



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

**LARISSA MOURA BACELLAR**

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO PELA  
AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO**

Salvador  
2016

**LARISSA MOURA BACELLAR**

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO PELA  
AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Maurício Requião.

Salvador  
2016

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**LARISSA MOURA BACELLAR**

### **A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO PELA AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO**

Monografia aprovada como requisito parcial 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, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2016

Aos  
meus amados pais e irmão, por todo o  
apoio e paciência durante esta jornada.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus, por toda a força e coragem diante dos obstáculos que encontrei para chegar a esta nova etapa da minha vida.

Aos meus pais, Antônio Gutenberg e Maria Luiza, meus maiores exemplos, por me acompanharem diariamente, com todo o amor, carinho, compreensão, paciência e incentivo, essenciais a todo o momento.

A meu irmão, Rafael, por ser o maior presente da minha vida, com sua felicidade inigualável, e que me faz querer ser cada dia melhor.

À minha família, que, perto ou longe, me apoiou com palavras de motivação e amor, à qual sou eternamente grata.

Ao professor Maurício Requião, que me acompanhou desde o início da vida acadêmica, contribuindo mais uma vez com seus ensinamentos, paciência e incentivo na orientação deste trabalho.

Às minhas amigas, que sempre estiverem ao meu lado ao longo desses anos, pelas alegrias e dificuldades compartilhadas.

“Conhecimento não é aquilo que você sabe, mas o que você faz com aquilo que você sabe”.

Aldous Huxley

## RESUMO

A relação médico-paciente foi alvo de grande evolução com o passar do tempo, juntamente ao desenvolvimento dos Estados, garantindo diversos direitos e deveres que devem ser essencialmente respeitados. Sobre este ângulo, ressalta-se o consentimento informado que deve ser obtido pelo paciente, objeto do presente trabalho de conclusão de curso, especialmente no que se refere à possibilidade ou não de responsabilização civil do médico diante da sua inobservância. Por tal razão, através do estudo bibliográfico de autores renomados neste âmbito, necessária a análise, inicialmente, da importância e aplicação prática da autonomia privada do enfermo nesta relação, bem como o modo que influenciou a que se chegasse ao atual consentimento informado. Após, analisa-se o dever de informar do profissional, sendo este considerado como um dever anexo do contrato firmado entre as partes, vez que figura como aquele que detém o conhecimento técnico necessário ao tratamento e/ou procedimento pretendido pelo paciente. Posteriormente, necessária a conceituação dos elementos que envolvem o consentimento informado, para que seja verificada a sua validade, salientando a existência do Termo de Consentimento Informado que, como se verá, nem sempre poderá ser considerado como prova necessária e incontroversa à ocorrência ou não da obtenção do consentimento para a prática do ato médico. Por fim, todas estas definições devem ser aplicadas à esfera da responsabilidade civil, tratada desde os seus conceitos elementares, para que seja possível concluir pela penalização ou não do profissional, especialmente diante da análise de jurisprudências dos Tribunais brasileiros, por conta do desrespeito a este direito do paciente.

**Palavras-chave:** Consentimento informado; Responsabilidade Civil Médica; Autonomia Privada; Dever de Informar.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal da República de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
Coord.	Coordenador (es)
ed.	Edição
n.	Número
rev.	Revista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
v.	Volume

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>2 A AUTONOMIA PRIVADA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE .....</b>	<b>12</b>
2.1 BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE .....	12
2.2 A AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE.....	15
<b>2.2.1 A Autonomia da Vontade x Autonomia Privada e suas consequências jurídicas ...</b>	<b>15</b>
<b>2.2.2 A autonomia privada como garantidora dos direitos da personalidade .....</b>	<b>23</b>
<b>3 O DEVER DE INFORMAÇÃO X CONSENTIMENTO INFORMADO.....</b>	<b>29</b>
3.1 O DEVER DE INFORMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	29
<b>3.1.1 O dever anexo de informação e sua classificação na relação obrigacional .....</b>	<b>29</b>
<b>3.1.2 A informação como elemento essencial à relação médico-paciente .....</b>	<b>32</b>
3.2 O CONSENTIMENTO INFORMADO .....	37
<b>3.2.1 Breve análise sobre o histórico do consentimento informado e seus fundamentos .</b>	<b>38</b>
<b>3.2.2 Conceito e características do instituto .....</b>	<b>42</b>
<b>3.2.3 O Termo de Consentimento Informado .....</b>	<b>50</b>
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO DIANTE DA AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO E DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR.....</b>	<b>56</b>
4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM LINHAS GERAIS E NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	56
4.2 DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO CIVIL APLICÁVEIS À RESPONSABILIZAÇÃO DO PROFISSIONAL.....	63
4.3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE E PERDA DE UMA CHANCE TERAPÊUTICA.....	77
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>83</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>86</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução da relação médico-paciente trouxe consigo diversos princípios, direitos e deveres que, atualmente, são entendidos como de observância obrigatória. Isto porque o anterior paternalismo que figurava como máxima desta relação, tendo na figura do médico um indivíduo tanto quanto superior, restringia, de forma clara, os direitos inerentes não só ao paciente, mas também a este na sua condição de ser humano.

A partir daí, deve ser feita a análise de diversos conceitos, legislações, entendimentos e suas aplicações práticas para que se possa alcançar o objetivo deste trabalho.

Por tal razão, o primeiro capítulo traz, para a melhor compreensão do leitor, os principais momentos históricos que marcaram a relação entre a figura deste profissional e o paciente. Passa-se, como se verá, pela ideia da onipresença até chegarmos à atual massificação e despersonalização do atendimento.

No entanto, ressalta-se que tal evolução não se deu ao acaso, acompanhando, em verdade, a evolução dos Estados e dos seus ordenamentos jurídicos, passando a entender o enfermo como aquele que, na condição de ser humano e de possuidor de direitos e deveres inerentes à sua condição, deveria ter estes também resguardados no âmbito médico. Ademais, tal premissa pode ser considerada pelo simples fato da relação direta com a vida e saúde.

Posteriormente, merecem destaque os conceitos básicos que norteiam todo o contexto para que se chegue à responsabilização civil ou não do médico. A partir daí, portanto, analisa-se a autonomia privada, e inclusive a sua evolução nesta esfera, mesmo porque não possui a mesma ideia e aplicabilidade de tempos atrás. Menciona-se também a autonomia da vontade, entendida por alguns autores como a antecessora deste instituto, e por outros tão somente como um sinônimo.

A autonomia privada é estudada nesse trabalho principalmente tomando como base os elementos que a compõem, suas consequências jurídicas diante dos casos concretos, bem como a sua ligação aos direitos da personalidade. Quanto a estes últimos, pode ser perfeitamente identificada como desdobramentos da intimidade, vida privada, e especialmente do direito à integridade física, considerando que a relação se constitui a partir de um quadro clínico que necessitará submeter o enfermo a determinado procedimento/cirurgia.

Como será desenvolvido, trata-se de uma verdadeira possibilidade de auto regulação e consequente satisfação dos seus interesses próprios, que encontra fundamento não só em legislações, mas principalmente na própria democracia do Estado e através do princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto porque, considerando que a vontade é o elemento propulsor dos contratos, sequer seria possível se verificar o vínculo jurídico entre essas partes, não fosse o elemento anímico manifestado pelo paciente. Adianta-se, entretanto, a possibilidade de exceções a esta regra.

A autonomia privada nos leva, inevitavelmente, à definição do consentimento informado e, mais do que isso, à sua relevância nesta seara. Salienta-se, de logo, que o consentimento foi verificado, juntamente à autonomia privada, em diversos documentos históricos, tais como o Código de Nuremberg, e em julgados de séculos passados. Este instituto será abordado de forma aprofundada, sendo essencial para que se verifique a necessidade ou não de reparação por sua inobservância.

Note que, como será demonstrado, a autonomia e o consentimento encontram limites muitas vezes impostos pela própria sociedade, e não especificamente por uma legislação. Por esta razão é que a análise de casos concretos poderá nos levar a diferentes caminhos, que serão exemplificados através de jurisprudências dos Tribunais brasileiros.

Ainda no que tange ao consentimento informado, o segundo capítulo tratará também do Termo de Consentimento Informado, presente de forma constante no dia-a-dia da relação médico-paciente, bem como quanto a cirurgias realizadas em estabelecimentos hospitalares. Isto porque vem sendo bastante questionado pela doutrina e jurisprudência acerca da sua validade ou não, o que será pontuado.

Porém, chama-se a atenção, desde já, de que o presente trabalho não busca analisar a responsabilidade e/ou atuação dos hospitais para com o enfermo, apresentando tão somente situações pontuais a título exemplificativo e mesmo para uma melhor visualização do que será abordado.

Por fim, após as necessárias análises e destaques, passa-se para o estudo da responsabilidade civil do médico em sua forma direta. Inicia-se tal capítulo com a classificação em linhas gerais deste instituto, e, após, aplica-se estes conceitos ao médico e ao enfermo.

Será verificado, dentre outros casos, como efetivamente deve ser considerado como cumprido ou não o dever de informação do médico e observância e obtenção do consentimento informado. A análise se dá principalmente a partir da discussão doutrinária acerca da natureza

jurídica capaz de configurar esta relação que, de logo, adianta-se que não há uma pacificidade quanto ao assunto.

Neste sentido, também será analisada a possibilidade de aplicação dos diplomas legislativos aos verdadeiros contratos formados entre estas figuras, especialmente no que se refere ao Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

Entretanto, assim como dito que a autonomia privada encontra limitações, a responsabilidade do médico também permeia algumas excludentes, hipóteses nas quais não será obrigado a reparar o dano por motivos que rompem o nexo de causalidade com a sua conduta.

A título informativo, o capítulo também versa sobre a perda de uma chance terapêutica, entendimento que vem sendo aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro progressivamente. Como se extrai da sua própria denominação, relaciona-se ao instituto da perda de uma chance, contudo, transposta à relação estudada, principalmente quanto à possibilidade de cura ou de sobrevivência diante de um caso concreto, que poderia ter sido retirada do enfermo por uma conduta omissiva ou comissiva do profissional.

A partir daí, e com o auxílio de julgados dos Tribunais do ordenamento jurídico brasileiro, e atentando-se a todos os institutos e diplomas legislativos que serão mencionados, será adotado um ou outro posicionamento, no sentido de responsabilizar ou não o profissional pela inobservância de direitos e deveres que possuem grande relevância na regulação desta relação jurídica.

## 2 A AUTONOMIA PRIVADA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A autonomia privada figura como elemento indispensável na relação médico-paciente, especialmente quando se tem em mente a sua evolução ao longo do tempo. Percebe-se o seu desenvolvimento através de diplomas legislativos, partindo-se inicialmente de decisões judiciais, que ganharam notável importância à época, na medida em que protegiam, direta ou indiretamente, direitos fundamentais do paciente.

Por esta razão, seus elementos devem ser identificados, sendo configurada como o meio pelo qual a parte manifestará a sua vontade, que culminará ou não no seu consentimento, estudado posteriormente.

