



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

HERCÍLIA MARIA FERREIRA DÓRIA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA
E O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO**

Salvador
2013

HERCÍLIA MARIA FERREIRA DÓRIA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA
E O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito como requisito básico para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

HERCÍLIA MARIA FERREIRA DÓRIA

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

Monografia aprovada como requisito básico para obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido Robson, pela atenção, paciência e estímulo, necessários ao desenvolvimento deste trabalho. Às minhas filhas Gisele, Monica e Letícia, pelo incentivo e cobrança permanentes. Ao meu pai Hamilton pelo exemplo e à minha mãe, Maria José pela determinação. A meus irmãos Linda. Hamilton e Marcos sempre vigilantes para que eu não me desviasse do objetivo de conclusão. Aos meus genros Marcus, José Antonio e Diogo, pela maneira delicada de me estimular. Aos meus netos, Leonardo, Malu, Helena, Felipe e Miguel, nos quais me inspirei para conseguir vencer esta longa etapa. Preciso agradecer, também, aos colegas e amigos Luis Araújo e Marcos Valone, pela amizade e solidariedade sempre presente.. Finalmente, um agradecimento especial ao Professor Leonardo Vieira Santos que, com seu entusiasmo quanto ao tema escolhido, se constituiu em primeira fonte de inspiração para o desenvolvimento deste trabalho monográfico.

TOCANDO EM FRENTE
Autores: Almir Sater e Renato Teixeira

Ando devagar porque já tive pressa
Levo esse sorriso porque já chorei demais
Hoje me sinto mais forte, mais feliz quem sabe
Só levo a certeza de muito pouco eu sei
Eu nada sei

Conhecer as manhas e as manhãs,
O sabor das massas e das maçãs,
É preciso amor pra poder pulsar,
É preciso paz para poder sorrir,
É preciso a chuva para florir

Penso que cumprir a vida seja simplesmente
Compreender a marcha e ir tocando em frente
Como um velho boiadeiro levando a boiada
Eu vou tocando os dias pela longa estrada eu vou
Estrada eu sou

Conhecer as manhas e as manhãs,
O sabor das massas e das maçãs,
É preciso amor pra poder pulsar,
É preciso paz para poder sorrir,
É preciso a chuva para florir

Todo mundo ama um dia
Todo mundo chora
Um dia a gente chega
E no outro vai embora

Cada um de nós compõe a sua história
Cada ser em si carrega o dom de ser capaz
De ser feliz

Ando devagar porque já tive pressa
Levo esse sorriso porque já chorei demais
Cada um de nós compõe a sua história
Cada ser em si carrega o dom de ser capaz
De ser feliz

RESUMO

Este trabalho monográfico estuda as consequências jurídicas da não obtenção do Consentimento Esclarecido na responsabilidade civil médica, abordando os variados aspectos da responsabilidade civil, à luz dos princípios constitucionais que dizem respeito à dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, da boa-fé, da proteção aos direitos da personalidade, da proteção ao direito à vida, à saúde e à integridade física e psíquica do ser humano. O médico exerce uma atividade de meio, pois não pode se comprometer com o resultado, mas deve agir com responsabilidade, atendendo a princípios éticos. Na execução das suas atividades profissionais será o médico responsabilizado subjetivamente, por culpa, no caso de o paciente vir a sofrer dano durante a sua submissão a tratamento diagnóstico ou terapêutico. De outro modo, será o médico responsabilizado objetivamente, se não obtiver o Consentimento Esclarecido do seu paciente. É que o Termo de Consentimento Esclarecido deve conter informações em linguagem clara e acessível quanto aos riscos e benefícios que o tratamento sugerido pode ocasionar, fazendo com que o paciente tenha uma compreensão de todo o seu quadro de saúde e suas necessidades, e mais, que a partir desta compreensão possa autorizar ou recusar a intervenção médica. Este consentimento é revogável a qualquer tempo e se o paciente não possuir capacidade para fazê-lo, o médico deve obtê-lo através de um responsável. Este dever do médico de obter o Consentimento Esclarecido fica afastado, quando o paciente encontra-se em risco iminente de vida, como é o caso da prestação de serviços médicos de urgência e emergência.

Palavras-Chave: Consentimento Esclarecido. Informações. Compreensão. Autonomia. Responsabilidade Objetiva.

ABSTRACT

In this work the legal consequences for not obtaining the Explanation Consent in the medical civilian responsibility encompassing the different aspects of the civilian responsibility, the constitutional principles of respect to human dignity and will autonomy, goodwill, protection of personality rights, protection of right to live, health, physical and psychological integrity of the human being. The physician's activity is a way of achieving a result, but he cannot commit himself with the result, but must act with responsibility according to the ethical principles prescribed, including his Code of Medical Ethics. In carrying on his professional activities the physician will be subjectively responsible and considered guilty due to recklessness, negligence or lack of skill in case the patient experiences any kind of damage during his diagnostic or therapeutic treatment. On the other hand, the physician will be objectively responsible if not obtaining the Explanation Consent of his patient. The Term of Explanation Consent is put into action with the informations the physician gives to the patient in a clear and accessible language explaining about risks and benefits that the suggested treatment may cause, making possible that the patient have a full understanding of his health problems and of his needs and acquiring this knowledge be able to authorize or to refuse the physician action. This formal consent can be cancelled at any time and if the patient is not able to do so, the physician must obtain it from a responsible person. This physician obligation to obtain the Explanation Consent is not necessary when the patient is in critical condition and needs emergency medical assistance.

Key Words: Explanation Consent. Informations. Understanding. Objective Responsibility

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 O REFLEXO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO	13
2.2 CONCEITO E FUNDAMENTO	15
2.3 OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE	16
2.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE: CONDOTA DO AGENTE, DANO E NEXO CAUSAL	20
2.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	22
2.6 DANO PATRIMONIAL E DANO EXTRAPATRIMONIAL	26
2.7 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	30
3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	37
3.1 ERRO MÉDICO E IATROGENIA	45
3.2 PERDA DA CHANCE NA ATIVIDADE MÉDICA	50
3.3 ATIVIDADE MÉDICA – RISCO OU PERIGO	52
3.4 O ATUAR MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO	55
3.5 O ATUAR MÉDICO - OBRIGAÇÃO CONTRATUAL OU EXTRA CONTRATUAL/AQUILIANA	61
4 CONSENTIMENTO ESCLARECIDO	66
4.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE	67
4.2 PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	69
4.2.1 Morte Digna	77
4.2.2 Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia	78
4.2.3 Liminares Satisfativas	81
4.3 CONSENTIMENTO ESCLARECIDO - UM DIREITO DO PACIENTE E UM DEVER DO MÉDICO	83
4.3.1 Dever de Informação	89
4.3.2 Testamento Vital	98
4.3.3 Termo de Responsabilidade, Contrato de Adesão e Termo de	100

Consentimento Esclarecido	
4.3.4 Princípio da Beneficência e o Privilégio Terapêutico – Limites ao Consentimento Esclarecido	106
4.3.5 Direito de Recusa	109
4.3.6 Vícios de Consentimento	113
4.3.7 O Consentimento Esclarecido como Instrumento de Defesa	115
5 CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS	125

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, o Consentimento Esclarecido, objeto primeiro deste trabalho tem importância de realce na relação médico-paciente, pois que se fundamenta no respeito à dignidade da pessoa e na boa-fé, no diálogo e na comunicação entre as partes.

Este Consentimento se constitui, na efetiva definição do paciente quanto às decisões que envolvem sua vida, sua saúde e os riscos e benefícios que poderão advir das intervenções terapêuticas e procedimentos a que venha a se submeter.

Não há controvérsia sobre o tipo de responsabilidade civil atribuída ao médico nos casos em que este obtém o Consentimento Esclarecido, quando sua responsabilidade será subjetiva, tendo de se perquirir a culpa, cabendo ao autor, no caso de demandas judiciais, o ônus da prova da ocorrência do dano e de que foi provocado por imprudência, negligência ou imperícia do Galeno.

Doutro vértice, não há entendimento pacífico no que tange à responsabilidade do profissional de Medicina, quando o seu exercício ocorre sem estar lastreado no Consentimento Esclarecido.

Nesta pesquisa monográfica, buscou-se refletir se, dentre as consequências jurídicas da não obtenção do Consentimento Esclarecido pelo médico, figura a objetivação da sua responsabilidade civil.

Para construção deste trabalho, além da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, foi estudada a legislação que normatiza a responsabilidade civil e a atividade médica, a própria Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e, também, o Código de Ética Médica, como forma, inclusive, de demonstrar a previsão legal concernente.

Para tanto, inicialmente, foi delineado um panorama geral do que se convencionou chamar de Constitucionalização do Direito Civil, a teoria dos princípios e sua importância hermenêutica.

A seguir, foi dedicado espaço para definir o que se entende por responsabilidade civil e seus elementos, conformados na conduta do agente, no dano e no nexo de causalidade com o fito de demonstrar como o Direito enfrenta o dano, seja ele lícito ou ilícito.

Definida a responsabilidade e explicitados seus dois tipos, a saber, a

responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, faz-se referência aos elementos da responsabilidade subjetiva, ou seja, a culpa, que se diz ser conduta voluntária negligente, imprudente ou realizada com imperícia, de forma a caracterizá-la conforme o Código Civil e mais, discutir a culpa frente à responsabilidade do profissional médico no desenvolvimento de suas atividades.

Ao tratar do dano, dano extrapatrimonial e dano patrimonial que podem ser configurados individualmente ou simultaneamente, necessário se faz apresentar suas espécies, dano moral, estético e existencial e dano material.

Ao albergar como objetivo precípua a análise da responsabilidade médica e as consequências jurídicas da não obtenção do Consentimento Esclarecido, compreendeu-se imprescindível discorrer sobre o comportamento esperado dos profissionais de saúde ante toda a sociedade, que deve ser pautado na boa-fé, cláusula geral, que tem se constituído numa exigência de conduta ética, prevista, inclusive, no Código Civil de 2002 como são exemplos os arts. 113 e 422.

Refletiu-se, ainda, no trabalho em tela, sobre o fato do desempenho da Medicina ser considerado como atividade de risco inerente, mesmo quando o médico utiliza-se de toda a técnica da arte e segurança.

Além disto, está estabilizado entre os doutrinadores, que o atuar médico é uma obrigação de meio que tanto pode ser contratual, firmando-se, no mais das vezes de forma verbal, quanto extracontratual, sendo esta, em regra, proveniente de circunstâncias em que o médico é premido a desenvolver suas atividades em situações de urgência, a exemplo de acidente em via urbana.

Ademais, quando se pretende discutir a responsabilidade médica, não se pode deixar de versar sobre os direitos da personalidade assim como o princípio da autonomia da vontade e autodeterminação, ou seja, o direito que todo ser humano tem à integridade física e psíquica do seu próprio corpo, pois que, a dignidade da pessoa humana e sua autonomia são princípios que se compatibilizam com o Consentimento Esclarecido.

Autonomia, que é um direito que o indivíduo tem de decidir sobre sua vida e saúde, fundada no respeito à individualidade e à manifestação da vontade, em acordo com os valores próprios, suas crenças e aspirações.

No que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, temos que além de ser uma qualidade própria do homem, é irrenunciável e inalienável. Impede este princípio, que o homem seja tratado como objeto, como meio. Ao contrário,

define que a pessoa humana se constitui em um fim em si mesmo, não admitindo qualquer nível de equivalência material.

O paciente, tem direito ao Consentimento Esclarecido, quanto aos procedimentos e tratamentos sugeridos pelo Galeno, como, também, tem direito à recusa a estes, como é exemplo as Diretivas Antecipadas ou Tratamento Vital.

O médico deve, também, respeitar a decisão do paciente, quando expressa a sua não submissão à distanásia, que se configura com a utilização de tecnologias médicas desproporcionais e fúteis, que apenas retardam o processo de morte do paciente, encontrando-se este paciente, em estado terminal, estado em que a morte é certa e acontecerá em curto espaço de tempo. O paciente tem direito à ortotanásia, que é a aceitação da morte como um processo natural, sem atingir sua dignidade, sem processos violentos de prorrogação do tempo de vida, sem nenhuma perspectiva de cura.

O Consentimento Esclarecido livre e prévio é consequência do processo de informação e comunicação entre o médico e o paciente, ato autônomo, no qual o paciente expressa sua submissão aos tratamentos e procedimentos médicos sugeridos pelo Galeno.

É corolário, este Consentimento, do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, à sua autonomia da vontade e ao seu poder de autodeterminar-se.

O Consentimento Esclarecido é, pois, manifestação da vontade do paciente ou de seu representante legal, fundado na informação adequada, suficiente e verdadeira, na competência da pessoa que consente, no seu entendimento quanto às informações recebidas e na sua voluntariedade.

Ademais, o Consentimento Esclarecido para ser eficaz, deve ser livre de vícios de consentimento, vícios que afetam a vontade do paciente, como o erro, o dolo, a coação e o estado de perigo e lesão.

O Consentimento Esclarecido é, afinal, um direito do paciente e um dever do médico.

A obtenção pelo médico do Consentimento Esclarecido assegura ao Galeno que, em caso de algum dano que venha a ocorrer durante o exercício da atividade médica, há de se perquirir a culpa do médico, pois que com a obtenção deste Consentimento, sua responsabilidade, não há dúvida, é subjetiva.

De outro modo, o efeito imediato da ausência deste Consentimento Esclarecido, é a objetivação da responsabilidade médica, não se perquirindo a

culpa, mas só e somente só, o dano verificado e o dever de indenizar como preconizado no artigo 927 do Código Civil, Parágrafo Único, pois que o médico chamou a si toda a responsabilidade pelos riscos inerente à atividade médica.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A origem da palavra “responsabilidade” vem do latim *respondere*, que significa responder a alguma coisa, ou seja, responder ou responsabilizar a alguém por seus atos danosos. É o dever moral de não prejudicar outra pessoa por ofensa ou agressão física ou moral. Responsabilidade civil é a obrigação do agente ofensor de reparar o dano causado por uma conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar direito implícito ou expresso em lei.

2.1 O REFLEXO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Constituição é a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, formas de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

Ao conceituar a Constituição, assim se expressa Cunha Júnior (2008, p. 65 - 66):

Em linguagem simples e objetiva, podemos conceituar a Constituição como um conjunto de normas jurídicas supremas que estabelecem os fundamentos de organização do Estado e da Sociedade, dispendo e regulando a forma de Estado, a forma e sistema de governo e exercício de poder, a composição, as competências e o funcionamento de seus órgãos, os limites de sua atuação e a responsabilidade de seus dirigentes, e fixando uma declaração de direitos e garantias fundamentais e as principais regras de convivência social.

Os princípios constitucionais podem ser definidos como uma estruturação de ideias mestras que norteiam a interpretação da Constituição. São os fundamentos do sistema jurídico, ordenando, influenciando e condicionando a compreensão e a aplicação das demais normas. Os princípios, pois, são as normas das normas, fonte das fontes cogentes e valorativas.

A constitucionalização do Direito e a teoria dos princípios fundamentais vêm respondendo de forma eficiente à realidade dos fatos da vida, uma vez que, reconhecidamente, o direito material positivo não consegue prever de forma abstrata e imediata a necessidade de se dar resposta aos variados casos que a vida contemporânea apresenta. Tem-se utilizado, então, de conceitos indeterminados,

abertos e das cláusulas gerais de forma a fazer face a estas exigências.

Conforme ensina Nelson Nery Junior, (2011, p. 167) o Estado Constitucional deve ser um Estado Democrático e de Direito “no qual o poder estatal deve organizar-se em termos democráticos e o poder político deriva do poder dos cidadãos”. Caracteriza-se este Estado Constitucional leciona o mesmo autor, pela “dignidade humana como premissa antropológico-cultural, pela soberania popular e divisão de poderes, pelos direitos fundamentais e tolerância, pela pluralidade de partidos e a independência dos tribunais”.

Diante de todas as considerações acima referenciadas, percebe-se que também o Direito Civil, embora possua a função de reger as relações jurídicas no âmbito privado, pautadas, em regra, na autonomia da vontade, sejam elas simples ou complexas, não pode ser aplicado em dissonância com o que reza a Constituição. Advoga tal entendimento o ilustre Caio Mario da Silva Pereira (2009, p.18):

Não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de direito comum. É tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos princípios gerais de direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente pelos direitos fundamentais.

No contexto da constitucionalização do Direito Civil, no mesmo sentido são as lições de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2007, p. 25):

A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como Direito Civil Constitucional (ou Direito Civil constitucionalizado).

E, portanto, pode-se afirmar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, fonte primária de todo o ordenamento jurídico, firmou-se uma nova concepção do Direito Civil, preconizando que é à Constituição Federal que o Direito Civil deve obediência. A partir de então, toda a hermenêutica está submetida aos princípios gerais constitucionais e aos direitos fundamentais, que se impõem aos interesses privados, tendo como mola propulsora a proteção da pessoa e o respeito à dignidade da pessoa humana, prevalecendo, assim, uma verdadeira constitucionalização do Direito Civil.

O Direito Civil rege as relações humanas, sejam as mais simples ou mais complexas, isto é, disciplina as relações jurídicas privadas.

No dizer de Farias e Rosenvald (2007, p. 117), “ Ora, a despatrimonialização

do direito privado e a necessária repersonalização do ser humano concorrem simultaneamente para o reconhecimento de um novo conteúdo, uma nova estrutura interna, do Direito Civil”.

2.2 CONCEITO E FUNDAMENTO

Ao definir responsabilidade civil, este trabalho utiliza-se da lição de Diniz (2002, p. 34), que diz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil historicamente teve início com a vingança privada, evoluiu para o domínio jurídico do Poder Público – Pena de Talião -, quando era a vítima quem fixava o valor da pena, para cada caso concreto prosseguindo sua evolução com o surgimento da composição voluntária, a composição tarifada (prevista na Lei das XII Tábuas) quando a vítima era quem fixava o valor da pena para cada caso concreto. Já no ano de 468 sobrevêm a Lei Aquilia iniciando a partir dela a generalização da responsabilidade, conforme informa Miguel Kfoury Neto (1990, p. 62).

No que se refere especificamente à responsabilidade médica, o Código de Hamurabi, do ano de 2.394 a.C., em seus arts. 218, 219 e 226 registra esta responsabilidade, prevendo o art. 218 que “a mão do médico era o órgão responsável pelo insucesso”. Observa o aludido autor que, na Lex Aquilia “encontram-se os primeiros rudimentos da responsabilidade médica, prevendo a pena de morte ou a deportação do médico culpado da falta profissional”.

No mundo contemporâneo, é possível assistir uma banalização da responsabilização civil com o crescente aumento de ações judiciais cujo objeto é a reparação, a indenização, ou seja, a responsabilização civil.

Neste sentido, a evolução tecnológica (os meios de comunicação globalizados e de massa) e os novos interesses lesionados na esteira da normatividade dos princípios constitucionais e a tutela dos interesses existenciais e coletivos, têm sido fatores a impulsionar a procura por esta responsabilização.

Convém citar, ainda, a forma como o Código Civil de 2002 trata do assunto. Em seu artigo 186, estabelece que ato ilícito decorre da ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia violadoras do direito sustentada na culpa.

Adiante, o *Codex*, no artigo 927, preconiza que só assume o dever de reparar aquele que, por ato ilícito, ato antijurídico, contrário ao direito, causar dano a outrem. Do mesmo modo, aquele que comete ato lícito, aquele que causar dano, seja material ou moral, deverá responder, compreendendo que ato lícito, é ato que não é contrário ao direito, é a manifestação livre do agente, de conformidade com sua vontade, isento de qualquer ameaça ou coação e informado de boa-fé.

Observe-se que se o agente comete ato ilícito e não causa dano, não há o que reparar.

É da lição de Moraes (2008, p. 238-239) que, a Constituição Federal de 1988 com referencia à responsabilidade civil “gerou no sistema particular da responsabilidade civil a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima em detrimento do objeto anterior da punição do responsável” tendo como efeito a perda da “função moralizadora como um dos aspectos nucleares do instituto”, sendo esta função moralizadora substituída pela “presença e a conseqüente realização, de um dever geral de solidariedade – *neminem laedere* – obrigação de comportar-se de modo a não lesar interesses de outrem”.

No que diz respeito à responsabilidade moral, Diniz (2002, p.19) ensina que ela “oriunda de transgressão à norma moral, repousa na seara da consciência individual”, e mais, que para haver a responsabilidade moral é necessário que o agente tenha: “a) livre arbítrio, porque uma pessoa só poderá ser responsável por atos que podia praticar ou não; b) consciência da obrigação”.

São cinco os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, segundo o professor catarinense Fernando Noronha, (2003. p. 468-469), quais sejam, o dano “haja um fato (ação ou omissão)”, cabimento no âmbito de proteção de uma norma, “que este fato seja imputado a alguém (atuação culposa da pessoa ou no decurso de uma atividade)”, fato gerador “que tenha produzido dano, nexos de causalidade “que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado” e nexos de imputação “que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido” registrando também o autor que “se o fato, mesmo antijurídico, não causar danos, nunca surgirá uma obrigação de indenizar.

2.3 OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE

Deve-se, também, para uma melhor compreensão dos conceitos adotados

neste trabalho, distinguir obrigação de responsabilidade. Conforme indica a leitura do artigo 389 do Código Civil, para uma obrigação não cumprida, surge a responsabilidade.

A obrigação pode ser entendida como dever social e dever jurídico, conforme leciona Fernando Noronha. Obrigação como dever social, no dizer do professor catarinense, “pode ser entendido na acepção kantiana de exigência interior que o homem experimenta em sua consciência moral”, (Noronha, 2003, p. 04).

Obrigação como dever jurídico segundo Noronha, pode ser ampla e restrita ou técnica. Ampla é a – “imposição cuja violação implica sanções do poder estatal” e restrita ou técnica que é a obrigação que pode ser caracterizada em relação “à noção de relação jurídica, ou à de situação jurídica, ou ainda de vínculo jurídico (Noronha, 2003, p. 09), explicitando ainda, que, a finalidade ou função da obrigação “é a satisfação de um interesse do credor, mas que tem de ser legítimo, isto é, sério e útil. (Noronha, 2003, p. 16),

A conceituação de obrigação apresentada por Farias e Rosenvald (2009, p. 11), é a de que a obrigação se apresenta como uma relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes, cujo objetivo é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantindo o cumprimento, sob pena de coerção judicial”.

As obrigações têm como elementos as partes, o objeto e o vínculo jurídico conforme ensinamentos de Calixto (2005, p.07), As partes são o credor (sujeito ativo) e o devedor (sujeito passivo) determináveis ou determinadas, que sejam capazes de se obrigar. O segundo elemento, o objeto, pode ser imediato – conduta positiva, (obrigação de dar coisas e de fazer) e negativa (obrigação de não fazer) – e objeto mediato, “objeto da prestação” que segundo o mesmo autor pode ser a coisa nas obrigações de dar ou o fato (ação ou omissão) nas obrigações de fazer ou não fazer.

Este objeto, elemento da obrigação, tem que ser lícito, possível e determinado ou determinável.

Quanto ao vínculo jurídico, terceiro elemento da obrigação, este é o elemento estável da obrigação, conforme Carlos Roberto Gonçalves, citado pelo autor acima referenciado.

Há de se considerar, ainda a chamada obrigação natural, que se caracteriza como uma inexigibilidade jurídica, como são exemplos as dívidas de jogo, em

relação as quais, embora exista o débito, não existe a obrigação. (Calixto, 2005, p. 07- 15).

Cavaliere Filho delinea o que ele chama de obrigação originária e responsabilidade sucessiva. Entende que a responsabilidade sucessiva ocorre quando descumprida a obrigação originária: “Responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.” E explica: “Responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.”, como se segue: (Cavaliere Filho, 2009, p.02)

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. O responsável deve ressarcir o dano, o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

A responsabilidade civil sucessiva decorrente da obrigação originária, que é considerada como consequência da conduta do agente contrária ao direito, também tem em Stoco (2007, p. 112) um dos seus defensores, que leciona:

Não se pode deixar de entender que a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e um estuário para os insatisfeitos, os injustiçados e os que se danam e se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*. É, portanto, uma consequência e não uma obrigação original.

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.2), ao tratarem do conceito jurídico de responsabilidade, afirmam:

A acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*. O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano -, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

A responsabilidade, pois, é considerada um dever jurídico sucessivo, uma obrigação secundária ou derivada, pois que deriva da ofensa ao direito através de uma lesão.

No que concerne ao Direito das Obrigações, segundo Fernando Noronha,

(2003, p. 29), este Direito engloba três categorias diferentes de relações jurídicas: obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa. É o professor que detalha, as obrigações negociais “surgem de negócios jurídicos”. As obrigações de responsabilidade civil “surgem do dano e visa reparar o dano” e o enriquecimento sem causa “protege o interesse do prejudicado” quando do “aproveitamento indevido de bens ou outros valores de outrem”.

Farias e Rosenvald (2009, p.15), apresentam os elementos essenciais da obrigação como sendo “o débito e a responsabilidade”. Definindo débito, como um “direito subjetivo do credor à prestação, como um poder jurídico de satisfação de seu interesse”. Explicando os autores que, “o cumprimento exato da prestação extingue em regra o direito à prestação”. Responsabilidade Patrimonial que se constitui na visão dos autores em uma “sujeição que recaia sobre o patrimônio do devedor, como garantia do direito do credor, derivada do inadimplemento do débito originário”.

Chamando à atenção para o fato de que a doutrina tem visto a obrigação como “relação jurídica obrigacional”, como um processo, como dever de cooperação do credor em relação ao devedor e deste para com o credor, pois que uma relação onde as duas partes tem deveres de conduta, Calixto, (2005, p. 05) reforçando esta compreensão, apud Karl Larenz que lastreia sua exposição com relação aos deveres na relação obrigacional no princípio da boa-fé, expressa:

Estes deveres que excedem do próprio e estrito dever de prestação – cujo cumprimento constitui normalmente objeto da demanda – e que resultam para ambas as partes bem do expressamente pactuado, do sentido e fim da obrigação, do princípio de boa-fé de acordo com as circunstâncias ou, finalmente, das exigências do tráfico, os denominamos “deveres de conduta”, já que podem afetar o conjunto da conduta que de qualquer modo esteja em relação com a execução da obrigação.

É a mesma visão da relação obrigacional como processo de cooperação esposada por Pietro Perlingieri, em citação do autor acima referido (Calixto, 2005, p. 06), que afirma ser a obrigação uma “relação de cooperação”, “substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor”.

Responsabilidade é imperativo categórico de Immanuel Kant, formulado na obra “Fundamentos da Metafísica dos Costumes, em 1788 –“age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na de outro, sempre simultaneamente como fim, e jamais apenas como meio” como informa Mariane Morgan Pimentel de Oliveira (2006, p. 316), mas pode também de maneira mais

restrita, “de exigência cujo desrespeito implica sanções” relevante para a vida social.

A Responsabilidade Civil é pois, a obrigação de reparar danos, “danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos stricto sensu, (Noronha, 2003, p. 429).

Ensina o mesmo autor que a responsabilidade civil pode ser ampla ou restrita. Responsabilidade Civil Ampla é a “obrigação de reparar danos antijuridicamente causados a outrem”, “em contradição com o ordenamento”, “ações humanas reprovadas pelo direito” ou “acontecimentos naturais”. (Noronha, 2003, p. 430). Quanto à Responsabilidade Civil no sentido restrito ou técnico, extracontratual, é a “obrigação de reparar os danos antijurídicos que sejam resultantes da violação, ainda que muitas vezes não culposa (e neste sentido não ilícita)” decorrente do “dever geral de *neminem laedere* (não lesar ninguém) ou, como também se diz, de *altherum nom laedere* (não lesar outrem)”, (Noronha, 2003, p. 421).

No mesmo sentido ensina Thomaz Júnior (1997, p. 97), para quem a responsabilidade civil surge “quando há violação de direito ou prejuízo”. Prejuízo, define o autor, é o “conceito de lesão de direito para quem o sofre; dano é para o causador daquela lesão. O causador do dano há de indenizar”. Dano é “pressuposto da responsabilidade civil”.

2.4 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE: CONDUTA DO AGENTE, DANO E NEXO CAUSAL

A responsabilidade civil sempre foi tratada em seus pilares, que se referem ao agente, à culpa, ao dano e ao nexo causal, significando que a vítima deste dano precisava demonstrar o próprio dano, demonstrar a culpa do ofensor e demonstrar o nexo causal entre a conduta culposa do ofensor e o dano.

Assim, os pressupostos da responsabilidade são a culpa, a conduta do agente, o dano e o nexo de causalidade. A conduta humana voluntária (positiva ou negativa), entendida esta conduta como aquela em que a pessoa poderia agir de modo diverso e, assim, evitaria o dano, conduta esta que pode ser lícita ou ilícita.

Neste mesmo escopo quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, Aguiar Jr. (1995, p. 34) indica porque:

“a existência de uma conduta voluntária, o dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; o fator de atribuição da responsabilidade pelo dano ao agente, de natureza subjetiva (culpa ou dolo), ou objetiva (risco, equidade, etc).

A culpa deverá ser provada, e, para a sua prova, deve-se referir a quem cabe o ônus da prova. Ônus, conforme Câmara, (2005, p. 10), “é o imperativo do interesse próprio”. Seguindo, o mesmo autor ainda esclarece que ônus “É conduta imperativa de que seu titular precisa desincumbir-se para o fim de satisfazer o seu próprio interesse”

Com relação ao nexo de causalidade como requisito da responsabilidade civil, este, em verdade, se constitui no “liame” entre a conduta voluntária e o dano. É a relação entre causa e efeito, entre a conduta e o dano. Quando este nexo de causalidade é desconstituído, exclui-se a responsabilidade, portanto, exclui-se o dever de indenizar.

As teorias existentes sobre nexo de causalidade são: teoria da equivalência de condições, preconizando que tudo que concorre para o evento é considerado causa; teoria da causalidade adequada, que, como o nome já nos faz entender, ser, causalidade adequada, o antecedente adequado à produção do resultado. E a teoria da causalidade direta ou imediata, afirmando ser causa o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata. Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.90).

Na definição de Noronha (2003. P 476), quanto ao nexo de causalidade, “o fato é causa de um dano quando este seja consequência normalmente previsível daquele ”de acordo com as regras da experiência comum, se era possível antever que o dano viesse a ocorrer”.

Utilizando-se da doutrina de Mario Julio Almeida Costa, Ruy Rosado Aguiar Dias (1995, p. 49), considera, também, que o dano é pressuposto da responsabilidade, que pode ser patrimonial – “de natureza material ou econômica, refletindo-se no patrimônio do lesado” - e dano extrapatrimonial – “relativo a valores de ordem espiritual”.

Acrescenta o aludido autor que o dano, pelo qual responde o médico, “é o decorrente de sua ação, agravado pelas condições pessoais do paciente, pois este resultado mais grave estava na linha de causalidade posta pela ação do médico”.

Com relação à liquidação do dano, cujo objetivo do ressarcimento é “a mais completa reparação, incluindo-se aí os danos morais advindos da culpa ou do erro médico”, ensina Kfourri Neto (1990, p. 67-69) que esta indenização fica a depender do dano a que o médico será responsável por indenizar. Assim, se o erro resultar em morte do paciente, a “indenização consistirá nas despesas de tratamento que tenha tido o paciente, seu funeral, luto da família, assim como nos alimentos a quem a vítima devia”. Se o caso for de ferimento ou outra lesão, “o culpado indenizará o ofendido nas despesas de tratamento e lucros cessantes, até o fim da convalescença”. Se do tratamento resultar inabilitação para o trabalho ou diminuição da capacidade laborativa, além das despesas de tratamento e lucros cessantes, “uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

2.5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

No estudo da responsabilidade, deve-se referir aos dois tipos de responsabilidade, que são: a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa ou dolo, e a responsabilidade objetiva, baseada na Lei¹. Na responsabilidade subjetiva, a culpa é o pressuposto necessário ao dano indenizável.

Assim, a responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função do dolo ou da culpa, conforme preceitua o art. 186 do novel Código: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ao estabelecer a responsabilidade civil médica, se subjetiva ou objetiva, Benacchio (2009, p. 347) refere-se que as estas se diferenciam em razão da complexidade ou não dos seus atos, assim, estabelecendo:

para as hipóteses nas quais o médico se utiliza de mera técnica como exames físicos, diagnóstico e procedimentos cirúrgicos básicos, temos que o sistema de responsabilidade civil aplicável é de responsabilidade subjetiva fundada na culpa profissional do médico.

De outra parte, nos casos em que houver a utilização de alta tecnologia, como exames complexos, utilização de tecnologia em desenvolvimento, procedimentos e cirurgias que envolvam equipamentos de elevada carga tecnológica, por presente o risco criado pela atividade do médico a responsabilidade civil será objetiva, fundada no risco.

