Vaticano, n. 49, año XVII, n. 1, 2002.

PENNEAU, Jean. **La responsabilité du médecin**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1996.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O Consentimento Informado na relação Médico-paciente**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004 (Publicações do Centro de Direito Biomédico, V. 9).

_____. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. **Revista dos Tribunais**, n. 839, p. 69-109, set. 2005.

_____. Responsabilidade Civil Médica na Europa: Objectivação da Responsabilidade e consentimento informado. In: ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. NIGRE, André Luis. **Direito e Medicina: Um estudo interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 99-130.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAPOSO, Mário. Consentimento informado na relação médico-paciente. **Separata da revista O Direito**. Lisboa, ano 124.

REMEN, Rachel Naomi. **O paciente como ser humano**. São Paulo: Summus, 1993.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do Profissional de Saúde & o Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá, 2005.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. Erro Médico e Consentimento Informado. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 337, 9 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5311>>. Acesso em: 22 Dez. 2005.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 9ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, v. 1.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e Relatórios de pesquisa em Administração**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2000,

REALE, Miguel. Código de Ética Médica. In: **Revista dos Tribunais**, v. 66, n. 503, set. 1977, p. 47-53.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Princípios Contratuais. In: NANNI, Giovanni Ettore. **Temas relevantes de Direito Civil contemporâneo**: Reflexões sobre o os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 507-521.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Princípios sociais contratuais: Autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (Coord.). **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial** (Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Horonaka), São Paulo: Editora Método, 2006, p. 221-248.

SAVATIER, René, SAVATIER, Jean, AUBY, Jean-Marie, PEQUIGNOT, Henri. **Traite de Droit medical**. Paris: 1956, Librairies Techniques.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade Civil em cirurgia plástica e em tratamentos dermatológicos. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). **Responsabilidade Civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007, Série GVLaw, p. 145-159.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A Boa-fé Objetiva e o inadimplemento do contrato: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora LTr, 2008.

SOUZA, Mariana Almeida de. O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, no 194. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>> Acesso em: 17 nov. 2009.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico**. Capinas: LZN Editora, 2003.

STANCIOLLI, Brunello. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico paciente. In: CASABONA, Carlos

Maria Romeo. QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações Ético-Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 173-188.

TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: **Temas de direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II.

_____. A técnica da representação e novos princípios contratuais. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (Coord.). **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial** (Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Horonaka). São Paulo: Editora Método, 2006, p. 65-80.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: 2007.

VASSILIEFF, Silvia. A responsabilidade civil profissional do médico no direito civil e no direito do consumidor. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (COORD.). **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial** (Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Horonaka), p. 499-519. São Paulo: Editora Método, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. A boa fé contratual. Disponível em:
<<http://www.silviovenosa.com.br/artigo/a-boa-fe-contratual>>. Acesso em: 3 jun 2010.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZANETTI, Cristiano de Souza. Princípios. In: MORRIS, Amanda Zoe. BARROSO, Lucas Abreu (Coord.). **Direito Civil** (Direito dos Contratos, V. 3). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 59-77.