### 2.1 BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A relação médico-paciente, ao longo da história, passou por mudanças e evoluções que demonstram a importância da sua regulação e consagração no ordenamento jurídico, especialmente no âmbito brasileiro.

Os primórdios da medicina foram marcados pela posição de superioridade do médico em relação aos pacientes, o qual era considerado como uma figura divina. Desta forma, o paciente aparecia tão somente como “solicitante” dos procedimentos médicos, não havendo a possibilidade de maiores questionamentos, tendo em vista, principalmente, a ausência de conhecimento técnico e específico das áreas, e a inexistência da divulgação de informações acerca de procedimentos nas suas mais diversas formas.

Posteriormente, há o surgimento e consagração de direitos do paciente a partir das Revoluções Francesa e Industrial, inclusive assegurados pela Magna Carta, como direitos inerentes à sua condição como ser humano. Percebe-se, portanto, uma mudança nesta relação, em que o médico perdia aos poucos o seu destaque, como uma profissão aparentemente inalcançável, sua posição de superioridade, passando a ser visto como um profissional de quaisquer outras áreas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> DANTAS, Eduardo. Diferenças Entre o Consentimento Informado e a Escolha Esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 587-589.

Ressalta-se, de antemão, que a partir deste momento o paciente, que figurava como leigo, passava a assumir certa autonomia em relação às suas escolhas, deixando de ser mero polo do contrato que não proferia qualquer manifestação. Nota-se, inclusive, que os direitos fundamentais que passam a ser consagrados e amplamente defendidos são essenciais à evolução desta relação.

Cumulado a isso, especial atenção merece a massificação e despersonalização do atendimento, cada vez mais presentes no nosso contexto atual, inserindo o conceito da responsabilidade, em seus diversos desdobramentos<sup>2</sup>. Neste sentido, Maria de Fátima Freire de Sá<sup>3</sup> considera que estas crescentes especializações, ainda que devam ser entendidas como necessárias, acabam causando um espaço maior entre o médico e o paciente.

A autora considera ainda que o médico deixa de ser escolhido muitas vezes por uma relação de confiança, passando a ser tratado como especialista indicado por alguém, ou simplesmente por ser conveniado a um plano de saúde. Não há mais que se falar como uma profissão escassa, de pouco conhecimento da população, atrelando-se a isto o desenvolvimento tecnológico.

Sobre o assunto, assevera Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Netto, que devemos considerar nesta massificação pontos positivos e negativos. Isto porque, para os autores, a ampliação do número de pessoas atendidas traz bons reflexos, entretanto, não restam dúvidas de que os médicos dispõem de um tempo muito menor para cada paciente, quando comparado com tempos passados<sup>4</sup>.

Destaca-se, ainda, a inserção do conceito do consentimento nesta relação, que a partir deste momento seria um dos seus pilares no sentido de reger o contrato firmado entre as partes, garantindo direitos essenciais. A consagração dos direitos do paciente, e a fixação dos parâmetros nesta relação, porém, não pode ser resumida a apenas um momento histórico.

Neste âmbito, foi essencial o entendimento dos magistrados no julgamento de casos que, à época, traziam discussões inovadoras acerca da responsabilidade civil do médico quanto ao dever de informar.

---

<sup>2</sup> DANTAS, Eduardo. Diferenças Entre o Consentimento Informado e a Escolha Esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 587-612.

<sup>3</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 80.

<sup>4</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 739.

Cita-se, por exemplo, o caso *Schloendorff*<sup>5</sup>, decidido em 1914. Nesta situação, uma senhora de mesmo nome, foi internada com fortes dores abdominais, momento em que autorizou que o médico realizasse uma laparotomia exploratória<sup>6</sup>, apenas para fins de diagnósticos. Durante o procedimento, o médico verificou um tumor abdominal, razão pela qual realizou um procedimento cirúrgico para a sua retirada, contudo, sem autorização da paciente. Em sede de julgamento, o magistrado decidiu que “todo ser humano de idade adulta e com plena consciência, tem o direito de decidir o que pode ser feito no seu próprio corpo”. O caso é utilizado como jurisprudência para diversos outros, diante da sua repercussão, funcionando como um marco histórico.

Neste diapasão, de acordo com Eduardo Dantas<sup>7</sup>, merece destaque o Código de Nuremberg, promulgado em um contexto histórico em que eram realizadas pesquisas científicas com prisioneiros de guerra, contrário a todo e qualquer princípio, inclusive éticos. Transcreve-se o seu artigo 1º:

O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente<sup>8</sup>.

A partir das análises supracitadas, nota-se que a relação médico-paciente evoluiu de maneira essencial para garantir ao polo passivo, que era considerado muitas vezes como o mais fraco, pudesse exercer a sua manifestação de vontade acerca de procedimentos no seu corpo.

Deste modo, verifica-se a ausência da paridade de forças. Por esta razão, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro, e não só este,

---

<sup>5</sup> CARDOZO, Benjamin. **Dissenting opinion in *Schloendorff v. Society of New York Hospital***. 1914. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/schloend.htm>> Acesso em 14 set. 2015.

<sup>6</sup> A laparotomia (do grego: *láparos* = abdômen; *tomos* = corte) é a abertura cirúrgica da cavidade abdominal para fins diagnósticos e/ou terapêuticos. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/exames-e-procedimentos>> Acesso em 16 jun. 2016.

<sup>7</sup> DANTAS, Eduardo. Diferenças Entre o Consentimento Informado e a Escolha Esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 589.

<sup>8</sup> NUREMBERG. **Código de Nuremberg**. Tribunal Internacional de Nuremberg. 1947. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>> Acesso em 14 set. 2015.

consagra diversos direitos fundamentais que devem ser amplamente resguardados, diante da condição de ser humano.

Houve, portanto, a necessidade de dar especial destaque aos institutos e elementos que permeiam e abarcam, de um lado, a proteção do paciente ao direito de dispor do seu corpo, e de outro, a importância do médico e os limites da sua responsabilidade.

## 2.2 A AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE

Como visto, considerando que a autonomia privada passou a figurar na relação médico-paciente com a evolução desta, e a forma como era vista pela sociedade, passou-se a dar maior relevância ao instituto. Por tal razão, mais importante do que analisarmos a sua definição, é perceber a sua aplicabilidade.

Além disso, como será demonstrado, relaciona-se de forma intrínseca com direitos fundamentais, resguardados pela Constituição Federal, desdobrando-se também junto aos direitos da personalidade. Assim, passam a ser destacados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto.

### 2.2.1 A Autonomia da Vontade x Autonomia Privada e suas consequências jurídicas

Conforme abordado, o surgimento da autonomia privada e sua fixação no ordenamento jurídico brasileiro foram essenciais para as mudanças ocasionadas na relação médico-paciente, especialmente no que tange à atuação de cada um destes. Entretanto, válido ressaltar que diversas discussões permeiam a temática da autonomia privada, principalmente quanto ao seu conceito e aplicação ao caso concreto.

Sobre o assunto, Luigi Ferri<sup>9</sup> menciona o surgimento de diversos dogmas que buscavam conceituar a autonomia privada. A princípio, afirma que a doutrina civilista italiana entende tal instituto como um fenômeno social que vive fora do direito, mas que é reconhecido por este. Entretanto, critica este posicionamento, considerando que não é possível conceber, sem o

---

<sup>9</sup> FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Editorial Comares, S.L. 2001, p. 3-6.

direito, a autonomia privada ou, ainda, os negócios jurídicos, sendo estes o meio para a sua manifestação.

Além disso, o autor também é claro ao discordar daqueles que consideram como mais adequado falar da “*autonomia de la vonlutad mejor*”, tendo em vista que priorizam a vontade real ou psicológica dos sujeitos. Entende, ainda, que os supracitados entendimentos não são capazes de satisfazer o real conceito da autonomia privada, apontando que este deverá ser utilizado em termos jurídicos precisos. Assim, destaca:

*Entendido como libertad natural o moral de querer o de determinarse de un modo o de otro, es un dato de la realidad que constituye sólo un presupuesto, un antecedente de la fenomenología jurídica. Lo mismo hay que decir a quienes confunden la autonomía privada con la iniciativa privada, demostrando con ello que se limitan al aspecto económico del fenómeno sin ocuparse del problema jurídico.*

É possível identificar, portanto, que o conceito analisado é, por vezes, associado ou comparado a outro instituto. Deste modo, importante mencionar a discussão que envolve a denominada autonomia da vontade, transpondo o seu conceito à relação discutida.

De acordo com os ensinamentos de Adriano Marteleto Godinho<sup>10</sup>, a liberdade é um dos valores mais importantes de toda a ordem jurídica, com fundamento na democracia, na dignidade da pessoa humana, além dos direitos humanos e fundamentais. Por esta razão, é amplamente previsto um sistema a fim de resguardá-las, através de sanções, em hipóteses de sua violação ou, por outro lado, tão somente com a concessão de instrumentos jurídicos com o objetivo de assegurá-las.

Historicamente, Godinho destaca que nos séculos XVIII e XIX prevaleceram com intenso vigor as noções da ampla liberdade individual, bem como do voluntarismo, havendo a consagração do princípio da autonomia da vontade. Neste momento, há o que atualmente se considera como o princípio da *pacta sunt servanda*, no qual o encontro de duas ou mais declarações de vontade tem força de lei, principalmente por conta da importância que se concebeu à vontade humana.

Para Roxana Borges<sup>11</sup>, a evolução da autonomia da vontade para a ideia de autonomia privada acompanhou a transição do liberalismo para a era dos Estados intervencionistas. No Brasil, isto pode ser verificado com o advento da Constituição Federal de 1988, diante da delimitação da liberdade, em nome da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>10</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014, p. 89-94.

<sup>11</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 54.

Para Godinho, a vontade é o elemento propulsor dos atos jurídicos que, inclusive, é considerado como o ponto de partida dos contratos e demais negócios jurídicos. Desta forma, há que se falar em uma forma de libertação dos indivíduos, ou seja, na ideia da autonomia, na medida em que procuram satisfazer seus interesses a partir de uma auto regulação.

Para Bruno Torquato<sup>12</sup>, ainda que muitas vezes usadas de maneira indistinta, referir-se à autonomia da vontade traz uma conotação subjetiva, psicológica, de modo que a autonomia privada, por outro lado, marca o poder da vontade no direito de modo concreto, real e objetivo. Verifica-se, inclusive, que possuem origens distintas.

A vontade, de acordo com Roxana Borges, é um elemento fundamental na teoria dos atos jurídicos, anunciando que na teoria geral do direito civil, diversos autores consideram o negócio jurídico como um acordo entre duas vontades<sup>13</sup>. Ocorre que, segundo explica a autora, a vontade é algo interno do sujeito, razão pela qual é irreconhecível por outras pessoas até o momento em que é exteriorizada. Somente a partir daí, a vontade passaria a ter relevância jurídica, sendo efetivamente capaz de contribuir para a formação dos negócios jurídicos.