¹ Artigo 389-CC/02- “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices estabelecidos, e honorários de advogado”

Gonçalves (2009, p. 21 - 22) leciona que responsabilidade objetiva ou legal se configura por imposição legal. Está substanciada na teoria do risco, que diz ser todo dano indenizável, bastando, para levar ao dever de indenizar, o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente, independentemente de culpa.

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 14-15) dizem: “Não se exige sequer seja caracterizada a culpa. Somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar”, na responsabilidade objetiva.

Embora o entendimento seja minoritário, Aguiar Jr. Apud Peanneau afirma, que, responderá objetivamente o médico, no entanto, quando suas atividades se constituírem em obrigação de resultado, como é o caso de transfusão de sangue, exames biológicos de execução corrente, vacinação e da segurança dos instrumentos que utiliza. (Aguiar Jr. 1995, p. 39).

A hipótese do dever de indenizar sem culpa, abraçada pela teoria objetiva, consiste em uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividade de risco, conforme previsão do art. 927 do Código Civil, parágrafo único, onde está previsto que, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, e mais, que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, foi opção do nosso legislador, ou seja, a responsabilidade independente de culpa.

Conforme Kfourri Neto (2010, p. 66) sobre a responsabilidade objetiva:

A responsabilidade objetiva é presumida e, nela, não se cogita de culpa, por isso transfere-se ao causador do dano o ônus de provar culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito, circunstâncias que arredam o nexo de causalidade, visando a eximir-se da obrigação de indenizar.

Culpa é a conduta voluntária negligente, imprudente e a imperícia.

Na caracterização da culpa, conforme o Código Civil, têm que estar presente o atuar negligente ou imprudente e a imperícia. Gonçalves (2009, p. 11) define o que seja a conduta imprudente, a negligência e a imperícia:

A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açodamento e arrojo. E implica sempre a pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste, sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária; é em suma, a culpa profissional.

Esclarecedora é a descrição das modalidades de culpa médica explicitada por Giostri, (2009, p. 6-8), que ensina:

A postura culposa do médico caracterizar-se-ia quando seu agir estivesse imbuído de falta de diligência e da inobservância das normas de conduta. Essa falta de diligência, de prevenção e de cuidado seria, então, o elemento dinâmico essencial a caracterizar a culpa, dando nascença às suas três modalidades, a saber, a imperícia, a imprudência e a negligência.

A necessidade de se investigar a culpa como pressuposto da responsabilidade civil médica, diz Marcia Regina Weber (2004, p. 147), “está presente não só na legislação que rege a matéria, mas, também profundamente arraigada na doutrina pátria”, quando contrariados deveres impostos pela “lei, pelo contrato e pelo uso social”.

Quando define a Imperícia, diz a Professora Giostri (2009, p. 8) que a culpa por ação ocorre quando “o médico faz de maneira errada ou equivocada”, “por falta de experiência, despreparo técnico ou incompetência”. Imprudência, que também é culpa por ação, por sua vez, consiste “na precipitação, na falta de previsão”, seja por “má avaliação dos riscos, por impulsividade, por falta de controle e, até por leviandade”. No que concerne à Negligência, que é uma modalidade de culpa por omissão, ocorre quando o profissional médico “não faz o que deveria fazer, seja por inércia, passividade, indiferença, desleixo, descuido, menosprezo, preguiça, ou mesmo, cansaço”

A definição do que seja imprudência, negligência e imperícia, adotada por Kfoury Neto (1990, p. 65), como se vê, segue nesta mesma direção, já que, segundo o autor, na imprudência há culpa comissiva, pois “age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar cautelas”. Adotando definição de Genival Veloso da Franca, Kfoury Neto diz que a negligência caracteriza-se “pela inação, indolência, inércia, passividade. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem”. A imperícia “é a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático”, “incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão”.

A prova da culpa é imprescindível e “esta culpa tem que ser séria, ainda que não necessariamente grave”, conforme preleciona Cavalieri Filho (2009, p. 371). Culpa não se presume e deve ser apurada no exame de cada caso concreto.

Ao tratar da culpa como fundamento da responsabilidade civil, Schreiber (2009, p. 50) defende que existe hoje, uma flexibilização do nexu causal, afirmando:

A culpa continua sendo relevante para a responsabilidade civil. Embora tenha perdido aplicação em uma ampla gama de relações – hoje regidas pela responsabilidade objetiva – a noção de culpa, não em sua versão psicológica ou moral, mas em sua roupagem contemporânea, continua desempenhando papel importante na etiologia da responsabilidade subjetiva.

A perda desta força de contenção da culpa resulta no aumento do fluxo de ações de indenização a exigir provimento jurisdicional favorável. Corrói-se os primeiros dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, sendo natural que as atenções se voltem – como, efetivamente, têm-se voltado – para o segundo obstáculo a reparação, qual seja, a demonstração do nexu de causalidade. Também aí, entretanto, verifica-se uma relativa perda do papel de filtragem do ressarcimento dos danos, por força de um fenômeno que pode ser genericamente designado como flexibilização do nexu causal.

No caso do profissional médico, Giostri (2009, p. 3), ao afirmar que deste profissional “é exigida uma conduta bastante rigorosa”, pois que trabalha com a vida e a saúde, considera que a culpa do médico é uma culpa comum:

A culpa do profissional médico, perante o direito, é uma culpa comum e não uma culpa especial, como querem alguns, o que diferenciaria sua conduta dos demais indivíduos. Também a responsabilidade que lhe é atribuída é aquela idêntica para todos; diferente, apenas, é a natureza da ocorrência da culpa, pois esta resulta do exercício de uma profissão, da profissão médica.

No mesmo diapasão ensina Aguiar Jr. (1995, p.37-38), afirmando que, na apuração da culpa do médico, obedece-se aos mesmos procedimentos “para a definição da culpa comum”, que deve ser certa, mas não necessariamente grave. Ensina o mesmo doutrinador que é necessário considerar circunstâncias especiais na atribuição da culpa aos médicos anestesistas – com dever de vigilância absoluto durante o ato médico -, do especialista em relação ao generalista e do cirurgião estético, pois, este médico, tem maior e mais rigoroso dever de informação e cuidado para com o paciente.

Ressalte-se os ensinamentos de Kfoury Neto, (2010, p. 106), quando se refere à culpa civil e culpa penal na responsabilidade médica:

A responsabilidade penal nasce de um fato considerado reprovável, objeto de sanção pela lei penal. Baseia-se no princípio da tipicidade do ilícito: *nullum crimen sine lege*. A responsabilidade civil decorre de ato ilícito civil. O bem protegido pela norma civil não coincide, necessariamente, com o bem protegido pela norma penal. Existem bens que recebem ambas proteções e outros que recebem uma ou outra delas. Enquanto a responsabilidade penal se fundamenta na culpa, a civil pode dispensar tal conceito.

A responsabilidade, seja civil ou penal, pressupõe ato ilícito. O ilícito, de acordo com a natureza e o grau da ilicitude, tem como consequência

sanção de natureza punitiva ou ressarcitória. O ato ilícito consiste na ação ou omissão humana que viola norma presente no ordenamento jurídico. O ilícito – e, conseqüentemente, a responsabilidade – pode ser penal, civil ou administrativo.

Sempre que existir um dano, surge o dever de indenizar, caracterizada a responsabilidade subjetiva ou objetiva, estabelecido o nexo de causalidade entre a conduta do agente, conduta e dano, por culpa ou por determinação legal.

2.6 DANO PATRIMONIAL E DANO EXTRAPATRIMONIAL

Na definição de danos, adota-se a apresentada por Noronha (2003, p. 474), “é prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinge coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelado”.

Explicita o mesmo autor que os danos podem ser patrimoniais “prejuízo patrimonial”, dano emergente, fruto do “prejuízo econômico” e lucros cessantes, “frustração de acréscimo patrimonial”, “que o lesado teria se não houvesse ocorrido o fato danoso” e danos extrapatrimoniais (morais), “insuscetíveis de avaliação pecuniária” (Noronha, 2003, p. 475), dividindo em duas categorias: dano a coisas (ou danos materiais), “quando se atingem objetos do mundo externo”, e dano à pessoa, quando “são afetados à própria pessoa do lesado, nos aspectos físico, psíquico ou moral”, “violação de direitos da personalidade” (Noronha, 2003, p. 558), “dano afeta exclusivamente a esfera dos valores espirituais ou afetivos” (Noronha, 2003, p. 568).

Conforme dicção de Pereira (2009, p.39) quando economicamente considerados, os direitos chamam-se patrimoniais “os que têm um objeto avaliável pecuniariamente” e os não-patrimoniais, “os que escapam à possibilidade de avaliação econômica, como os direitos da personalidade”.

Este trabalho elenca, pois, dois tipos de danos: O dano extrapatrimonial (moral) e o dano patrimonial (material).

O dano moral é o dano que se refere ao patrimônio ideal, abrange a honra, ao direito à vida digna e pode ser presumido. O critério para sua fixação é o da razoabilidade, levando-se em conta o grau de culpa e a repercussão negativa da ofensa.

A existência do dano é requisito indispensável na responsabilidade civil, pois

que, sem o dano, não há porque se falar em indenização. Dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, de uma pessoa jurídica ou física, que pode ser um bem com valor pecuniário, ou seja, economicamente identificável, mas pode ser, também, uma lesão a um bem extrapatrimonial, que atinge a esfera personalíssima da pessoa, como os direitos da personalidade, de que são exemplos, o direito à imagem, à intimidade, à vida privada, à honra, à dignidade da pessoa humana, em última instância, bens que são tutelados pela Constituição Federal.

O Tribunal de Justiça da Bahia, Quinta Câmara Cível, APELAÇÃO CÍVEL N 68220-9/2008 contra Clínica de Saúde em Ação de Indenização por Danos Morais que conclui pelo IMPROVIMENTO, pois que admite a adequação do valor da indenização estabelecido na 1ª instância pois observou-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade o i. Relator traz uma citação de Carlos Alberto Bittar, com conceituação de danos, em artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência n. 15 93, p. 293;291.

Danos morais são lesões sofridas pelas pessoas físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado. Mas se podem ambos conviver, em determinadas situações, sempre que os atos agressivos alcancem a esfera geral da vítima, como, dentre outros, nos casos de morte de parente próximo em acidente, ataque à honra alheia pela imprensa, violação à imagem em publicidade, reprodução indevida de obra intelectual alheia em atividade de fim econômico, e assim por diante. Os danos morais atingem, pois, as esferas íntima e valorativa do lesado, enquanto os materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio. Mas ambos são suscetíveis de gerar reparação, na órbita civil, dentro da teoria da responsabilidade civil.

A doutrinadora Maria Celina Bodin Moraes (2006, p.246-247) apresenta duas subdivisões para o dano moral, quais sejam, o dano moral subjetivo e o dano moral objetivo. Define como dano moral subjetivo, “efeito moral da lesão a um interesse juridicamente protegido, sentimentos de dor, vexame, sofrimento e humilhação, e dano moral objetivo, “lesão a um direito de personalidade” – perspectiva constitucionalista – “lesão à dignidade da pessoa humana”, “violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana”.

Um exemplo de dano moral subjetivo é apresentada por Marques (2004, p. 15) em citação a Sérgio Severo Lopes quando se refere ao dano por ricochete, dano este que é sempre dano moral subjetivo. Vejamos:

(...) o dano por ricochete é aquele que tem por fato gerador a lesão ao interesse de uma terceira pessoa; é uma consequência do evento danoso. Trata-se aqui, também, de um interesse próprio. (...) O dano por ricochete é sempre dano moral subjetivo, ou seja, indeniza-se o sofrimento, a tristeza, a dor d'alma daquele que perdeu ou mesmo viu um ente querido deformado, aleijado, paraplégico em cadeira de rodas, enfim, muito diferente do que era antes de sofrer a desgraçada lesão. (...) Há presunção *juris tantum* de dano moral para aqueles que têm ligação de parentesco (pais e filhos) ou vínculo (conjugal ou de união estável).

Considerando o dano extrapatrimonial como gênero, e dano moral, dano estético, dano existencial, como espécies, já está pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 387, publicada no Diário Oficial da União em 01 de setembro de 2009, “é lícito a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, afirmando desta forma, a autonomia entre estes dois danos.

O dano estético, que deve ser permanente, irreparável e indelével, é definido por Ludmila de Cerqueira Souza em seu trabalho monográfico “A natureza Jurídica do Dano Estético” (2009) como:

um dano que afronta a aparência física, a qual não se restringe aos traços fisionômicos, mas envolve a imagem física da pessoa em todos os seus aspectos, como a voz, os movimentos habituais de andar, de gesticular, de comportar-se, que constituam as expressões dinâmicas da personalidade.

Observa a referida monografista que, o enquadramento legal do dano estético se encontra na parte final do artigo 949 do Código Civil, que trata de indenização do ofensor no caso de lesão ou ofensa à saúde, “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Defende que este enquadramento também está previsto nos artigos 186 e 927, cláusulas gerais aplicáveis a qualquer tipo de dano.

Trazendo definição do que é dano estético, e registrando que o dano estético pode ser cumulado com dano moral uma vez que este diz respeito “à ordem psicológica (subjetivo), e o dano estético é externo, aferido objetivamente, mesmo que tenham se originado de um mesmo evento, Nascimento (s.d.) apud Tereza Ancona Lopez ensina ser este dano:

qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa,, modificação esta que lhe acarrete um “enfeamento” e lhe cause humilhações e desgosto, dando origem, portanto, a uma dor moral. Ou seja, trata-se de uma alteração para pior na estética da pessoa, não cabendo valoração subjetiva, de espécime tal como qualificar-se a pessoa como “bela” ou “feia” segundo padrões que seriam fragilmente formulados, transformando-se, pois, apenas em uma alteração para pior do que já existia, sem adentrar nos méritos de beleza conforme padrões predefinidos.

Não é diferente a compreensão do que é dano estético de Neri Tadeu Câmara Souza (2001) acrescentado que o dano estético é aquele dano que agride a

pessoa em sua auto-estima, “prejudicando a sua avaliação própria como indivíduo”, que traz “constrangimento”. Deve ser a lesão para que seja indenizável, permanente e irreversível, de forma que esta indenização, não se constitua em enriquecimento ilícito.

Ampliando e esclarecendo o conceito de dano estético, Bruno Karaoglan Oliva afirma:

Dano estético é toda ofensa, ainda que mínima, à integridade física da vítima, que ocorre quando há uma lesão interna no corpo humano, como, por exemplo, quando a vítima perde um rim, um baço, ou quando há ocorrência de lesão externa no corpo humano, como por exemplo, quando a vítima sofre uma cicatriz, queimadura, afetando, com isso, a higidez à saúde, a harmonia e incolumidade das formas do corpo, i.e., alterando o corpo da forma original, anterior à ocorrência da lesão.

O aludido autor referencia que o dano estético tem previsão constitucional, pois como se trata de lesão à integridade física, advém do direito de proteção à saúde previsto na Constituição Federal, nos artigos 5º, Inciso V - previsão de indenização por dano material, moral e à imagem -, 6º, - direito à saúde, e 196, - saúde é direito de todos - da Constituição Federal e artigo 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito (arts 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, e o artigo 949 do mesmo Código que trata da indenização devida pelo ofensor que causar lesão ou outra ofensa à saúde do ofendido.

Neste ponto, faz-se referência ao dano existencial, também indenizável, espécie de dano extrapatrimonial que é definido por Amaro Alves de Almeida Neto (s.d), como um ato:

doloso ou culposo, que cause uma mudança de perspectiva no cotidiano do ser humano, provocando uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas, com vistas ao seu projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer, deve ser indenizado, como um dano existencial, um dano à existência do ser humano

Neste mesmo diapasão, a autora Maria Emilia Nascimento (s.d), que afirma ser o dano existencial um dano “certo”, de constatação objetiva, “inferido automaticamente da existência do evento lesivo”, uma vez que este dano existencial não é provado quanto “ao íntimo da parte prejudicada”. O dano existencial, reafirma a autora, dano a um projeto de vida, “atua sobre as atividades cotidianas da pessoa, representando as tarefas que a pessoa deixa de fazer, fundamentalmente, faria de uma maneira diversa daquela empreendida antes da lesão”.

Com fundamentos constitucionais no art. 1º, Inciso III e artigo 5º da

Constituição Federal, a aludida autora afirma que o dano existencial, “é dano independente de repercussão financeira ou econômica e não diz respeito à esfera íntima”, diferentemente do dano moral, compara a autora, uma vez que o dano moral “pertence à esfera íntima da pessoa”.

Do dano existencial, esclarece Nascimento (s.d) decorre, “a frustração de uma projeção que impede a realização pessoal, impondo a reprogramação e obrigando um a relacionar-se de modo diferente no contexto social”.

Considerando que o dano existencial é um dano ao projeto de vida de uma pessoa, Frota e Bião (s.d.), definem que o Projeto de Vida

traduz as possibilidades de concretudes dentro do existir humano em sociedade, o que vai permitir ao sujeito a realização de escolhas pertinentes às várias esferas em que atua (tais como: a familiar, a profissional, a social, a religiosa e a educacional) durante a sua vida, período em que será instado a executar tal projeto não apenas de maneira autêntica, planejada e realista, como também de modo adaptável à dinâmica pessoal e social, flexível ante as transformações de âmbito individual e coletivo.

Quanto ao dano patrimonial, este é definido por Almeida Neto (s.d.) ser dano de valor econômico, avaliável em dinheiro:

ao conjunto de bens ou interesses de valor econômico de uma pessoa ou aos seus bens materiais, a qual venha acarretar incapacidade, total ou parcial da vítima, de exercer, temporária ou definitivamente, uma atividade que lhe produz rendimentos, ou a diminuição do seu patrimônio avaliável em dinheiro

O dano material, por sua vez, divide-se em duas espécies, dano emergente e lucros cessantes, como informa Santos (2008, p. 25):

(...) dano emergente (*dannum emergens*) e lucros cessantes (*lucrum cessans*). O primeiro consiste na concreta diminuição do patrimônio que a vítima possuía antes do evento danoso decorrente da conduta do ofensor. Daí a constatação sempre feita pelos doutrinadores de que a indenização do dano material visa prioritariamente recompor o *status quo ante*, isto é, reconstituir o patrimônio da vítima. Já os lucros cessantes correspondem aos valores que a vítima tenderia razoavelmente a auferir e que deixa de obter em razão do fato lesivo. Não se exige a certeza de que a vítima teria o lucro, mas apenas que este seria a consequência natural do desenrolar dos fatos não fosse a conduta do ofensor.

Desta forma, o dano emergente será indenizado com o retorno patrimonialmente falando, *do status quo ante* do ofendido, enquanto que o lucro cessante se refere aos valores que este ofendido deixa de auferir e que seria naturalmente auferido, em razão do dano.

2.7 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Ao afirmar que a boa-fé é sentida como a “concretização do princípio da dignidade da pessoa humana”, Farias e Rosenvald complementam (2009, p 134), ao afirmar que a dignidade da pessoa humana “é simultaneamente valor e princípio, constituindo elemento decisivo na afirmação de qualquer Estado Democrático de Direito, assumindo proporção de cláusula geral, apta a condicionar e conformar todo o tecido normativo”.

Ao trabalhar com a idéia de que hoje o Direito Civil apresenta novas características, inserido que está em uma sociedade de riscos, que protege direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente saudável, direito do consumidor, direitos trans-individuais e difusos, o Direito Civil é também pautado em princípios, como é exemplo o princípio da boa-fé, da eticidade, como pode demonstrar a afirmação de Kruschewsky (2008, p. 23):

Vale registrar que o prestígio dos valores sociais supera a singela proteção dos interesses difusos ou coletivos, para abranger a consciência de que, mesmo em uma relação típica de direito privado, como um contrato ou exercício do domínio, o interesse coletivo deva informar o exercício dos direitos individuais.

Neste mesmo sentido apontam Farias e Rosenvald (2009. p. 110 a 130), uma vez que para os referidos autores, o Código Civil persegue três grandes paradigmas, quais sejam os deveres de sociabilidade, eticidade e operabilidade e definem o princípio da socialidade é direito subjetivo “que deverá necessariamente corresponder uma função social” e significa “o poder de agir do indivíduo, concedido e tutelado pelo ordenamento, a fim de que possa satisfazer um interesse próprio, pretendendo de outra pessoa um comportamento”. Sobre o princípio da socialidade, acrescentam os autores:

A socialidade, ou função (fim) social do direito subjetivo obrigacional consiste exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os seus partícipes – bem como entre eles e a sociedade -, a fim de que seja possível, ao seu término, a consecução do bem (fim) comum da relação jurídica, que é o adimplemento. Ele se verificará da forma mais satisfativa ao credor – em face do qual constitui a prestação – e da forma menos onerosa ao devedor, afinal ele quer resgatar a sua liberdade, que fora cedida em razão da relação obrigacional.

Com relação ao Princípio da Eticidade, explicitam os mesmo autores, “o termo ética pode ser entendido como a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada. Cogita do ideal para o qual o homem dirige-se por natureza e por conseguinte, da essência do homem” explicando mais adiante que este princípio

da eticidade penetra no Código Civil de 2002 “através da técnica das cláusulas gerais, transformando-se o ordenamento privado em um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que lhe fornece substrato”, concretizando-se este princípio nas cláusulas gerais da boa-fé, função social, abuso de direito, equidade e bons costumes”. No que diz respeito ao Princípio da Operabilidade ou da concretude definem que são “rápidas formas de solucionar pretensões, bem como por meios que evitem a eternização de incertezas e conflitos”, citando Bobbio, dizem ser esta a “era da efetividade dos direitos” “pois eles existem para serem exercitados”.

O direito civil enxerga o homem como um ser humano pleno, completo, possuidor de valores e princípios fundados na ética, na boa-fé, no respeito ao direito do outro, que prestigia a dignidade da pessoa humana, valores estes que sobrepõem-se aos valores patrimoniais tão valorizados na aplicação do Direito Civil de tempos passados.

Os princípios da boa-fé, da cooperação, da desaprovação do abuso do direito, da cooperação e do respeito ao direito de outrem são premissas elevadas ao grau máximo da convivência social e constitucional.

A boa-fé é cláusula geral que serve como norma de interpretação e elemento limitador dos direitos subjetivos, e tem como finalidade estabelecer os deveres de conduta nas relações jurídicas, se constituindo em uma exigência de conduta ética em uso em uma dada sociedade.

O Código Civil diz no artigo 113 que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, e o Art. 422 do mesmo Codex determina que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” que, como registram Tepedino e Schreiber (2005, p. 34) citando Judith Martins-Costa, “Na sua face objetiva, o comportamento segundo a boa-fé” “hoje não só decorre da expressividade legal quanto domina e polariza todo o Direito das Obrigações em vista da estrutura codificada”.

Definindo a boa-fé subjetiva como sinônimo “de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito”, Tepedino e Schreiber (2005, p. 29) apontam que foi o Código de Defesa do Consumidor que em seu artigo 4º, III, - (... sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre

consumidores e fornecedores) e artigo 51, prevendo que são nulas de pleno direito cláusulas que, inciso IV, “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, ou seja, trouxe a objetivação da boa-fé no direito brasileiro como forma de “atender as necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

Os autores acima referidos chamam a atenção para o fato de que mesmo em relações não caracterizadas como de vulnerabilidade, mas, relações paritárias, o princípio da boa-fé é imprescindível pois “exige lealdade e honestidade, impondo deveres de colaboração que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio celebrado.” (Tepedino e Schreiber, 2005, p 41).

Sobre a boa-fé preleciona Reale (2003),

A boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências.

O princípio da boa-fé surge do ideal de termos uma sociedade mais justa e solidária, considerando-se que a relação contratual é um processo, que extrapola os limites das partes e atinge toda a sociedade. Este princípio constitucional obriga o respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais desta mesma sociedade. É uma exigência de lealdade, de agir honestamente, de honestidade pública.

O Código Civil de 2002 obriga ao direito privado normas de conduta eivadas de eticidade, socialidade e economicidade. Essas características predominam com muita força no campo do contrato, onde o Código destaca normas explícitas para consagrar a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio econômico.

Neste sentido expressam-se Farias e Rosendal (2009, p 100), “outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes”, trata-se dos “deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela”, que, informam os autores, são cinco estes deveres, quais sejam, de informação, lealdade, respeito, proibidade e garantia.

No mesmo diapasão, ao salientar que a doutrina brasileira atribui a boa-fé as funções de a) função interpretativa dos contratos (função hermenêutica, art. 113 do CC); b) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais (função de limite para o exercício de direitos, art. 187 do CC) e c) função criadora de deveres anexos ou acessórios, como os deveres de informação e esclarecimentos, de lealdade e de proteção, Tepedino e Schreiber (2005, p 36), defendem a existência de somente duas funções para a boa-fé, que são as funções I) interpretativa dos contratos e II) criadora dos deveres anexos que

formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato (Tepedino e Schreiber, 2005, p. 37-39),

registrando que, os limites da boa-fé é a “própria função social e econômica do contrato” pois que, tais informações, reafirmam os autores, “se relacionam à função social e econômica do contrato”.

Importante salientar que, os princípios informadores da relação contratual continuam em vigor, a autonomia da vontade e a obrigatoriedade do cumprimento da avença continuam sendo exigência da formação contratual. É que a boa-fé objetiva reforça o princípio da obrigatoriedade do contrato e a autonomia da vontade. O que modifica é o enfoque que é dado a estes institutos, devendo a interpretação do contrato ter como norte a boa-fé, conforme leciona Caio Mario da Silva Pereira (2009), “continua se originando da ‘declaração da vontade’”, tendo, “força obrigatória” e se formando, em princípio, “pelo só consentimento das partes”.

Como deveres resultantes do princípio da boa-fé, Noronha, (2003, p. 449) assinala que são: “de cuidado (ou proteção), de informação (ou esclarecimento), de assistência e de lealdade”.

Deveres de proteção e cuidado que “obrigam os intervenientes numa relação” a “cuidar para que não sejam causadas lesões aos outros intervenientes, nem na sua pessoa, nem no seu patrimônio”.

Deveres de lealdade que “obrigam as pessoas a se absterem de comportamentos que não estejam em conformidade com os objetivos da relação estabelecida”.

Concluindo com o dever de informação o mesmo autor o subdivide em deveres de esclarecimento “sobre especificidades que não sejam do conhecimento

geral das pessoas”, de conselho “sobre as possibilidades e opções disponíveis” e de advertência “quanto a riscos possíveis”, assim se expressando:

Obrigam cada uma das pessoas intervenientes na relação a prestarem os esclarecimentos que de acordo com os padrões de conduta prevalecentes, sejam dela exigíveis, com vista à decisão a tomar pela outra, ou pelas outras intervenientes.

No estudo da boa-fé objetiva, cumpre identificá-la como um modelo de eticização de conduta social, regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

O princípio da boa-fé objetiva não está preocupado com a convicção do indivíduo, preocupação esta da boa-fé subjetiva, mas, sim, com a sua conduta. Na análise da boa-fé no caso concreto, o foco de investigação é a conduta confiável e leal em acordo aos padrões culturais daquela sociedade.

É corolário do princípio da boa-fé objetiva, o direito do paciente à informação completa, verdadeira e adequada quanto ao seu estado físico e mental, as vantagens e desvantagens da terapêutica sugerida pelo médico e pelo prestador de serviços médico-hospitalares, princípio este que se traduz na cooperação, lealdade, transparência, correção, prioridade e confiança que devem existir nas relações estabelecidas entre o médico/serviços de saúde e o paciente.

A boa-fé subjetiva corresponde, conforme preleção de Reale (2003), “fundamentalmente, é uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito”. Diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas. É, pois, um estado psicológico fundado em erro de fato. O agente crê que sua conduta é correta, pensa que tem razão, que não causará prejuízos ao outro. Age, pois, desconhecendo eventuais vícios.

Neste diapasão é o entendimento esposado por Farias e Rosenvald (2009, 132), quanto a boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva, senão, veja-se, o que dizem os mestres sobre o princípio da boa-fé objetiva:

Modelo ético de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de conduta, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

Em referência à boa-fé subjetiva, afirmam os autores referidos acima, que não se trata de um princípio mas sim, “um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito, o que em verdade só existe na aparência” acrescentando que “o indivíduo encontra-se em escusável situação de ignorância acerca da realidade dos fatos e da lesão do direito alheio”.

O princípio da boa-fé objetiva, princípio geral de direito, conforme leciona Noronha (2003, p. 447-448)

segundo o qual cada pessoa deve agir, nas relações sociais, de acordo com certos padrões mínimos de conduta, socialmente recomendados, de lealdade, correção ou lisura, aos quais por isso correspondem expectativas legítimas das outras pessoas

A boa-fé subjetiva, do seu lado, é a “crença errada” “estado de ignorância sobre as reais características da situação jurídica que estiver em causa”.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A Medicina, conforme conceituação de Thomaz Junior (1997, p. 88) é a “arte de estudar as doenças e fixar procedimentos curativos necessários a fazer as pessoas voltarem ao estado saudável anterior ao mal que as acometeu” – medicina curativa -, bem como, “estabelecer formas e condutas preventivas tendentes a evitar a eclosão de males e ataques à saúde” – medicina preventiva.

A responsabilidade civil médica, na dicção de Marcelo Benacchio (2009, p. 321) em conformidade com a aplicação dos princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana,

tem confluência de vários elementos de difícil acomodação, a exemplo do constante incremento da tecnologia, os enormes custos dos tratamentos existentes, a ampliação dos danos possíveis e, principalmente, o fato de o exercício da atividade médica ter liame direto com o ser humano, seu corpo e saúde, situações jurídicas de importância fundamental no Estado Democrático de Direito

Necessário se faz ao tratar de responsabilidade civil profissional médica, conceituar atividade profissional e, neste mister, este trabalho registra o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.204), que dizem: “atividade designa a soma de ações, atribuições, encargos ou serviços desempenhados pela pessoa”, atividade política, comercial, econômica, isto é, atividade profissional, “conjunto de atos praticados por um sujeito, em decorrência do exercício de seu ofício”.

Conforme ensinamentos de José Augusto Delgado (2005, p. 8) a responsabilidade médica obedece aos princípios da “a) boa-fé objetiva; b) boa fé subjetiva; c) transparência; d) informação; e) função social da norma civil e f) valorização da dignidade da pessoa humana”.

Com relação aos pressupostos da responsabilidade civil do médico, ressalte-se a indicação de Kfoury Neto (2010, p. 106):

- a) comportamento próprio, ativo ou passivo;
- b) que tal comportamento viole o dever de atenção e cuidados próprios da profissão médica, tornando-o antijurídico;
- c) a conduta deve ser imputada subjetivamente ao médico, a título de culpa ou dolo;
- d) que haja um resultado danoso, material ou moral; e
- e) relação de causalidade entre o ato médico e o dano sofrido.

Quanto à atividade dos profissionais liberais, médicos em particular, atividade profissional que se constitui em preocupação primeira deste estudo, a crescente

responsabilização civil pelos seus atos médicos tem provocado inquietude de quantos estudam o assunto.

A responsabilização civil no tratamento da saúde, objeto de estudos cada vez mais frequentes, de preocupação de estudiosos do direito frente à insegurança e incerteza provocadas pelo crescente atendimento à saúde de forma impessoal, quase anônima, com a massificação da prestação dos serviços de saúde e os reconhecidos avanços tecnológicos na terapêutica, vêm modificando as certezas com extraordinária rapidez.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar Junior (1995, p. 33) ao justificar o crescente interesse pelo estudo da responsabilidade médica faz referência às mudanças culturais e tecnológicas porque passaram a relação médico-paciente e o avanço tecnológico observado no exercício desta atividade profissional, que durante séculos foi uma relação quase de caráter religioso, progredindo para uma relação de confiança e mais, que hoje esta relação se dá de forma massificada, passando o paciente a ser tratado como usuário e o médico prestador de serviços “tudo visto sob uma ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados”.

A responsabilidade civil do médico, está estabelecida como responsabilidade por ato próprio, com previsão expressa no artigo 951 do Código Civil, “aplica-se 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”, além do que o exercício da medicina impõe inscrição no Conselho de Medicina do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal, obedecendo todos os profissionais ao previsto no Código de Ética Médica, que institui um sistema de regras e fiscalização quanto à conduta médica e seu comportamento pessoal.

Quanto à figura do médico residente, que também terá responsabilidade no seu atuar, diz Cairo Júnior (2009, p. 150):

Entretanto, há um híbrido de atividade de ensino/aprendizagem com prestação de serviços, uma vez que o médico concomitantemente exerce uma atividade profissional, no mesmo estabelecimento hospitalar onde fica sujeito à orientação técnica e metodológica de médicos qualificados, havendo impossibilidade de identificar-se quando está na condição de aluno ou quando está trabalhando.