Deste modo, para a autora, a teoria da vontade faz com que a pessoa se obrigue por meio de declaração de vontade, não abrangendo outras circunstâncias na qual os negócios jurídicos estão inseridos. É por esta razão que a teoria da autonomia privada é clara ao expor que o simples consenso não é capaz de criar o direito, mas somente aquele que seja previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico, ou que não o contrariar.

Ana Prata<sup>14</sup>, entretanto, não busca distinguir os referidos institutos. Isto porque, conforme afirma, comumente o conceito da autonomia privada tem como seu sinônimo a liberdade negocial<sup>15</sup>, direcionando para uma definição no sentido de poder criar normas negociais.

No mesmo sentido, Roxana Borges aponta que a autonomia privada traduz a liberdade de negociar, de modo a escolher “o contratante, de determinar o conteúdo do contrato, de escolher, quando puder, a forma do ato<sup>16</sup>”.

---

<sup>12</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 83.

<sup>13</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 51.

<sup>14</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 11-15.

<sup>15</sup> Para a Autora, “por um lado, a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial. Por outro lado, o conceito só por extensão é adequado a subsumir todas as situações de “poder contratual” dos sujeitos, pois nuclearmente ele apenas abrange aquelas em que se exprima um conteúdo diretamente patrimonial”.

A despeito da conceituação das autoras acima, outros não compartilham do mesmo entendimento. Maurício Requião<sup>17</sup>, por exemplo, não entende a liberdade e autonomia privada como papéis diversos a ponto de serem considerados como antinômicas. Para o autor, a autonomia privada é princípio que deriva da liberdade em sentido amplo e, além disso, é elemento essencial para o próprio agir do sujeito dentro do sistema.

Explica, ainda, que “o uso da autonomia privada, ou seja, o uso da liberdade na esfera negocial, constitui montante significativo do que caracteriza a existência da liberdade que possui o indivíduo nesta sociedade de consumo”.

Como visto, a autonomia da vontade necessitou de uma releitura, havendo, em verdade, uma evolução do conceito para o que hoje se considera como autonomia privada<sup>18</sup>. Isto porque, com a proclamação do princípio da autonomia da vontade, diversas consequências ocorreram. A título exemplificativo, considerava-se que a declaração livre da vontade fazia com que os contratos fossem inteiramente justos, no entanto, não se analisava o conteúdo destes ou eventual equilíbrio das suas prestações. Deste modo, outro não seria o resultado senão o de cláusulas abusivas, levando ao grande prejuízo de uma das partes.

Portanto, a fim de regular este e outros problemas oriundos da sua prevalência, quando aplicado aos contratos no caso concreto, é necessária a sua conjugação com o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade material, intangibilidade da vida e saúde, dentre diversos outros exemplificados em sua obra.

Diante da mudança do pensamento, e da importância dada a outros elementos que permeiam a relação, tem-se que:

A partir daí, é possível afirmar que o legislador passa a se preocupar não apenas com a concessão da autonomia que se deve atribuir aos indivíduos, mas também com a necessidade de os contratantes adotarem entre si uma conduta solidária (o que corresponde à perspectiva interna da função social<sup>19</sup>), e com as repercussões sociais que irrompem do negócio (equivalentes à perspectiva externa da função social).

---

<sup>16</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 49.

<sup>17</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014, p. 22.

<sup>18</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014, p. 94-95.

<sup>19</sup> De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, o Código Civil de 2002 trouxe o princípio da socialidade, identificando a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem, entretanto, perder o valor da pessoa humana. A função social do contrato pode ser encontrada no art. 421 do mesmo diploma legislativo, com o objetivo de promover uma justiça comutativa, reduzindo as desigualdades substanciais entre os contraentes. Deste modo, considera que o mencionado dispositivo do Código Civil aponta que o direito de propriedade deve ser exercido conforme a sua função social, se viabilizando por meio dos contratos, em que a liberdade contratual não pode afastar-se de tal função. O autor cita ainda o posicionamento de Caio Mário, para quem “a função

Válido ressaltar, como bem faz Godinho, que a ideia de autonomia *lato senso*, ainda prevalece no nosso ordenamento jurídico. No entanto, não se permite que esta prerrogativa seja exercida sem qualquer tipo de controle, sendo necessária a observância de princípios que orientam a ordem civil constitucional. A partir deste momento, considera-se o nascimento da autonomia privada, pautada em “diretrizes que reconhecem o primado da pessoa e da sua dignidade sobre a patrimonialização que outrora orientou a velha noção de liberdade no Direito Privado<sup>20</sup>”.

Como visto, a princípio, deve-se tratar a autonomia como a possibilidade que determinado sujeito tem de estabelecer suas próprias normas, sendo informada pelos princípios da liberdade e igualdade<sup>21</sup>, entretanto, não há qualquer óbice de que seja afastada ou que sofra restrições diante da solidariedade e equilíbrio das relações jurídicas. Para Lydia Nunes, a limitação da autonomia privada se verifica diante da autonomia de outras pessoas, ou seja, deve ser analisada dentro de cada relação no caso concreto.

Além disso, figurando na relação médico-paciente, a autonomia é capaz de sustentar toda a doutrina acerca do consentimento informado, fundamentando a manifestação de vontade livre da pessoa, sem defeitos ou vícios, já que expressa de maneira própria.

A supracitada autora considera ainda que, no âmbito desta relação, este princípio deve ser respeitado e tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para alcançar outros fins, principalmente nos casos em que seja inafastável para alcançar a investigação e pesquisa.

A autonomia privada, em si, é um princípio fundamental do Direito Privado e, conseqüentemente, do Direito Civil, sendo, muitas vezes, confundida com a noção de iniciativa privada. Contudo, não é pacífico o seu conteúdo, sendo, entretanto, indiscutível, que aborda o valor da vontade humana e poder de autodeterminação<sup>22</sup>.

---

social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório”. Por fim, válido destacar que a função social deve ser analisada sob os seus aspectos individual e público. O primeiro refere-se aos contratantes, que buscam, através do contrato, satisfazer os seus interesses próprios. O segundo, por sua vez, demonstra o interesse que a coletividade tem sobre o contrato. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria dos Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, 2012.

<sup>20</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014, p. 95.

<sup>21</sup> NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 29, jan./mar. 2007, p. 95-99.

<sup>22</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014, p. 21.

Neste sentido, Maria Helena Diniz<sup>23</sup> compreende como um direito de autodeterminação, que deverá ser essencialmente respeitado, fundamentando-se inclusive em um princípio basilar consagrado no nosso ordenamento jurídico – a dignidade da pessoa humana. Há, segundo a autora, um ato de decisão voluntária que é baseado na informação transmitida pelo médico acerca do procedimento a ser realizado, por exemplo.

Aplicando-se à relação médico-paciente, aqui estudada, veja-se o entendimento de Eduardo Dantas:

O princípio da autonomia interpreta os melhores interesses do paciente, exclusivamente a partir do ponto de vista do próprio enfermo, sem levar em conta o valor objetivo que a medicina reconhece a cada situação, o que pode levar – por óbvio – a concordâncias com a opinião médica, técnica, científica, ou mesmo à absoluta discordância com o caminho proposto. O modelo autônomo tomará por baliza o juízo de valor próprio e específico de cada indivíduo, em função de seus ideais, crenças e formação, respeitando assim o direito do paciente à autodeterminação<sup>24</sup>.

Da análise do trecho acima, verifica-se que a autonomia diz respeito não somente a um juízo de valor do indivíduo. Deste modo, não restam dúvidas acerca da importância do dever de informar do médico, buscando a compatibilização dos elementos diante de determinado quadro clínico. Isto porque, como visto, aquilo que o paciente deseja e/ou espera não necessariamente será possível do ponto de vista da medicina.

Eduardo Dantas salienta que a preocupação com a autonomia privada do ser humano é analisada historicamente, mencionando, por exemplo, os pensamentos de Kant. Afirma que, para o filósofo, a vontade era um dos aspectos mais importantes, sendo responsável por suas ações enquanto fosse capaz de decidir o que deve ou não ser feito.

Ademais, ratificando a citação feita acima, destaca que para o pensador, a autonomia requer a tomada de atitudes de acordo com suas próprias convicções, ou seja, com sua própria moral – seria, portanto, uma forma de agir como um ser racional. Conclui que a razão é a faculdade que permite a ação enquanto indivíduo pensante, escolhendo entre o certo e o errado.

De acordo com os ensinamentos de Francisco Amaral<sup>25</sup>, a autonomia privada pode ser definida como uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, tratando-se de um espaço em que é possível exercer a sua atividade jurídica, de modo que se torna um legislador do seu próprio interesse.

---

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 732.

<sup>24</sup> DANTAS, Eduardo. Diferenças Entre o Consentimento Informado e a Escolha Esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 595.

<sup>25</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

Diante da análise destes dois conceitos, ambos devem ser respeitados, tal como a liberdade e capacidade, já que são institutos intimamente ligados ao consentimento informado, vez que se referem à pessoa<sup>26</sup>.

No direito brasileiro, a autonomia privada pode ser verificada em algumas legislações. Menciona-se, por exemplo, a Resolução 1.805/2006<sup>27</sup>, que em seu artigo 1º considera como possível ao médico “limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável”, de acordo com a vontade da pessoa e/ou do seu representante legal.

Além disso, o próprio Código Civil dispõe expressamente que não é possível coagir qualquer pessoa a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, ou seja, sem o seu consentimento, especialmente nos casos em que houver risco de vida<sup>28</sup>.

Por fim, válido mencionar a Lei Estadual 10.241/1999<sup>29</sup> do Estado de São Paulo que, ao dispor sobre os direitos dos usuários dos serviços de saúde no mesmo Estado, considera expressamente a possibilidade de “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”.

Neste último caso, especificamente, percebe-se claramente a ratificação da autonomia privada da pessoa humana na posição de paciente, bem como a necessidade expressa do dever de informar do médico, mediante o fornecimento de informações adequadas acerca dos procedimentos a serem realizados.

Ocorre, entretanto, que a autonomia privada não poderá ser exercida de forma livre, encontrando obstáculos, que assim podem ser denominados de limites.

Autores como Roxana Borges e Maurício Requião elencam, em consonância com a doutrina majoritária, as normas legais, ordem pública e a moral e bons costumes como principais

---

<sup>26</sup> NUNES, Lydia Neves Batos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.29, jan./mar. 2007, p. 100.

<sup>27</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM 1.805/2006** (DOU, 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169). Disponível em <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)> Acesso em 22 nov. 2015.

<sup>28</sup> Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

<sup>29</sup> BRASIL. **Lei 10.241**, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Brasília, DF, 17 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>>. Acesso em 22 nov. 2015.

obstáculos do exercício da autonomia privada pelo indivíduo, especialmente no que se refere ao respeito necessário às formalidades do negócio jurídico.

De acordo com a supracitada autora, um negócio jurídico pode ser considerado inválido caso o exercício da autonomia seja contrário ao ordenamento jurídico, devendo ser respeitados os limites e formas estabelecidas pelo direito<sup>30</sup>. Além disso, complementa o seu raciocínio indicando que os negócios que tem o conteúdo não patrimonial encontram limites no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Conforme será desdobrado de forma clara, este é diretamente ligado ao exercício da autonomia privada, ratificando, inclusive, os direitos da personalidade.

Continua a autora, entendendo que os referidos negócios são juridicamente protegidos porque os interesses destes devem estar dentro dos limites identificados pela sociedade. Neste sentido, aponta posicionamento de Pietro Perlingieri, para quem os bons costumes, segurança, incolumidade e saúde são os limites a que se submete a liberdade dos sujeitos, devendo, desta forma, proteger os interesses pessoais, diante da sua atuação.

Portanto, os negócios jurídicos somente podem ser concretizados quando autorizados pelo ordenamento jurídico. No entanto, como explica, esta autorização não necessariamente será expressa. Daí porque a observância aos limites é de grande importância. Ainda que consideradas como claras manifestações de vontade, os negócios jurídicos necessitam de regulamentação, já imposta, por assim dizer, pelo sistema jurídico que permeia estas relações, no que tange a aspectos legais e, por outro lado, de ordem moral.

Além dos limites mencionados identificados pela maioria doutrinária, importante chamar atenção ao que expõe Maurício Requião, identificando a teoria das incapacidades também como um óbice ao exercício pleno da autonomia privada, em casos específicos.

Para o professor, esta teoria trata dos sujeitos que não teriam, de acordo com o que preceitua o legislador, o discernimento suficiente para tomar decisões e gerir a sua vida da forma que melhor lhe aprouvesse. Sobre o assunto, menciona o Código Civil como regulador da incapacidade, seja esta absoluta ou relativa<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 55-58.

<sup>31</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014, p. 23-25.

Conforme será desdobrado, especialmente ao serem abordados os elementos mínimos, assim considerados, para a validade do consentimento, a incapacidade se dará de modo mais grave aos categorizados como absolutamente incapazes. Isto porque, como bem ensina o autor, estes não poderão praticar atos a menos que devidamente acompanhados de representante. Não é, pois, o caso que ocorre com aqueles identificados como relativamente incapazes, vez que podem expressar a sua vontade, necessitando, entretanto, de um assistente – caso contrário, o ato será anulável. Assim, entende que “fica claro desta maneira que se retira dos incapazes a autonomia privada de modo total ou parcial, sendo ela conferida ou subordinada à autonomia privada de um terceiro, na figura do representante ou assistente”.

Este sistema, porém, previsto pelo ordenamento jurídico, visa a proteção do incapaz. Necessário se faz realizar um recorte do tema neste momento, tendo em vista que será analisado de forma correlata ao objeto deste trabalho oportunamente.

Diante o exposto, verifica-se que a autonomia privada não deve ser afastada desta relação, sendo, inclusive, ratificada no ordenamento jurídico brasileiro, através de legislações esparsas. Assim, estabelecida uma conexão entre este instituto e o dever de informar do médico, percebe-se claramente a figura do consentimento informado.

### **2.2.2 A autonomia privada como garantidora dos direitos da personalidade**

A autonomia privada, conceituada no tópico anterior, possui diversas consequências práticas no âmbito do direito privado, trazendo à tona conceitos e princípios que merecem especial atenção – principalmente aqueles aplicáveis à relação médico-paciente.

Antes mesmo de se considerar a relação intrínseca entre a autonomia privada e os direitos da personalidade, válido destacar este instituto também como elemento para a concreção da dignidade da pessoa humana, assim exposto por Maurício Requião. Para o autor, os conceitos que levam à noção da dignidade se baseiam em características abstratas, tais como sentimentos, essência e realização da pessoa humana<sup>32</sup>. Deste modo, nada melhor do que analisarmos a sua aplicação prática.

---

<sup>32</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014, p. 15-20.

Explica ainda o autor que a garantia da dignidade da pessoa humana pode ser verificada através de dois momentos. A princípio, haveria uma garantia formal e o reconhecimento como um bem inerente a todo e qualquer indivíduo e, somente após, haveria a sua concreção, diante da especificidade de cada um deles.

Portanto, conforme menciona, é essencial considerarmos o sujeito em concreto para que seja possível, inclusive, falar em igualdade. Relacionado a isto, não se pode olvidar de que a definição da dignidade passa necessariamente pela análise do sujeito como alguém individual, a partir da sua liberdade e, conseqüentemente, de sua autonomia.

Segundo Roxana Borges<sup>33</sup>, os direitos da personalidade tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que tais direitos sejam, além disso, considerados como princípios. Ratificando o seu entendimento, aponta que diversas decisões jurisprudenciais acerca do tema, bem como o posicionamento adotado pela doutrina, nos leva a perceber a personalidade como um valor do nosso ordenamento, informando não só o direito privado, mas também o direito público. Considera, assim, que os direitos da personalidade são essenciais à pessoa.

O mesmo entendimento é compartilhado por Rafael Rocha, para quem “os direitos da personalidade vinculam-se de forma indissociável ao princípio da dignidade da pessoa humana e, por isso, são considerados essenciais e inatos”. Além disso, ressalta que desde o nascimento os sujeitos passam a ser titulares de direitos inerentes a sua condição, tais como o direito à vida, saúde, integridade física, nome, imagem, honra e privacidade<sup>34</sup>.

Adriano Godinho, por sua vez, entende a autonomia privada decorrente da noção de ampla liberdade como algo indissociável do princípio do desenvolvimento da personalidade<sup>35</sup>. Expõe, ainda, que a autonomia privada tem o papel de facultar a cada pessoa a possibilidade de modelar a sua existência, baseado nas crenças, valores, cultura e anseios individuais. Conclui, neste sentido, a importante função de tal instituto a fim de consagrar e impulsionar a individualidade de cada sujeito.

No que tange à possibilidade de modelação da existência, mencionada por Godinho, Roxana Borges ratifica o exposto acima, considerando que o conteúdo da dignidade depende do

---

<sup>33</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 14.

<sup>34</sup> ROCHA, Rafael da Silva. **Autonomia privada e direitos da personalidade**. Justiça Federal – RJ. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/258/232](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/258/232)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>35</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014, p. 96-97.

próprio sujeito, dos seus sentimentos e da consciência destes, além das suas características físicas, culturas e sociais<sup>36</sup>.

Como visto, um dos meios pelos quais é possível concretizar a realização da personalidade dos seres humanos é mediante o uso da autonomia privada. Além disso, os direitos da personalidade, sempre mais voltados para uma maior proteção do ser humano, buscam a realização da dignidade da pessoa humana. Por esta razão é que Roxana Borges considera que tais direitos, eventualmente, possam passar a ser chamados de “direitos da dignidade”<sup>37</sup>.

Deste modo, é fundamental a possibilidade de cada pessoa ser livre para realizar suas escolhas, sendo esta uma condição de afirmação do pleno desenvolvimento da sua personalidade<sup>38</sup>, válido o seu estudo.

Especificamente no que tange a estes direitos, Menezes Cordeiro considera que estes são de extrema importância, ratificado por um sistema que possui uma estrutura elaborada a fim de torna-los inexpugnáveis<sup>39</sup>. Importante ressaltar que a personalidade não deve ser considerada tão somente em um viés que se refere a uma capacidade de ter direitos e obrigações. Mais do que isso, deve ser entendida como um conjunto de atributos inerentes à condição humana. Há que se falar, portanto, em duas acepções da personalidade, conforme ensinamentos do autor San Tiago Dantas, quais sejam puramente técnica e natural<sup>40</sup>.

Além disso, estão rodeados por deveres anexos que buscam assegurar a sua integridade e para que sejam tratados dentro de um ordenamento ético<sup>41</sup>. Exemplifica Menezes Cordeiro, inclusive, através da “teia de deveres de informação que procedem o acto médico. Este, por definição, pode atingir bens de personalidade, com destaque para a integridade física e moral do paciente”.

Como direitos da personalidade, com relação ao tema estudado no presente trabalho, pontua-se a intimidade e privacidade. Sobre o assunto, Maria Isabel de Azevedo Souza destaca o princípio da exclusividade, sendo este o limite ao direito de informação através do fato de que

---

<sup>36</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 15.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>38</sup> ROCHA, Rafael da Silva. **Autonomia privada e direitos da personalidade**. Justiça Federal – RJ. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/258/232](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/258/232)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>39</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Direito Civil Português**. Parte geral, Tomo III: Pessoas. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 113.

<sup>40</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.*, 2005, p. 13.

<sup>41</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.*, 2004, p. 114.

a vida íntima não pode se confundir com o direito público<sup>42</sup>. Este princípio funcionaria como fundamento para o direito à intimidade, sendo, ainda, um direito autônomo da personalidade, que não deve ser confundido com os demais.

Aduz, entretanto, que diversos autores não consideram intimidade e privacidade como elementos distintos. Cita, a título exemplificativo, Tércio Sampaio Ferraz, para quem “embora regidos pelo princípio da exclusividade, privacidade e intimidade, distinguem-se pelo grau da exclusividade”. Tratam-se, em geral, de direitos que não são objeto de mercado sem o expresso consentimento da pessoa, e somente desta.

Para a autora, a autonomia na esfera privada – ou seja, a privacidade enquanto direito de fazer escolhas sem qualquer intervenção externa –, teve seu surgimento nos Estados Unidos, através do *right of privacy*<sup>43</sup>, mediante decisões judiciais que asseguraram, como exemplo, o direito ao aborto.

Menciona, para tanto, o entendimento de François Rigaux, afirmando que este é um direito de apropriação contra qualquer agressão exterior, assim entendida como uma invasão da sua esfera individual<sup>44</sup>. Seria, portanto, o direito que assegura a tomada de decisões sem qualquer intervenção, de forma independente (a princípio, tendo em vista que encontra certas limitações) na esfera da vida privada.

Deste modo, a autonomia não pode ser resumida ao direito à intimidade, por conta disso, a vida privada passou a ser um princípio de autonomia do indivíduo na sociedade, acrescentando-se, assim, o direito ao seu livre arbítrio. Há, portanto, a possibilidade de que o sujeito escolha como irá conduzir a sua vida.

A privacidade, segundo Maria Isabel, atinge diversos campos da esfera privada e da vida humana, tais como o direito de dispor do corpo, o direito a uma morte digna, ao anonimato do patrimônio genético, entre outros.

Ainda que assegurado pelo ordenamento jurídico, na prática, a Constituição Federal não contempla normas legais específicas que delimitem, de forma clara, a esfera privada regida pela exclusividade.

---

<sup>42</sup> SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 310.

<sup>43</sup> Direito à intimidade, assim denominado nos Estados Unidos.

<sup>44</sup> Para o autor, “tal apropriação alcança três zonas: *ego* enquanto sujeito titular de opiniões, pensamentos e único autor das decisões que lhe concernem; *ego* enquanto sujeito de relações livremente estabelecidas com outros sujeitos; e *ego* enquanto objeto que outros agentes sociais ameaçam de expropriação”.