Compreendendo que o ato médico é realizado através de intervenções terapêuticas no corpo humano, pode-se desde já avaliar as dificuldades encontradas no desenvolvimento das atividades profissionais, pois não é possível a certeza quanto aos efeitos desta intervenção ou terapêutica, pois que os resultados dependem da resposta dada pelo organismo do seu paciente e a real possibilidade de responder por seus atos.

Na prestação do serviço médico no mundo moderno verifica-se, que, de um lado esta prestação vem se massificando em razão do volume de atendimento, e de outro, as condições reais em que estas atividades se desenvolvem, temas que têm se constituído em motivo de permanente preocupação e vigilância de quantos exercem esta atividade profissional, como alias preconiza o Código de Ética Médica.

Na preleção de Cavaliere Filho (2009, p. 370), a responsabilidade médica deve ser examinada em razão do tipo de prestação de serviço, se direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal ou se esta prestação é realizada de forma empresarial, através de hospitais, clínicas etc. Defende que, após o Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 14, §4º, estabelece, que “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, se prestada diretamente pelo médico, só quando se verifica a culpa pode-se falar em responsabilidade, assim como, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, isto é responsabilidade pessoal, subjetiva.

O mesmo Cavaleiri Filho ensina (1999, p 138) que os Tribunais tem firmado entendimento de que “Tem-se admitido a responsabilidade pessoal do médico somente quando demonstrado erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente”.

A Professora Claudia Lima Marques (2004, p. 12), chama a atenção para o fato de que a jurisprudência “reconhece um importante diálogo das fontes legislativas” na responsabilidade civil médica com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, Lei sobre Planos de Saúde, Código de Ética Médica, e “das regras subsidiárias sobre responsabilidade médica e prestação de serviços do Código Civil”, registrando ao final “sempre sob as linhas guias e mandamentos da Constituição Federal de 1988”.

Não poderá haver responsabilidade civil se o agente atuar no exercício

regular de um direito reconhecido, conforme artigo 188, inciso I do Código Civil, mas, sabemos, também, que o exercício regular de um direito não pode agredir o direito alheio, sob pena de tornar-se abusivo e desconforme com os seus fins.

O entendimento de que a relação existente entre o médico e o paciente é uma relação de consumo, regida, portanto, pelo Código de Defesa do Consumidor é esposada por Benachio, (2009, p. 338) para quem haverá “responsabilidade por vício e fato do serviço” conforme art. 14 e 20 do CDC combinados com os arts. 186, 389, do Código Civil.

Muitos estudiosos começam a questionar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade médica, uma vez que não a consideram atividade mercantilista, de consumo, importando dizer que a relação existente entre médico e paciente está amplamente amparada no Código Civil e no seu próprio Código de Ética Médica, não se constituindo relação consumerista em qualquer hipótese em que estas relações se conformam.

Conforme Aguiar Jr. (1995, p. 34), a responsabilidade civil do médico tem como pressuposto responsabilidade por ato ou por fato das coisas que usa a seu serviço, o médico responde por “ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto patrimonial ou extrapatrimonial”.

Conforme o artigo 5º, inciso XIII da Constituição “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

No exercício das atividades profissionais médicas, a obediência ao regramento do Código de Ética Médica e suas atividades profissionais, serão analisadas dentro do que prevê o Código Civil.

O novo Código de Ética Médica – abril de 2010, Resolução CFM 1.391, obriga o médico a inscrever-se no Conselho Regional do seu Estado para o exercício da Medicina. Em seus princípios fundamentais determina que a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade, que deve ser exercida com honra e dignidade, zelando pelo perfeito desempenho ético, e mais, o inciso XIX do Capítulo I, prevê que “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”.

O Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia fez publicar CENSURA PÚBLICA EM PUBLICAÇÃO OFICIAL, assinada pelo Presidente do CREMEB, Cons. José Abelardo Garcia de Menezes, em razão de cometimento de infração ética de médico, Publicado em 31/08/2011, no Jornal Correio e no Diário Oficial do Estado, seção Diversos, como transcreve-se a seguir:

O Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia – CREMEB, considerando decisão da Corregedoria do Conselho Federal de Medicina que negou seguimento ao recurso interposto pela Dra. Ana Cristina Spínola Ramos Pereira e Pereira, CREMEB 6.293 por encontrar-se intempestivo, e em cumprimento à decisão proferida em sessão de julgamento do Processo Ético Profissional n. 070/05, realizada em 03.09.2009, contida no Acórdão n. 295/09 dos membros da 1ª Câmara do Tribunal de Ética Médica deste Conselho, vem aplicar à citada médica a pena de CENSURA PÚBLICA EM PUBLICAÇÃO OFICIAL, prevista na alínea “C”, do art. 22 da Lei n. 3.268/57, por infração aos artigos 29 e 57 do Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 1.931/09), uma vez que comete infração ética o médico que deixa de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente e quando constatada negligência e imprudência na conduta do médico no atendimento realizado. Salvador, 08 de agosto de 2011.

Adiante, no Capítulo III dedicado à Responsabilidade Profissional, o mesmo Código de Ética veda ao médico: artigo 1º “Causar dano ao paciente, por ação, omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo Único: A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”.

Como registra ainda o Código de Ética Médica, Resolução CFM n. 1.931/10, agora tratando da responsabilidade social da atividade médica em seu artigo 47, diz que é vedado ao médico:

usar de posição hierárquica para impedir, por motivo de crença religiosa, convicção filosófica, política, interesse econômico ou qualquer outro, que não técnico-científico ou ético, que as instalações e os demais recursos da instituição sob sua direção, sejam utilizados por outros médicos no exercício da profissão, particularmente se forem os únicos existentes no local”.

A atividade profissional médica desta forma, tem responsabilidade civil e social.

Conforme leciona Cavalieri Filho (2009, p.369) quando se refere à frequência das ações em que se procura a responsabilidade médica:

As ações de indenização decorrentes de responsabilidade médica e hospitalar, que antes eram raras em nossa Justiça, estão se tornando cada vez mais frequentes. Talvez em razão da má qualidade do ensino de um modo geral e dos péssimos serviços prestados, principalmente, pelos hospitais públicos; talvez pelo aumento da procura desses serviços por parte da população em geral, cada vez mais pobre e doente; talvez, ainda, por ter hoje o cidadão uma maior consciência dos seus direitos e encontrar mais facilidade de acesso à Justiça. Em uma década o número de

processos por negligência ou imperícia encaminhados anualmente ao CFM aumentou sete vezes.

A responsabilidade médica quando este profissional presta serviços de forma direta e pessoal se diferencia da prestação de serviços médicos através de hospitais e clínicas.

Sobre a responsabilidade civil do médico Kfoury Neto (2010, p. 39) ensina:

A responsabilidade do profissional da medicina – tirante poucas exceções – não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se qualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar. A objetivação da responsabilidade, tão a gosto de considerável parcela da doutrina jurídica hodierna, aqui não pode caber.

É o mesmo autor que chama a atenção para o fato de que muitos doutrinadores defendem a objetivação da responsabilidade civil médica em razão das muitas dificuldades do paciente em se desincumbir do ônus da prova, estabelecendo o nexo causal entre o dano e o agente, defendendo estes estudiosos que “Haveria, pois, uma evolução, iniciando-se pela responsabilidade subjetiva, passando-se pela teoria do risco (exacerbação da teoria subjetiva), até se estabelecer, em definitivo, a responsabilidade objetiva”.

No caso da responsabilidade civil médica, há de se provar a culpa do médico, ou seja, que o Galeno agiu com imprudência, negligência ou imperícia, para que o dano seja indenizado, mas provar, conforme ensina Weber (2004, 157), “é demonstrar, de algum modo, a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação”, trazendo “a certeza”, a “verdade comprovada”, a “suspeita desfeita”. Assim, a autora esclarece, deve-se saber a quem incumbe o ônus da prova.

A prova da culpa é da parte lesada, do paciente. Como, no dizer da autora, a prova da culpa médica pelo paciente pode vir a ser considerada “prova diabólica” - (na definição de Câmara (2005, p. 12), prova da veracidade da alegação extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração),- pelas dificuldades que o paciente terá em provar a culpa do médico, informa a autora que a doutrina tem sustentado a possibilidade da inversão do ônus da prova para caracterizar a culpa médica.

Com relação ao momento de inversão do ônus da prova, o juiz deverá determinar a inversão da prova na fase instrutória, de forma a não cercear o direito de defesa do réu, neste caso o médico, a quem caberá provar que não agiu com culpa, em citação a Gustavo Tepedino, aponta Weber, (2004, p. 158), são as

palavras do ilustre doutrinador:

Nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, pode o juiz inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, desde que considere verossímil a alegação ou tenha o consumidor como hipossuficiente. Assim é que, tanto na responsabilidade subjetiva do médico (art. 14, & 4º, do CDC), quanto na responsabilidade objetiva das clínicas ou hospitais públicos e privados, caberá ao réu, uma vez invertido pelo juiz o *ônus probandi*, demonstrar a inexistência do fato culposo (na hipótese de responsabilidade subjetiva), ou, nos demais casos, a inocorrência de defeito do produto (art. 12, & 3º, II), ou do serviço (art. 14, & 3º, I) do dano ou do nexo de causalidade entre um e outro. A solução é inovadora, representando uma alteração profunda do sistema estatuído pela regra geral do art. 333, I, do CPC.

São esclarecedoras as afirmações delineadas por Alexandre Câmara (2005, p. 11), ao dizer que se o juiz não tem provas suficientes nos autos do processo de forma a ensejar o seu convencimento quanto à veracidade dos fatos alegados, ensina o referido autor, o juiz pode sentenciar pela improcedência da ação, uma vez que o demandante não se desincumbiu do ônus de provar, isto, em regra geral. No caso dos processos com causas referentes às relações de consumo, ressalta, e, portanto, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, pode, por determinação judicial, na fase da instrução, inverter o ônus da prova, e, neste caso, caberá ao demandado o ônus de provar que a alegação é inverídica.

Tem-se que utilizar, na aferição da responsabilidade médica, sua culpa, utilizando o que os doutrinadores chamam “distribuição dinâmica da prova”, vez que, como as partes tem deveres de cooperação, de boa-fé, no dizer de Câmara (2005, p. 14), “o ônus da prova deve ser imposto àquele que, conforme as características do caso concreto, tenha melhor condições de produzi-la”. Esta aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova decorre do “princípio da cooperação, o qual é corolário do princípio da solidariedade, sendo ambos manifestações do princípio da boa-fé”.

Relativamente à responsabilidade da equipe médica cirúrgica, ensina o mesmo autor (Cavaliere, 1999, p. 138-139), se o dano se concretizou em razão de erro do anestesista, caracterizada estaria a responsabilidade solidária do médico chefe de equipe se foi escolhida sua a indicação do anestesista e se este atua sob sua orientação. Se atuarem autonomamente, responde individualmente o anestesista pelo seu erro, por não ser preposto do médico chefe de equipe.

Na lição de Aguiar Jr (1995, p. 41) quanto à responsabilidade do hospital, o hospital “responde pelos atos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores, etc) e dos médicos que sejam seus empregados”, com presunção de

culpa. Responde civilmente, também, quando o paciente procura diretamente o hospital, mesmo que atendido por médico que não é de seu corpo clínico.

Não responde, porém, quando um médico utiliza suas instalações para atendimento de seus pacientes, tendo sido contratado diretamente com o galeno para internações e tratamentos, mesmo que este médico faça parte do corpo clínico do hospital, mas, responderá, mesmo nestes casos, “por eventuais falhas dos serviços hospitalares, pelas coisas (instrumentos e aparelhos) utilizadas na prestação de serviços”.

Os hospitais responderão civilmente, também, pela falta ou defeito na organização que se apresenta com a ausência de médico plantonista ou, quando possui serviços emergenciais, os interrompe.

Tem previsão legal, também, as excludentes de ilicitude que são a legítima defesa, o exercício regular de um direito, o estrito cumprimento de dever legal e o estado de necessidade, sendo que este estado de necessidade em algumas situações, não exclui a responsabilidade civil, pois que, se o terceiro atingido não for o causador da situação de perigo, poderá exigir indenização do agente que houvera atuado em estado de necessidade, cabendo a este ação regressiva contra o verdadeiro culpado, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 103).

Como causas excludentes da Responsabilidade Médica, aponta Delgado, (2005, p. 12): a) culpa exclusiva da vítima (não atende a todas as prescrições fixadas pelo médico); b) culpa concorrente da vítima e do agente; c) culpa de terceiro (o agente causador do dano é um terceiro); d) caso fortuito (acontecimento imprevisível – natural) e e) força maior (fato que se prevê, ou é previsível, mas que não se pode, igualmente, evitar, visto que é mais forte que a vontade ou ação do homem).

Exclui também de responsabilidade médica além do caso fortuito e a força maior, a culpa exclusiva da vítima que acontece quando ocorrência imprevisível ou inevitável se apresenta em razão de o paciente não seguir as orientações e cuidados médicos recomendados pelo esculápio e este comportamento provoca dano à saúde deste mesmo paciente.

Quanto à exclusão da responsabilidade do prestador de serviços, Cavalieri Filho (2009, p.386) ensina que, entre as causas que excluem a responsabilidade do prestador de serviços, o CDC refere-se à inexistência de defeito do serviço – “o fornecedor de serviços não será responsabilizado quando provar que, tendo

prestado o serviço, o defeito inexistente (art. 14, §3º, I), afirmando que para afastar a sua responsabilidade, bastará que o hospital ou médico prove que o evento não decorreu de defeito do serviço, mas sim das condições próprias do paciente ou de fato da natureza.

Quando a prestação do serviço se realiza através de pessoa jurídica, é possível em casos de processos judiciais que reclamam indenização, a intervenção de terceiros.

Sob o conceito geral de intervenção de terceiros que se encontra previsto no Código de Processo Civil através dos artigos 56 a 80, define-se como intervenção de terceiros o ingresso de um terceiro em processo alheio, tornando-se parte, e, portanto, vinculado à decisão. As intervenções de terceiro funcionam, sobretudo, para garantir a economia processual, porque se permite que pessoas que de algum modo se relacionam ao processo, participem deste processo evitando-se, assim, um outro processo. Pode haver uma ampliação subjetiva ou objetiva da demanda.

No caso de ampliação objetiva do processo, este mesmo processo passa a ter um novo objeto, um novo pedido, como acontece com a denúncia a lide e a oposição que agregam ao processo, além de um novo sujeito, um novo pedido. A intervenção de terceiros, principalmente a denúncia da lide, vem se constituindo conforme Luna (2004):

Num dos maiores problemas que emergem na responsabilidade civil médica, porquanto, embora fundada na responsabilidade subjetiva, isto é, na apuração da culpa do agente causador do dano, é, todavia modernamente alicerçada na responsabilidade objetiva do ente público ou privado, representado pela instituição hospitalar ou a pessoa jurídica contra a qual são formulados os pleitos indenizatórios. Destarte, faz-se necessário, e até mesmo obrigatória, a participação de terceiros envolvidos, como é o caso da equipe médica nosocomial que deu causa ao evento. Assim, quase sempre, é mister dos operadores do Direito, convocar para a apuração fática, além dos peritos e demais assistente técnicos, também o depoimento daqueles que, sucumbindo a parte ré, possa esta buscar a compensação financeira através da competente ação de regresso nos mesmos autos processuais. Para tanto, há que se demonstrar a culpa, ou pelo menos, a existência de nexo causal entre o evento danoso e a conduta imputada aos agentes da demanda.

3.1 ERRO MÉDICO E IATROGENIA

O médico deve atuar de acordo com o preconizado pela ciência, aperfeiçoando-se continuamente em sua área de atuação.

De acordo com os ensinamentos de Benacchio (2009, p. 336), “a desconformidade entre o comportamento permitido pelo ordenamento e o adotado pelo médico redundará na ilicitude de sua conduta e conseqüente responsabilização civil”. Continuando, define o autor sobre o erro médico “erro médico ocorre nas hipóteses em que o médico atua em desconformidade com as regras científicas relativas à sua atuação profissional”.

O Erro Médico é definido por Giostri (2009, p. 25), como:

[...] uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou omissão do profissional.

Todavia, quando da ação ou da omissão do profissional advier um dano ao paciente, com o claro e indispensável nexos de causalidade, então deverá ele ser responsabilizado.

Entre os deveres do médico estão os cuidados que o Galeno deve ter e que são próprios da sua profissão, quando estabelecer o diagnóstico, a indicação terapêutica, quando da sua atuação na intervenção cirúrgica e no prognóstico.

Conforme nos ensina Aguiar Jr. (1995, p. 37), o erro de diagnóstico não gera responsabilidade se o diagnóstico não foi oferecido em erro grosseiro e com atenção e precauções conforme o estado da ciência, equilibrando e definindo, para a indicação terapêutica os riscos e eficácia do tratamento que está sugerindo.

Afirma Aguiar Dias (1954, p. 287) que “se o erro de diagnóstico, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica, não induz à responsabilidade do médico, o engano grosseiro ou manifesto não permite isentá-lo”. Em síntese, o erro grosseiro é passível de indenização.

Pode haver, também, erro de prognóstico, observando, o autor acima referido que, é no prognóstico que é exigido do médico “maior soma de prudência e reflexão”, considerando que o tratamento médico é “a mais larga oportunidade do exercício da medicina, enquanto que este tratamento na medicina, é “a soma dos meios empregados para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor” do paciente.

O diagnóstico, seguindo definição de Thomaz Junior, é “parecer final do médico sobre o estado de saúde do paciente após anamnese” e acrescenta quanto aos seus pressupostos:

Pressupõe indagação sobre as mais variadas situações físicas e psíquicas do paciente, envolvendo carga hereditária, para buscar a definição médica de determinado estado patológico – se é que ele existe mesmo – e fixar o tratamento exigido para a recuperação da saúde abalada,

acrescentando o mesmo autor, que o erro de diagnóstico sem imprudência, negligência e imperícia, é “erro escusável”, erro de diagnóstico não causado por culpa, pois o médico se conduziu com “todo empenho e arte, desincumbindo-se com todo dever de cuidado, não ficou fora da chamada falibilidade profissional decorrente de outras circunstâncias”, dentro do que se anota sobre a “ciência médica ser incerta e conjectural”. (Thomaz Júnior, 1997, p. 94).

O erro escusável, por sua vez, é aquele erro cometido pelo médico na sua atividade profissional que, embora tenha empregado corretamente os conhecimentos e as regras da ciência, chega a uma conclusão falsa, advindo desta opção, dano ou perigo ao paciente. (Aguiar Jr., 1955, p. 37).

Quanto ao erro profissional que também causa dano, esclarecedores são os ensinamentos de Benacchio (2009, p. 336-339), “erro profissional não é decorrente da atuação equivocada do profissional em si, mas sim dos próprios limites da medicina no sentido de ser uma arte sujeita ao desenvolvimento dos próprios conhecimentos em que se funda”, alertando o mesmo autor que “as consequências danosas oriundas do próprio tratamento preconizado pela ciência médica, apesar da causalidade com a atuação do médico, não podem ser compreendidas como erro médico” sendo necessário para a responsabilização do erro médico, a prova da culpa, conduta culposa, o nexo de causalidade e o dano, responsabilidade, portanto, subjetiva.

Há de se fazer distinção entre o erro profissional e imperícia, seguindo os ensinamentos de Stoco (2001, p. 109-110) “ocorre ‘erro profissional’ (erro de técnica), erro escusável, justificável, quando a conduta médica é correta mas a técnica empregada é incorreta. Significa que o médico aplica corretamente uma técnica ruim para aquele caso”.

Afirma o mesmo autor que ocorre o “erro médico”, a imperícia, erro inescusável, não justificável, quando a “técnica é correta e adequada mas a conduta ou atuação do médico é incorreta ou desastrosa. Quer dizer que o médico aplica mal uma técnica boa”, tendo como consequência o dever de reparar.

Na Apelação Cível no 33.659-4;2007, TJBA, referente a processo de ação de indenização contra um Hospital, por alegado erro médico, - lesão resultante de procedimento anestésico -, e a responsabilização civil, em sua ementa registra o i. relator que, “A ação restou evidenciada, perpetrada por meio de negligência no acompanhamento do ato anestésico, o dano, inegável, o nexo de causalidade

manifesto, conforme exposto acima.”, prosseguindo o relator e concluindo que “não há como afastar a culpa e responsabilidade do recorrido no infortúnio causado à autora, razão pela qual verifica-se, *in casu*, que presentes estão os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam, a culpa e a sua relação de causalidade com o dano, gerando, assim, a obrigação de reparar”.

No que se refere ao “quantum” a ser indenizado, na Apelação acima referida, diz o relator que, uma vez que a paciente provou ter sequelas com total dependência pois ficou sem condições físicas e psíquicas para conduzir a sua própria vida, decorrentes da atividade profissional, o valor da indenização (valor relativo ao ano de 2007), se constituiu na importância de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), apontando o Relator ainda, que este valor responde pelo fato em si, suas circunstâncias e o dano sofrido pela Autora.

Tratando de erro médico, no caso, erro de diagnóstico, o mestre Kfoury Neto (2010, p. 92), assim se expressa quanto a responsabilidade civil médica e a caracterização deste erro:

A determinação da responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra em um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica. Por outro lado, como veremos, condições pessoais do próprio paciente também podem determinar tais erros.

Caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por exemplo, grosseiro. Assim, qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado.

A responsabilidade civil por erro médico deverá ser apurada em razão da ação ou omissão do médico, da conduta que, prevista para aquele caso concreto não se efetivou, não utilizando desta forma o Galeno, dos recursos colocados à sua disposição, não agindo, portanto, como deveria agir um seu par, nestas mesmas condições.

Quanto à *latrogenia*, a i. Juíza Graça Cristina Moreira do Rosário (1995, p. 81), ensina que ela ocorre quando o paciente sofre um dano e este dano não decorreu de ato médico, de culpa, mas sim do fator *álea* e acrescenta: “É o fator *álea*, ou seja, a imprevisibilidade que caracteriza o exercício da ciência conjectural, como é o caso da Medicina, e que também fica na dependência da resposta orgânica que é única para cada paciente”. É a doença que surge no paciente em

virtude da intervenção médica cirúrgica ou medicamentosa já esperada ou necessária.

Ao definir iatrogenia ensina Rui Stoco, (2001, p.105) apud Paulo Jatene, que, a “expressão iatrogenia (iatro + geno + ia)” é verificada “como a alteração patológica provocada no paciente por tratamento de qualquer tipo”. É acontecimento ou resultado danoso do atuar médico, que podem se apresentar como lesões previsíveis mas inesperadas e lesões decorrentes de falha no exercício da profissão. Adiante, conclui o mesmo autor que, existem procedimentos que causam lesão e que esta lesão é “prevista, sabida, esperada e até mesmo planejada, constitui o único meio para o tratamento e busca da cura” exemplificando estas lesões, como as verificadas quando da retirada de tumores, retirada de amígdalas, aplicação de quimioterapia, radioterapia.

Alerta o mesmo autor, (Stoco, 2001, p. 108-110) que pode ocorrer iatrogenia decorrente de fatores individuais e próprios do paciente - “de sua maior sensibilidade e reação a determinados procedimentos ou medicamentos, das idiossincrasias do seu organismo ou do seu psiquismo”, decorrentes da omissão do paciente quanto à existência de condições orgânicas desfavoráveis. Pode ocorrer, também, segundo o autor, decorrentes da técnica empregada ou do estado da ciência e, ainda, como resultado da atuação culposa do profissional da área médica, neste caso, punível, pois o dano foi causado em razão de ação ou omissão no exercício da atividade médica, conduta culposa, quando se verificará o nexo de causalidade entre a conduta médico e o resultado danoso, responsabilizando-o civilmente.

No mesmo sentido, posiciona-se Benacchio (2009, p. 336), que diz ser a iatrogenia as

decorrências das vicissitudes do próprio corpo humano e dos limites da ciência que persegue seu tratamento, assim, as reações ao tratamento, cicatrizes, diminuição ou perda de funções, advindas de ato médico propedêutico ou terapêutico visando ao benefício do paciente, são denominadas lesões iatrogênicas, não gerando responsabilidade civil do médico por serem causadas pela atuação correta do médico do ponto de vista da ciência, portanto, equiparadas ao caso fortuito.

A iatrogenia é excludente de responsabilidade, pois “traduz um atuar médico correto, de conformidade com as regras e princípios sugeridos pela Ciência Médica”, como afirma Rosário (1995, p. 81).

Quanto ao erro médico, no pensar de Cavalieri Filho (2009, p. 380), “Se há

erro médico e esse erro provoca *ab origine* o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico”.

3.2 PERDA DA CHANCE NA ATIVIDADE MÉDICA

Neste ponto, trata-se da responsabilidade civil em razão da perda da chance que no dizer de Noronha (2003. P. 668-687), “é um dano certo, que pode dizer respeito à frustração de uma vantagem que poderia acontecer no futuro (dano futuro) ou à frustração da possibilidade de ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano presente).

Detalhando seu pensamento, o autor referido defende que existem duas categorias do dano presente: A primeira, é a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo “o responsável podia e devia ter evitado a ocorrência do dano, caso tivesse praticado um fato diverso daquele que lhe é imputado”. A segunda categoria é perda da chance por falta de informação que, “diz respeito à frustração da oportunidade de tomar uma decisão esclarecida, devido a ter havido quebra de um dever de informar, que recaia sobre outra pessoa”

Adverte Noronha (2003, p. 687), a existência de um problema da responsabilidade civil por perda da chance pela quebra do dever de informar:

“só surge nos casos em que o ato que acabou causando o dano não fosse absolutamente inevitável, ou, dizendo de outro modo, nos casos em que o interessado tivesse uma opção, que lhe tenha sido subtraída. Se houver violação de deveres gerais de informação, mas sem a possibilidade de opção do lesado por outro procedimento, eventual responsabilidade do faltoso só surgirá quando a omissão for causa de danos específicos (que podem consistir, por exemplo, no sofrimento do paciente, por não ter sido preparado para enfrentar a situação em que veio a ficar após a intervenção cirúrgica e que, de resto, em geral ele não seria obrigado a preferir à situação anterior).

Afirma-se ainda que a omissão na atividade médica não causa só a doença ou a morte do paciente, mas faz com que ele perca a possibilidade da cura.

Na responsabilidade subjetiva quando, ante a dificuldade de comprovação entre o nexo de causalidade do “ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se que o elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento” alerta a Juíza Gracia Cristina Moreira do Rosário (1985, p. 54), advertindo a autora que, se “o indivíduo é privado de um diagnóstico correto, sendo, desta forma prejudicado em vir a seguir uma terapêutica adequada útil a sua cura, está constituída uma perda de

chance, que também constitui um dano em si mesmo” (Rosario, 1985, p.56).

Esclarece, ainda, a doutrinadora que “a perda da chance só será suscetível quando der lugar à reparação do dano oriunda da oportunidade perdida devido a um erro”, (Rosario, 1985, p.58) chance que “deve ser séria e provável”, concluindo, “perda a chance, presente a certeza do dano”. (Rosario, 1985, p.58).

A perda de uma chance, que é a possibilidade que se tinha de se obter uma vantagem ou de se evitar uma perda, aplicada à atividade médica, trata-se, em verdade, da perda de uma chance de cura ou sobrevivência, ou de não oferecer ao paciente todas as chances de cura. Esta perda só será indenizável se houver probabilidade de sucesso maior do que cinquenta por cento.

A indenização do dano, conforme art. 944 do Código Civil é medido em acordo com a sua extensão, que, como prevê seu Parágrafo Único, deve ser avaliada a proporção entre a culpa e o dano, de forma a proporcionar o retorno ao estado anterior, e de acordo com Rosário (1995, p. 62) é dano moral, podendo estar presente o “dano emergente – em razão da atual possibilidade de cura que restou frustrada – e do lucro cessante”.

Em Monografia apresentada, Luana Diniz Lirio, (2010, p. 100-101), a monografista defende que a teoria por Perda de uma Chance caracteriza-se “pela possibilidade de reparação do dano causado a um sujeito que se vê privado da oportunidade de obter uma benesse ou evitar um prejuízo”, isto é, perda da própria oportunidade e não “pelo prejuízo final”. Acrescenta, ainda, que a indenização pela Perda de uma Chance é um mecanismo de “pacificação social”, classificando o dano consequente como “específico e autônomo”, observando que o “nexo de causalidade une a conduta à perda da chance e não ao resultado final”, não se confundindo, por isto, a perda de uma chance – “quantum debeatur a ser indenizado será calculado com base na própria perda da oportunidade” - , com lucros cessantes e dano emergente, nos quais o dano final é demonstrável.

Embora o erro de diagnóstico seja escusável, erro que foi produzido sem que houvesse culpa do médico, sem negligência, imprudência ou imperícia, tendo agido o Galeno em acordo ao estado da arte, o médico será responsabilizado a indenizar por perda de uma chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido. (Lirio, 2010, p. 103).

Posiciona-se contrariamente Felipe Severo (2012, p. 79), em Monografia apresentada que versa sobre a Responsabilidade Médica e a Perda da Chance de

Cura, concluindo que “a incerteza que circunda a perda da chance de cura advém das dúvidas existentes do nexo de causalidade entre o ato médico e o dano final. A referida dúvida que, como já mencionado, paira sobre o liame causal, não tem o condão de se constituir como um dano autônomo”.

Acrescenta o referido monografista que, observando que o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza que “se crie” um dano autônomo pela geração de uma mera incerteza do nexo causal provocada por um suposto ofensor”, e mais, que a teoria da perda de uma chance “na atividade médica não se revela adequada”, pois, “não se deve, em nome da dignidade da pessoa humana, ir às últimas consequências para imputar o dever de reparação a quem não causou um dano juridicamente reparável”, uma vez que, não é admitida no direito brasileiro a indenização por causalidade parcial em razão do princípio da reparação integral, e, mais, que a incerteza sobre o dano final encontra-se lastreada no grau de responsabilidade entre a atividade do médico, o erro, por exemplo, de diagnóstico e a evolução da enfermidade (força maior), sem que se possa mensurar qual causa foi responsável pelo dano (erro de diagnóstico ou evolução da enfermidade), causalidade alternativa ou concorrente.

3.3 ATIVIDADE MÉDICA – RISCO OU PERIGO

Este trabalho, estuda, neste ponto, da atividade médica considerada atividade de risco ou de perigo, para que se possa entender a responsabilidade civil médica em um dos seus variados ângulos, uma vez que, no desenvolvimento da atividade médica, não poucas vezes, estes profissionais enfrentam situação em que o paciente apresenta-se em estado de perigo de vida iminente e este profissional é obrigado a, de imediato, agir para afastar o perigo sem o consentimento do paciente ou seu representante e sem a certeza de que este mesmo paciente não sofrerá qualquer espécie de dano, e mais, que este dano que por desventura venha a acontecer, provoque contra si uma ação indenizatória.

A sociedade moderna, caracterizada por grandes riscos e perigos, vem ensejando, assim, mudanças na conduta dos homens, provocando, em consequência, um aumento da responsabilização civil da atuação médica no sentido de praticar o que se chama “medicina preventiva”.

No desenvolvimento da atividade médica, a identificação da culpa, aí

compreendida a caracterização da existência de negligência, imprudência ou imperícia tem tido como resposta a responsabilização civil médica. Esta é uma consequência esperada, pois que pautada no respeito que todos devem ter aos princípios que envolvem as relações sociais, princípios éticos norteadores da boa convivência social.

A atuação médica é considerada por doutrinadores como uma atividade perigosa, pois independente da sua melhor atuação, sempre deverá contar com a mais ou menos incontrolável reação do corpo humano.

A atividade médica, pelos riscos que representa, sujeita-se, também, a disciplina própria, ou seja, além de diploma em curso superior específico, obriga inscrição do médico em Conselho especial.

Como a atividade médica é em sua essência uma atividade perigosa, possui um risco inerente mesmo que prestado com toda a técnica e segurança, como em cirurgias em idosos, por exemplo, ou tratamentos quimioterápicos, é a informação prestada com o consentimento informado que afasta a responsabilidade civil médica pelos riscos inerentes à sua atividade. Em sentido inverso, a falta de informação pode levar o médico à responsabilização, como afirma Cavaleiri Filho (2009, p.377):

A falta de informação pode levar o médico ou o hospital a ter que responder pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, mas pela ausência de informação devida, pela omissão em informar ao paciente os riscos reais do tratamento.

Como exemplo de que a atividade médica é essencialmente perigosa e tem um risco inerente, pode-se nomear que toda cirurgia e certos tratamentos apresentam riscos e efeitos colaterais, como é grande exemplo, o tratamento do câncer, com a utilização de radioterapia e quimioterapia. Estes riscos não decorrem de defeito no serviço e se apresentam mesmos que sejam prestados com boa técnica e segurança.