Complementando o exposto, Roxana Borges trata do direito à integridade física, sendo este um direito da personalidade, pode ser verificado, mesmo que não de forma expressa, no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal:

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

A partir deste dispositivo, explica a autora<sup>45</sup> que a expressão “segurança” refere-se, principalmente, a aspectos pessoais, envolvendo, desta forma, a proteção ao corpo da pessoa contra atos de terceiros que possam lhe causar qualquer lesão<sup>46</sup>.

Ainda, aponta que a autonomia jurídica individual é cada vez mais ampla no âmbito do direito ao próprio corpo. Neste sentido, faz menção à limitação voluntária do direito à integridade física, sendo, um dos exemplos, o consentimento para intervenções médicas.

Não restam dúvidas, pelo exposto, de que tais conceitos relacionam-se diretamente à relação médico-paciente, principalmente no que se refere à vontade ou não de firmar determinado contrato (leia-se realizar procedimento, de qualquer que seja a sua natureza, com médico específico). O direito ao livre arbítrio, anteriormente mencionado, guarda relações intrínsecas, inclusive, com a necessidade que o profissional tem de transmitir ao paciente todas as informações indispensáveis quanto ao procedimento a que este se submeterá, para que possa exercer o seu direito de escolha sem quaisquer impedimentos, e munido de todos os esclarecimentos para tanto.

Por fim, feita esta relação com o instituto da autonomia privada, válido pontuar que a disponibilidade dos direitos da personalidade deve ser considerada, tais como através da renúncia e transmissão. Caso contrário, conforme afirma Rafael Rocha<sup>47</sup>, não haveria que se falar na autonomia privada existencial<sup>48</sup> e o entendimento de que o sujeito somente teria

<sup>45</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 167.

<sup>46</sup> A autora menciona, além do referido dispositivo, constante na Constituição Federal, outros, tais como: o art. 199 da CF, ao tratar da assistência à saúde, bem como à disposição de órgãos para fins de pesquisa, transplante ou tratamento. Os arts. 13 ao 15 do Código Civil também são exemplificados pela autora. Neste trabalho, entretanto, necessário se faz o recorte do tema, tendo em vista que não busca analisar todas as formas de disposição do corpo. Ressalta-se, desta forma, o disposto no art. 13 do referido diploma legislativo, em 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; bem como o art. 15, em que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Contudo, tais temas serão aprofundados em momento oportuno.

<sup>47</sup> ROCHA, Rafael da Silva. **Autonomia privada e direitos da personalidade**. Justiça Federal – RJ. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/258/232](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/258/232)>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>48</sup> Conforme conceitua o autor, a autonomia individual compreende os negócios jurídicos de cunho patrimonial ou existencial; atos jurídicos *stricto sensu*, além dos atos meramente lícitos. Apenas não podem ser incluídos os

autonomia para decidir questões relativas a si mesmo seria uma negativa à dignidade, tendo em vista que esta também se concretiza através da liberdade.

### **3 O DEVER DE INFORMAÇÃO X CONSENTIMENTO INFORMADO**

Na relação médico-paciente, o dever de informação do médico deve ser entendido também como um direito do paciente. Tratam-se, pois, de direitos e deveres recíprocos assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a sua configuração ajudará na formação do consentimento informado.

Por tal motivo, devem ser verificados os seus aspectos jurídicos, considerando a relação obrigacional formada, somando-se a isto as particularidades que dizem respeito ao direito à vida e saúde. Ademais, não será possível também fazer sua análise sem a incidência da autonomia privada – mesmo porque poderá ser considerado como uma decorrência deste princípio.

#### **3.1 O DEVER DE INFORMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

De acordo com o que já foi mencionado, é possível afirmar que o dever de informação é atribuído ao médico, possuindo, por decorrência lógica, o aspecto do dever de informar do paciente. Neste sentido, é necessária a abordagem sobre tal instituto, especialmente figurando como um dever anexo nos contratos formados entre estas partes.

Analisa-se também a relevância do princípio da boa-fé objetiva, para que seja possível verificar se a sua violação é capaz ou não de gerar a reparação obrigatória, considerando também a existência de limites a serem observados.

Ressalta-se, de logo, que o cumprimento ao dever de informação respeita a autonomia privada do paciente, estando diretamente relacionados.

##### **3.1.1 O dever anexo de informação e sua classificação na relação obrigacional**

A relação obrigacional abrange direitos subjetivos e deveres jurídicos. De acordo com Fernando Noronha<sup>49</sup>, quanto a estes últimos, a doutrina costuma classificá-los em deveres

---

<sup>49</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 98-104.

principais/primários, deveres secundários/acessórios e deveres fiduciários, também denominados de anexos, laterais ou meros deveres de conduta.

Em breves linhas, conforme ensinamentos do autor, os deveres primários e secundários são aqueles direcionados para a realização de prestações específicas que já podem ser determinadas na relação obrigacional do caso concreto. Os primários dizem respeito às prestações nucleares da obrigação, capazes de satisfazer o interesse do credor, ou seja, é aquilo que precipuamente, decorre da vontade das partes contratantes<sup>50</sup>. Os secundários, entretanto, não caracterizam o núcleo da obrigação, mas ainda assim são diretamente relacionadas a estes.

Por outro lado, e o que será ressaltado no presente trabalho, os deveres fiduciários traduzem condutas impostas especialmente pelo princípio da boa-fé, a fim de auxiliar na realização das finalidades de um contrato que é firmado, por exemplo. Deste modo, não são predetermináveis, razão pela qual, conforme expõe, não são autonomamente exigíveis.

O referido princípio, utilizado como base para estes contratos, diz respeito a padrões de conduta impostos pela sociedade. Além disso, como bem pontua Maurício Requião, discute-se na doutrina acerca da sua classificação, e se deveria ser entendido como um princípio supremo ao qual se subordinam todas as outras normas<sup>51</sup>.

Vejamos a definição proposta por Fernando Noronha:

“Os deveres fiduciários, anexos, laterais, ou simplesmente meros deveres de conduta (às vezes chamados também de deveres correlatos, ou colaterais), são aqueles que somente apontam procedimentos que é legítimo esperar por parte de quem, no âmbito de um específico relacionamento obrigacional (em especial quando seja contratual ou ainda pré-contratual ou pós-contratual, e até supra contratual, isto é, neste caso, sendo concomitante a um contrato, mas indo além dele), age de acordo com padrões recomendados de correção, lisura e lealdade, que caracterizam o chamado princípio da boa fé contratual”.

Complementa o seu entendimento ressaltando que estes deveres, ainda que tratados de acordo com a boa-fé, não são de natureza meramente moral ou social, devendo ser considerados como deveres jurídicos essenciais.

O entendimento também é compartilhado por Cristiano Chaves<sup>52</sup>, considerando que os deveres anexos devem ser observados com especial relevância, de forma inafastável nestas relações. Estes, em seu entendimento, são aqueles conduzidos pela boa-fé, e que visam o

---

<sup>50</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Obrigações**. Vol. 2. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 112-116.

<sup>51</sup> REQUIÃO, Maurício. **Normas de Textura Aberta e Interpretação: Uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 78.

<sup>52</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2015, p. 112-116.

melhor processamento possível do contrato que está posto, dizendo respeito para ambos os polos. Em verdade, como bem destaca, o seu âmbito transcende a contratualidade, e surgem já no momento das negociações preliminares, sendo necessária a “manutenção da palavra empenhada”.

Além disso, considera que os deveres de conduta possuem uma finalidade negativa, tendo em vista que funcionam como uma “blindagem” contra a adoção de comportamentos desonestos, bem como de interesses injustificados, que possam vir a prejudicar o bom desenvolvimento da relação jurídica firmada entre as partes.

Sobre o assunto, essencial se faz trazer à tona as considerações de Menezes Cordeiro<sup>53</sup>, para quem os deveres acessórios devem ser vistos como uma tripartição entre deveres de proteção<sup>54</sup>, de esclarecimento e de lealdade. Ressalta-se, inclusive, que quanto ao dever de esclarecimento, é facilmente identificado no âmbito dos contratos de prestação de serviços médicos.

Fernando Noronha<sup>55</sup>, partindo da definição do supracitado autor, expõe que os deveres de informação “são aqueles que obrigam as partes a, no momento do nascimento de uma obrigação contratual (celebração do contrato) e também na fase de negociações preliminares antecedente, informarem-se mutuamente de todos os aspectos que, de acordo com os padrões de conduta prevalentes, sejam importantes para a realização do negócio em causa”.

Sobre a referida tripartição, Cristiano Chaves também reitera o pensamento dos autores, para quem este dever pode ser verificado desde as conversações preliminares e até mesmo na fase pós-contratual<sup>56</sup>. Complementa, indicando que o dever de esclarecer nasce de uma necessidade diante do déficit de informações que uma pessoa possui em relação a outro, os quais são essenciais para o correto desenvolvimento da relação obrigacional.

A partir daí, não restam dúvidas acerca da necessidade de incidência do referido dever diante da relação formada entre o médico e o paciente. Como afirmado em diversas passagens deste trabalho, o médico é, sem qualquer dúvida, o “tomador” das informações necessárias à manutenção do contrato, devendo, de outro lado, serem perfeitamente repassadas ao polo

---

<sup>53</sup> CORDEIRO, Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Editora Almedina, 2011, p. 603-605.

<sup>54</sup> Para Cristiano Chaves, os deveres de proteção são aqueles que buscam proteger a parte contrária do contrato dos riscos de danos à pessoa e ao seu patrimônio. Por outro lado, o dever de lealdade seria aquele identificado de forma diretamente relacionada à boa-fé, impondo a impossibilidade sobre condutas que falseiem o objetivo do negócio ou que, por outro lado, provocasse o desequilíbrio contratual.

<sup>55</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98-104.

<sup>56</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Obrigações**. Vol. 2. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116-120.

hipossuficiente da relação. Caso contrário, há que se falar em um vício capaz de gerar diversos danos para ambas as partes.

Neste sentido, Cristiano Chaves acerta ao entender que “a pertinência da informação é fundamental para que o contratante possa ser alertado sobre fatos que a sua diligência ordinária não alcançaria isoladamente<sup>57</sup>”.

Conforme ensinamentos de Noronha, a violação destes deveres fiduciários, sendo deveres jurídicos, leva à obrigação de reparar os danos que sejam eventualmente causados. Entretanto, isto será tratado em capítulo diverso, analisando as especificidades da responsabilidade civil. Adianta-se, contudo, que podem resultar no adimplemento defeituoso das obrigações ou no inadimplemento absoluto<sup>58</sup>.

### 3.1.2 A informação como elemento essencial à relação médico-paciente

Conforme exposto, é inegável o papel essencial do direito à informação na relação firmada entre o médico e o paciente, cabendo identificar a sua presença em importantes diplomas legislativos do ordenamento jurídico brasileiro.

A liberdade de informação é um direito garantido pela Constituição Federal, o qual pode ser analogicamente aplicado à relação entre o médico e paciente. Isto porque, conforme ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior<sup>59</sup>, este direito compreende três aspectos essenciais, quais sejam o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. Na temática em comento, destaca-se o direito de se informar, correspondente à faculdade do indivíduo de buscar informações pretendidas sem quaisquer obstáculos.

É o que se vê da redação do artigo 5º, XIV<sup>60</sup>:

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

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

---

<sup>57</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Obrigações**. Vol. 2. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116-120.

<sup>58</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98-104.

<sup>59</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 707.

<sup>60</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 14 set. 2015.

Da análise do dispositivo acima, o direito à informação parece fazer referência tão somente a situações que digam respeito ao exercício profissional e informação jornalística. Contudo, como bem assevera Manoel Jorge<sup>61</sup>, no que se refere ao direito individual de ser informado, é possível destacar o direito do consumidor de ser completamente informado da oferta e apresentação dos produtos e serviços.

Aplicando-se o conceito como um dever do médico, em oportuna abordagem, Cristiano Chaves entende que o dever de bem informar, essencialmente presente nas relações de consumo, incide com vigor nos casos em comento. Suscita que, diante da inferioridade técnica em que o paciente se encontra, não possui o conhecimento acerca das vantagens e desvantagens de um ou outro procedimento<sup>62</sup>. Ademais, ressalta que nem sempre o destinatário da informação é o paciente, já que em alguns casos seus familiares ou outros médicos e hospitais, para o qual foi transferido, é que tomarão conhecimento acerca do quadro clínico.

Paula Sarno vai além, considerando que também pode ser verificado um dever de informar do paciente, sobre as suas condições físicas e mentais, o que levará, inclusive, a uma melhor informação e propostas de tratamento por parte do profissional<sup>63</sup>.

Neste diapasão, verifica-se a presença do dever de informar também no art. 6º, III<sup>64</sup> do Código de Defesa do Consumidor, ligado ao princípio da transparência, e obrigando o fornecedor a prestar todas as informações no que tange ao serviço<sup>65</sup> (transpondo o conceito à relação envolvendo profissionais médicos).

Quanto ao mencionado princípio da transparência, este deve ser considerado como uma decorrência do princípio da boa-fé, essencial ao bom desenvolvimento dos contratos, apontado, conforme preceitua Sérgio Cavalieri Filho<sup>66</sup>, como um subprincípio. Deste modo, o seu conceito se revela em aspectos importantes, tais como a nitidez, clareza e sinceridade, determinando, portanto, que as informações sejam prestadas de forma clara, correta e precisa

---

<sup>61</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 732.

<sup>62</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 739.

<sup>63</sup> BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do Devido Processo Legal (Formal e Material) ao processo de formação dos contratos de serviços médicos – Com enfoque no consentimento informado. *In*: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Processo e Direito material**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 182.

<sup>64</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

<sup>65</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 339.

<sup>66</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 45-46.

sobre o serviço – o que, no caso, aplica-se perfeitamente à relação médico-paciente, e principalmente se analisada sob a figura do médico que possui o dever de informar. Por outro lado, há o direito à informação do consumidor, concernente ao enfermo.

Segundo o autor, a transparência não importa somente em deveres negativos, ou seja, em proibições à atuação do profissional. Em verdade, explica, leva-se em consideração um conjunto de diversos deveres procedimentais que devem ser respeitados e, por tal razão, a transparência possui relação direta com a qualidade e quantidade da informação. Conforme será aprofundado, as informações fornecidas pelo médico são determinantes para verificar se o consentimento do paciente foi ou não obtido da forma adequada. Consequentemente, como se verá, poderão ser aplicadas consequências decorrentes da responsabilidade civil.

Ainda sobre o tema, Cavalieri informa que este “inverteu os papéis tradicionais”, tendo em vista que antigamente o consumidor deveria buscar todas as informações necessárias. Contudo, nos dias atuais o que se percebe é o dever de informação daquele que presta o serviço, nas fases pré e pós contratual<sup>67</sup>.

O dever de informar deve ser considerado em dois aspectos, como reflexo do princípio da transparência, buscando assegurar o conhecimento do conteúdo do contrato, bem como de facilitar a compreensão deste, sendo este o entendimento de Christoph Fabian<sup>68</sup>.

Por outro lado, verifica-se, no art. 31<sup>69</sup> do Código de Defesa do Consumidor, que as informações devem ser fornecidas de forma clara, correta, precisa e ostensiva acerca dos serviços, tratando ainda sobre os riscos.

A partir daí, destaca-se como deve ser entendido o direito à informação, no âmbito da relação médico-paciente, e as suas características principais.

Conforme ensina Christoph Fabian, os deveres do médico devem ser entendidos como contratuais, subdividindo-se em conselho, cuidados e abstenção de uso ou desvio de poder. Quanto ao seu dever de conselho, trata-se da orientação do paciente acerca das peculiaridades do seu caso. O cumprimento deste dever respeita a autonomia privada do paciente, já

---

<sup>67</sup> Cavalieri Filho menciona também o princípio da confiança, inserido nas relações de consumo, considerado como uma irradiação normativa da boa-fé e, conseqüentemente, relacionando-se diretamente ao princípio da transparência. Este princípio, por sua vez, é conceituado como a legítima expectativa que decorre de uma relação jurídica pautada na boa-fé, vislumbrada também como a credibilidade depositada na prestação do serviço.

<sup>68</sup> FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 117-122.

<sup>69</sup> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

discutida em capítulo anterior, razão pela qual todos os atos médicos e intervenções são reflexos desta decisão livre proferida pelo polo hipossuficiente da relação. Para o autor, o dever de informar relaciona-se diretamente à necessidade de obtenção do consentimento do paciente<sup>70</sup>.

O dever de informar pode ser definido como uma obrigação do médico, referente à comunicação ao paciente de todas as características e circunstâncias acerca do contrato firmado, tratando-se de uma imposição moral e jurídica, já que é considerado como um imperativo de lealdade<sup>71</sup>, – é, pois, uma decorrência do princípio da boa-fé, já explicitado anteriormente.

Além disso, este dever busca proporcionar àquele que não tem o conhecimento exigido sobre o tema o fornecimento de todos os desdobramentos do contrato, os quais são determinantes para que o seu consentimento seja feito de forma livre e consciente.

O entendimento é compartilhado por Juan Manuel Aparicio, citado por Flávio Tartuce<sup>72</sup>, conforme se verifica da transcrição abaixo:

*Esta exigencia referida a la información presupone un doble objetivo: que el consumidor esté en condiciones de prestar un consentimiento en forma reflexiva; que celebrado el contrato, adquirido el bien o contratado el servicio, el consumidor tenga el conocimiento necesario para el satisfactorio empleo y aprovechamiento de ellos; y, si existe algún peligro, reciba las instrucciones que le permitan prevenir el riesgo. El deber de información repercute sobre el entero desenvolvimiento del iter contractual, aunque tiene particular transcendencia y protagonismo en el momento que precede a la conclusión del negocio.*

No mesmo sentido, Cavalieri Filho conceitua o direito à informação do paciente como um instrumento de igualdade e de reequilíbrio entre as partes, daí porque a sua aplicação deve ser observada de forma inafastável na relação médico-paciente, especialmente diante da vulnerabilidade técnica do enfermo. Ademais, ressalta que este direito não é um fim em si, e tem a finalidade de garantir o exercício da escolha consciente, sendo este um direito ainda mais importante. Explica, ainda, a opção tomada pode levar à diminuição dos riscos para alcançar suas legítimas expectativas, caso contrário, não poderia fazer boas escolhas<sup>73</sup>. Sua

---

<sup>70</sup> FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 132-134.

<sup>71</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 72-73.

<sup>72</sup> TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção *apud* APARICIO, Juan Manuel. **Manual de Direito do Consumidor**. Vol. único. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 40.

<sup>73</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 103-106.

importância está exatamente no fato em que o contrato discutido envolve diretamente a saúde e o direito à vida.

Como bem pontua Carlos Roberto Gonçalves, o dever de informação deverá ser direcionado à orientação do paciente ou seus familiares a respeito dos riscos existentes diante do tratamento e/ou medicamentos<sup>74</sup>.

De outro lado, além da importância dos seus conceitos, ressaltam-se as características deste dever/direito, os quais são essenciais para a formação do consentimento informado, abordado a seguir.

Neste sentido, Cavalieri Filho destaca que o dever de informar somente poderá ser considerado como cumprido, ou seja, como a informação recepcionada pelo paciente da forma correta, mediante o cumprimento da adequação, suficiência e veracidade<sup>75</sup>.

O primeiro deles indica que as informações devem ser compatíveis ao caso concreto, sendo completa (suficiência) e trazendo a verdade (veracidade). Acrescenta que, mediante o atendimento destes três requisitos, há que se falar no consentimento informado. No ordenamento jurídico brasileiro, ressalta o autor, a manifestação de vontade deverá ser qualificada para que opere efeitos vinculantes sobre o consumidor. Significa dizer que além da necessidade de que a prestação de informação siga estes moldes, deverá também estar aliada ao princípio da boa-fé, cumulado a um comportamento proativo daquele que informa.

Na visão de Christoph Fabian, para que o direito à informação possa atingir os seus objetivos, a linguagem do contrato deverá ser simples, feito de acordo com o nível de compreensão de uma pessoa leiga. Por decorrência lógica, o dever de informar no âmbito dos contratos em que a parte não tenha experiência negocial, ou seja, quando não estiver munida de informações suficientes, anteriormente à sua, será mais amplo<sup>76</sup>.

O entendimento do autor supracitado é o mesmo de Antônio Carlos Efigênia e Mariana Neves, ao indicar que “a informação prestada ao paciente deve corresponder à realidade, ter forma simples, completa, compreensível – preferencialmente abstendo-se de termos técnicos –, esclarecedora, suficiente e razoável, de modo a abranger o diagnóstico, as alternativas de

---

<sup>74</sup> CIÊNCIA. In: Dicionário Michaelis. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

<sup>75</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 103-106.

<sup>76</sup> FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 117-122.

tratamento, as consequências e os riscos<sup>77</sup>”. Além disso, diante da necessidade de utilização de termos técnicos, estes devem ser perfeitamente esclarecidos.

Ressalte-se, inclusive, que não basta o respeito às características do contrato ora firmado entre as partes. É importante que o médico, neste momento, atue de acordo com a personalidade do paciente, considerando a sua capacidade de compreensão, bem como as suas concepções pessoais, sejam estas éticas, morais, religiosas, culturais, em seus mais diversos aspectos.

Como visto, atentando-se especialmente aos direitos previstos e resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro, o tema merece especial atenção nas relações firmadas entre médicos e pacientes, e principalmente naqueles casos em que intervenções e procedimentos cirúrgicos sejam necessários.