Os riscos, ou complicações conforme Giostri (2009, p. 23) podem ser divididos em riscos típicos e atípicos. Define a autora que os riscos típicos “são aqueles cuja delimitação está em função de uma porcentagem de frequência – fixados por casos concretos -, dando margem a que tal porcentagem possa ser avaliada dentro dos critérios flexíveis e adaptáveis, por serem conhecidos”.

De outro lado, afirma a mesma autora que, “Fora desse perfil, as complicações que se produzem são atípicas” e ‘consequentemente, imprevisíveis, o que implica em não exigir a adoção de medidas preventivas para evitar sua

produção'. Compara a autora o risco atípico com 'acidente imprevisível' e, portanto, equipara-o, ao caso fortuito. (Giostri, 2009, p. 23).

Para fazer face ao risco inerente à atividade médica, surge o dever de informar, o Consentimento Esclarecido, que significa a obrigação do médico e do hospital para com o paciente, quanto à informação referente às possíveis consequências e benefícios do tratamento terapêutico ou cirúrgico a ser implementado e consequente consentimento do paciente.

Acatando os ensinamentos de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Cavaleiri (1999, p. 137), informa o que se configura como risco inerente e risco adquirido, ao definir risco inerente como aquele "risco intrínseco, atado à própria natureza ou a qualidade da coisa, ou modo de funcionamento" exemplificando, com a administração e consequência dos medicamentos, ou seja, riscos normais e previsíveis, inevitáveis, que só serão excludentes de responsabilidade se o Galeno se desincumbir do dever de informação ao paciente.

Quanto ao risco adquirido, descreve o autor, se caracteriza quando "produtos e serviços tornam-se perigosos em decorrência de um defeito", imprevisíveis e anormais, danos estes que responsabilizam o fornecedor de serviços, no caso, o hospital, pois são defeitos do serviço.

Em sede do Processo n. 16687-5;2007 – APELAÇÃO CIVEL em uma "Ação Ordinária de reparação de danos por alegação de erro médico contra uma Clínica Médica, assim se expressou o i. Relator, Juiz Jatahy Fonseca Junior, em substituição ao Des. Eduardo Jorge M. Magalhães:

O Código de Defesa do Consumidor estabelece que a prestação de serviço de saúde médico-hospitalar de natureza privada representa nítida relação de consumo, estabelecendo a obrigação objetiva do hospital em relação ao paciente.

A responsabilidade objetiva do hospital fica condicionada à comprovação da culpa de seu preposto através de conduta ilícita por imperícia, negligência ou imprudência, e o nexo de causalidade entre ação e dano, devendo ser cabalmente demonstrados nos autos.

Evidenciado ter restado provado, seja através do laudo pericial do *expert* nomeado pelo Juiz, seja pela prova documental colacionada aos autos, a total ausência de culpa do médico, mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Reconhecendo, o i. Relator, que a prestação de serviços médicos por clínicas e hospitais, se dá através de uma relação de consumo, responsabilidade, portanto, objetiva. Acrescentando, que, o regresso do hospital para com o médico só será devida, se for provada culpa do Galeno.

3.4 O ATUAR MÉDICO - OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO

Sabe-se que existem obrigações de meio e obrigações de resultado.

Definindo o que seja obrigação de meio, assim se expressa Gisela Sampaio da Cruz (2005, p. 169), “as obrigações cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas tão-só em uma atividade diligente deste em benefício do credor”.

Quanto à obrigação de resultado, a mesma autora afirma que esta obrigação se explicita quando o “contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não consecução implica o descumprimento do contrato (Cruz, 2005, p. 170), concluindo que tem-se que, a atividade médica é uma obrigação de meio, pois que o médico não se obriga a um resultado mas, sim, a oferecer um “tratamento adequado, diligente e conforme a ciência médica” isto é, “os meios diligentes a produzir o resultado almejado”.

Neste mesmo diapasão, ensina o mestre Aguiar Dias no ano de 1954, (1954, p. 272) que a obrigação do médico é uma obrigação de meio, pois sua obrigação não é a cura “mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência”.

Fazendo referência à crítica entre a dicotomia existente entre obrigação de meio e obrigação de resultado, Gisela Cruz (2005, p. 170-171) apud Luis Manuel Teles de Menezes Leitão diz em referência à esta distinção que, apud Gomes da Silva:

Gomes da Silva demonstrou o fracasso da distinção, com o argumento de que mesmo nas obrigações de meios existe a vinculação a um fim, que corresponde ao interesse do credor, e que se o fim não é obtido presume-se sempre a culpa do devedor. Efetivamente, a crítica parece proceder já que em ambos os casos aquilo a que o devedor se obriga é sempre uma conduta (a prestação), e o credor visa sempre um resultado, que corresponde ao seu interesse (art.398º, n. 2). Por outro lado, ao devedor cabe sempre o ônus da prova de que realizou a prestação (art. 342º, n.2) ou de que a falta de cumprimento não procede de culpa sua (art. 799º), sem o que será sujeito a responsabilidade. Não parece haver assim base no nosso direito para distinguir entre obrigações de meio e obrigações de resultado. (Direito das obrigações, cit., PP. 140-141)”.

É no mesmo sentir que posiciona-se Cruz (2005, p. 178) “De fato, a tendência mais atual do direito das obrigações é a de temperar a distinção entre a obrigação de meio e de resultado”. O princípio da boa-fé objetiva, iluminado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, consagrados na

Constituição Federal, impõe às partes da relação contratual não só o dever de cumprir, mas também o de facilitar o cumprimento das obrigações. Daí afirmar a autora apud Gustavo Tepedino que

ao resultado esperado pelo credor mesmo nas chamadas obrigações de meio não pode ser alheio o devedor. E, de outro lado, o insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade *tout court*, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor.

Para definição do que seja obrigação de meio Benacchio (2009, p, 328, utiliza-se da definição do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior que diz ser obrigação de meio

quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado.

A obrigação será de resultado, conforme ensina o Ministro Ruy Rosado citado por Benacchio, “nos casos em que houver seu dever na realização de um ato específico sem o qual não se desincumbe de sua obrigação”, citando como exemplo a realização de transfusão de sangue e a vacinação.

Tem-se uma obrigação de meio, quando o agente se obriga a uma atividade sem, contudo, garantir o resultado esperado. Na obrigação de resultado, ao contrário, o devedor se obriga não apenas a desenvolver sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor.

Conforme os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 205), quando tratam da obrigação da atividade médica ser de meio ou de resultado, concluem pela afirmação de ser uma obrigação de meio:

As obrigações do médico, em geral, assim como as do advogado, são, fundamentalmente, de atividade meio, uma vez que estes profissionais, a despeito de deverem atuar segundo as mais adequadas técnicas científicas disponíveis naquele momento, não podem garantir o resultado de sua atuação (a cura do paciente, o êxito no processo).

No mesmo diapasão, se expressa Cruz (2005, p 171), quando reconhecendo que a obrigação do médico é de meio, exemplifica, utilizando-se das atividades dos médicos cirurgiões, diz que o “médico não está prometendo um resultado”, por isto, não há que se falar, inicialmente, em “culpa presumida, tampouco em responsabilidade objetiva” por eventual desfecho desfavorável, registrando a autora

que o médico responderá por danos, eximindo-se desta responsabilidade se provar “a ocorrência de caso fortuito”.

Ao distinguir a obrigação de meio e obrigação de resultado, Aguiar Jr. (1995, p. 35), ensina que na obrigação de meio, o profissional se obriga a prestar um serviço “ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado”.

Na obrigação de resultado, preleciona o mesmo autor, o profissional se obriga a “realizar um certo fim” exemplificando o autor que o médico, assume uma obrigação de resultado quando efetuar uma transfusão de sangue ou realizar certa visita médica.

Em relação à questão da prova e a obrigação de meios e obrigação de resultados ensina o mestre Aguiar Jr. (1995, p. 35):

Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido, pois isso basta para caracterizar o descumprimento do contrato, independente de suas razões, cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou a força maior quando se exonerará da responsabilidade. Na obrigação de meios, o credor (lesado, paciente) deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor (agente, médico) não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

Alguns autores defendem que existe uma exceção à obrigação de meio na atividade médica, que é a cirurgia plástica estética embelezadora. Afirmando que ao realizá-la o médico assume obrigação de resultado, porém, será de meio, se a cirurgia estética for reparadora.

Em referência à cirurgia estética, Cavaleiri (1999, p. 140-141) defende que a cirurgia corretiva “que tem por finalidade corrigir deformidade física congênita ou traumática gera obrigação de meio” e a cirurgia estética, cuja finalidade é “melhorar a aparência e corrigir alguma imperfeição física”, gera para o médico obrigação de resultado, “comprometendo-se a proporcionar ao cliente o resultado pretendido”.

Sustenta o autor que, a obrigação de resultado “inverte o ônus da prova quanto à culpa. A responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida, podendo o médico “elidir esta presunção mediante prova de ocorrência de fatores imponderáveis capaz de afastar o seu dever de indenizar”..

Divergindo deste posicionamento e parece, coincidindo com o posicionamento

de Gagliano e Pamplona Filho (2009), uma vez que estes autores consideram que “a obrigação do médico é de meio pois, os mesmo não podem garantir o êxito do processo”, com a defesa de que seja na cirurgia plástica estética, seja na cirurgia plástica reparadora, ambas constituem-se obrigação de meio, pois que, trazem ao paciente bem-estar físico, mental e social, veja-se os ensinamentos de Giostri (2009, p. 16):

As cirurgias plásticas do tipo reparadora se destinam a corrigir os defeitos congênitos ou adquiridos. As do tipo estética, como o nome informa, tem como finalidade aperfeiçoar o físico do paciente, seja por um embelezamento maior, pela retirada de marcas do tempo ou de sinais outros que lhe perturbem o bem viver, ou seja, aqueles elementos que possam alterar, num sentido negativo, a sua qualidade de vida.

Como visto, a professora aludida defende, que, tanto as cirurgias reparadoras como as embelezadoras têm função terapêutica vez que, se a reparadora “está associada a uma certa busca de estética”, do mesmo modo as embelezadoras são “cognominadas de ‘cirurgias do equilíbrio psíquico’”, pois que, como afirma mais adiante a mesma autora “o bem estar pessoal e a realização de cada individuo estão em íntima correlação com o seu físico, com o seu psiquismo e com o social”.

É nos ensinamentos do ministro Ruy Rosado Aguiar Jr. (1995, p. 40) que encontra-se mais uma defesa teórica quanto ser a obrigação de meio, na cirurgia plástica estética, defendendo, na mesma linha de pensamento, que, “a álea está presente em toda intervenção cirúrgica e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico”, um serviço de risco. Adiante, assegura o autor: “A falta de uma informação precisa sobre o risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios”.

Não foi outra a conclusão a que chegou Ivan Luis Souza Sá (2007, p. 66) em sua monografia de conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, quanto à cirurgia estética se configurar uma obrigação de meio, senão, vejamos:

O facultativo não tem condições de prever o resultado cirúrgico, mas apenas de saber o que poderá ocorrer, ou seja, quais as chances de êxito e quais as possíveis complicações. O corpo humano é totalmente imprevisível. Por mais que a medicina esteja avançada ela ainda está bem longe de poder afirmar o que irá ocorrer após um procedimento cirúrgico, pois cada organismo reage de uma forma distinta, sendo inconcebível que o Galeno prometa o sucesso. E mesmo que o faça, desse modo, agindo com

imprudência (pois ele é proibido de prometer ou garantir algum resultado ela própria Medicina), podendo ser responsabilizado por descumprimento de uma obrigação de meios, mas nunca por não ter alcançado o resultado.

Relevante a proposta na definição de obrigação do médico, se de meio ou de resultado quando o ato médico é uma cirurgia estética, é apresentada por Benacchio (2009, p. 331), defendendo que será obrigação de meio se o médico se desincumbir do dever de informação, “informar ao paciente dos riscos e incertezas existentes acerca do sucesso da cirurgia” uma vez que, se omitido este dever, a obrigação será de resultado,

Não é diferente o posicionamento de Forster (1997, p. 87) sobre a importância do dever de informar na cirurgia plástica estética, uma vez que, sem que esteja cumprido este dever, a obrigação que era de meio, passa a ser de resultado:

É essencial que o cirurgião informe ao paciente dos riscos do ato cirúrgico e dos reais limites, cerceando desde logo expectativas infundadas ou taumatúrgicas. Não estimulará o cirurgião perspectivas que sabe de antemão inatingíveis ou incertas, sob pena de, aí sim, responsabilizar-se pelos resultados.

Lembrando que foi o acórdão da Corte de Cassação francesa em 1936 que primeiro reconheceu que a obrigação do médico é de meio quando na responsabilização por danos em cirurgias plásticas, o mesmo autor (Forster, 1997, p. 84), cita exemplo de jurisprudência em que numa cirurgia estética mal sucedida além de não ter sido reconhecida a culpa do médico o Tribunal em sua decisão diz que a ‘obrigação assumida não é de resultado, mas de meios, ou de prudência e diligência”, (TJRJ-4ª C AP 10.898-j.11.03.1980 – DJRJ, 07.05.1981, p. 64, in Responsabilidade Civil, coordenador YUSSEF SAID Cahali, Saraiva, 2ª Ed., 1988, p. 348), lembra que a cirurgia plástica estética não reparadora

ocorre sempre, no ambiente biológico do corpo humano, mesma área onde se processam os demais atos médicos. Ora, a biologia é eminentemente dinâmica, instável, frequentemente imprevisível. Assim como não é certo o resultado numa cirurgia gástrica, também não é certo o resultado numa cirurgia estética. Como exigir do médico um resultado, quando para ele concorrem fatores que fogem, por completo, ao controle profissional? Seria, então, o caso de responsabilizar o médico pela álea que existe em qualquer intervenção na área biológica, onde as reações são sempre prováveis, mas não absolutamente certas e previsíveis? Não estaria subjacente, numa postura de exigência de resultado na cirurgia estética, a admissão da onipotência médica, que não existe?

A responsabilidade civil médica é contratual e de meio, e, em sendo assim, o médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e métodos profissionais, a prestação de serviços conscienciosos utilizando-se de

recursos adequados. É nesta linha de pensamento que a mesma Giostri (2009, p. 17) defende que:

O fato de o médico estar trabalhando com um organismo hígido, se lhe aumenta a responsabilidade, nem por isso justifica transformar sua obrigação: ela sempre será de meios, porque ele está a labutar em uma seara plena do fator álea, o que equivale dizer que a própria incerteza do resultado desautoriza aquela denominação.

E acrescenta a mesma autora que “a simples impossibilidade de pré-determinar o resultado de qualquer procedimento cirúrgico desautoriza essa distinção”.

Reconhece adiante a autora que, nas cirurgias plásticas estéticas os médicos obrigam-se a um resultado, responsabilizando-se “sempre que a causa de o resultado ideal não ter sido atingido assentar-se na sua inépcia, ou seja, um resultado diverso daquele que seria obtido por qualquer de seus pares em idênticas circunstâncias” (Giostri, 2009, p. 19).

Com relação à responsabilidade do médico anestesista, ela também é uma obrigação de meio, conforme nos ensina Aguiar Jr. (1995, p. 43) uma vez que o anestesista enfrenta as mesmas situações que os demais profissionais da Medicina, exigindo-se deste profissional, no entanto, um acompanhamento especial em todo o decorrer do procedimento anestésico, isto é, um dever de cuidado especial.

Ao trabalhar com os conceitos de obrigações de meio e de resultado, distinguindo-as, e reafirmando considerar que a obrigação do médico se constitui em obrigação de meio, assim conclui Santos (2008, p. 151):

Ao se buscar o conceito e a distinção entre as obrigações de meios e de resultados, viu-se que as primeiras são caracterizadas por fatores randômicos, aleatórios, os quais impedem o devedor de garantir ao credor o fim almejado, adimplindo o que dele se espera desde que empregue, com o máximo denodo, sua energia em busca do resultado colimado, mesmo que não o alcance. Diante disso e das especificidades da medicina, ou seja, da inexatidão da ciência médica e da imprevisibilidade das reações do organismo humano, resta intuitiva a caracterização das obrigações dos médicos como de meios e não de resultados.

No que se refere à obrigação do médico no exercício de sua atividade ser de meio ou de resultado, também nos ensina Gonçalves (2009, p. 399-340), “ser obrigação de meio em razão do objeto do contrato que não é a cura”, “somente podendo ser responsabilizados se comprovada a culpa: imprudência, negligência e imperícia.”

Na doutrina já está pacificado que a prestação de serviços médicos gera

obrigação de meio, pois que, não é possível ao médico prometer o resultado benéfico, mas sim, a obrigação de oferecer cuidados conscienciosos de acordo com as aquisições da ciência, no dizer de Cavalieri Filho, (2009, p. 370), “Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos”, daí não se poder falar em inadimplemento contratual se o tratamento realizado não produziu o efeito esperado. A responsabilidade médica é subjetiva, com culpa provada.

Gisela Cruz (2005, p. 173-174) apud André Tunc, referindo-se às obrigações de meios e de resultados no que se refere à prova: “a diferença entre as duas categorias de obrigação resulta das circunstâncias e não, em princípio, de uma diferença de grau ou intensidade da obrigação.” Acrescenta, Cruz, “Essa diferença de circunstâncias, como adverte o autor (André Tunc), gera efeitos práticos, porque conduz, “a uma inversão do ônus da prova justificada para as obrigações de resultado pela presunção de que a diligência do devedor obterá o resultado desejado”. Na obrigação de meio, a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade”.

Citando Rui Stoco, escreve Cruz, (2005, p. 176) “No primeiro caso (obrigação de meio) cabe ao contratante ou credor demonstrar a culpa do contratado ou devedor. No segundo (obrigação de resultado) presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que os contratos em que o objeto colimado encerra um resultado, a sua não obtenção é *quantum satis* para empenhar, por presunção, a responsabilidade do devedor.”

Embora os profissionais liberais continuem respondendo pela responsabilidade subjetiva, conforme previsão do Código de Defesa do Consumidor, mesmo considerando que a cirurgia estética é obrigação de resultado, o médico continuará respondendo por culpa, segundo ensina Cruz (2005, p. 177), “a obrigação de resultado apenas inverte o ônus da prova quanto a culpa, mas a responsabilidade não deixa, por isso, de ser subjetiva com culpa presumida”. Com relação aos prestadores de serviços em geral, como o CDC não fez qualquer ressalva, impondo responsabilidade objetiva, a apuração se a obrigação é de meio ou de resultado “perde em importância, pois responderá pelo dano causado independente de culpa”.

3.5 O ATUAR MÉDICO - OBRIGAÇÃO CONTRATUAL OU EXTRACONTRATUAL /

AQUILIANA

Compreendendo que a prestação do serviço à saúde é realizada, no mais das vezes, através do estabelecimento de um contrato, um contrato social, uma relação contratual ou de outro lado em uma relação extracontratual, esta prestação deverá ser realizada de forma a respeitar os valores e fundamentos constitucionais que prestigiam a dignidade da pessoa humana.

A natureza jurídica da responsabilidade médica já pacificada é de que esta responsabilidade tem natureza contratual e gera obrigação de meio. O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 14, §4º, como regra, a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais.

Muito se tem estudado em relação ao contrato na prestação dos serviços médicos, separando-se a prestação de serviços pessoais diretos e a prestação que é realizada através da relação entre uma pessoa jurídica, o médico e o paciente.

Gonçalves (2009, p. 399), ensina que a relação médico-paciente é de natureza contratual: “hoje já não pairam dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica.”

Sobre a natureza da responsabilidade médica ensina Diniz (2002, p. 261):

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina

Conforme lição de Gustavo Tepedino em citação de Weber (2004, p. 148) sobre a relação existente entre médico e paciente ser contratual ou extracontratual, este mestre defende que trata-se de uma “locação de serviços *sui generis, figura contratual atípica*, na qual agrega-se à prestação remunerada de serviços médicos uma gama de deveres extrapatrimoniais”, como é exemplo, alerta o mestre, o “dever de aconselhar o enfermo”.

Entende Delgado (2005, p. 9) que a responsabilidade civil médica é contratual, “oriunda de um contrato de prestação de serviços, -verbal ou tácita -, contrato (*sui generis*), pois, “embora sendo contratual, mas expressamente pela Lei do Consumidor, pela doutrina e pela jurisprudência, em geral, há a verificação da culpa do médico como elemento para a possível indenização, quando o médico atuar como profissional liberal” No Código Civil, alerta o mesmo autor, a responsabilidade civil não é vista pela ótica contratual. “É considerada no campo dos

atos ilícitos”, como informa o art. 186 combinado com o art. 951 do mesmo Código.

Também é o entendimento de Debora Sotto (s.d. p.02) quanto à responsabilidade civil do médico ser contratual e contrato *sui generis*, acrescentando a i. advogada que é também, contrato oneroso, bilateral e personalíssimo como explica:

Sui generis, porque composto quase que exclusivamente por normas cogentes, consubstanciadas no Código de Ética Médica e na legislação civil e penal. Oneroso, porque os serviços médicos são remunerados, quer pelo próprio paciente, quer por terceiros. Bilateral, porque confere direitos e prescreve obrigações a ambas as partes contratantes, ainda que a maior parte das obrigações contratuais sejam impostas aos médicos, o paciente é obrigado à observância de ao menos dois deveres: fornecer ao médico as informações corretas sobre seus sintomas e seguir as recomendações quanto ao tratamento. Por fim, apesar da crescente despersonalização e massificação dos serviços médicos, contrato personalíssimo, porque se funda primordialmente numa relação de confiança entre as partes contratantes.

Se uma das partes não cumpre com a obrigação ali firmada, temos uma violação ao dever jurídico criado voluntariamente para si, e, pois, uma violação de norma contratual fixada pelas partes. Na responsabilidade contratual o ônus da prova é daquele que descumpriu o contrato.

Quanto à responsabilidade extracontratual, a violação, aqui, é de um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica, como, por exemplo, o dever geral de não causar dano. É, pois, uma violação direta de uma norma legal. Em relação ao ônus da prova, é o autor da ação, ou seja, a vítima, quem fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa da outra parte.

A diferença entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual se refere à prova do dano atribuída às partes, quais sejam, seguindo os ensinamentos de Aguiar Jr. (1995, p. 35), na responsabilidade contratual cabe ao autor da ação “provar a existência do contrato, o fato do inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade”. Ao réu, caberá demonstrar “que o dano decorreu de uma causa estranha a ele”. No caso da responsabilidade ser extracontratual, o autor “deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa)”.

Os ensinamentos de Benacchio (2009, p. 324-327), consideram com relação à responsabilidade contratual que, como o comportamento do médico com relação ao paciente é governado por “obrigações específicas decorrentes da atividade médica que devem ser observadas pelo profissional donde sua violação acarreta a

aplicação do regime de responsabilidade contratual”, refere-se a respeito da definição “dos deveres do médico como obrigações específicas (responsabilidade contratual) ou deveres jurídicos impostos a todos (responsabilidade extracontratual), e que esta divisão tem importância no campo probatório”, afirma, que:

sendo a responsabilidade contratual ao paciente bastaria provar a existência da obrigação e o dano decorrente de seu não cumprimento, cabendo ao médico a prova de haver atuado conforme o dever objetivo de cuidado; de outra banda, no campo da responsabilidade extracontratual compete ao paciente provar o ilícito e a atuação do médico em desconformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, há uma inversão do ônus probatório acerca da prova da atuação do médico perante o determinado ordenamento jurídico, atribuída ao médico na responsabilidade contratual e ao paciente na responsabilidade extracontratual.

Ao dissertar sobre a responsabilidade extracontratual, a responsabilidade contratual e o ônus da prova, diz Santos (2008, p, 94):

De fato, na responsabilidade extracontratual o *onus probandi* atinente à culpa cabe sempre à vítima do dano. Já na responsabilidade contratual subjetiva (na objetiva as discussões em torno da culpa obviamente perdem substância), desde que o contratante tenha assumido a obrigação de atingir determinado resultado, a este caberá provar a ausência de culpa na sua conduta para que não lhe seja imputada a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes da não obtenção do resultado prometido.

Como visto, a responsabilidade médica pode ser contratual (formal ou tácita) ou extracontratual. A responsabilidade contratual deriva, conforme Aguiar Jr, (1995, p. 35) de um “contrato, estabelecido livremente entre paciente e profissional” com “relações restritas ao âmbito da medicina privada”.

No que diz respeito à responsabilidade médica extracontratual, esta se verifica, segundo o mesmo autor, quando “as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente” e o médico “presta assistência”; na “emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental”; no desenvolvimento de atividade médica em serviço público e no caso de médicos contratados por empresa para prestar serviços de assistência médica a seus empregados.

Sobre o contrato médico ensina, Gonçalves (2009, p.403),

Embora o contrato médico integre o gênero “contrato de prestação de serviços”, o seu conteúdo atende à especificidade própria a esse campo da atividade humana, não se confundindo com qualquer outro ajuste de prestação de serviço, até porque não há o dever de curar o paciente. Por isso, concorrem elementos e fatores que distinguem a culpa dos médicos exigida para responsabilizar integrantes de outras profissões. A obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e o saber profissional do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento.

Dele se exige, principalmente um empenho superior ao de outros profissionais.

A obrigação do médico é contratual, embora por muitas vezes este contrato se constitua de forma verbal, podendo ser extracontratual que se verifica quando o médico atende em via urbana a um acidentado, por exemplo. Não se discute, no entanto, quanto a sua responsabilidade e a obrigação de reparar o dano tenha este dano acontecido dentro ou fora de uma relação contratual.

Quando a prestação do serviço se realiza através de pessoa jurídica, é possível em casos de processos judiciais que reclamam indenização, a intervenção de terceiros.

4 CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

Inicialmente, recorre-se ao Dicionário da Língua Portuguesa (Aurélio, 2000), para apresentar o que significam as palavras, consentir, informar, esclarecer e esclarecido, de forma a explicitarmos seus significados. Assim, é que, a palavra consentir quer dizer “dar consenso ou aprovação a, permitir, assentir, Concordar com.”. A palavra informar, quer dizer, “dar informe ou parecer sobre, comunicar, participar, dar informações. E a palavra esclarecer significa, “tornar claro, compreensível, dar explicação a”. O termo Esclarecido significa “que se esclareceu, instruído, informado”.

O Consentimento Informado, ensina Nery Junior,” (2011, p. 190) é expressão da liberdade de autodeterminação, liberdade essa garantida como direito constitucional fundamental, expresso no art. 5º, caput, II e III da CF/1988” acrescentando o mesmo autor que,

O consentimento informado, mais que um direito fundamental autônomo. É instituto cuja finalidade é conferir a estes direitos a força que lhes é própria. É um mecanismo jurídico de segurança que faz com que sejam plenamente efetivos os preceitos do texto constitucional, a fim de concretizar, salvaguardar e defender a integridade do valor normativo, neste caso dos direitos do paciente.

Ao trabalhar com o tema do Consentimento na área médica, deve este trabalho monográfico posicionar-se quanto à opção na utilização do Termo Consentimento Esclarecido em detrimento do Termo de Consentimento Informado.

Temos que o significado da palavra “Informado” não consegue responder à importante tarefa que o documento em tela possui. Embora a informação seja condição necessária, - dar informação -, é o esclarecimento, o tornar claro, esclarecer, instruir, que revela a sua validade uma vez que é imprescindível a compreensão que o paciente deve ter quanto ao que lhe informa o médico no que se refere ao seu estado de saúde e às possibilidades de procedimentos e intervenções, benefícios e riscos da terapêutica que o médico lhe propõe.

Segundo Muñoz e Fortes (s.d. p. 08) na área jurídica a primeira decisão que tratou da questão do Consentimento Livre e Esclarecido na atividade médica foi o “caso Slaver versus Baker & Staplenton, julgado em 1767 na Inglaterra, quando dois médicos foram considerados culpados, por não terem obtido o consentimento do paciente quando da realização de cirurgia de membro inferior, que resultou em

amputação”.

Em 1954, o ilustre mestre José de Aguiar Dias (1954, p. 279) já reconhecia a importância da obtenção do consentimento na realização da atividade médica, quando, afirmava, que “para proceder a um tratamento arriscado ou a uma cirurgia”, “deve o médico obter o consentimento do cliente, e não só consentimento, mas aquiescência livre e clara, após exposição daqueles riscos ou perigos”. “O consentimento precisa ser dado com conhecimento de causa e não pelo doente mal informado”, (Aguiar Dias, 1954, p. 291).

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada pela UNESCO, em 2005, prevê em seu art. 6, sobre o Consentimento na atividade médica:

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

Esta Declaração, tem entre seus objetivos o respeito pela dignidade da pessoa humana, á vida e às liberdades individuais. Entre seus Princípios, registra que “os interesses individuais devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência e da sociedade”, o Consentimento prévio, livre e esclarecido do paciente.

4.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Considerando que todo homem, pessoa física e jurídica, é dotado de personalidade, como expressa Pereira (2009 p. 181), “A idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres.”, de logo, infere-se, que na relação médico-paciente, temos a considerar direitos e deveres de ambas as partes.

Na mesma linha, ensina Venosa (2005, p. 141):

Personalidade jurídica, pois, deve ser entendida como a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. A capacidade jurídica dá a extensão da personalidade.

Capacidade de direito ou jurídica é aquela que gera a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações. Capacidade de fato é a aptidão pessoal para praticar atos com efeitos jurídicos.

No dizer de Farias e Rosenvald (2009, p. 85) os Direitos da Personalidade

“caracterizam-se pela extrapatrimonialidade, pois tutelam a existência e a interioridade do ser humano” e mais, que estes direitos “representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Privado”.

Conforme o Dicionário Aurélio Buarque de Holanda, vida, é o “conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas se mantêm em contínua atividade, existência”. “Espaço de tempo que vai do nascimento à morte”.

Desde o início da vida, o homem adquire personalidade e esta o acompanha até a morte. Não importa sua vontade, sua consciência, seu estado pessoal, sua integridade mental, psíquica, se criança, se recém-nascida. A personalidade jurídica começa com o nascimento, que se constitui na separação do feto do corpo da mãe, e a vida, que se consubstancia na entrada de ar nos pulmões, na própria respiração.

Os direitos da personalidade terminam com a morte, que se dá com a cessação da atividade cerebral, ou morte encefálica.

Não é por outra razão que o direito admite lícita, a remoção de órgãos para fins de transplante, não oneroso, ou para outras finalidades científicas, conforme preceitua o art. 14 do nosso Código Civil – “é válida com o objetivo científico, ou altruístico, a disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

A legislação infraconstitucional vem evoluindo neste sentido, de que são exemplos a Lei 9.434/97 que determina que após a morte encefálica, pode-se realizar a retirada de órgãos para transplante. Esta mesma Lei torna obrigatória a retirada dos órgãos para transplante, após constatada a morte, desde que não exista proibição expressa da pessoa quanto à não retirada e a Lei 10.211/01, que determina caber aos familiares a tomada de decisão quanto à retirada dos órgãos para o fim de transplante.

O artigo 13 do vigente Código Civil diz que, “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do 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”.

No conceito de proteção à integridade física, inscreve-se, legalmente, o direito ao corpo, no que se configura a disposição das partes, em vida ou para depois da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinado, contudo à preservação da própria vida ou de sua deformidade.

Pode a pessoa fazer disposição sobre o destino de seu corpo para depois da morte. Embora o cadáver não seja pessoa, uma vez que a personalidade cessa com a morte, a lei impõe restrições à disposição total ou parcial do corpo para depois da morte, subordinando-a ao objetivo que há de ser científico ou altruístico. A gratuidade é essencial, ou seja, o transplante não pode ser objeto de negócio oneroso, pois a comercialização de órgãos humanos ofende ao senso ético.

O direito reconhece que a personalidade depende do nascimento com vida, embora, garanta direitos potenciais ao nascituro, como são exemplos os artigos 542, 546, 1.779, 1.780, 1.951 do nosso Código Civil.

Apresentando conceito de José Afonso da Silva sobre o que é a vida, ensina, Maria Garcia:

Vida no texto constitucional (art. 5º, caput) não será considerada apenas no sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. É um processo (processo vital) que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal) transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte.

A mesma autora faz referência à amplitude do conceito apresentado, observando que, neste conceito do que é vida se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, direito à privacidade, à integridade físico-corporal, à integridade moral, e especialmente, o direito à existência e acrescenta, “havendo óvulo fecundado, existe vida, integralidade existencial, sem cortes, partes, fragmentações: há vida, ou não – vida”, Se há vida, de acordo com a Constituição Federal, art. 5º caput, encontra-se esta, protegida e, portanto, garantida a sua inviolabilidade, (Garcia, 2011, p. 122-123).