### 3.2 O CONSENTIMENTO INFORMADO

É inquestionável a relação entre o dever de informar do médico e o consentimento informado que deve ser manifestado pelo paciente. Este último, por sua vez, fora consagrado e é plenamente buscado em razão da autonomia privada daquele que muitas vezes figura como o polo mais fraco da relação. A garantia constitucional mencionada ressalta a importância do seu poder decisório, e o contexto histórico desta discussão demonstra uma posição bastante ativa nos dias atuais.

Ressalta-se, novamente, que não há uma previsão constitucional expressa acerca do consentimento informado, envolvendo o seu conceito e aplicação prática. No entanto, como bem pontua Eugênio Facchini, sequer há a expressa previsão da autonomia privada, porém, é uníssono entre os constitucionalistas de que se tratam de direitos implícitos, inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>78</sup>.

O ser humano poderá reger-se de acordo com as suas próprias regras, respeitando o ordenamento jurídico no contexto em que está inserido. Entretanto, para que possa ser efetivamente exercido o seu direito, no âmbito da relação médico-paciente, este será

---

<sup>77</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 72-73.

<sup>78</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível – O consentimento informado sob o prisma do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 2, v. 4, jul./set. 2015, p. 64.

concretizado a partir do consentimento informado, tendo em vista que, caso não seja obtido, não há qualquer autorização para a intervenção em tela.

Deste modo, necessário se faz analisar os seus conceitos e características e, inclusive, a sua presença conforme o entendimento da jurisprudência pátria e, conseqüentemente, a aplicabilidade ao caso concreto.

### 3.2.1 Breve análise sobre o histórico do consentimento informado e seus fundamentos

O consentimento informado nem sempre esteve plenamente presente em períodos anteriores, tendo em vista, inclusive, o já mencionado paternalismo que vigia na relação entre o médico e o paciente, levando à mitigação da autonomia privada.

Historicamente, desde 1923 era possível se verificar, a partir de decisões da Corte de Paris, a importância do esclarecimento por parte dos médicos acerca de todas as informações que permeiam a relação com o paciente e, especificamente, sobre o seu quadro clínico. Esta preocupação surge juntamente com as questões doutrinárias que discutiam sobre a aplicabilidade da responsabilidade civil médica, no seu aspecto contratual ou extracontratual<sup>79</sup>.

Posteriormente, o consentimento também esteve presente em uma decisão judicial, no ano de 1957, nos Estados Unidos, com a expressão *informed consent*, no julgamento do caso *Salgo vs. Leland Stanford Jr. University of Trustees*. Em breves linhas, tratou-se de uma situação em que o paciente, Martin Salgo, fora submetido a determinado exame, considerando a doença que o acometia. Entretanto, o procedimento levou à paralisia permanente dos seus membros inferiores, sendo este um risco sobre o qual não havia sido informado da possibilidade. Diante disto, a Corte entendeu pela necessidade de um “dever do médico de plenamente revelar ao paciente os fatos necessários a um consentimento informado, corolário do direito de autodeterminação”<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 145-146.

<sup>80</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 381.

Posteriormente a este caso, foram verificadas diversas correntes jurisprudenciais que entendiam pela estrita proteção e respeito à autonomia do paciente, razão pela qual os Estados americanos passaram a adotar esta doutrina em seus diplomas legislativos.

Além disso, Daisy Gogliano pontua, ainda no tocante às questões históricas, o *Council for International Organizations of Medical Sciences* (CIOMS), que juntamente à Organização Mundial de Saúde, no ano de 1993, elabora diretrizes éticas internacionais acerca da pesquisa em seres humanos, sendo que o consentimento informado figurava com a principal diretriz<sup>81</sup>.

Maria de Fátima Freire de Sá chama a atenção para o PSDA – *Patient Self-Determination Act*<sup>82</sup>. Trata-se de texto normativo dos Estados Unidos que dispõe acerca das relações médico-paciente, podendo ser traduzido como “autodeterminação do paciente”, que entrou em vigor em 1991.

No ordenamento jurídico brasileiro, em que pese a ausência de uma legislação específica tratando do tema, é regulado de forma pontual, como por exemplo, através de resoluções.

A título exemplificativo, vale mencionar a Resolução 1081/82 do Conselho Regional de Medicina, aplicado a procedimentos diagnósticos e terapêuticos, que chama a atenção para a necessidade do consentimento no caso específico da necropsia<sup>83</sup>. Entretanto, ressaltamos as considerações em linhas gerais, que dispõem que:

Considerando que deve caber ao paciente, ou, em certos casos, a seus parentes ou responsáveis, a inteira responsabilidade pelo consentimento de todo e qualquer ato de elucidação diagnóstica ou terapêutica;  
 Considerando que o paciente deve ser informado do diagnóstico, prognóstico e tratamento de seu caso;  
 Considerando que cabe ao médico estabelecer bom entendimento na relação médico-paciente, em todos os casos;  
 Considerando que o médico deve sempre comunicar ao paciente o risco específico de todo e qualquer procedimento médico e cirúrgico;<sup>84</sup>

<sup>81</sup> GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 123.

<sup>82</sup> De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá, o PSDA foi capaz de reconhecer a autonomia privada do paciente nesta relação, e, inclusive, prevendo a possibilidade de recusa do tratamento médico. Isto é feito através dos centros de saúde que deverão respeitar todas as escolhas indicadas pelo paciente no caso de incapacidade superveniente, pautada nas *advance directives*. Essas diretrizes se consubstanciam em alguns fundamentos como *living will* (testamento em vida), *durable power of attorney for health care* (poder duradouro do representante para cuidados com a saúde) e *advanced core medical directive* (diretiva do centro médico avançado). Tais fundamentos funcionam como pilares para que este direito possa ser efetivamente exercido pelo paciente, especialmente nos casos em que verifique-se a incapacidade em momento futuro. Estes garantem, por exemplo, definir os tratamentos médicos indesejados, estabelecer um representante para decidir e tomar as providências cabíveis para o paciente.

<sup>83</sup> Exame médico de um cadáver.

<sup>84</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM 1081/82 (DOU, 23/03/1982:4.966)**. Disponível em <<http://www.ufg.br/bioetica/cfm1081.htm>> Acesso em 14 set. 2015.

É também o caso da Resolução nº 196 de 10 de Outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde. Ressalta-se, entretanto, que busca tratar das pesquisas feitas em seres humanos que, até então, eram carentes de qualquer regulamentação nacional. Neste sentido, ainda que não seja especificamente o foco deste trabalho, alguns dos seus trechos merecem destaque, apresentando definições utilizadas em todo o campo da medicina, bem como aspectos éticos, que serão abordados ainda neste capítulo, *in verbis*:

## II - TERMOS E DEFINIÇÕES

**II.11 - Consentimento livre e esclarecido** - anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa.

**II.15 - Vulnerabilidade** - refere-se a estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido<sup>85</sup>. (*grifo nosso*)

Verifica-se expressamente neste documento disposições acerca do consentimento livre e esclarecido, bem como a vulnerabilidade do paciente. Isto funciona como uma forma de ressaltar a importância e a necessidade de estarem presentes, bem como a sua fixação no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, vale ressaltar que a mesma Resolução trata expressamente acerca da autonomia, beneficência e não maleficência, considerando como aspectos éticos que devem permear a pesquisa.

Entretanto, como dito, por não se tratar do foco deste trabalho, é utilizado somente a título exemplificativo.

Ademais, o Código de Ética Médica também dispôs sobre a essencialidade do instituto nas relações médico-paciente, sendo possível identifica-los em alguns artigos, como os exemplos abaixo:

### Capítulo V

#### Relação com pacientes e familiares

##### É vedado ao médico:

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

**Art. 34.** Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> BRASIL. **Resolução nº 196**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 1996.

<sup>86</sup> BRASIL. **Resolução nº 1931**. Código de Ética Médica. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2009.

Não é difícil perceber, portanto, a relevância do tema. Ademais, estes não são os únicos diplomas a identificar o consentimento informado de forma expressa, havendo diversas decisões e outras legislações capazes de corroborar o exposto, bem como o seu importante papel na relação que versa, especialmente, sobre a vida e a saúde do hipossuficiente.

Por tal razão, antes mesmo de analisarmos os conceitos, a partir da doutrina e jurisprudência, Maria Fernanda Santos leciona que embora o indivíduo encontre-se, na maioria das vezes, em uma situação peculiar de debilidade, ao recorrer aos serviços prestados pelos médicos, não é possível que sejam afastados os direitos fundamentais da pessoa humana<sup>87</sup>.

Desta forma, a necessidade de obtenção do consentimento é aplicável a todos os casos, independentemente de o procedimento ser realizado mediante técnica simples, com menor risco, ou com atuações mais complexas, que poderiam levar ao óbito do paciente<sup>88</sup>. O mesmo entendimento é compartilhado por Godinho, para quem, independente da magnitude da intervenção, tipo de tratamento ou reabilitação, o médico deverá sempre informar acerca dos procedimentos e riscos decorrentes destas<sup>89</sup>.

Ademais, conforme bem destacado por Daisy Gogliano<sup>90</sup>, citando os ensinamentos da doutrinadora italiana Michele Aramini, esta considera que, no âmbito jurídico, o consentimento encontra-se na categoria dos contratos, sendo este o seu elemento constitutivo, tratando-se de negócios bilaterais formados mediante o encontro de duas vontades. Diante de tal categorização, faz uma crítica ao instituto, entendendo que, do ponto de vista da medicina, o contrato funciona de forma a limitar o poder de gestão que cada um tem sobre si mesmo, submetendo-se à gestão de outra pessoa (no caso, à figura do médico)<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 385.

<sup>88</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 78.

<sup>89</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014, p. 102.

<sup>90</sup> GOGLIANO, Daisy *apud* ARAMINI, Michele. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 128-131.

<sup>91</sup> Complementa entendendo que “esse *contratualismo* justifica um processo de “negociação” entre o paciente e o médico, sobre o “corpo doente”, na verdade um objeto, na escolha da terapêutica ou em sua recusa, no seio de uma panóplia de opções propostas pelo “prestador de serviços médicos”, pressupondo uma exterioridade entre o paciente e seu estado, abstraindo o ser humano de sua existência, do seu sofrimento, de situação patológica que reclama cuidados e cura”.

Pelo exposto, passa-se para a análise do consentimento informado no ordenamento jurídico brasileiro, chamando a atenção para os conceitos e as características intrínsecas deste instituto.

### 3.2.2 Conceito e características do instituto

Como visto, desde meados do século XX, aos pacientes e enfermos é assegurado o direito de não serem submetidos a procedimento médicos de risco, sem que seja obtida a sua anuência consciente e informada<sup>92</sup>.

O paciente é contemplado com diversos direitos, e, no âmbito deste trabalho, destacou-se o direito à informação acerca do seu diagnóstico, prognóstico, duração, riscos, ao direito de consentir ou não que lhe sejam aplicados uns ou outros procedimentos, como bem apontado por Adriana Maluf<sup>93</sup>.