4.2 PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A autonomia da vontade “é elemento nuclear da dignidade da pessoa humana”, e no “direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)”, (Sarlet, 2009, p. 101).

Conforme preleciona Silva (2003, p. 29 - 30) “a autonomia pode ser definida como liberdade dos condicionamentos externos”, acrescentando que:

Respeitar a autonomia é a expressão do reconhecimento de que cabe ao paciente decidir sobre o próprio corpo, segundo sua visão de vida, fundada

em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando divergentes dos dominantes na sociedade ou dos defendidos pelos médicos.

Os professores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2009, p. 03), defendem que a autonomia privada consiste “no direito à felicidade individual, na liberdade de cada ser humano exercitar os seus projetos de vida e perseguir o seu sonho pessoal”.

Esclarecendo quanto à definição de autonomia e a definição de heteronomia, dizem Marchi e Sztajn (s.d. p. 01), definindo primeiramente autonomia como um “exercício da autodeterminação decorrente de regras postas pela própria pessoa ou por ela conhecidas espontaneamente”, enquanto que, heteronomia são as “circunstâncias do indivíduo ser obrigado a obedecer as regras propostas por outrem, geradas pelos costumes ou emanadas pelos órgãos legiferantes”. Dizem mais, que a palavra autonomia vem do grego “auto e nomos” e significa “a atividade e o poder de dar a si um regramento, definindo os próprios interesses e relações”. “poder exercido com absoluta independência pelo sujeito”. “Auto-regramento” “autonomia privada”.

Neste mesmo diapasão, é o conceito de autonomia dos autores Muñoz e Fortes (s.d. p. 04), explicitando que a autonomia não pode prescindir de liberdade e possui alternativas de escolha, senão, veja-se:

Autonomia é um termo derivado do grego “auto” (próprio) e “nomos” (lei, regra, norma). Significado autogoverno, autodeterminação da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais. Refere-se à capacidade de o ser humano decidir o que é “bom”, ou o que é seu “bem-estar”.

A pessoa autônoma é aquela que tem liberdade de pensamento, é livre de coações internas ou externas para escolher entre as alternativas que lhes são apresentadas. Para que exista uma ação autônoma (liberdade de decidir, de optar) é também necessária a existência de alternativas de ação ou que seja possível que o agente as crie, pois se existe apenas um único caminho a ser seguido, uma única forma de algo ser realizado, não há propriamente o exercício da autonomia. Além da liberdade de opção, o ato autônomo também pressupõe haver a liberdade de ação, requer que a pessoa seja capaz de agir conforme as escolhas feitas e as decisões tomadas.

As autoras (Marchi e Sztajn, s.d. p. 03) registram que autonomia em saúde “é o poder que tem o usuário de decidir que profissional escolher para atendê-lo, que tratamento aceita ou admite, seja por razão de credo ou não, determinando seus interesses, que exerce de forma independente”. Este poder, esclarecem, funda-se “no respeito à pessoa humana, à individualidade, implicando no direito à escolha, à manifestação da vontade”.

Ao contrário, esclarecem as mesmas autoras que, heteronomia é o “poder que se dá, ou que alguns profissionais pretendem ter, de determinar como seus pacientes devem se comportar, impondo sua vontade. Esclarecem que “incompatível com a ética” a heteronomia, o exercício do poder de convencimento do profissional de saúde, ou seja, o “cumprimento da regra sem adesão ou conformidade íntima” pode possibilitar o surgimento de uma “coação”.

Conforme ensinam Muños e Fortes (s.d. p. 03), três são os tipos de agentes na relação médico paciente, quais sejam: o médico, o paciente e a sociedade, explicando quais os significados que atuam nesta relação: “o paciente atua guiado pelo princípio da autonomia, o médico, pela da beneficência e a sociedade pelo da justiça” explicando, ainda o significado de cada um destes princípios: autonomia ligada ao princípio da liberdade, beneficência ligada ao da fraternidade e a justiça da igualdade.

Respeitar a autonomia do outro, ensinam Munõz e Fortes (s.d. p. 04, 06) é reconhecer que o outro deve deliberar e tomar decisões “segundo seu próprio plano de vida e ação, embasado em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando diverjam daqueles dominantes na sociedade ou daqueles aceitos pelos profissionais de saúde”. Ressaltam os autores, que estas escolhas não podem ser admitidas se, se constituírem em ameaça a outras pessoas ou à sociedade, pois esta autonomia não é absoluta, a autonomia tem limites, e estes limites “devem ser dados pelo respeito à dignidade e à liberdade dos outros e da coletividade”.

Venosa (2005, p.207) questiona “se o homem, como sujeito de direito, tem o poder jurídico sobre a própria pessoa, ou sobre o próprio corpo”. É ele mesmo quem responde:

O poder do individuo sobre si mesmo se exprime nos direitos inerentes à própria personalidade, direito à vida, à honra, ao respeito, à integridade física e moral, ao nome etc., direitos que se projetam sobre as manifestações desta personalidade, como o trabalho físico e mental. O direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, mas só pode ser exercido no limite da manutenção da sua integridade. Todo ato que implique atentado contra esta integridade é repellido por injurídico. Daí a iliceidade dos atos que possam importar em mutilação.

A proteção à integridade física, a disposição das partes do corpo em vida que não importe em mutilação ou depois da morte para finalidades científicas ou humanitárias se subordina à preservação da própria vida ou de sua deformidade. Médico jamais impõe ou exige a disposição do corpo do paciente, não se olvidando

que pode ser necessária, a extração ou retirada de uma parte do corpo. O artigo 9º da Lei 9.434/97, que trata de transplantes diz que é permitida à pessoa juridicamente capaz, dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes quando se tratar de órgãos duplos, parte de órgãos ou tecidos que não incorram em risco à integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos prevê, entre seus Princípios, Art.5, a Autonomia e Responsabilidade Individual:

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

Sobre o ônus do risco que será suportado pelo médico que não respeita a autonomia da vontade do paciente, ensina Barboza (2010, p. 24) apud Brunello Stancioli: Quando o médico age sem atender à autonomia do paciente, “arcará sozinho com todo o ônus de sua intervenção. Por outro lado, se a autonomia do paciente for respeitada, há uma repartição do ônus do risco entre o médico e seu paciente”, concluindo o mesmo autor, “Assim, pode-se afirmar que, na atenção aos imperativos da autonomia do paciente, o médico tem um grande instrumento defensivo contra o ônus do risco”

O preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, pressuposto do direito da personalidade, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, funciona como cláusula geral da personalidade.

Com referência à definição do que é dignidade da pessoa humana diz Sarlet, em textos diferentes, (2009, p. 101) e (2009, p. 22), citando o constitucionalista alemão da segunda metade do século XX, Gunter Durig, define quanto à dignidade da pessoa humana, “cada ser humano é humano por força de seu espírito”, “que o capacita com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar a sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda”.

São de Sarlet (2009, p. 103-104) ao trabalhar com o princípio da dignidade da pessoa humana, os ensinamentos:

Assim não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da

tortura, das penas de natureza corporal, da utilização da pessoa humana para experiências científicas, limitações aos meios de prova (utilização de detector de mentiras), regras relativas a transplantes de órgãos, etc.

Em se tratando do direito à integridade moral, atributos psicológicos como a honra, a liberdade, a imagem, a vida privada e o nome são protegidos, tudo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Farias e Rosenvald (2007, p. 139):

Assim, seja por ações diretas ou indiretas, seja por conta de situações naturais ou provocadas, impõe-se a cada pessoa – e à coletividade como um todo, inclusive ao Poder Público – respeitar a integridade psicológica de toda e qualquer pessoa, abstendo-se de interferir no aspecto interior da personalidade.

Acrescentando, tomamos os ensinamentos de Sarlet, (2009, p. 103-104) para quem a preservação da dignidade da pessoa humana “se torna indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria autonomia e responsável individualidade”.

O conceito jurídico de dignidade da pessoa humana assenta-se, conforme indicado por Weber (2004, p 144) que apoia-se em por Maria Celina Bodin Moraes que diz serem quatro os princípios jurídicos: “igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade”, alertando que, esta integridade psicofísica na esfera cível vem garantindo os direitos da personalidade, “um amplíssimo direito à saúde, e mais, que esta saúde deve ser “compreendida enquanto completo bem-estar físico e social”.

Para que se chegue à definição de dignidade, Sarlet (2009, p. 20) argumenta para além de ser a dignidade uma “qualidade intrínseca da pessoa humana” não podendo dele ser destacado, pois que é irrenunciável e inalienável, “pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida”, não podendo ser “criada, concedida ou retirada”.

Afirma o mesmo autor que a dignidade possui três dimensões, quais sejam a dimensão intersubjetiva, a dimensão cultural e a dimensão negativa e prestacional.

Em relação à dimensão intersubjetiva da dignidade, ou seja, a relação “do ser com o outro”, argumenta o referido autor (Sarlet, 2009, p. 24-25), apud Gonçalves Loureiro, implica uma “obrigação geral de respeito pela pessoa”, “traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao “florescimento

humano””.

Afirma ainda Sarlet (2009, p. 28) que a dignidade da pessoa humana tem, também, uma dimensão natural e cultural “fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo”. “É a dignidade da pessoa humana, concretamente considerada, no contexto de seu desenvolvimento social e moral”.

A dignidade em sua dimensão “dúplice” uma vez que ela se apresenta como “expressão da autonomia da pessoa humana”, e a “autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência” e ao mesmo tempo, afirma o autor aludido (Sarlet, 2009, p. 30), “como necessidade de proteção (assistência) por parte da comunidade e do estado”, constatando que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa dos poderes estatais.

Como limite, explicita o autor, (Sarlet, 2009, p.30) a dignidade da pessoa humana se constitui no impedimento do ser humano vir a ser reduzido “à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças”.

Como tarefa, da dignidade decorrem, “deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção”, afirma Sarlet, (2009, p. 30).

O acesso à saúde, à proteção do direito à saúde é direito constitucional e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, tudo em conformidade com o art. 196 da Constituição Federal de 1988, como ensina Francisco (2008, p. 873)

está diretamente relacionada com o mínimo existencial (ou essencial), que deve ser buscado pelo Estado Democrático de Direito concebido pelo ordenamento constitucional de 1988. Por certo que o direito à vida e à saúde estão inscritos no mínimo existencial, recebendo proteção especial do sistema jurídico constitucional, pois os comandos normativos a esse respeito caracterizam-se como cláusulas pétreas e preceitos de aplicabilidade imediata, dotados de máxima efetividade,

Não é outro o posicionamento de Nascimento, para quem a “Saúde é bem coletivo” e é, ao mesmo tempo, “o direito fundamental social de acesso às ações e serviços que visem à promoção, proteção e recuperação da vida”, adotado pela Constituição Federal no “rol de direitos essenciais à preservação e ao desenvolvimento de uma vida autônoma e digna”.

Em três palavras, direito de acesso à saúde, segundo o autor referido, engloba, “promoção, prevenção e recuperação”, explicitando que: “Direito à promoção – direito difuso exercido como regra em face do legislador – direito de todos para exigir programas de saúde – para propiciar uma vida saudável”, como é exemplo a oferta de saneamento, medidas de vigilância epidemiológica.

Referente ao Direito à promoção da saúde de responsabilidade do Estado, o autor aludido diz que é um “direito essencialmente coletivo exercido em regra em face do executivo – exigir prestações afirmativas e negativas” de que são exemplos a estruturação da rede básica em saúde, promoção de vacinação e vigilância sanitária.

Em relação ao direito à recuperação, o mesmo autor faz referência a prestações afirmativas exigidas em face do executivo e da sociedade, direito essencialmente individual, como são exemplos, o direito de exigir meios de diagnóstico e tratamento para os males que atingem seus titulares (Nascimento, 2008, p. 906-907).

Para concluir, a definição de dignidade da pessoa humana elaborada por Sarlet (2009, p. 37) além de oferecer seu aspecto ontológico, ou seja, como qualidade inerente do ser humano -, prestigia as três dimensões de dignidade, como se vê:

tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor de mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos

A dignidade da pessoa humana, pois, deve ser considerada um valor em movimento, construído cultural e socialmente pelas gerações de uma sociedade, respeitada e considerada em si e no outro.

Neste contexto, encontra-se a importância dada, atualmente, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana reconhecido por todos, cujo significado vem resumido por Ricardo Mauricio Soares (2008, p. 83) quando afirma:

Ao simbolizar um espaço de integridade, a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, o significado da dignidade humana tem oscilado, no plano semântico. Embora não seja tarefa simples elucidar o sentido de uma existência digna, a delimitação linguística do

princípio da dignidade da pessoa humana parece apontar para os seguintes elementos: a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano.

Deste modo, no que se refere à preservação da igualdade, deve-se associar o conteúdo de uma vida digna à ideia de igualdade formal e material. Além disso, percebe-se que concretizar a dignidade humana, não se coaduna com a degradação e coisificação do homem. E mais, revela-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um limite ao exercício da autonomia da vontade, conforme bem esclarece Soares (2009, p. 83 - 84).

Os direitos da personalidade, o respeito à dignidade da pessoa humana, a valorização da autonomia da vontade, da compreensão do ser humano como um todo, como um ser integral, que há de ser respeitado em seus valores e crenças pessoais, sujeito de relações cada vez mais plurais, têm pautado a interpretação do direito.

Também trata do tema Ingo Wolfgang (Sarlet 2009, p. 100-101). Segundo seus ensinamentos:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado.

É lição do mesmo autor a noção que a dignidade “é algo que se reconhece, respeita e protege”, e mais, que “existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”. (Sarlet, 2009, p. 101).

Já nas afirmações de Mara Celina Bodin de Moraes (2006, p. 234), os “valores constitucionais adquirem positividade na medida em que consagrados normativamente sob a forma de princípios”. E mais, para ela, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no texto constitucional (art. 1º, III, CF), “alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais”.

Não é diferente o ensinamento de Maria Regina Weber (2004, p. 144) ao afirmar que, o respeito à dignidade da pessoa humana constitucionalmente consagrada, “é alicerce de toda ordem jurídico-democrática”. Citando Gustavo Tepedino, adianta a autora, “Se o direito é uma realidade cultural”, “é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento,

devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado”.

Em um Estado Democrático e de Direito – Estado Constitucional, os direitos sociais encontram fundamento na “igualdade substancial, na liberdade, na autonomia e, inclusive, na própria dignidade”, afirma Nery Junior, que a dignidade humana possui dupla direção protetiva:

Isso significa que ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o estado (e contra a sociedade); e, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade”.

Assim, os direitos da personalidade, o respeito à dignidade da pessoa humana, a valorização da autonomia da vontade, da compreensão do ser humano como um todo, como um ser integral, que há de ser respeitado em seus valores e crenças pessoais, sujeito de relações cada vez mais plurais, tem previsão constitucional.

4.2.1 Morte digna

Ao tratar da “dignidade da pessoa humana como fundamento da morte digna”, a Professora Roxana Borges, (2005, p. 01), revela seu pensamento quanto a autonomia do paciente:

liga-se à possibilidade de a pessoa conduzir sua vida e realizar sua personalidade conforme sua própria consciência, desde que não sejam afetados os direitos de terceiros. Este poder de autonomia também alcança os momentos finais da vida.

Segundo ensinamentos de Teixeira e Penalva, (2010, p. 63), sobre o direito do paciente de ser “protagonista de seu tratamento médico” compreendendo autonomia como um princípio bioético, expressam quanto à importância da informação na decisão do paciente:

Daí a importância de que toda manifestação de vontade seja acompanhada pelo acesso a todas as informações necessárias acerca do diagnóstico, dos prognósticos e dos possíveis tratamentos, através de ampla discussão entre o médico e paciente, para que a decisão deste seja consciente e responsável. Não cabe aqui, visões paternalistas ou a ideia de que o paciente sempre deve ser protegido das “informações ruins” que lhe digam respeito, pois a autonomia pressupõe que ele participe desse processo e que, tendo integridade psíquica, assuma o comando do próprio tratamento médico.

A recusa ao tratamento ou intervenção cirúrgica, mesmo com iminente risco de vida, também é proteção à integridade física, pois, ninguém pode ser

constrangido à invasão de seu próprio corpo contra a sua vontade, sabendo-se, no entanto, que atos de disposição do próprio corpo obedecem a limites morais e éticos recepcionados pelo direito.

Ronald Dworkin, conforme citação de Teixeira e Penalva, (2010, p. 64), afirma que

a necessidade do reconhecimento de que a forma de morrer seja consciente com o modo que a pessoa viveu sua vida, ou seja, o projeto de vida eleito por alguém, no seu silêncio, deve ser condicionador da forma de viver os momentos de vulnerabilidade, como é o caso da deficiência psíquica e morte.

O PARECER DO CREMEB N. 27/11 (Aprovado em Sessão da 1ª Câmara de 03/11/2011), cujo assunto é o Tratamento de Pacientes com Doença Terminal e/ou Incurável, traz em sua ementa, sobre a autonomia da vontade:

O médico deverá fundamentar a escolha dos tratamentos para pacientes com doença terminal e/ou incurável no melhor nível de evidência disponível na literatura, aquele onde o tratamento se mostrou eficaz para a patologia em questão e com toxicidade aceitável, mesmo que não comprovados em estudos de fase III, por estes muitas vezes não serem possíveis, ou pela raridade da doença de base, ou pela sobrevida individual que supera a sobrevida médica de pacientes com a mesma patologia. Sempre respeitando a autonomia do paciente.

É em respeito a esta autonomia do paciente que Borges (2005. P. 01) defende que, o direito a morrer dignamente é “reivindicação de vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos da personalidade”, em última instância, reconhecer a liberdade do paciente e sua autodeterminação.

4.2.2 Eutanásia, ortotanásia e distanásia

Na atividade médica, quando se trata de respeito à liberdade de decidir sobre seu próprio corpo, pode-se fazer referência a ações médicas que resultem no que se conhece como eutanásia, ortotanásia e distanásia e mesmo auxílio ao suicídio.

Existem diferenciações importantes entre as mesmas, segundo leciona Borges (2005. p.02), eutanásia – “é morte provocada em doente com doença incurável, em estado terminal e que passa por sofrimentos, movida pela compaixão humana”, com previsão no Código Penal, art. 121, como crime de homicídio.

O Auxílio ao Suicídio, também constitui crime e ocorre “com a participação material de alguém oferecendo meios idôneos que causam a morte”, mesmo que atenda “à solicitação do suicida”.

A distanásia, expressão da obstinação terapêutica, se constitui no “prolongamento artificial do processo de morte. Se prolonga a agonia, artificialmente, mesmo que os conhecimentos médicos no momento, não prevejam possibilidade de cura ou de melhora”.

Quanto à ortotanásia, conduta atípica, a Professora Roxana Borges, a define como “a arte de bem morrer” a morte que se enfrenta “com certa tranquilidade” que não se nega ou esconde. É entendida a ortotanásia como “a morte em seu tempo certo” sem os “tratamentos desproporcionais”, tempo certo este que, defende a autora, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pode se considerar “aquele que é determinado pelo enfermo, no exercício de sua autonomia, ou por terceiro (médico ou familiar)”.

A Ortotanásia se efetiva, quando “o médico deixa que este estado se desenvolva no seu curso natural”, uma vez, que, como defende a mestra em referência, o “médico não é obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste, por meios artificiais”.

Não é outra a concepção ensinada por Barboza (2010, p. 39-40), definindo distanásia como uma situação “na qual há o prolongamento penoso e inútil do processo de morrer, mediante utilização de tecnologia médica. Trata-se da obstinação terapêutica, que compreende a manutenção da vida por meio de tratamentos desproporcionais que prolongam o sofrimento físico e/ou psicológico do paciente”.

Esclarecendo o que seria ou não “tratamento fútil”, da perspectiva do médico e do paciente, explicita Sztajn (2011, p. 234), como seriam definidos:

- a) não fútil é a terapêutica que trás bem-estar ao paciente da perspectiva do médico;
- b) fútil é a terapêutica que não trás benefícios da perspectiva do médico e do paciente;
- c) fútil da perspectiva do paciente que não a deseja nem valoriza a recomendação do médico;
- d) fútil da perspectiva do médico, quando o paciente quer e valoriza uma terapêutica sem indicação médica.

Citando Schramm e Batista, a autora define eutanásia como o “emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito de um

doente incurável, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que o assaltam”. É da mesma lição dos autores citados a distinção feita com referencia ao “ato em si” e o “consentimento do enfermo”. (Borges 2010, p. 02).

Quanto ao “ato em si” a eutanásia, segundo os autores citados por Barbosa, - Schramm e Batista - tem-se, eutanásia ativa, passiva e de duplo efeito, (BARBOZA, 2010, p. 41), assim definidas:

“a) eutanásia ativa – ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins humanitários (por exemplo, utilizando uma injeção letal); b) eutanásia passiva – quando a morte ocorre por omissão proposital de uma ação médica que garantiria a sobrevivência (por exemplo, deixar de administrar um medicamento ou de adotar um procedimento indispensável para manter a vida do doente; c) eutanásia pelo duplo efeito – nos casos em que a morte é acelerada como consequência de ações médicas que visam alívio do sofrimento do paciente, mas são letais (por exemplo, emprego de morfina para controle da dor, gerando, secundariamente, depressão respiratória e óbito.

Com relação ao “consentimento do paciente” à eutanásia, informa a mesma autora, (Barboza, 2010, p. 42), bebendo da mesma fonte - Schramm e Batista, pode ser: “a) voluntária – em resposta à vontade expressa do doente” e b) involuntária – quando a vida é abreviada sem que se conheça a vontade do paciente ou o ato é realizado contra a vontade do enfermo”.

Paciente terminal, define Rachel Sztajn, “é aquele em face do qual não há, segundo o estado da arte perspectiva concreta e real de cura. ”Terminalidade”, por sua vez, “é estado de fato, estado da natureza, em que a superveniência da morte, seja por agravamento da doença, seja por outra causa (trauma ou acidente) é inevitável, ocorrendo esse evento em lapso temporal relativamente curto” (Sztajn, 2011, p. 231-232).

Em respeito à dignidade da pessoa humana e atendendo à proibição de tratamento desumano ou degradante e respeito à autonomia da vontade, Sztajn (2011, p. 235-237), defende que a ortotanásia de paciente terminal não “viola norma de direito constitucional ou de hierarquia inferior”, desde que “respeitadas as exigências de capacidade, prestação de informação clara e completa sobre os efeitos de manter ou suprimir tratamentos, suporte físico e psíquico para pessoas e familiares” pois, conclui a autora, querer manter a vida de paciente terminal contra a sua vontade constitui “violação de seu direito de personalidade”.

A Resolução n.1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, neste mesmo sentido, ou seja, que o paciente deve ter respeitada a sua autonomia e

autodeterminação, dispõe em sua ementa, que o médico está autorizado a oferecer ao seu paciente, quando em estado terminal – enfermidades graves e incuráveis -, um tratamento útil e necessário, “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento”, reafirmando, que estes atos são permitidos “na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal”. Esta Resolução, claramente, possibilita ao médico a prática da ortotanásia, em respeito à autonomia da vontade e tratamento humanizado a que todo paciente tem direito.

4.2.3 As Liminares Satisfativas

O direito à saúde é direito fundamental. A busca da jurisdição através de tutela antecipada, para, por exemplo, autorizar o médico a executar procedimentos para os quais não possui consentimento do paciente, ou mesmo, quando possui o seu dissenso quanto àquele procedimento específico ou porque o paciente é incapaz, esbarra, no art. 273, Parág. 2º do Código de Processo Civil que prevê a vedação da tutela antecipada irreversível, como é o caso.

A colisão entre direitos fundamentais, direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana, se resolve através do princípio da razoabilidade – adequação, necessidade e proporcionalidade.

Conforme ensina Alexandre Câmara tutela jurisdicional “é a proteção que o Estado confere, através do exercício da jurisdição, a quem tenha razão no plano do direito material. A tutela jurisdicional não é a sentença, mas o efeito que a sentença produz”.

A tutela antecipada no dizer do autor é, em verdade, uma “tutela jurisdicional satisfativa antecipativa” pois permite a “efetiva realização do direito material”.

A compatibilização entre a vedação à antecipação da tutela quando esta é irreversível e o direito fundamental ao direito à tutela jurisdicional efetiva e o direito à tutela jurisdicional tempestiva, pode ser resolvida através do que Câmara chama de “irreversibilidade recíproca” nos casos em que “a concessão da tutela antecipada produzirá um resultado prático irreversível mas, de outro lado, o indeferimento da medida produzirá, também resultado prático irreversível”, e, conclui, “desaparecendo

a razão de ser da vedação à concessão de tutela antecipada por haver risco de irreversibilidade, já que algo irreversível acontecerá, de qualquer maneira”, esta compatibilização será dirimida com a utilização do princípio da razoabilidade. (Câmara, 2006, p. 46-49),

Em relação à tutela antecipada, o Professor Adonias Bastos lembra que são seus pressupostos a prova inequívoca e a verossimilhança, controladas pela fundamentação da decisão. As hipóteses para concessão da antecipação dos efeitos da tutela são: “a) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; c) a incontrovérsia parcial ou total quanto a um ou mais pedidos cumulados”. Conforme art. 273 do Código de Processo Civil “o juiz poderá, à requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”. (Bastos, 2011, p 02-03),

Em questionamento formulado pela Associação de Testemunhas de Jeová quanto à recusa da transfusão de sangue e “as liminares satisfativas concedidas em sede de medidas cautelares ou de procedimentos de jurisdição voluntária, determinando a transfusão de sangue recusada pelo paciente, ferem os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”, o Professor Celso Ribeiro Bastos (2011, p. 52-53) conclui pela resposta positiva esclarecendo que:

A problemática das liminares satisfativas de há muito vem sendo discutida pela doutrina, que adverte para a contradição em admitir-se uma cautelar (preservativa de direitos) que seja satisfativa (concessiva do próprio direito controvertido). No caso, a satisfativa conjuga-se com a irreversibilidade da medida. Isto porque, ainda que satisfativa, a cautelar deve poder ser revertida. Quando se opera a transfusão de sangue por ordem judicial, há uma completa inversão destes aspectos e a decisão passa a ser satisfativa e definitiva, embora se trata de uma cautelar. Conclui-se, pois, que tais liminares ferem os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Neste mesmo sentido Nelson Nery ensina que as decisões judiciais que concedem liminares obrigando a execução de tratamentos e procedimentos médicos em pacientes contra a sua vontade manifesta são “inconstitucionais” e, por isto, “juridicamente impossíveis” por violação ao “princípio da legalidade”, art. 5º, II da Constituição Federal.

Em continuidade, ensina o mestre: “o processo cautelar não busca realizar uma medida satisfativa, sua função principal é assegurar o resultado final de um

processo principal”, portanto, “satisfatividade é incompatível com cautelar”, Esclarece o autor que, “Providências liminares de conteúdo irreversível não devem ser concedidas em sede cautelar, tendo em vista, que a cautelaridade deve ser usada para assegurar o resultado útil de um processo principal. Se a liminar é satisfativa, não busca resguardar nenhum processo principal, por perda do objeto, ou seja, perda do interesse em prosseguir com o processo principal.. (Nery Junior, 2011, p. 216).

Compreende-se, pois, que a concessão de liminares satisfativas que contrariam a autonomia da vontade, atingem, o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3 CONSENTIMENTO ESCLARECIDO - UM DIREITO DO PACIENTE. UM DEVER DO MÉDICO

“A pessoa autônoma tem o direito de consentir ou recusar propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico que afetem ou venham a afetar sua integridade físico-psíquica ou social”, é o ensinamento de Muñoz e Fortes (s.d. p. 08).

O Consentimento, termo derivado do verbo latino “*consentire*” pode ser traduzido pela palavra concordar ou a expressão – estar de acordo -, e se concretiza como uma manifestação da vontade do paciente ou seu representante legal, manifestação esta que deve ser expressa e séria, em razão da qual se estabelece uma relação entre paciente e médico.

Em sentido geral, o Consentimento expressa o significado de aprovação, conseqüente de estar a pessoa de acordo com o ato que o galeno vai praticar. Tem, também, o significado de autorizar a sua execução, uma vez que dando seu consentimento o paciente ou seu responsável confere ao médico a autorização para que o pratique.

No dizer da Professora Tania Pereira, (Pereira, 2010, p. 3),

Não podemos afastar o direito de o cidadão ser informado de suas efetivas condições de saúde e as alternativas de tratamento e sobrevida, permitindo-lhe uma opção por um menor sofrimento. Diante da impossibilidade do paciente tomar decisões, consiste direito dos familiares conhecerem sua situação real para eventual tomada de decisão, sempre com o apoio de um profissional da área médica.

Os fundamentos do Consentimento Livre e Esclarecido conforme Muñoz e Fortes (s.d. p. 09) apud Hewlett são a informação, a competência, o entendimento e a voluntariedade.

Com a finalidade de conceituar o que seja Consentimento ensina Kfourri Neto: Consentimento, “é o comportamento mediante o qual se autoriza a alguém determinada atuação”, com vistas à “uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro” uma vez que, sabe-se, o consentimento informado pode ser realizado por responsável, quando o paciente não tem condições de saúde física ou psíquica para consentir. (Kfourri, 2010, p 41)

Acrescenta o mestre que, o Consentimento se apresenta como “mais do que uma mera faculdade de escolha do médico, do dissenso (ou recusa) sobre uma terapia, ou mero requisito para afastar o espectro da negligência médica”. Afirma que “A obtenção do consentimento representará o corolário do “processo dialógico e de recíprocas informações” “entre médico e paciente”, a fim de que o tratamento possa ter início. (Kfourri, 2010, p 41)

Este trabalho adota a definição apresentada por Leonardo Vieira Santos (2008, p. 184) do que se entende por Consentimento Esclarecido:

Diz-se “consentimento” porque o paciente ou seu responsável, por opção do primeiro ou quando este não puder se manifestar, precisará concordar com o tratamento que o médico pretende ministrar. Fala-se em “esclarecido” porque o aludido consentimento deverá ser obtido após as informações detalhadas a respeito, de forma acessível e individualizada, levando-se em conta as peculiaridades daquele que deverá consentir.

Neste ponto deste trabalho, cabe chamar a atenção para a compreensão do que era o dever do médico em tempos passados, seguindo Sales (s.d., p. 1) referindo-se à prática hipocrática e paternalista do Galeno,

é dever do médico, de acordo com o seu julgamento e habilidade, atenuar a divulgação do diagnóstico no sentido de amenizar o suplício do paciente, ocultando tanto as prováveis consequências do tratamento ministrado quanto às alternativas disponíveis.

Esta prática, afirma o autor, considerada virtude, se constituía em uma forma de amenizar a dor e a angústia do paciente e algumas vezes, da sua própria família, posicionando o médico na relação médico/paciente, de forma autoritária e independente/solitária.

Observando que o Juramento de Hipócrates fornece a postura tradicional do médico em sua relação com o paciente, Muñoz e Fortes, (s.d. p. 01) chama a atenção para o fato de que, este documento não se refere ao princípio da autonomia, ao dever do médico de informar e obter o Consentimento Informado, como seja:

É uma postura virtuosa, daquele que busca o bem-estar do próximo, às vezes às custas do seu próprio, ou seja, coloca como regra básica o princípio da beneficência. Esse juramento continua ainda hoje, a ser a expressão dos ideais da Medicina e o alicerce da postura ética do médico. Há nele, entretanto, uma lacuna no que se refere ao livre arbítrio do paciente para decidir. O texto não contempla, em momento algum, os direitos da contraparte nesse relacionamento: a vontade do paciente não é mencionada.

Hoje, com o respeito aos princípios constitucionais, em especial à dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade e os direitos da personalidade, sabe-se que não cabe ao médico uma decisão solitária sobre a terapêutica e os procedimentos a serem levados a efeito quando da execução de sua atividade profissional.

Com a intenção de esclarecer quanto ao uso das palavras, posiciona-se Guedes (2010, p. 19), quando pretende diferenciar o termo “concordância e consentimento”, nas pesquisas científicas, senão, veja-se:

A diferença está no significado das palavras ‘concordância’ (ato ou conformidade entre coisas e pessoas; disposição comum profunda entre duas ou mais pessoas, conciliação, concórdia, harmonia),

diferente de consentimento, que entende a autora ser “(ato ou efeito de consentir; manifestação favorável a que alguém faça algo; permissão, licença; manifestação de anuência, aquiescência; tolerância, condescendência)”.

Silva (2003, p. 28) define Consentimento Informado:

O consentimento informado constitui o direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica, devendo ser alertado pelo médico dos riscos e benefícios das alternativas envolvidas, sendo manifestação do reconhecimento de que o ser humano é capaz de escolher o melhor para si sob o prisma da igualdade de direitos e oportunidades.

Destaque-se os requisitos principais exigidos para o Consentimento, que são, a) voluntariedade, b) capacidade de quem consente após ser informado e ter sido esclarecido quanto a situação de saúde, diagnóstico, terapêutica e prognósticos, considerando que para que este consentimento cumpra a sua finalidade deve ter c)

uma linguagem clara, d) conter informações adequadas e precisas de forma a facilitar a compreensão do paciente do quanto está ali lhe sendo dito, para que possa decidir sobre o seu destino, riscos e benefícios pessoais consequentes dos procedimentos e tratamentos a serem realizados, assegurada a autonomia da vontade, embora frise-se, o Consentimento é sempre revogável.

Em trabalho sobre Consentimento Informado e autonomia na relação médico-paciente, assim resume Borges (2010, p. 11): “O consentimento informado é um processo de comunicação entre o médico e o paciente”, “dinâmico”, e “autônomo” que deve ser expressado pelo médico quando ele fornecer as informações ao paciente “em uma linguagem simples” de maneira que o paciente possa conhecer e entender seu problema de saúde, “os benefícios, riscos, limitações que poderiam ser associadas a estas escolhas de tratamento e as consequências do não tratamento.” Em continuidade, o mesmo autor registra que é através do consentimento informado que o paciente “concorda em aceitar o tratamento proposto pelo seu médico”.

Afirmando que o Consentimento Informado é “um ato de autorização autônoma”, o mesmo autor ao analisar o conceito de autonomia e sua relação com o consentimento informado afirma que três condições são necessárias para o agir autônomo, quais sejam: “intenção, compreensão e ausência de influências controladoras”. E mais, que a “autonomia satisfatória é um objeto razoável e executável na decisão e participação nas intervenções médicas” (Borges, 2010, p 11)

Considerando que “a declaração de vontade do doente ocorre pelo consentimento pós-esclarecido ou consentimento informado” as autoras Marchi e Stajn (s.d. p. 04), afirmam que consentimento informado “é a manifestação do indivíduo capaz, que recebeu a informação necessária, que a entendeu e que chegou a uma decisão, sem ter sido submetido à coação, influência, indução ou intimidação”. As autoras compreendem o consentimento informado como a “prática do esclarecimento prestado ao paciente quanto à moléstia, às terapias indicadas, ao prognóstico, aos efeitos colaterais, de forma que o seu consentimento seja baseado em informações inteligíveis”.

O Consentimento está adstrito à pessoa capaz ao exercício do direito, pois que, quem não tem capacidade não pode consentir, uma vez que pelo consentimento se obriga, e quem não se pode validamente obrigar não pode

consentir.

Como leciona Silva “A capacidade de autodeterminação é requisito de validade do consentimento informado”, “não tendo validade jurídica o consentimento manifestado por quem não tenha capacidade civil”, de tal forma que lembra o mesmo autor “a incapacidade civil é condição que visa proteger os interesses dos incapazes, pois é presumida a falta de experiência para exercitarem sozinhos seus direitos”. (Silva, 2003, p. 31)

A Declaração de Helsinque redigida inicialmente em 1964 pela Associação Médica Mundial estabelecendo princípios éticos na pesquisa em seres humanos, revisada pela última vez em outubro de 2008 prevê quanto à obtenção do Consentimento Informado no caso de incapaz que:

no caso de incapacidade legal, o consentimento informado deve ser dado pelo responsável, estabelecido segundo a legislação do país. Se a capacidade física e mental tornar impossível obter o consentimento informado ou se o participante for menor de idade, a permissão dada por um parente responsável substitui a do participante, de acordo com a legislação de cada país.

Sempre que a criança for de fato capaz de dar seu consentimento, este deve ser obtido em acréscimo àquele fornecido pelo seu guardião legal.

Lembrando que a Constituição Federal de 1988 garantiu “às pessoas a autodeterminação como uma das concreções do princípio da dignidade da pessoa humana” e que este direito fundamental é aplicável às relações médico-paciente, Benacchio (2009, p. 332), registra que há um dever geral de informação do médico em relação ao paciente,

dentro do respeito da autonomia da pessoa, de informar em linguagem compreensível do destinatário todos os detalhes acerca da patologia que acomete o paciente, os tratamentos disponíveis e as chances de cura, possibilitando ao paciente a decisão de se submeter ou não ao tratamento e aos riscos a ele inerentes

tendo como finalidade, a busca do Consentimento do paciente.

Afirma ainda, mesmo autor, que o Consentimento pressupõe o conhecimento, e mais, que o não cumprimento deste dever de obtenção do Consentimento total ou parcialmente, “redundará na possibilidade de responsabilização civil pelas situações jurídicas desfavoráveis provocadas na órbita jurídica do paciente, danos materiais e/ou morais”.

Ao ser consultado pela Associação de Testemunhas de Jeová sobre o direito de “liberdade e de autodeterminação do indivíduo, enquanto garantias constitucionais fundamentais, com especial atenção para o exercício do direito de

liberdade de recusa de tratamento médico por motivo religioso mediante consentimento informado”, o mestre Nelson Nery Junior em Parecer, ensina que o Consentimento Informado “é direito constitucional do cidadão que deve orientar e embasar toda a relação entre médico e paciente” e, mais, que existe uma “impossibilidade constitucional/legal de o médico efetuar qualquer procedimento em contrariedade à manifestação de vontade livre e consciente de seu paciente”, sob pena de violação do art. 5º, VI da Constituição Federal de 1988. (Nery Junior, 2011, p. 162).

Não pode haver ignorância por parte do paciente sobre os atos médicos, pois ele tem o direito de ser instruído. As decisões do paciente, por sua vez, têm de vir acompanhadas de um suficiente grau de informação, compreensão e reflexão. O médico, neste particular, deve estar preparado para, quando das informações prestadas ao paciente, transmiti-las com clareza, levando sempre em consideração o grau de compreensão e discernimento deste mesmo paciente, de forma a ser garantido o diálogo necessário na relação médico/paciente.

O Consentimento Esclarecido, portanto, é uma decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, tomado após receber informações sobre a terapêutica a ser adotada pelo médico, suas consequências e riscos, visando a aceitação de um tratamento específico a ser levado a efeito, valorizando, desta forma, o princípio da autonomia da vontade, sua autodeterminação, e a dignidade da pessoa humana,

Este Consentimento deve se constituir em um Consentimento continuado, a ser sempre renovado durante a relação entre médico e paciente, não se duvidando que ao médico caberá a decisão mais imediata quanto ao procedimento médico a ser adotado, quando o paciente encontrar-se em iminente risco de vida e não tiver condições de autodeterminar-se.

Conforme preleciona Borges (2010, p. 22-24) apud Beauchamp e Fend o ato autônomo em função do indivíduo, tem como base três condições: 1 – intenção; 2 – compreensão e 3 – ausência de influências controladoras.

Explicando que a intenção “requer meios planejados pelo agente. Para um ato ser intencional, o ato deve ser deliberado de acordo com um plano, quer o ato seja desejado ou não”.

Ao afirmar que “o risco é inerente ao ato autônomo”, o autor registra quanto ao necessário respeito à autonomia da vontade do paciente e o risco inerente à

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

No que se refere à Compreensão do paciente, explica Borges (2010, p. 24), que Compreensão importa a que o paciente compreenda sobre a intervenção a ser realizada, acrescentando que: “Compreender sobre seu diagnóstico, prognóstico, procedimentos que possam ser realizados, riscos etc”. “Quanto maior o nível de informação que uma pessoa possa compreender, maiores serão as possibilidades de ocorrer um ato autônomo”.

Acompanhando as mesmas condições para o ato autônomo conforme Borges (2010, p. 27), diz: Ausência de influências controladoras é “condição negativa do ato autônomo, ou seja, não ser controlado por outras pessoas”. Diz mais, que o ato completamente controlado “é dominado pela vontade de outra pessoa” pela “coerção, manipulação e persuasão”.

No Brasil, foi com o advento da medicina de massa e da constitucionalização dos direito civil, que o Consentimento Esclarecido passou a ser valorizado como regra geral no atuar médico.

Cavaliere Filho (2009, p.379) em referência ao dever de informar que cabe ao médico e o Consentimento Esclarecido obtido do paciente, registra que:

Em conclusão, além dos deveres de cuidado e sigilo, deve ainda o médico prestar ao paciente todas as informações necessárias sobre a terapêutica ou cirurgia indicada para o caso, seus riscos e possíveis resultados, dele obtendo o indispensável consentimento (ou do responsável). Toda vez que houver algum risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em situação emergencial que não possa ser superada, ou de atuação compulsória. Cabe unicamente ao paciente decidir sobre sua saúde, avaliar o risco a que está submetido com o tratamento ou a cirurgia e aceitar, ou não, a solução preconizada pelo médico.

Como não existe forma prescrita em lei para o Consentimento Esclarecido, vige a liberdade de forma de acordo com o art. 107 do Código Civil.

Segundo Nelson Nery Junior o Consentimento Esclarecido é “ato jurídico *stricto sensu*” “verdadeiro exercício de direito da personalidade”, quando, o paciente, manifestando seu desejo de autodeterminar-se, e manifestando sua vontade, este ato jurídico produz os efeitos jurídicos decorrentes da lei.

4.3.1 Dever de informação

O dever de informar ao paciente, está fundamentado em nossa Constituição, no respeito à liberdade e autodeterminação do paciente. Esta informação deve garantir o esclarecimento do paciente quanto à sua doença, os riscos da terapêutica ou da cirurgia, os cuidados necessários ao tratamento, informação esta, que deve ser compreensível e esclarecedora, fazendo com que o paciente possa entender e se decidir conscientemente. (Weber, 2004, p 150).

O direito à informação ensina Debora Sotto, (s.d. p. 05-06), “mais que uma decorrência da boa-fé objetiva, apresenta-se como um desdobramento da autonomia e dignidade da pessoa humana, primado da ordem jurídica brasileira”.

Assinala ainda a autora, que o dever de informar decorre do direito à autonomia do paciente, apud Christoph Fabiam: “ao dever de informar corresponde a necessidade do médico obter o consentimento do paciente para todo e qualquer procedimento médico”, “consentimento este que pressupõe o conhecimento real ou efetivo do paciente, sob pena de ineficácia”.

É dever do médico de acordo com o principio da boa-fé conforme Marques (2004, p. 15) apud Gustavo Tepedino,

a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) o emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.

Quanto ao conteúdo das informações, informa Sotto (s.d. p. 7) apud Paulo Antonio de Carvalho Fortes, estas informações devem se pautar:

na natureza dos procedimentos; nos objetivos diagnósticos ou terapêuticos; nas alternativas existentes para os procedimentos propostos; nas possibilidades de êxito; no balanço entre benefícios, riscos e inconvenientes, e, por fim, nas probabilidades de alteração das condições patológicas, de dor e de sofrimento.

É a mesma autora (Sotto, s.d.. p. 7-8) que apresenta apud Angel Juanes Peces, quanto aos elementos nucleares do dever de informação. Estes elementos, são: o conteúdo, o modo de cumprimento e a continuidade da informação, como apresenta-se:

Quanto ao conteúdo entende o referido autor que a informação deve abarcar: o resultado da exploração; o diagnóstico estabelecido; o tratamento recomendável no caso concreto e os possíveis riscos e consequências que o dito tratamento pode comportar. Quanto ao modo de cumprimento, a informação deve ser fluída, adaptada às circunstâncias do caso e fazer o

paciente compreender o seu alcance no que pertine ao ato médico a realizar. Por fim, quanto à continuidade, afirma o referido autor ser necessário que a informação se complete ao longo de todo o processo que afeta ao doente, sendo extremamente comum que esta não se esgote com o fim do tratamento. Impõe-se uma contínua renovação, em função do surgimento de novas circunstâncias ou contingências.

A doutrina segue neste diapasão como demonstram as citações trazidas por Weber senão, vejamos: Gustavo Tepedino – “o dever de informação diz com os riscos do tratamento, à ponderação quanto às vantagens e às desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico”. Eugenio Facchini Neto – “trata-se do dever do médico de esclarecer e informar o paciente, em modo claro e inteligível, do quadro clínico diagnosticado, apresentando-lhe alternativas de tratamento”, possibilitando ao paciente “fazer uma escolha consciente”. (Weber, 2004, p. 150-151).

No dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo (2010, p. 02), o dever de informar tem raiz no princípio da boa-fé objetiva, como vê-se:

significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial. A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social.

Esclarecedores são os ensinamentos do mesmo autor, (Lôbo, 2010, p. 2-3), quanto ao dever de informar, quando sustenta que a informação tem três requisitos, quais sejam, adequação, suficiência e veracidade, para que se complete o dever de informar. E explicita os conceitos: adequação “diz com os meios de informações utilizados e com o respectivo conteúdo”. Suficiência, “relaciona-se com a completude e integralidade da informação”, e Veracidade, é a informação que “corresponde às reais características do produto e do serviço”. Acrescentando, o mesmo autor que, esta informação deve ser cognoscível – “o que pode ser conhecido e compreendido pelo consumidor”.

A cognoscibilidade (Lôbo, 2010, p. 3), abrange “não apenas o conhecimento (poder conhecer), mas, a compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se confundem com aceitar e consentir. Não há declaração de conhecer”. “A cognoscibilidade tem caráter objetivo, reporta-se à conduta abstrata”.

A informação a que o fornecedor está obrigado a prestar, conforme

ensinamentos de Sotto (s.d. p. 4), considerando a autora que a prestação de serviços médicos é um contrato de consumo peculiar, como já explicitado, *sui generis*, pois sustenta que nem todas as disposições do Código de Defesa do Consumidor poderão ser aplicadas, contrato personalíssimo, esta informação, deve ser “verdadeira (correspondente à realidade), completa (aludindo a todos os elementos determinantes do consentimento) clara e eficiente (compreensível para o consumidor típico – “o mais hipossuficiente dentre os consumidores a que se destina o produto ou serviço”.

Afirmado que o dever de informar “é o mais conhecido dos deveres anexos”, Marques, (2004, p. 23) apud Clóvis do Couto e Silva, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, aduz que a “Boa-fé é um princípio de repersonalização da relação contratual”

“(…) o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*” Efetivamente, boa-fé objetiva significa uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o, cuidando, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais.

Conforme leciona Kfoury Neto (2010, p. 35) “O médico deve informar ao paciente diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. Haverá, também, de aconselhá-lo, informando-o dos riscos e prescrevendo o comportamento que o enfermo deverá adotar. Deve-se valer da melhor diligência e cuidado, “de acordo com o estado contemporâneo da sua ciência”.

Assim se expressa Sales (s.d., p. 3) quando se refere ao papel do médico modernamente e o processo de informação a que tem direito o paciente, apresentando definição do que entende ser o Consentimento Informado e as consequências da obtenção deste Consentimento e responsabilidade do médico no caso de atuação incorreta:

Hodiernamente, o consentimento informado é, entretanto, um dos itens imprescindíveis para qualquer investigação em seres humanos na área da saúde. Por consentimento informado, entende-se a manifestação da vontade e da livre concorrência de vontades entre as partes, isto é, a real expressão da autonomia.

Consiste, pois, em um direito subjetivo, de alcance civil, administrativo e penal, no seio da relação entre o médico e paciente. A informação e o consentimento são obrigações legais que podem ser expressos mediante um processo em que ao paciente devem ficar esclarecidos o diagnóstico e

as possibilidades de intervenção médica, seja ela preventiva ou curativa, e os inevitáveis riscos dela decorrentes.

No entanto, cumpre esclarecer que a transferência da assunção da responsabilidade ao paciente, ou melhor, da assunção do risco do ato médico em face daquilo que lhe foi previamente informado, não acoberta nem mesmo ampara a atuação profissional incorreta, seja ela culposa ou dolosa. A imputação da conduta incorreta continua recaindo naturalmente sobre o profissional que a ocasionou.

São, no mesmo sentido adotado pela doutrina, os ensinamentos de Marques (2004, p. 16) em relação ao dever de informar do médico, ao afirmar que, esta informação deve ser “clara e suficientemente aos leigos-consumidores”, deve ser oferecida “pessoalmente”, deve o médico informar “sobre os riscos típicos”, “seus aspectos principais” e “do serviço médico naquele caso específico”.

Acrescenta a mesma autora que, o dever de informar é “Um dever diretamente oriundo das exigências de boa-fé” e “na conduta do *expert* em relação ao leigo durante todo o desenvolver da relação jurídica de confiança”, “atingindo, na fase prévia, graus de dever de alerta” e “de aconselhamento/dever de conselho”, “visando alcançar o consentimento informado, válido e eficaz do paciente”, “geralmente conhecido pela expressão norte-americana *informed consent*”.

Os deveres de conselhos, cuidados, abstenção de abuso ou desvio de poder, são obrigações implícitas no contrato médico, conforme ensinamentos de Aguiar Dias (1954, p. 275).

Decompondo estes deveres, explicita o mestre Aguiar Dias, (1954, p. 276) que, é infração ao dever de conselho quando o médico “não instrui o cliente, ou a pessoa que dele cuida a respeito das precauções essenciais requeridas pelo seu estado”.

Falta ao dever de cuidado o médico “que desatende a um chamado do doente ou negligência visitas”, ou quando indica médico substituto, este procede com negligência ou imperícia, ensina Aguiar Dias (1954, p. 276-278).

Estará caracterizado o abuso de poder, diz Aguiar Dias (1954, p. 281), quando o médico intenta “experiências médicas sobre o corpo humano”. Responde, também, o médico, pelos danos se “contrariando pedido do doente ou de sua família, não requisita a presença de especialista por aqueles julgada necessária ou quando este mesmo médico assistente, “recusa adotar indicações do especialista convocado a participar da assistência ao enfermo”

É Cavalieri Filho (2009, p.377) quem nos ensina com referência ao dever de informar do médico e o direito à informação do paciente:

Ora, se o direito à informação é direito básico do paciente, em contrapartida, o dever de informar é também um dos principais deveres do prestador de serviços médico-hospitalares – dever, este, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações médico/paciente. A informação deve ser completa, verdadeira, adequada, pois somente esta permite o consentimento informado.

E acrescenta mais adiante, o mesmo autor, reafirmando a importância do dever de informar na atividade médica como resposta ao risco inerente da atividade: “Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade”. Acrescentando, também, o i. doutrinador que, “cabe unicamente ao paciente decidir sobre sua saúde, avaliar o risco a que está submetido com o tratamento ou a cirurgia e aceitar, ou não, a solução preconizada pelo médico”. (Cavaliere Filho, 2009, p. 379).

Conforme ensinamentos de Muñoz e Fortes (s.d. p. 10) na prática dos profissionais de saúde apresentam-se três padrões de informação, quais sejam: o padrão da prática profissional, o padrão da pessoa razoável e o padrão subjetivo, como detalham: o padrão da prática profissional, se dá quando “o profissional de saúde revela aquilo que um colega consciencioso e razoável teria informado em iguais ou similares circunstâncias”, pelas “regras habituais e práticas tradicionais de cada profissão”.

Quanto ao padrão da pessoa razoável, dizem os mesmos autores que, este padrão “se fundamenta sobre as informações que uma hipotética pessoa razoável, mediana, necessitaria saber sobre determinadas condições de saúde e propostas terapêuticas ou preventivas a lhe serem apresentadas”. Os autores sustentam que estes dois padrões de informação acima descritos, negligenciam a informação e o princípio ético da autonomia do paciente.

O terceiro padrão de informação apresentado pelos autores, Munhoz e Fortes (s.d. p. 10), é o padrão subjetivo, “orientado ao paciente”, padrão este que os i. autores acreditam ser o mais correto, pois, observam, ao utilizar este padrão, os profissionais de saúde procuram uma “abordagem informativa apropriada a cada pessoa, personalizada, passando as informações a contemplarem as expectativas, os interesses e valores de cada paciente, observados em sua individualidade”, justificando os autores que este padrão subjetivo

requer do profissional descobrir, baseado nos conhecimentos e na arte de sua prática, e observando as condições emocionais do paciente e fatores sociais e culturais a ele relacionados, o que realmente cada indivíduo

gostaria de conhecer e o quanto gostaria de participar das decisões.

É, pois, dever do médico “informar ao paciente sobre sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento” esclarecimentos estes que devem ser “feitos em termos compreensíveis ao leigo mais suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta”. (Aguiar Jr, 1995, p. 36).

Claudia Lima Marques (2004, p. 17) apud Christoph Fabian alerta sobre o dever de informar do médico, a obtenção do Consentimento Informado e o respeito à autonomia do paciente:

“questão existencial da autonomia humana” pois o dever de aconselhar, informar e orientar o consumidor-enfermo, “garante a autonomia decisiva do paciente durante o tratamento. Todo ato médico, toda intervenção particular deve ser compreendida como reflexo da decisão livre do paciente (...) Ao dever de informar corresponde a necessidade do médico obter o consentimento do paciente para proceder em um tratamento arriscado ou em uma operação (...) O consentimento pressupõe o conhecimento. Um consentimento sem informação anterior é ineficaz, mesmo se o tratamento fosse *lege artis*.

De outro lado, ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 214 - 215), para quem é o iminente perigo de vida no momento do Consentimento Informado que deve servir de parâmetro para a intervenção médica á revelia do paciente, como é exemplo a seguinte afirmação dos autores:

No caso de pacientes maiores e capazes, no momento da concessão do consentimento, entendemos que, ausente o perigo de perda da vida, mas, só e somente só, a recomendação do tratamento, o médico não deve ministrá-lo, sob pena de estar constringendo ilegalmente o paciente. Assim, caso não observe essa determinação, o médico corre o risco de ser responsabilizado civilmente.

O artigo 15 do Código Civil diz que “ninguém pode ser constringido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica” trazendo ao médico significativos problemas de ordem ética, de responsabilidade civil e do dever de informação que tem o paciente, previsto no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. O paciente ou alguém que lhe seja próximo, deve ser informado sobre os procedimentos médicos que serão ministrados com suas vantagens e desvantagens ou intercorrências possíveis.

O Código de Ética Médica prevê em seu artigo 13 que é vedado ao médico “deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença”.

O Capítulo dedicado aos Direitos Humanos do mesmo código é recheado de vedações que protegem o direito à informação que tem o paciente, garantir o exercício pelo paciente do direito de decidir livremente sobre si, desrespeitar a integridade física e mental do paciente, citando-se aqui, a título de exemplo o artigo 22, que reafirma, é vedado ao médico “deixar de obter consentimento informado do paciente ou do seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”, em situações, portanto, de urgência e emergência, situações estas em que existe a impossibilidade da obtenção do Consentimento Esclarecido.

O mesmo Código de Ética Médica prevê em seu art. 31 a vedação ao médico do desrespeito ao direito do paciente ou de seu representante legal quanto a “de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas”, estes, são excetuados no caso de risco iminente de morte, e artigo 34, que prevê vedação ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento”, tudo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito da personalidade e a autonomia da vontade do paciente.

A Lei n. 8.080/1990 de 19 de setembro de 1990 que “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes” prevê no Capítulo II, Dos princípios e Diretrizes, art. 7º “As ações e serviços públicos contratados ou conveniados integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas na Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: Inciso V – “direito à informação, as pessoas assistidas, sobre sua saúde”, demonstrando, mais uma vez a legislação pertinente à saúde, que é direito do paciente, seja ele atendido na rede privada ou pública de saúde, o direito à informação sobre seu estado de saúde, e em consequência, a autorização para que sua integridade física seja, de alguma forma atingida quando se submete a tratamento de saúde.

A Portaria n. 1.820 de 13 de agosto de 2009 que dispõe sobre os deveres e direitos dos usuários dos serviços de saúde prevê em seu art. 3º que “Toda pessoa tem direito ao tratamento adequado e no tempo certo para resolver o seu problema de saúde” assegurando no seu inciso II “informação sobre seu estado de saúde, de maneira clara, objetiva, respeitosa, compreensível quanto a:

- a) possíveis diagnósticos

- b) diagnósticos confirmados
- c) tipos, justificativas e riscos dos exames solicitados
- d) resultados dos exames realizados
- e) objetivos, riscos e benefícios de procedimentos diagnósticos, cirúrgicos, preventivos ou de tratamento
- f) duração prevista do tratamento proposto
- g) quanto a procedimentos diagnósticos ou tratamentos invasivos ou cirúrgicos
- h) a necessidade ou não de anestesia seu tipo e duração
- i) partes do corpo afetadas pelos procedimentos, instrumental a ser utilizado, efeitos colaterais, riscos ou consequências indesejáveis
- j) duração previstas dos procedimentos e tempo de recuperação
- k) evolução provável do problema de saúde
- l) informações sobre o custo das intervenções das quais a pessoa se beneficiou
- m) outras informações que forem necessárias

O art. 4º da mesma Portaria reconhecendo o direito do paciente à sua integridade física dispõe no inciso III que “nas consultas, nos procedimentos diagnósticos, preventivos, cirúrgicos, terapêuticos e internações”, o paciente tem direito a “a) a integridade física, b) a privacidade e ao conforto, c) individualidade, d) aos seus valores éticos, culturais e religiosos e) a confidencialidade de toda e qualquer informação pessoal f) a segurança do procedimento e g) o bem-estar psíquico e emocional” e no Inciso IX, garante que o paciente tem direito a informação e a recusa do paciente quanto às possibilidades terapêuticas, veja-se, “IX - a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa, atestado na presença de testemunhas;”, e Inciso X “a escolha do local da morte”, do que se depreende, que o paciente tem direito de, inclusive, desistir do tratamento e, no caso de estar internado em unidade de saúde, ser transferido para sua moradia, respeitando sua autonomia e autodeterminação.

Afirma Sotto (s.d.. p. 08-09) apud Paulo Antonio de Carvalho Fortes, quanto, ao direito do paciente de consentir ou dissentir quanto ao início dos procedimentos médicos, após sua devida informação, como explicitado:

A clara compreensão, pelo paciente, do dever médico de informar e de seu direito moral e legal de tomar decisões sobre seu próprio tratamento; o entendimento da necessidade de sua autorização para que os profissionais médicos possam iniciar procedimentos, salvo iminente perigo de vida; e, finalmente, o conhecimento de que seu poder de decisão inclui o direito de consentir ou recusar tratamentos,

O paciente pode, no entanto, renunciar ao dever de informação, de não ser informado quanto ao seu estado de saúde, expressando sua vontade de forma inequívoca, assinalando a autora que, as hipóteses de limitação do dever de

informar são “os casos em que o conhecimento da verdade possa ser prejudicial à saúde ou à vida do próprio paciente, dadas as condições concretas do caso”.

Neste mesmo sentido são os ensinamentos de Muñoz e Fortes (s.d. p.11), pois, para estes autores, “ser informado é um direito e não uma obrigação para o paciente”, e que a recusa em receber informações sobre sua saúde, por vontade expressa, deve ser acompanhada de indicação ao médico de quais responsáveis se constituíram em canal de comunicação e informação ou autorizando o médico a tomar decisões solitariamente, após compreender que é dever do médico prestar todas as informações e que tem direito a tomar decisões autônomas sobre seu próprio tratamento.

O dever de informar tem previsão legal e é um dever do prestador do serviço como dispõe o artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor que estabelece como direito básico do consumidor em sua primeira parte “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços” e em segundo, assegura este mesmo direito, “bem como sobre os riscos que apresentem”.

4.3.2 Testamento Vital

Em estudo sobre o Testamento Vital, Teixeira e Penalva, (2010, p. 58), o definem, como documento, pelo qual uma pessoa capaz pode deixar registrado a quais tratamentos e não tratamentos deseja ser submetida caso seja portadora de uma doença terminal - , defendem, que o Testamento Vital “embora sem previsão legislativa”, é instituto válido, “com base na interpretação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade”.

Ao lembrar que o artigo 5º , III, da Constituição da República de 1988 proíbe o tratamento desumano “e esta proibição deve ser interpretada de maneira extensiva, ou seja, deve-se ter em conta que o tratamento é desumano quando atinge a dignidade da pessoa “quer mediante infringência de sofrimentos físicos ou sofrimentos morais””, afirmam Teixeira e Penalva que

imputar a um individuo a obrigação de ser submetido a tratamento médico que apenas prolongará sua vida, sem nenhuma perspectiva de melhorar ou curar a enfermidade pode constitui verdadeiro tratamento desumano, caso a pessoa, no âmbito da sua esfera pessoal, assim o entenda. (Teixeira e Penalva, 2010, p. 74-75).

O Testamento Vital é, portanto, na visão das autoras acima referidas, instituto “possível, válido e eficaz no ordenamento brasileiro, como instrumento garantidor da autonomia do paciente terminal, que redigiu este documento em momento de

sanidade mental” (2010, p. 66).

Utilizam-se, as mesmas autoras, da definição de Paciente Terminal, elaborada por Marcos Knobel e Ana Lucia Martins da Silva, como “aquele cuja condição é irreversível, independente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo”. Acrescentam, reforçando a definição e compreensão quanto ao que se entende por Paciente Terminal, citando Gutierrez, Pilar L. para quem, Paciente Terminal é aquele “que se torna irrecuperável e caminha para a morte, sem que se consiga reverter esse caminhar”, ou seja, dizem as autoras, “Nessa perspectiva a terminalidade está intimamente atrelada a uma curta expectativa de vida”.

O Consentimento Esclarecido é documento revogável a qualquer tempo, assim como o Testamento Vital, quando o individuo pode externar previamente e documentalmente, sua vontade em relação a procedimentos e tratamento que recusa a submeter-se, no caso de impossibilidade de discernimento em razão de doença terminal. .

Em relação ao Testamento Vital e sua importância na proteção à liberdade e à autonomia privada, observando que encontrando-se o paciente em condições de manifestar sua vontade de consentir ou dissentir, “dissentimento informado” diz Nelson Nery (2011, p. 211) apud Ronald Dworkin:

Cada vez mais, nos damos conta da importância de tomar uma decisão com antecedência: queremos ou não ser tratados desse modo? Hoje, todos os estados americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada: ou os “testamentos vitais” (documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas) ou as “procurações para tomada de decisões médicas” (documentos que indicam uma outra pessoa para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário quando este já não tiver condições de tomá-las.

Considerando que o testamento vital também chamado de “testamento biológico”, “testamento em vida”, living Will” ou testament vie”, está ao lado da figura do Consentimento Esclarecido, Borges, (2005. p.03), define este testamento como “documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade”, informando a autora que não existe no Brasil regulamentação para este tratamento, sendo o mesmo admitido diante da autonomia da vontade e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em citação referente a Maria Helena Diniz, a Professora Roxana Borges faz

referência a documento apresentado por aquela mestra com a mesma finalidade do Testamento Vital, chamado, “Diretrizes Antecipadas Relativas a Tratamentos de Saúde e Outorga de Procuração”, documento pelo qual “uma pessoa poderia se posicionar sobre tratamento médico a que viesse se submeter, independente das consequências de sua recusa ao tratamento e independentemente do posicionamento contrário de seus familiares”.

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução n. 1.995/2012, dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente. Ressaltando a importância da autonomia do paciente na relação médico paciente e orientando que os médicos devem “levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade” quando os pacientes não tiverem condições de se comunicarem e expressar suas vontades, e considerando a existência da distanásia, a nominada obstinação terapêutica, pois que, afirma a mesma Resolução em seus considerandos, que, a aplicação dos recursos tecnológicos, “permite a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios” e as diretivas antecipadas, define esta Resolução o que o Conselho Federal de Medicina entende por Diretrizes Antecipadas em seu art. 1º.

Definir diretivas antecipadas como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente sua vontade”.

Como visto, o Conselho Federal de Medicina admite a existência das Diretivas Antecipadas, ou seja, o Testamento Vital, autorizando os médicos a aceitarem as diretivas como respeito a autonomia da vontade do paciente. Ressalte-se que esta Resolução foi editada, em razão de Exposição de Motivos encaminhada ao Conselho por sua Câmara Técnica de Bioética.

4.3.3 Termo de Responsabilidade, Contrato de Adesão e Termo de Consentimento Esclarecido

O Consentimento deve ser livre, esclarecido e renovável, e esta renovação deve acontecer sempre que alterações importantes ocorram na saúde do paciente, em síntese, deve ser um processo que tem sua continuidade durante o tratamento e muitas vezes após o término do tratamento a que se submeteu o paciente.

Compreendendo que é um processo, o Termo Consentimento Esclarecido não se confunde com o chamado Termo de Responsabilidade, documento que em geral o paciente se vê compelido a assinar, geralmente com formato de formulário, em casos de internação hospitalar.

Este Termo de Responsabilidade, conforme alertam Muños e Fortes (s.d. p. 11), “é tido como permanente e imutável, mesmo que ocorram modificações importantes no estado de saúde, pode-se estar violando a vontade autônoma da pessoa”, acrescentando os autores, que estes documentos têm “o intuito de respaldar juridicamente a ação dos profissionais e dos estabelecimentos hospitalares”, tendo “pouca validade ética quando não contempla os fundamentos do processo de manifestação autônoma da vontade do paciente”.

Neste mesmo sentido, em trabalho que procura descaracterizar a utilização do Consentimento Informado como um contrato de adesão, Fernandes e Pithan (2007, p. 78) criticando o uso do Consentimento Informado com a intenção de “alcançar a segurança inerente a uma relação contratual”, as estudiosas chamam a atenção para o fato de que “esta prática não corresponde a uma atitude eticamente adequada, pois fere o princípio da autonomia da vontade e da beneficência”.

Afirmam as autoras acima referidas que, com a prática da Medicina Defensiva, têm os profissionais da área de saúde, utilizado o Termo de Consentimento Informado como um Contrato de Adesão, como se tivessem a mesma natureza jurídica. Defendem que, a assinatura do Termo de Consentimento Informado deve acontecer através de um processo, processo este que se constitui no fato de que antes do Consentimento faz-se necessário haver a informação “plena e eficaz”, como afirmam: “O consentimento se dará quando o paciente decidir pela autorização à terapêutica aconselhada pelo profissional”. Somente depois desse processo é que se dará a assinatura do Termo de Consentimento Informado, que documentará toda a informação fornecida pelo profissional e a autorização dada pelo paciente.

As mesmas autoras estabelecem um comparativo entre os dois documentos – Contrato de Adesão e Consentimento Informado algumas vezes utilizados, apresentando as características semelhantes que os mesmo contêm, como evidenciam: são realizadas entre sujeito ativo e sujeito passivo, sujeitos capazes, assinados de forma coercitiva, contendo cláusulas de adesão fornecidas pelo médico ou hospital e aderidas pelos pacientes ou responsáveis e parte aderente

fraca. Sublinham que realizado desta forma o “Processo de Consentimento Informado não se desenvolverá”, justificando:

Para que este seja válido é necessário, entre outros, a comunicação eficaz entre o médico e o paciente, onde aquele explicará a este o tratamento com uma linguagem acessível e da forma mais didática possível, e somente depois dessa etapa emitir um Termo de Consentimento que contenha todo o processo realizado de forma escrita. Porém, se for fornecido ao paciente um documento pré-formatado pelo estabelecimento hospitalar, com texto genérico e de linguagem inacessível não se concretizará o Processo de Consentimento Informado.

Em referência ao conteúdo dos documentos considerados/nominados Termo de Consentimento Informado, temos que em sua elaboração fica clara a disposição de unidades de saúde utilizá-los como instrumento de Medicina Defensiva, chegando ao ponto mesmo de o Termo de Consentimento ser considerado/nominado Termo de Responsabilidade confundindo-se os seus objetos.

Conforme esclarece Sotto (s.d. p. 11), quanto a utilização do Termo de Responsabilidade em substituição ao Consentimento Informado:

há que se atentar para o fato de que a informação escrita, consubstanciada em termos de responsabilidade e similares, pode auxiliar o diálogo entre médico e paciente mas não o substituir.

Alertando, com apoio de André Gonçalo Pereira: “os prestadores de cuidados de saúde podem ser acusados de usarem estes documentos como forma de se libertarem do fardo da prova da obtenção do consentimento informado”, e mais, exemplificando a autora quanto à assinatura desses termos de responsabilidade no momento da internação do paciente, que esta assinatura apenas “atesta que houve uma tentativa de esclarecimento naquele instante específico, mas não que o aconselhamento foi continuado e adaptado à evolução do tratamento daquele paciente em especial”, sabendo-se que este aconselhamento e esclarecimento deve ser continuado por todo o tratamento e até após o seu término.

Registra, ainda a autora que, “a utilização indiscriminada de formulários padronizados para a colheita do consentimento informado do paciente, desconsidera o padrão subjetivo e os princípios da autonomia e da boa-fé objetiva restam desse modo desrespeitados”.

Esclarecedora a definição de Consentimento Informado, da autoria de Marco Aurélio de Miranda Ferreira, 2009, reafirmando o que aqui se tenta demonstrar:

Falamos, portanto, de documento que, visando obter a autorização do paciente ou responsável legal, respeita o princípio da autonomia, devendo ser redigido de forma clara, em termos de fácil compreensão para o leigo,

renovável e revogável sem ser discriminatório ou limitador de direitos do paciente e não podendo ter características que excluam a responsabilidade médica. Deve por fim deixar o paciente ou seu responsável ciente de tudo aquilo a que ele será submetido, seus riscos e eventuais sequelas. Reveste-se de especial importância quando o termo acatar o previsto na Res. 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e em capítulo específico do Código de Ética Médica

Em trabalho referente ao Consentimento Livre e Esclarecido na pesquisa clínica em medicina de urgência, Barbosa et. all. (2008, p. 135 – 138), oferecem os itens que deverão constar quando da elaboração do “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que, frise-se, deve ser obtido voluntariamente, senão vejamos:

- A justificativa, os objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa;
- Os desconfortos e riscos possíveis ao voluntário e os benefícios esperados;
- Os métodos alternativos existentes para o tratamento da condição em estudo;
- A forma de acompanhamento e assistência ao voluntário, assim como os responsáveis por este seguimento;
- A garantia de esclarecimentos, antes e durante o curso da pesquisa, sobre a metodologia, informando a possibilidade de inclusão em grupo de controle ou placebo;
- A liberdade do sujeito se recusar a participar ou retirar seu consentimento, em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma e sem prejuízo ao seu cuidado;
- A garantia do sigilo que assegure privacidade dos sujeitos quanto aos dados confidenciais envolvidos na pesquisa;
- As formas de ressarcimento das despesas decorrentes da participação na pesquisa;
- As formas de indenização diante de eventuais danos decorrentes da pesquisa.

O Consentimento Esclarecido, direito moral do paciente e obrigação moral do médico, deve ser regra geral no atendimento médico.

Para que o Consentimento Informado tenha validade, este documento deve conter algumas características ou pressupostos listados por Giostri (2009, p. 26), quais sejam:

1. Existência de uma manifestação exterior de maneira tácita ou expressa que seja suficiente para que o médico tome conhecimento de sua existência.
2. A própria pessoa do paciente é quem deve prestar o consentimento quando apto a tanto. Consentimento de familiares para paciente consciente, seria insuficiente.
3. Consentimento de menor de 18 anos não teria validade e quando maior de idade é importante a análise de sua capacidade de entendimento e autodeterminação no momento do ato de consentir.
4. O paciente deve estar claramente informado sobre a intervenção à qual irá se submeter.
5. O consentimento deve ser prestado antes do fato, uma vez que apenas a mera ratificação do consentimento não tem eficácia. Isto porque a anterioridade do ato leva à possibilidade de desistência, se necessária.

6. O consentimento deve ser livre, já que fatores como o vício no documento, ou o dolo ou erro na forma de obtê-lo excluiriam sua validade.
7. O consentimento não pode ser putativo (que se supõe ter existência legal), pois levaria o médico ao erro por pressupor que fosse válido.
8. O consentimento do paciente não pode vir de encontro à ordem pública e aos bons costumes.

Como elementos essenciais do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, apontam Muñoz e Fortes (s.d. p.12), que eles além de apresentar “linguagem acessível”, devem conter:

- a) os procedimentos ou terapêuticas que serão utilizadas, bem como objetivos e justificativas; b) desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados; c) métodos alternativos existentes; d) liberdade do paciente recusar ou retirar seu consentimento, sem qualquer penalização e/ou prejuízo à sua assistência; e) assinatura ou identificação dactiloscópica do paciente ou de seu representante legal

Quando estuda a obtenção do Consentimento Informado na reprodução humana, Sales (s.d., p. 8), define, que:

Consiste no assentimento que as pessoas sujeitas a procedimentos, utilizando as técnicas de reprodução assistida, concedem aos profissionais de saúde, mediante o esclarecimento de todas as informações necessárias, direta ou indiretamente, a sua consecução, resguardando a sua autonomia e, também, a sua capacidade decisional.

Entende-se o consentimento informado como um sinal de humanização da relação médico-paciente, em função do respeito à autonomia deste e da segurança daquele.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina, de n. 1.957/10 dispõe sobre as Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, prevê a obrigatoriedade da obtenção do Consentimento de pacientes que se submeterem a procedimentos em reprodução assistida. Em seu item I, que trata dos PRINCÍPIOS GERAIS, diz:

O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

Quanto à pesquisa clínica e Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) em medicina de urgência e a autonomia do paciente, assim se expressa Barbosa (2008):

A autonomia do paciente deve ser protegida pelo pesquisador em qualquer circunstância, sendo que nos casos de emergência médica, a equipe deve sempre levar em consideração o risco-benefício do protocolo proposto,

antes de cogitar a inclusão do paciente no estudo. Nos casos em que a equipe considerar maior benefício do que o risco ao paciente, outras formas de consentimento devem ser consideradas.

Uma destas formas seria a transmissão do consentimento a uma pessoa responsável pelo paciente. Em concordância, a legislação britânica orienta que em casos em que não é possível o fornecimento do TCLE pelo paciente, um representante legal pode consentir a participação do paciente na pesquisa e, posteriormente em situação não emergencial, o paciente deve fornecer seu próprio consentimento.

A concessão do TCLE em situações de urgência/emergência é sempre temporária. A maioria das legislações atualmente, prescreve que o consentimento do paciente pode ser prorrogado, para o momento em que o paciente apresente retorno da capacidade cognitiva ao normal, ou transferida a um representante legal, quando o mesmo for identificado, sendo que o conceito de representante legal depende da legislação de cada país.

A Resolução n. 196/96² do Conselho Nacional de Saúde que dita as “Diretrizes e Normas Regulamentadoras da Pesquisa Envolvendo Seres Humanos”, adota como definição do Consentimento Esclarecido a anuência do paciente ou seu representante, livre de vícios, dependência, subordinação ou intimação, após explicação completa sobre a pesquisa, objetivos, riscos e benefícios.

Segundo definição de Nery Junior, (2011, p. 188), consentimento informado é a “capacidade de decisão do paciente quanto ao tratamento que receberá, decisão

² II – TERMOS E DEFINIÇÕES. II. 11 – Consentimento esclarecido – anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro) dependência, subordinação ou intimação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previsto, risco e os incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa. II ASPECTOS ÉTICOS ENVOLVENDO SERES HUMANO. As pesquisas envolvendo seres humanos devem atender às exigências éticas e científicas fundamentais. a) consentimento livre e esclarecido dos indivíduos-alvo e a proteção de grupos vulneráveis e os legalmente incapazes (autonomia). Neste sentido, a pesquisa envolvendo seres humanos deverá sempre tratá-lo em sua autonomia e defendê-lo em sua vulnerabilidade. IV – CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO. O respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe após consentimento livre e esclarecido dos sujeitos, indivíduos ou grupos que por si e/ou por seus representantes legais manifestem a sua anuência à participação na pesquisa. IV.1 – Exige-se que o esclarecimento dos sujeitos se faça em linguagem acessível e que inclua necessariamente os seguintes aspectos: a) a justificativa e objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa; b) os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados; c) os métodos alternativos existentes; d) a forma de acompanhamento e assistência, assim como seus responsáveis; e) a garantia de esclarecimentos, antes e durante o curso da pesquisa, sobre a metodologia, informando a possibilidade de inclusão em grupo controle ou placebo; f) a liberdade do sujeito se recusar a participar ou retirar seu consentimento, em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma e sem prejuízo de seu cuidado; g) a garantia do sigilo que assegure a privacidade dos sujeitos quanto aos dados confidenciais envolvidos na pesquisa; h) a forma de ressarcimento das despesas decorrentes da participação na pesquisa; e, i) as normas de indenização diante de eventuais danos decorrentes da pesquisa. IV.2 – O termo de consentimento livre e esclarecido obedecerá aos seguintes requisitos: a) ser elaborado pelo pesquisador responsável, expressando o cumprimento de cada uma das exigências acima; b) ser aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa que referenda a investigação; c) ser assinado e identificado por impressão dactiloscópica por todos e cada um dos sujeitos da pesquisa ou por seus representantes legais; e, d) ser elaborado em duas vias, sendo uma retida pelo sujeito da pesquisa ou por seu representante legal e uma arquivada pelo pesquisador.

esta que só poderá ser tomada após detalhado esclarecimento médico de todas as informações relativas aos tratamentos a serem considerados” e, acrescenta

O consentimento informado engloba a obrigação do médico de dar, antes de qualquer intervenção e por uma linguagem compreensível ao paciente, informação adequada sobre sua condição de saúde, bem como dos métodos possíveis e disponíveis para o tratamento de sua doença. O médico deve indicar-lhe os resultados esperados, os riscos da intervenção pretendida, o custo desta intervenção e as alternativas que possam existir. O médico deve, também, dar ao paciente oportunidade para refletir e tomar sua decisão sem que sobre este exerça qualquer tipo de pressão.

Não há dúvida, portanto, que o Consentimento Esclarecido deve ser obtido no contexto de um processo de comunicação e informação, se constituindo em instrumento que realiza o princípio da autonomia da vontade, devendo ser livre de vícios, obtido, por último de forma voluntária.

4.3.4 Princípio da Beneficência e Privilégio Terapêutico – Limites ao Consentimento Esclarecido

O Consentimento Esclarecido que respeita a autonomia da vontade tem, para alguns doutrinadores, no entanto, limites que funcionam como verdadeira mitigação deste princípio da autonomia, como por exemplo, quando o paciente se encontra em situação de risco iminente à vida. É o que acontece com o chamado Tratamento Arbitrário ou Privilégio Terapêutico, que significa tratamento necessário diante de uma situação imperiosa e inadiável.

Alertam as professoras Marchi e Sztajn(s.d. p. 05) que, em algumas situações, o chamado privilégio terapêutico pode levar a erro o paciente, como exposto:

A regra da estrita prática ou costume profissional, em que a informação ao paciente fica ao exclusivo critério do profissional de saúde, poderá conferir-lhe poder arbitrário sobre decisões do paciente já que permite suprimir informações relevantes. É forma de manipulação do consentimento, comparável com o erro ou a simulação, baseado no chamado “privilégio terapêutico” que não tem fundamento ético ou jurídico”.

É numa atuação do médico paternalista que os autores Muñoz e Fortes (s.d. p. 07) identificam a existência do “privilégio terapêutico”, pois conceituam paternalismo como a

interferência do profissional de saúde sobre a vontade de pessoa autônoma, mediante ações justificadas por razões referidas, exclusivamente, ao bem-estar, alegria, necessidades, interesses ou valores da pessoa que está sendo tratada.

Prosseguem os mesmo autores, posicionando-se contra este paternalismo, chegando a compará-lo com autoritarismo, quando dizem quanto a estas condutas:

muitas vezes não têm nada de paternalistas, não ocorrem no interesse da pessoa assistida, mas são fruto do autoritarismo de nossa sociedade, expresso nas relações do sistema de saúde. Entendemos que em situações em que a autonomia está reduzida devam prevalecer os princípios da beneficência e da não-maleficência, pois a pessoa não tem condições de manifestar livre e esclarecidamente sua vontade autônoma. Porém, somos contrários a que os médicos decidam, diante de uma pessoa autônoma, o que é bom para ela, o que deverá ser seu bem-estar, sua qualidade de vida, fundamentados em seus próprios valores (dos profissionais). É preciso não esquecer que, muitas vezes, médicos e pacientes provêm de classes sociais distintas, com distintos valores socioculturais, valores esses que podem entrar em choque nas relações estabelecidas entre as duas partes.

Como exceção ao Consentimento Informado Santos (2008, p. 186), também se refere ao chamado “privilegio terapêutico”, não deixando de reafirmar, que este Consentimento, deve ser obtido, quando possível, de um representante legal do paciente:

O médico está autorizado a sonegar informações ao paciente sempre que estas possam prejudicá-lo psicologicamente, a ponto de agravar o seu estado de saúde ou de reduzir suas chances de cura. Nestes casos excepcionais as informações deverão ser repassadas para o representante legal ou familiares próximos da pessoa afetada.

Ao trabalhar com “privilegio terapêutico” tratando da importância do Consentimento Informado, Silva (2003, p. 38), ensina que “existem situações em que o risco à vida do paciente torna impossível ou indesejável todo o rigor na sua efetivação”. São situações de urgência e emergência nos quais “não se pode imputar ao médico a violação ao dever de respeitar o consentimento do paciente, vez que o risco à vida e as demais circunstâncias preponderam sobre o direito do paciente à disposição sobre o próprio corpo”.

Existem exceções à obtenção do Consentimento Informado, mesmo que estas exceções sejam relativas, ante o perigo de vida e o paciente não tenha condições de expressar sua autonomia da vontade. É o que acontece quando o médico desenvolve suas atividades em emergências, quando o paciente encontrar-se incapacitado para se manifestar e não tiver responsável presente, quando o tratamento seja imprescindível no ato, é o que afirmam Marchi e Sztajn (s.d. p. 05), e se configura o chamado principio da beneficência.

Com relação ao principio da beneficência e o possível conflito entre este principio e o principio da autonomia, alguns doutrinadores defendem que em

algumas situações, existindo este conflito, a beneficência deve se sobrepor ao da autonomia quando, por exemplo, o médico receber um requerimento de alta de paciente extemporâneo, alta esta, que pode ocasionar uma acusação de “omissão de socorro” se desta aquiescência advir dano ao paciente.

Sobre este mesmo conflito entre princípio da autonomia e a obtenção do Consentimento Informado e o princípio da beneficência Santos (2008, p. 190), acrescenta, que :

Consentimento não é um direito absoluto e sua observância pode ser dispensada sempre que houver iminente perigo de vida para o paciente. Quando estando em conflito o princípio da autonomia e o princípio de beneficência, pelo qual o médico é obrigado a adotar todos os meios ao seu alcance para preservar a vida do paciente, prevalece o princípio da beneficência

É dever do médico obter o Consentimento Esclarecido do paciente para que possa ministrar a indicação terapêutica e cirúrgica, esclarece Aguiar Junior (1995, p. 36) que ensina, ser o Consentimento Esclarecido dispensável em caso de “urgência que não possa ser superada, ou de atuação compulsória”, reafirmando o autor que “cabe ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar sobre o risco a que será submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo médico”, respeitando, assim, a autonomia do paciente e sua autodeterminação, tudo com atenção aos preceitos constitucionais de liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Neste mesmo sentido, posiciona-se Sotto (s.d. p. 08), quando defende que nos casos de urgência, o princípio da beneficência predomina sobre o princípio da autonomia, acrescentando que “há restrições do conteúdo das informações ao estritamente necessário, uma vez que a intervenção médica faz-se emergencialmente, no intuito de salvar a vida do paciente”. Nestes atendimentos de urgência o Consentimento “muitas vezes inexistentes de fato, é presumido ou implícito”.

Nos casos de situações de emergência quando o paciente não tem condições de consentir e acolhendo os ensinamentos de Prosser e Keeton (Benacchio, 2009, p. 334) Benacchio lista alguns elementos, para que o médico possa atuar sem este Consentimento, quais sejam:

- (i) a incapacidade do paciente em tomar decisões ou que esteja inconsciente, não havendo qualquer pessoa legalmente autorizada a fazê-lo;
- (ii) a necessidade imediata da intervenção ou tratamento médico, sob pena do risco de graves lesões ou morte e
- (iii) que uma pessoa razoável

naquelas condições consentiria, sendo provável que o paciente faria o mesmo.

Quanto à possibilidade de conflito entre o Princípio da Beneficência – ação Paternalista do médico -, que consiste na solitária decisão do médico quanto às terapêuticas a serem utilizadas no paciente sem qualquer participação deste na decisão e a Autonomia da Vontade, o que se tem é uma valorização da participação do paciente nesta decisão, pois que o paciente deve estar amparado em sua decisão pelas informações e esclarecimentos médicos

4.3.5 Direito de Recusa

De outro lado, a recusa ao tratamento através do Dissentimento Informado exclui a responsabilidade do médico, pois, que, ao médico não é dado o direito de invadir a liberdade e a autonomia do paciente, assumindo, então, o paciente, as consequências dos seus atos, pela recusa ao tratamento ou procedimentos recomendados pelo Galeno e pelo descumprimento de suas orientações, sem, contudo, que este médico venha a sofrer penalidades, como demonstra o art. 5º da Portaria n. 1.820 de 13/08/2009, do Ministério da Saúde, que dispõe: “toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhes:”

Inciso V “ o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que seja imputada à pessoa sanções morais, financeiras ou legais”

e, mais, no Inciso VII, prevê que toda pessoa tem direito “a indicação de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia”, respeitando, o responsável legal – indicado –, os valores do representado.

Há de se registrar, também, que conforme Kfoury Neto (2010, p. 43), no caso de recusa de tratamento pelo paciente, “caso o prejuízo que o paciente sofreria, recusando o tratamento, fosse maior que o dano decorrente da intervenção, a questão da falta de informação resultaria sem importância”, é que o bem jurídico vida, tem primordial relevância no conflito entre outro bem jurídico e na definição ou

imputação da responsabilidade.

É no sentido de que o indivíduo pode se recusar a receber tratamento médico que alguns doutrinados, como é exemplo Weber (2004, p. 154) afirma que, as pessoas capazes podem sim, se recusar a receber tratamento, ou seja, não podem ser forçadas a se submeter a assistência médica, embora, registre, esta recusa deverá ser documentada.

Salienta a autora o posicionamento contraposto de Gustavo Tepedino que defende: “se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis”. Esclarecendo seu posicionamento Weber registra que, “mesmo na hipótese de risco de morte, sua vontade haverá de prevalecer”, argumentando em defesa de sua tese, de que este posicionamento está respaldado no princípio geral da liberdade, - art. 5º, II, da Constituição Federal - , liberdade de culto – art. 5º,VI da Constituição.

Preocupada como os “avanços tecnológicos médicos podem afetar a dignidade do paciente” e a chamada obstinação terapêutica considerada como um “ato profundamente anti-humano e atentatório à dignidade da pessoa humana e a seus direitos mais fundamentais” ensina Borges, (2005. p.01):

A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra a sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir sobre os últimos momentos de sua vida. Esta decisão precisa ser respeitada. Estando informado sobre o diagnóstico e prognóstico, o paciente decide se vai se submeter ou se vai continuar se submetendo a tratamento. Ele pode decidir pelo não tratamento, desde o início, e pode também decidir pela interrupção do tratamento que ele considera fútil.

Decisões judiciais que a título de dirimir conflito entre o direito à vida e a liberdade religiosa, optam pelo direito à vida, à revelia do paciente, são inconstitucionais, pois atentam contra o art. 5º, II, da Constituição Federal que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ensina Nelson Nery Junior (2011, p. 176-180).

Colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito, lembra o mestre Nelson Nery Junior citando o jurista Robert Alexy, autor desta teoria, “nascem, sempre, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”., isto é, só existe colisão de direitos

fundamentais quando “causar dano ou repercussão negativa no direito fundamental de outrem”.

Da mesma forma não há colisão, salienta o autor, entre direitos fundamentais em sentido amplo, pois esta recusa não “acarreta dano a um bem coletivo”, não há pois, segundo o autor que se falar em colisão de direitos fundamentais através da teoria da ponderação de interesses, vez que, é o próprio indivíduo através do Consentimento Esclarecido que se recusa a submeter-se a procedimentos, como é o caso de Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue e esta negativa é o exercício do direito subjetivo público da liberdade religiosa.

Assinala o autor, neste ponto que, a Portaria n. 1.820/2009 do Ministério da Saúde no seu art. 5º, V, prevê que, “o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde...” reconhecendo, assim o Ministério da Saúde que só não será reconhecido aquele Consentimento Informado que acarretar risco à saúde pública, salientando que, a recusa de um indivíduo a tratamento cuja doença não traz qualquer risco à saúde pública é estrita violação à sua autonomia da vontade, de liberdade religiosa e da dignidade da pessoa humana. (Nery Junior, 2011, p. 176-180).

Em observação à transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, para os quais a religião é impedimento para que este procedimento seja realizado em seu corpo, mesmo quando em risco de vida, Benacchio (2009, p. 333), pergunta “Haveria vida digna em termos jurídico-constitucionais àquele cuja vida foi salva por transfusão de sangue, se considerada sua convicção religiosa no sentido de que Deus lhe virou a face?” E mais, continua, respondendo o autor, “Caso não, então a morte seria mais digna que a própria vida?”.

Ao elaborar Parecer, respondendo questionamentos que lhes foram formulados em Consulta pela Associação das Testemunhas de Jeová, o Professor Celso Ribeiro Bastos defende o direito de recusa de pacientes a submeter-se a tratamentos terapêuticos, inclusive transfusão de sangue, apresentando, em suas formulações, princípios fundamentais, como o previsto no art. 5º, II Da Constituição Federal que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, (Princípio da Legalidade).

Como não há lei obrigando o médico a fazer transfusão de sangue no paciente, todos aqueles que sejam adeptos da religião “Testemunha de

Jeová”, e que se encontrarem nesta situação, certamente poderão recusar-se a receber o referido tratamento, não podendo, por vontade médica, ser constrangido a sofrerem determinada intervenção. O seu consentimento, nesta hipótese, é fundamental. Seria mesmo desarrazoado ter um mandamento legal obrigando a certo tratamento”.

A argumentação do Professor Bastos referindo-se quanto à recusa de Testemunhas de Jeová em não receber transfusão de sangue, esclarece que se a Constituição garante a liberdade religiosa e se esta liberdade está inserida em todos os momentos de sua vida, a orientação religiosa deste indivíduo deve ser respeitada sob pena de esta mesma liberdade estar sendo violada. (Bastos, 2001, p. 36 – 47).

Verifica-se posicionamento semelhante no Parecer de Nelson Nery Junior, acentuando que a Constituição Federal em seu art. 5º, VI assegura a liberdade religiosa, “direito subjetivo público” “que garante a todos os cidadãos um acesso equitativo aos entornos culturais, às tradições e relações interpessoais à medida que estas são essenciais para a formação e a garantia de sua identidade pessoal”, reconhecendo neste direito à liberdade religiosa quatro direitos conexos, quais sejam, a liberdade de consciência, de religião, de culto e de objeção de consciência, citando Canotilho, diz: “as liberdades de consciência, de religião e de culto protegem o núcleo substancial da personalidade porque são constitutivas da identidade pessoal e do direito de desenvolvimento da personalidade como direito fundamental da vida”. Por ser direito fundamental (da personalidade), a liberdade religiosa é “irrenunciável, indisponível, intransferível e imprescritível”. Desta forma, acrescenta o mestre que, “Em um Estado democrático de Direito, a manifestação prática da fé não se esgota na liberdade de culto; ela engloba a impossibilidade de o estado impor condutas aos cidadãos atentatórias a sua dignidade e a sua convicção religiosa”. (Nery Junior, 2011, p. 173-174).

Continua o Professor Nery Junior, (2011, p. 173-174). em seu Parecer respondendo à consulta formulada, que, está constitucionalmente previsto no art. 1º, III, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, a liberdade de religião, liberdade de culto, direito à privacidade, liberdade individual. No que diz respeito ao direito à vida afirma que “este é um direito contra o estado, que deve preservar a vida e atuar positivamente no sentido de resguardar este direito”. Direito contra o Estado no sentido de que o “indivíduo possa encontrar meios de prover a si mesmo e, quando não for capaz de fazê-lo, que o indivíduo possa contar com o apoio do Estado, que deve prover aquele mínimo necessário para assegurar as condições

básicas na preservação da vida”, ou seja, condições de saúde, higiene, transporte, alimentação e educação. A liberdade de religião, também prevista na Constituição de 1988, art. 5º, VI, que dispõe sobre a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença assegurando o livre exercício dos cultos religiosos, dando liberdade de livre escolha pelo indivíduo quanto à sua orientação religiosa.

4.3.6 Vícios de consentimento

Em relação aos vícios de consentimento, Silva (2003, p. 34), diz que estes “vícios são os mesmos que atingem os atos jurídicos em geral”, “a ignorância que é a ausência de conhecimento sobre o objeto da decisão”, o “erro, há falsa noção sobre determinado fato ou coisa”, “existência de erro substancial, que consiste na declaração de vontade viciada, *in casu*, por falsa noção sobre *características* do tratamento ou da doença”, o “falso motivo, que poderá ser verificado no caso de erro de diagnóstico”.

Afirmando que a informação suficiente é requisito de validade do consentimento esclarecido do paciente, Sotto (s.d. 09) apud André Gonçalo Pereira diz, “provado que não foi prestada informação ou que ela foi insuficiente para sustentar um consentimento esclarecido, o consentimento obtido é inválido e o acto médico passa a ser tratado como um acto não autorizado, induzindo o paciente a erro”, “modalidade clássica de vício de consentimento, que gera entre outras consequências a anulabilidade do contrato, completa a mesma autora.

Ao dizer que a obtenção do Consentimento Informado não é uma excludente de responsabilidade no caso de haver um dano, Weber (2004, p. 155) cita o doutrinador Pontes de Miranda, como segue:

Observe-se, ainda, que o consentimento não afasta a responsabilidade do médico por seus erros, ou descuidos, inclusive quanto ao diagnóstico, tanto mais quando o cliente ou a pessoa atendida pode somente ter consentido porque o médico lhe expôs erradamente, ou de má-fé, o que seria sua doença.

A boa-fé deve estar presente, também, na forma e no momento da informação, pois, conforme Marques (2004, p. 28), exemplificando, “se o médico informa diagnóstico vexatório em público, falha em seu dever de informar”. Se abusa de seu poder e da situação” apresentando um consentimento informado com cláusulas abusivas - limitativas de seus direitos e deveres –, cláusula de renúncia de

direito do paciente e condições excessivamente onerosas, esta manifestação do paciente ou seus responsáveis, encontrarem-se em “estado de perigo” esta manifestação é nula pois contraria o art. 51, IV do CDC.

Dos ensinamentos de Marcos Bernardes de Mello (2013. p.180, 188) conclui-se que, há ineficácia em um ato jurídico defeituoso por vício de consentimento, ou seja, vício que afeta a vontade de quem consentiu, afirmando que a “vontade juridicamente relevante” é a exteriorizada, “manifestada conscientemente”

As espécies de vícios de consentimento são o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão.

Sobre o erro na expressão da vontade, o mesmo autor caracteriza como uma “falsa representação psicológica da realidade”, “a falsidade da representação constitui o fator determinante do conteúdo da vontade manifestada”, desta forma, conclui “a vontade que se exteriorizou é produto do erro” se não houvesse o erro não teria manifestado aquela vontade ou a teria manifestado diferente. No erro se observa conhecimento falso em relação à realidade.

Este erro deve ser substancial como definido no art. 139, Inciso I do Código Civil quando “ interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades essenciais”, e mais, este erro substancial é erro que anula o negocio jurídico, conforme art, 138 do Código Civil quando, “...as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. O artigo 140 do mesmo *Codex* explicita que o “falso motivo” “só vicia a vontade quando expresso como razão determinante”

Quanto ao dolo, consiste este, na ação ou omissão de uma das partes do negócio jurídico com a intenção de induzir a outra parte a erro. Conforme ensina Mello, (2013, p. 211) com base no que prevê o art. 147 do Código Civil:

Nos negócios jurídicos bilaterais para que se caracteriza omissão culposa (dolosa ou negligente) de um dos figurantes sobre fato ou qualidade que o outro haja ignorado capaz de gerar anulabilidade é essencial a) que exista de sua parte o dever de informar, segundo normas jurídicas explícitas ou mesmo apenas em decorrência de boa-fé ou dos costumes do tráfico, b) cabendo ao *deceptus* a prova de que sem ela (omissão) o negócio não se teria realizado.

Também é passível de anulação o ato jurídico realizado sob coação que vicia a declaração de vontade como prevê o art. 151 do Código Civil que esta coação “há de ser tal que incuta no paciente fundado temor de dano iminente e considerável à

sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens”.

No que se refere a espécie de vícios de vontade que anulam o negócio jurídico temos também “o estado de perigo” previsto no art. 156 do Código Civil: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”.

Os pressupostos essenciais à configuração do negócio jurídico realizado em estado de perigo são apresentados por Mello (2013, p. 234-236), quais sejam, “existência de risco de dano pessoal a que esteja exposto o próprio figurante do negócio jurídico ou pessoa de sua família”; “a gravidade do dano e a atualidade dos riscos”; “existência de relação direta entre o estado de perigo e o negócio jurídico de que resulte a obrigação excessivamente onerosa”; “Dolo. É preciso que o temor do risco seja do conhecimento do outro figurante do negócio jurídico” e a “excessiva onerosidade da obrigação assumida pelo figurante do negócio jurídico”.

A última causa de anulabilidade do negócio jurídico que vicia a vontade, está prevista no art. 157 do Código Civil que é a lesão, como se transcreve: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

4.3.7 O Consentimento Esclarecido Como Instrumento de Defesa

Santos (2008, p. 184), questiona-se, se, pode o médico “que levou a cabo uma cirurgia usando da melhor técnica prevista *leges artis*, de forma conscienciosa e atenta e que, não gerou nenhum dano corporal ao paciente, bem sucedido no seu procedimento, ser condenado a pagar uma indenização em favor deste? É o mesmo Professor quem responde com a resposta positiva que se segue:

em razão da ausência do que se convencionou chamar de consentimento informado ou esclarecido, cujo resultado prático poderá ser, em última análise, a objetivação da responsabilidade civil decorrente da prática de um ato médico

Segue o Professor dizendo que o médico que descumpre os “deveres atinentes ao consentimento esclarecido” “torna-se responsável por todo e qualquer tipo de dano que derive da álea inerente à medicina” – “mesmo que tenha adotado toda a técnica, mesmo que sejam danos advindo de reações inesperadas do próprio

organismo humano” o médico poderá vir a ser condenado a indenizar o paciente, “não se podendo alegar caso fortuito ou força maior para isenção da responsabilidade do médico”. Acrescentando neste ponto, Santos (2008, p.192)

Não excluirá o dever de indenizar mesmo que prove que não laborou com culpa durante o procedimento ocorrido sem o consentimento do paciente, e, sua defesa, estará limitada à prova de que não teve culpa pelo fato de não ter obtido o consentimento esclarecido deste.

Quanto a importância do dever de informar e a responsabilização civil dos médicos, nos ensina Benacchio (2009, p.334) , que o dever de informar é “independente do dever de diligência do médico na realização do tratamento e procedimentos correlatos” e prossegue o autor, quanto à responsabilidade na ausência do dever de informação do médico para com o paciente mesmo na inoportunidade de erro médico, “podendo ocorrer responsabilização civil do médico por falta de cumprimento do dever de informação, mesmo na hipótese de ausência de erro médico”.

Estudar, de um lado, a importância da utilização do Consentimento Esclarecido como instrumento de defesa em processos intentados contra médicos, que no exercício de suas atividades não obtêm o êxito esperado pelo paciente, não considerando, neste passo, a inexatidão da ciência médica e, de outro, a responsabilidade médica advinda do dever de indenizar por danos decorrentes de sua atuação, independente de caracterização de culpa e da incerteza própria do exercício da medicina, tem sido alvo de preocupação de estudiosos e operadores do direito, considerando ainda, que, o paciente tem direito inalienável e indisponível à sua integridade física e psíquica.

No que diz respeito à caracterização da responsabilidade civil médica pela não obtenção do Consentimento Informado, e por consequência, a falta de informação ao paciente quanto ao risco existente no tratamento, devendo ser verificado o nexo causal entre a omissão de informação e o dano, posiciona-se Kfoury Neto (2010, p. 42) “deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final. Assim, o dano deve ser consequência da informação falha ou inexistente, esta se liga àquela por nexo de causalidade”, acrescentando o mesmo Professor: “Poderá haver responsabilização pela falta ou deficiência no cumprimento do dever de informar, ainda que não possa provar claramente ter havido culpa no descumprimento da obrigação principal”. Se o médico não obteve o Consentimento, ao inadimplir este dever, haverá de indenizar.

Neste mesmo sentido é a Ementa REsp 436827, julgado em 01/10/2002, DJ de 18/11/2002, p. 228, Processo n. 2002/0025859-5 do Tribunal do Estado de São Paulo, cujo Relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, referente à responsabilidade médica e a ausência do Consentimento Informado, vejamos:

Responsabilidade Civil. Médico. Consentimento Informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente ser consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano.

Ao trabalhar sobre a importância do Consentimento Informado e responsabilidade Santos (2008, p. 192) constata que a ausência de Consentimento Esclarecido objetiva a responsabilidade civil do médico:

Constata-se, pois, que o esculápio, ao descumprir o dever de informar e de obter o consentimento para a prática do ato médico acaba, por vias transversas, objetivando sua responsabilidade civil no que tange ao procedimento médico em si mesmo. Note-se que não se trata nem de transformar sua habitual obrigação de meios em uma de resultado, porque desrespeitar o direito do paciente de decidir sobre a conveniência do ato torna o Galeno responsável até mesmo pela inexactidão da ciência médica. Assim, não excluirá o dever de indenizar mesmo que prove que não laborou com culpa durante o procedimento ocorrido sem o consentimento do paciente. Sua defesa estará limitada à prova de que não teve culpa pelo fato de não ter obtido o consentimento informado deste.

A utilização do instituto do Consentimento Esclarecido na atividade médica, tem importância vital em eventual ação indenizatória, ações estas ajuizadas frequentemente, e nas quais o ônus da prova seja incumbido ao médico. São ações intentadas com objetivo de caracterizar o dano moral e/ou material sofrido e sua quantificação ou pensionamento.

Silva (2003, p. 46), quando estuda a responsabilidade do médico e ausência do Consentimento Informado e suas consequências, mesmo que o dano seja resultado de “fato inesperado” ensina que “mesmo que o médico empregue todos os meios disponíveis, se houver dano, ele responde pela negligência”, “pois chamou a si todos os riscos do tratamento”.

Mais adiante, esclarece o mesmo Silva (2003, p. 47), quanto à ausência do Consentimento Informado:

Quanto à possibilidade da inobservância do consentimento, por si só, conferir o direito à reparação, entendemos que a autonomia do paciente acrescida do poder relativo de disposição sobre o próprio corpo pode dar ensejo ao dever de reparação, mormente nos casos que resultem afetação à integridade física ou grave abalo psíquico, não se justificando somente nos casos de pequenas intervenções médicas em que o resultado supere

em muito o dano extrapatrimonial suportado, pois poderíamos entender que houve compensação dos *danos* pelos benefícios.

Em continuidade ao mesmo raciocínio e de forma a reforçar esta mesma idéia, diz Silva (2003, p. 48) “Assim, é possível o consentimento informado funcionar como fator isolado de responsabilização do médico, por violação a sentimento íntimo de autodeterminação, à integridade física e ao dever ético do profissional, afetando-se a honra subjetiva do paciente”.

Não é diferente o posicionamento de Claudia Lima Marques (2004, p. 18-19) em referência à informação insuficiente e a não obtenção do Consentimento Informado e a conseqüente responsabilização do médico por culpa, negligência e imprudência. Registra a Professora que o dever de informação é previsto constitucionalmente, art. 5º, inciso XIV, “Hoje a falha informativa ou o fato oriundo do defeito de informação são uma negligência e imprudência médica por si sós”, isto porque se o

paciente não foi suficientemente esclarecido sobre os riscos e as circunstâncias principais do tratamento ou cirurgia proposta, não há consentimento válido e o médico é responsável por todos os danos ao consumidor causados por esta falha informativa (art. 20 do CDC), por defeito informativo (art. 14 do CDC), mesmo que não haja qualquer “erro médico” ou falha na técnica (imperícia) médica do serviço.

A mesma autora nos informa, (Marques, 2004, p. 28) apud o mestre argentino Ricardo Lorenzetti, in *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997. T.I, p. 211 e 212, sobre a não obtenção do Consentimento Informado ser considerada uma lesão autônoma:

Se trata de una violación de la libertad del paciente y es suficiente para producir responsabilidad; lãs lesiones consiguientes derivadas Del tratamiento, Bueno o malo, son motivos de outro análisis (...) El consentimiento debe ser fundado em la libertad, de modo que su ausência importa uma invasión que por si sola resulta dañosa (...) La culpa surge por no haber informado, o por haberlo hecho defectuosamente (...) No es necesario negligencia em el tratamiento. Em cuanto ai nexo causal, la victima debe demostrar que el daño proviene de um riesgo que debió ser avisado. Si el peligro hubiera sido advertido, la victima no se habria sometido al tratamiento y el daño no hubiera ocurrido. Este prejuicio debe ser mayor que el que hubiera sufrido de hacer rehusado de haber sido informado

Como afirma Sotto (s.d. 09), quanto a ausência de informação ou a informação defeituosa, por culpa do médico, o que, como já referido, leva o paciente a erro, (vício de consentimento), é suficiente para responsabilizar civilmente o médico. Afirma a autora que “o nexo causal entre a conduta do profissional e o dano

moral ou patrimonial experimentado pelo paciente é deduzido segundo critérios hipotéticos ou de probabilidade objetiva próprios de condutas omissivas”.

A responsabilidade civil médica pode ser subjetivada quando o médico cumprindo seu dever de obter o Consentimento Esclarecido, por culpa, isto é, por negligência, imprudência ou imperícia, seu paciente vem a sofrer dano, fazendo com que seja o próprio paciente quem tenha o dever do ônus da prova.

Como leciona Gonçalves (2009, p. 21 - 22) de outro lado, a responsabilidade objetiva ou legal, está substanciada na teoria do risco, e sabe-se que a atividade médica é inerente de risco, e esta responsabilidade objetiva prevê que todo dano é indenizável, bastando para tanto que exista nexos de causalidade entre o dano e a conduta do agente, neste caso, não há que se falar em culpa, como acontece com a não obtenção do Consentimento Esclarecido.

Sobre o “Reflexo do Consentimento Informado na Responsabilidade Civil do Médico”, Silva (2008, p. 45), expõe com clareza a importância da obtenção do Consentimento Esclarecido em relação à responsabilidade civil do médico:

Ocorre que, diante da inexistência do consentimento informado, a culpa do médico já se faz existente pela negligência quanto a um dos deveres, que, por outro lado, constitui direito do paciente de esclarecidamente decidir sobre as ações que possam incidir sobre sua integridade física.

Não é outro o ensinamento de Weber (2004, p. 155) quanto a não obtenção do consentimento, quando cita o doutrinador Pontes de Miranda, como segue:

Sua investigação ganha importância quando a intervenção é correta, dela decorrem danos ao paciente, danos em relação aos quais não havia sido previamente informado e, portanto, não poderia ter assentido de forma livre com os riscos respectivos

Encontra-se no artigo 927³ do Código Civil a previsão da responsabilidade objetiva que diz que haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei ou em decorrência de atividade que por sua natureza implique em risco aos direitos de outrem.

Segundo os ensinamentos de Marques (2004, p. 31), com apoio na doutrina argentina, o dever de informar é uma “obrigação de resultado” “pois toda relação deve ser interpretada (art. 47 do nosso CDC) *favor debilis* ou *favor concommatoris*”, afirmando a autora que o dever de informar “(dever de alerta, conselho,

³ Art. 927 CC – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo Único: Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

esclarecimento para alcançar o consentimento informado) é obrigação de resultado (fazer de boa-fé), mesmo se a prestação principal é obrigação de meio”..

Repetindo o que preconiza Cavalieri Filho (2009, p. 379), “Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade”.

Quando o médico deixa de obter o Consentimento Esclarecido, a ausência deste documento objetivará a sua responsabilidade civil no caso de advir algum dano ao paciente, caindo sobre seus ombros a responsabilidade solitária das suas decisões e o ônus da prova para sua defesa, na hipótese de demanda judicial, como ensina Kfoury Neto (2010, p. 49):

Indeniza-se o dano moral gerado por privar-se o paciente de sua capacidade de autodeterminação – e não lesão causada pela cirurgia – toda vez que a intervenção tiver sido correta e representado a única opção terapêutica existente. Por isso mesmo, o consentimento naquelas circunstâncias teria sido concedido por outro qualquer paciente.

E é assim porque é dever do médico prestar informações e esclarecimentos, em suma, dialogar com o paciente quanto às possibilidades terapêuticas, é direito do paciente conhecer os riscos e benefícios do tratamento que a técnica médica sugere, assim como obter a informação completa quanto ao seu estado de saúde, tendo como indicador o princípio da boa-fé objetiva que se traduz na cooperação, lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que deve existir nas relações médico/paciente

5 CONCLUSÃO

Este trabalho monográfico teve como objetivo estudar as consequências jurídicas da não obtenção do Consentimento Esclarecido pelo médico, quando em desenvolvimento de suas atividades profissionais. Para tanto, entendeu ser necessário, inicialmente, expor sobre os novos paradigmas da ciência jurídica, a importância da hermenêutica fundada nos princípios constitucionais e a supremacia da Constituição Federal.

A legislação concernente ao tema, a doutrina e a jurisprudência foram estudadas, de forma a substanciar o que se apresenta neste trabalho.

A seguir, procurou-se conceituar o que é responsabilidade civil, que se define como a obrigação de reparar o dano extrapatrimonial ou patrimonial causado a terceiros, por culpa ou por imposição legal, ambos indenizáveis.

A responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, decorrente do descumprimento de uma obrigação originária.

Quanto à indenização por dano extrapatrimonial, esta deve ser quantificada razoavelmente, para que atinja de forma moderada o patrimônio do réu, sem que se constitua ou se caracterize como enriquecimento ilícito do autor. No caso de dano patrimonial, esta indenização deve oportunizar o restabelecimento do status quo anterior, de forma a restabelecer o prejuízo sofrido. Estes danos, podem se caracterizar como lucros cessantes ou danos emergentes.

Apresenta-se, em continuidade, os elementos da responsabilidade civil que são a conduta do agente, conduta esta que deve ser voluntária, o dano e o nexo de causalidade.

Tratou-se, também, de explicitar neste trabalho, o erro médico, que é fator de responsabilização e que pode acontecer durante o próprio tratamento sugerido ou no diagnóstico, por ação ou omissão e é considerado dano, causado diretamente pelo médico que dá origem a responsabilidade, surgindo o dever de indenizar, seja em razão do dano extrapatrimonial e/ou patrimonial.

Diferentemente, a latrogenia, que ocorre em razão de reações naturais ou individuais do próprio paciente, quando da realização de procedimentos médicos, sem que ocorra o dever de indenizar pelos danos causados pelas consequências previsíveis e naturais do tratamento/procedimento.

A objetivação da responsabilidade, decorrente da lei, conforme art. 927 do

Código Civil, e a subjetivação da responsabilidade, a culpa que se traduz pela conduta voluntária negligente, imprudente e a imperícia, o princípio da boa-fé, que obriga a todos assumirem um comportamento ético, leal e de cooperação nas relações, a autonomia da vontade e os direitos da personalidade, em suma, a dignidade da pessoa humana, direitos estes presentes nas relações contratuais ou extracontratuais, são estudados neste trabalho.

A responsabilidade civil do médico está estabelecida no artigo 951 do Código Civil, como responsabilidade por ato próprio.

A atividade médica é atividade perigosa possuindo um risco inerente mesmo quando prestada com toda técnica e segurança, é considerada obrigação de meio – o médico não pode garantir o êxito do procedimento terapêutico, em razão da álea, mesmo nas cirurgias estéticas embelezadoras, uma vez que o médico, não pode garantir o resultado, pois que, toda intervenção médica é passível do risco que lhe é inerente.

As relações médico/paciente podem acontecer através de um contrato, verbal ou escrito, ou de forma extracontratual, como é exemplo, o atendimento médico em via urbana.

No que diz respeito ao ônus da prova, quando nas relações contratuais, é o autor/paciente, que tem o ônus de provar a existência do contrato, o inadimplemento contratual, o dano e o seu nexo de causalidade. Ao réu (médico) incumbe a prova de que o dano não ocorreu por sua responsabilidade, ou seja, que a causa do dano é estranha ao réu.

Quando esta relação acontece de forma extracontratual, ao autor incumbe provar o dano, o nexo de causalidade, deverá provar, também, a culpa do réu, ou seja, a sua negligência, imprudência ou imperícia.

Deve-se, neste ponto, ressaltar que esta diferenciação não tem importância maior na responsabilidade médica, uma vez que, como o médico tem obrigação de meio, seja na relação contratual ou extracontratual, será de responsabilidade do autor da ação o dever de provar que a culpa é do médico.

A responsabilidade civil médica está relacionada à verificação da culpa na sua conduta médica, responsabilidade subjetiva, cabendo ao credor/autor o ônus de provar o dano e a culpa do médico, mormente quando o médico obtém o Consentimento Esclarecido.

Este Consentimento Esclarecido, fundamenta-se, no respeito à dignidade da

pessoa humana, princípio, ao qual, todos os demais direitos humanos fundamentais estão lastreados. É pois, este Consentimento Esclarecido, a realização de fato, do respeito à autonomia da vontade do paciente e à sua integridade física.

Documento que registra a manifestação e autorização do paciente ou do seu responsável, autorizando/consentindo com a atuação médica, após receber informações adequadas e compreensíveis quanto ao seu estado de saúde, os riscos e benefícios da terapêutica sugerida, este Consentimento Esclarecido deve ser continuado e voluntário e é considerado um dever do médico e um direito do paciente.

Assim como tem direito a consentir, o paciente também tem direito à recusa ao tratamento/procedimento, proposto pelo médico, mesmo com iminente risco de vida, em razão de sua autonomia da vontade, autodeterminação e dignidade da pessoa humana. Tem, por consequência, direito à uma morte digna, que se traduz com o respeito aos seus valores individuais.

Neste sentido, a ortotanásia, conduta atípica, se caracteriza quando o médico, ao reconhecer tecnicamente, que o paciente se encontra em estágio terminal, o Galeno deixa que este estado ou sua continuidade, se dê de forma natural, sem utilizar tecnologias que apenas retardam o processo de morte, considerados fúteis ou desproporcionais. Configura-se esta prática, como distanásia ou obstinação terapêutica. A ortotanásia, principalmente quando acompanhada de declaração de vontade do paciente, é dever do médico atendê-la, em respeito à autonomia da vontade.

Em relação às Diretivas Antecipadas ou Testamento Vital, que se apresentam como um documento escrito e revogável, tem em seu conteúdo uma declaração do indivíduo, que, em estado de gozo de saúde física e mental, expressa sua vontade de não ser submetido à distanásia,

O Consentimento Esclarecido tem como fundamentos, a informação clara, a comunicação entre o médico e paciente, a voluntariedade e a competência do indivíduo/paciente para consentir.

A informação, por sua vez, é corolário do princípio da boa-fé objetiva, e, deverá ser adequada, suficiente e veraz.

Este Consentimento Esclarecido para ser eficaz, deve ser livre de vícios, vícios estes, que afetam a vontade e autonomia do paciente. Os vícios de consentimento tem como espécies, o erro substancial, o dolo – ação ou omissão de

uma das partes -, a coação, coação esta que impinge ao paciente temor de dano iminente e o estado de perigo que se configura, quando o paciente, imaginando encontra-se em estado de perigo, assume obrigação excessivamente onerosa.e a lesão.

O Consentimento Esclarecido é documento que o médico utiliza, também, como instrumento de defesa, em processo judiciário intentado contra si, processos estes que procuram responsabilizar o esculápio por danos verificados, sem culpa, pois, que, se constitui em instrumento de prova, de ter o Galeno cumprido com seu dever de informar e esclarecer o paciente, com relação aos riscos e benefícios dos procedimentos e terapias utilizados, ter recebido a respectiva anuência do paciente ou de seu representante legal, e mais, que agiu com respeito á dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade do paciente e sua autodeterminação.

Ao final, conclui-se que quando o médico cumpre seu dever de obter do paciente ou de seu representante legal, a autorização para execução de procedimentos de diagnósticos e terapêuticos através do Consentimento Esclarecido, se houver dano, o médico terá responsabilidade subjetiva, por culpa, tendo o paciente que provar a negligencia, imprudência ou imperícia do Galeno.

A não obtenção do Consentimento Esclarecido, de outra forma, está demonstrado, objetiva a responsabilidade do médico, responsabilidade presumida, gerando uma obrigação de reparar o dano, independente de culpa, como informa o artigo 927 do Código Civil, uma vez que o médico chamou para si toda a responsabilidade, no que se refere aos riscos inerentes à atividade médica, mesmo que a conduta médica tenha sido pautada por toda a técnica da ciência, sendo considerada negligência a própria não obtenção do Consentimento.

Em consequência da responsabilização objetiva, o médico será responsável pelo ônus da prova em processos judiciais intentados contra si.

Se não consegue através das provas apresentadas a sua exoneração quanto aos danos causados, destituindo o nexos de causalidade entre sua conduta e o dano, como é o caso de dano decorrente por culpa exclusiva da vítima, há de indenizar.

Em razão da não obtenção do Consentimento Esclarecido, responde o Galeno com indenização, em decorrência da obrigação não cumprida, tendo como consequência a sua responsabilização objetiva.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR. Ruy Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.718, ago. 1995, p. 33-53.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial. A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <http://www.iob.com.br/biblioteca/digitalderevistas/bdr.dll>. Acesso em 24/04/2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Autonomia em face da morte: Alternativa para a eutanásia?** In. VIDA, MORTE e dignidade humana. Tania da Silva Pereira, Rachel Assengart Menezes e Heloisa Helena Barboza (coords). Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **Prova Inequívoca, verossimilhança e fundamentação no direito porcessual civil brasileiro**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS. Salvador, v. 70, mar. 2006. Disponível em: http://www.adonias.adv.br/artigos/DPC_6.pdf. Acesso em 25 fev. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas**. Flávia Piovesan e Maria Garcia (orgs). In. Revista dos Tribunais. Edições Especiais. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. v. II Direitos Civis e Políticos São Paulo: 2011

BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões**. Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. Rosa Maria de Andrade Nery e Rogério Donnini (Coords). Revista dos Tribunais, São Paulo: 2009.

BORGES, Andrea Moraes. **Consentimento informado e autonomia na relação médico paciente**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 10, n. 1, p 11-32, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1477/995>>. Acesso em 23 mai. 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7571/eutanásia-ortotanásia>. p. 1-3. Acesso em 06 fev. 2013.

BRASIL. **Código Civil. Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. 11ª ed. São Paulo: Vade Mecum, Saraiva. 2011

_____. **Código De Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 1990, 11ª ed. São Paulo: Vade Mecum, Saraiva. 2011.

_____. **Código de Processo Civil. Lei. N. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui

o Código de Processo Civil. Publ. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11ª ed. São Paulo: Vade Mecum, Saraiva. 2011

_____. **Constituição Federal** (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. DF: Senado, 1988. 11ª ed. São Paulo: Vade Mecum, Saraiva. 2011

_____. **Lei n. 9.434**, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 1997.

_____. **Lei 10.211**, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 2001.

_____. **Lei 8.088**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 1990.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de DIREITO DO TRABALHO**. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes**. In. Obrigações: estudo na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 01-28.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças Preexistente e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução**. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP). São Paulo, out. 2005.

_____. **Colisão de Direitos Fundamentais, Direito à Saúde e Tutela Antecipada**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 12, mai/jun. 2006

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A responsabilidade médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor**. Revista Forense, Rio de Janeiro: v.346. abr/mai/jun. 1999.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.931** de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União, 24/09/2009, Seção I, p. 90. Republ. Diário Oficial da União, 13/10/2009, Seção I, p. 173.

_____. _____. **Resolução n. 1.627** de 23 de outubro de 2001. Considerando a necessidade de se instituir normas relativas à definição e alcance do ato médico. Manaus, 2001.

_____. _____. **Resolução n. 1.897/2009**. Aprova o Código de Processo Ético-Profissional. Diário Oficial da União de 06 de maio de 2009, Seção I, p. 75 a 77.

_____. _____. **Resolução n. 1.957**, de 06 de janeiro de 2011. Dispõe sobre Reprodução Assistida. Brasília, DF. 2011.

_____. _____. **Resolução n. 1.805**, de 28 de novembro de 2006. Dispõe sobre limites e suspensão de tratamentos e procedimentos de pacientes em fase terminal. Brasília. DF. 2006.

_____. _____. **Resolução n. 1.995**, de 31 de agosto do 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF. 2012.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado**. In: Obrigações: estudo na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p. 147-179..

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Adotada em 19 de outubro de 2005. 33ª. Seção da Conferência Geral da UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Saúde. Paris. França. 2005.

DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade Médica na Experiência Brasileira após Constituição Federal de 1988**. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/1446>. Acesso em 11/04/2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Revista Forense. Rio de Janeiro. p.271-316. 1954.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Direito das Obrigações**. 4 ed. Rio de janeiro. .Lumen Juris. 2009.

FERNANDES Carolina Fernández. PITHAN, Carolina Livia Haygert. **O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão**: uma perspectiva jurídica e bioética. Ver. HCPA 2007;27(2):78-82. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/hcpa/arcle/view/2668/1226.2568-9180-3PB.pdf-AdobeReader>>. Acesso em 09 mai. 2012.

FERREIRA, Marco Aurélio de Miranda. **O Consentimento Informado**. Boletim do Cooperado – UNIMED/Salvador. Jan/fev/março2009, Ano 04, n. 15. Disponível em: <www.unimedsalvador.com.br>. Acesso em: 09 mai. 2012.

FRANCISCO, José Carlos. **Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde**. In: Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Souza Neto, Claudio Pereira de, e Darmento, Daniel. (Coords). Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FROTA e BIÃO, Hildemberg Alves da. E Fernanda Leite. **A Dimensão Existencial da Pessoa Humana, o Dano Existencial e o Dano ao Projeto de Vida.** Disponível em: <http://www.iob.com.br/biblioteca/digitalderevistas/bdr.dll>. Acesso em 24/04/2013

FORSTER, Nestor José. **Cirurgia Plástica Estética: Obrigação de Resultado ou Obrigação de Meio.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 86. V. 738. abr. 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Maria. **A Indisponibilidade da Vida Humana e os Limites da Ciência. A Autocompreensão Ética da Espécie (Habermas).** Flávia Piovesan e Maria Garcia (orgs). In. Revista dos Tribunais. Edições Especiais. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. v. II Direitos Cíveis e Políticos São Paulo: 2011

GIOSTRI, Hildegard T. **Sobre a Responsabilidade Médica.** CENBRAP. Centro Brasileiro de Pós-Graduação. Disponível em: <http://www.convep.com.br/arg/arg2321>. Acesso em 09/05/2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil de acordo com o novo Código Civil.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 7. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **A responsabilidade Civil do Médico.** Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 79. Abr. v. 654. 1990.

KRUSCHEWSKY, Eugenio. **Responsabilidade Civil e Células Tronco.** Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2008.

LIRIO, Luana Diniz. **A Perda da Chance pelo Erro de Diagnóstico Médico.** Salvador, 2010: Curso de Graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Informação como Direito do Consumidor.** 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2216/a-informacao-como-direito-fundamental-do-consumidor/2>>. Acesso em 11/04/2013.

LUNA, Roberto Lauro. **Intervenção de Terceiros em Responsabilidade Civil Médica.** 2004. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://uol.com.br/revista/texto/5162/denunciaçao-a-lide-pelo-estado-de-medico-causador-de-dano>>. Acesso em 16 dez. 2010.

MARCHI e STAJN, Maria Mathilde e Rachel. **Autonomia e Heteronomia na Relação entre Profissional de Saúde e Usuário dos Serviços de Saúde.** Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/indez.php/revista_bioetica/article/viewFile/322/390.

[Acesso em 14/04/2013.](#)

MARQUES, Claudia Lima. **A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por Falha no Dever de Informar ao Consumidor.** Revista dos Tribunais, São Paulo: ano 93, v. 827, set. 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano da Validade.** Editora Saraiva. São Paulo. Ed. 12ª. 2013.

Ministério da Saúde. **Portaria n. 1.820/09.** Publicada em 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre direitos e deveres dos usuários da saúde. MS. Brasília. DF. 2009.

_____. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução. n. 196** de 10 de outubro de 1996. Aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisa envolvendo seres humanos. CNS, Brasília, DF. 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos na Responsabilidade Civil.** Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_29. Acesso em 25/02/2013.

MUÑOZ e FORTES, Daniel Romero e Paulo Afonso Carvalho. **O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellautonomia.htm. Acesso em 15/04/2013.

NASCIMENTO, Maria Emilia Costa do. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial.** Disponível em: http://www.iob.com.br/biblioteca_digitalderevistas/bdr.dll. Acesso em 24/04/2013.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares. **Concretizando a Utopia – Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável.** In: Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Souza Neto, Claudio Pereira de, e Darmento, Daniel. (Coords). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Direito de Liberdade e a Recusa de Tratamento por Motivo Religioso.** Flávia Piovesan e Maria Garcia (orgs). In. Revista dos Tribunais. Edições Especiais. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. v. II Direitos Cíveis e Políticos São Paulo: 2011

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações. Fundamentos do Direito das Obrigações. Introdução à Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVA, Bruno Karaoglan. **Dano Estético. Autonomia e Cumulação na Responsabilidade Civil.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/indez.php?in-link>. Acesso em 24/04/2013.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito**

Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O direito à plenitude da vida e a possibilidade de uma morte digna.** In. VIDA, MORTE e dignidade humana. Tania da Silva Pereira, Rachel Assengart Menezes e Heloisa Helena Barbosa (coords). Rio de Janeiro: GZ, 2010.

REALE, Miguel. **A boa fé.** 2003. Disponível em <<http://miguelreale.com.br/artigos/boafe/htm>>. Acesso em 16 dez. 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira. **A perda da Chance de Cura.** Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: n.1. jun. 1985.

SALES, Gabrielle Bezerra. **A doutrina do consentimento informado:** do direito fundamental à informação aos limites da capacidade de anuir no uso das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/adoutrinadoconsentimentoinformadododireitofundamentalinforma_oaoslimitesdacapacidadedeanuirnousodastcnicasdereprodu_oassistida.pdf> Acesso em 23 mai. 2012.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro.** Salvador: JusPodivm, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional.** 10^a.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível.** In: Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Ed. Livraria do Advogado. 2^a Ed. Porto Alegre. 2009.

SEVERO, Felipe Moreira. **A Responsabilidade Civil do Médico pela Perda da Chance da Cura.** Salvador: 2012, Curso de Graduação em Direito. Faculdade Baiana de Direito.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SIADE, Eduardo; GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **A realidade dos processos envolvendo profissionais da área de saúde, clínicas, hospitais e convênios, no Brasil.** Curso de Pós-Graduação em Direito Médico. CENBRAP-Centro Brasileiro de Pós-Graduação. 2009. Disponível em: <<http://www.conem.com.br/arq/arq2321.pdf>>. Acesso em 09 mai. 2012.

SILVA, Carlos Alberto. **O Consentimento Informado e a Responsabilidade Civil do Médico.** Revista do Tribunal Regional Federal 1^a Região, Brasília, v. 15, n. 5,

maio, 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.br/xmlui/bitstream/haudle/2011/21658/consentimento_informado-responsabilidade_civil.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 mai. 2012.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

SOTTO, Débora. **O dever de Informar do Médico e o Consentimento Informado do Paciente. Medidas Preventivas à Responsabilização pela Falta ou Deficiência da Informação**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4635/o-dever-de-informar-do-medico-e-o-consentimento-informado-do-paciente>>. Acesso em 14/04/2014.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Iatrogenia e Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 90. V. 784. Fev. 2001. P. 105-110.

SOUZA SÁ, Ivan Luis. **A Responsabilidade Civil do Médico. A Cirurgia Estética como Obrigação de Meio**. 2007; Salvador, Monografia. Universidade Federal da Bahia.

SOUZA, Ludmila de Cerqueira. **A Natureza Jurídica do Dano Estético**. Monografia Graduação em Direito. UNIFACS. 2009. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article>. Acesso em: 24/04/2013.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **O Dano Estético na Atividade Médica**. 2001. Disponível em: <http://pesquisedireito.com/artigos/medico/danoestetico>. Acesso em 24/04/2013.

SZTAJN, Rachel. **Terminalidade da Vida. A ortotanásia e a constitucionalidade da Res. CFM 1.805/2006**. Flávia Piovesan e Maria Garcia (orgs). In. Revista dos Tribunais. Edições Especiais. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. v. II Direitos Cívicos e Políticos São Paulo: 2011

Superior Tribunal Justiça. **Súmula 387**. Dispõe sobre indenização de dano moral e dano estético. De 01 de setembro de 2009. Brasília, DF. 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. PENALVA, Luciana Dadalto. **Terminalidade e Autonomia: Uma Abordagem do Testamento Vital no Direito Brasileiro**. In. VIDA, MORTE e dignidade humana. Tania da Silva Pereira, Rachel Assengart Menezes e Heloisa Helena Barbosa (coords). Rio de Janeiro: GZ, 2010.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. **A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. IN. Obrigações: estudo na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

THOMAZ JUNIOR, Dimas Borelli. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista dos

Tribunais, São Paulo: ano 86, v. 741, jul. 1997.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil**, Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WEBER, Maria Regina Lusa Cadore. **Responsabilidade Civil do Médico**. Revista do Direito Privado. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Coords). São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 18, abr-jun, 2004, p. 144-162.