No que tange à definição, a princípio, devemos entender que o conceito de “consentir” é sinônimo de aquiescer, concordar ou permitir. Deste modo, cabe a sua análise no âmbito das intervenções corporais, passando a ser identificado juntamente à autonomia do paciente, tratando-se da autorização para que outras pessoas possam agir a esfera físico-psíquica de alguém<sup>94</sup>.

Daisy Gogliano, citando a doutrinadora francesa Sophie Botros, identifica algumas teorias sobre como é possível definir o consentimento. Ressalta que a maior preocupação da sua aplicabilidade diz respeito às “condições do consentimento” e não com o paciente em si<sup>95</sup>. Em primeiro lugar, trata da posição extremista, que considera que dar o consentimento significaria uma renúncia à própria liberdade – entretanto, trata-se de uma afirmativa incabível no nosso ordenamento jurídico. Para esta teoria anglo-saxônica, o paciente deveria ser informado tanto acerca da natureza do tratamento, como quanto ao seu objetivo e todos os eventuais riscos.

---

<sup>92</sup> BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do Devido Processo Legal (Formal e Material) ao processo de formação dos contratos de serviços médicos – Com enfoque no consentimento informado. *In*: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Processo e Direito material**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 178.

<sup>93</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 449.

<sup>94</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014, p. 99.

<sup>95</sup> Sobre tal afirmação, entretanto, cabe um parêntese. Neste trabalho o foco é o da análise conjunta à autonomia privada do indivíduo, que figura na relação como paciente, razão pela qual não é possível tratar esta premissa como absoluta.

Deste modo, explica, não haveria que se falar no “privilégio terapêutico”, entendido como a possibilidade de omitir informações que seriam prejudiciais ao tratamento do paciente. É, pois, uma teoria antipaternalista, e somente seria válida caso o paciente pudesse ser instruído de todos os fatos relacionados à sua situação<sup>96</sup>.

De outro lado, menciona a teoria ora entendida como moderada. Nesta, o médico deveria revelar tudo aquilo que, caso estivesse na posição do paciente, gostaria de ter conhecimento acerca da intervenção/procedimento. Portanto, diferentemente da posição extremista, caberá ao médico invocar o privilégio terapêutico, a fim de não prejudicar o paciente – ou seja, deverá informar aquilo que habitualmente não seria revelado.

Para Adriana Maluf, quanto ao conceito propriamente dito, o consentimento informado é o direito do paciente de participar de toda e qualquer tomada de decisão acerca do seu tratamento, capaz de afetar a sua integridade psicológica e/ou física. Deste modo, deve ser alertado dos riscos, benefícios, e quaisquer outras informações que merecem destaque, sendo estas repassadas pelo médico que o acompanha.

Veja-se seu entendimento, *in verbis*:

À luz dos princípios bioéticos, o consentimento informado é um direito do paciente, enquadrado entre os direitos da personalidade, representando a autonomia do paciente sobre sua integridade física e psicológica, consistente no poder de decidir esclarecidamente sobre eventual submissão ao tratamento ou diagnóstico do médico; constitui garantia da proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana<sup>97</sup>.

Sobre o tema, Maria Fernanda Santos arremata o pensamento da autora supracitada, entendendo que se trata de um instrumento de efetivação da autonomia privada do paciente, ou seja, a manifestação livre e consciente a partir da informação repassada pelo profissional<sup>98</sup>.

Além disso, como bem exposto por Leonardo Vieira, é considerado como um consentimento, já que o paciente (ou o seu responsável) deverá se manifestar de forma a permitir a realização do procedimento. De outro lado, também deverá ser esclarecido, uma vez que “o aludido consentimento deverá ser obtido após as informações detalhadas a respeito, de forma

<sup>96</sup> GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 127-128.

<sup>97</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 451.

<sup>98</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 378.

acessível e individualizada, levando-se em conta as particularidades daquele que deverá consentir”<sup>99</sup>.

Como mencionado, diante da evolução da relação médico-paciente, não há que se considerar a figura autoritária do médico, razão pela qual afastamo-nos de um modelo paternalista, dando lugar ao reconhecimento da autonomia do paciente.

Por assim ser, este instituto deverá ser verificado como uma forma de exteriorização e ratificação do princípio da dignidade da pessoa humana, aliado ao da autonomia privada (incluindo-se também a autonomia da vontade). Para tanto, define a dignidade da pessoa humana como a forma de preservação da integridade do indivíduo, essencial no âmbito desta relação, permitindo a plena realização da sua personalidade. Assim, seu papel é identificado considerando que não é possível a admissão de uma conduta que o reduza a condução de coisa<sup>100</sup>.

Daí porque se considera também o princípio da autonomia do paciente como inafastável do supracitado princípio. É que a dignidade revela-se em um valor ético-jurídico, imposto o seu respeito à atuação médica, levando à finalidade de proteção da integridade física e psicológica do hipossuficiente, e, conseqüentemente, o seu direito à autodeterminação e autonomia.

Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz refere-se à obtenção do consentimento:

A obtenção do consentimento do paciente após a informação médica resulta do seu direito de autodeterminação, ou seja, de tomar decisões relativas à sua vida, à sua saúde e à sua integridade físico-psíquica, recusado ou consentindo propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico<sup>101</sup>.

Ademais, desenvolve o seu raciocínio considerando que, através do consentimento informado, o paciente tem o direito de se opor a uma terapia, optar por outro tipo de tratamento que se adeque ao seu caso, podendo este ser menos oneroso ou rigoroso, havendo também a capacidade de aceitar ou não determinada intervenção cirúrgica, entre outros – reafirmando o exposto.

Conforme os ensinamentos de Eugênio Facchini, “o dever do médico de respeitar a vontade do paciente repousa muito mais no direito deste de se autodeterminar, no que num dever contratual do médico, derivado da boa-fé objetiva”. Complementa para dizer que deve ser

---

<sup>99</sup> SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 184.

<sup>100</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 384-385.

<sup>101</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 732.

identificado como um verdadeiro direito da personalidade, que deverá ser essencialmente observada<sup>102</sup>.

Para Paula Sarno, a decisão do paciente, de assentimento ou não, deverá resultar em um processo cooperativo e dialógico, em que as partes deverão trocar informações e dados referentes às condições de saúde e possibilidades de tratamento<sup>103</sup>. Assevera ainda que, diante do consentimento, não há que se considerar a garantia de êxito dos resultados – em verdade, a partir deste momento, passará a arcar com os potenciais riscos.

O consentimento livre e esclarecido é, portanto, um elemento inafastável na relação entre o médico e o paciente, tratando-se, pois, do assentimento acerca de determinado tratamento de saúde ou experimentação (a qual não é explorada por este trabalho). Deverá ser realizado por pessoa capaz, voluntariamente, de forma consciente e livre de vícios, após a transmissão adequada das informações ao caso concreto, incluindo os benefícios e eventuais riscos ou efeitos colaterais<sup>104</sup>.

Neste diapasão, Eduardo Dantas ressalta a diferença existente entre o consentimento informado com a escolha esclarecida. O paciente deve estar de posse de todos os elementos possíveis para a compreensão do seu estado de saúde para que possa exercer a escolha, consentindo ou não com o tratamento ou intervenção proposta – este procedimento, por sua vez, engloba o consentimento informado, entretanto, é denominado de escolha esclarecida<sup>105</sup>.

Trata-se, portanto, do exercício do direito de autodeterminação, exercido por uma pessoa consciente e capaz, após dispostos todos os elementos necessários, sem os quais não seria possível entender a dimensão do problema em tela.

O autor desenvolve o seu entendimento considerando que o processo de consentimento se constitui, concomitantemente, em um direito do paciente de um lado, e o dever do médico do outro. E, mais importante, o simples ato de ler e assinar um papel, ou qualquer documento, não seria suficiente para a desoneração do ônus de informar adequadamente.

---

<sup>102</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível – O consentimento informado sob o prisma do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 2, v. 4, jul./set. 2015, p. 69.

<sup>103</sup> BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do Devido Processo Legal (Formal e Material) ao processo de formação dos contratos de serviços médicos – Com enfoque no consentimento informado. *In*: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Processo e Direito material**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 178.

<sup>104</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 77.

<sup>105</sup> DANTAS, Eduardo. Diferenças Entre o Consentimento Informado e a Escolha Esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 592-593.

Antes mesmo de identificarmos as características essenciais para que seja configurado o consentimento informado, válido destacar a classificação acerca das suas espécies existentes, pontuadas por Godinho.

Inicialmente, trata do “consentimento tolerante”, sendo um ato jurídico unilateral de natureza meramente permissiva, tendo em vista que há a agressão a um direito, entretanto, não se configurará a ilicitude, já que justificada pelo próprio consentimento da parte. Por outro lado, identificado o “consentimento autorizante” que, em breves linhas, diferentemente do anterior, atribui a outrem um poder de agressão sobre a esfera jurídica de determinada pessoa. É, deste modo, um ato jurídico bilateral, mesmo que não seja identificado um contrato em sua perfeita forma. Por fim, trata do “consentimento vinculante”, em que, neste caso, haverá um contrato feito entre as partes, identificando obrigações para ambas em relação aos direitos de outrem<sup>106</sup>.

Tratando especificamente das características necessárias ao consentimento, na visão de Adriana Maluf, a informação requisitada neste momento deve ser pautada em elementos suficientes que identifiquem a real situação, e especialmente o seu estado de saúde, devendo esta ser inteiramente compreendida, havendo ainda a liberdade para decidir segundo os seus próprios valores e capacidade<sup>107</sup>.

Salienta-se, neste contexto, o princípio da beneficência, verificado em Resoluções de forma expressa, anteriormente pontuado. Trata-se, segundo o que leciona a autora, da “busca implacável do melhor resultado para a saúde do paciente, independentemente da sua concordância”<sup>108</sup>. Neste sentido, caberá posteriormente a análise das hipóteses, situações peculiares, em que não haverá a obrigatoriedade da obtenção do consentimento informado.

Acerca do princípio da beneficência, leciona José Geraldo que este deve ser entendido como aquele que busca a promoção do bem, ratificando o exposto<sup>109</sup>. Além disso, identifica que esta é distinta daquela definida por Hipócrates<sup>110</sup>, em período histórico anterior, considerando os

---

<sup>106</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014, p. 99-100.

<sup>107</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 451.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 452.

<sup>109</sup> DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Bioética e Direito Médico: O princípio da beneficência na responsabilidade civil do médico. **Revista de Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, 2º semestre de 2002, p. 29-30.

<sup>110</sup> Em breve histórico sobre a evolução da relação entre o médico e o paciente, José Geraldo leciona que a medicina e os médicos atuavam pautados no chamado paternalismo beneficente de Hipócrates. Neste sentido, cita o seu juramento: “Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja”. Deste modo, seus discípulos, na figura dos médicos,

fatores limitantes da sua atuação, quais sejam: “a necessidade definir o que é “bem” para o paciente; a não aceitação do “paternalismo” incrustado na beneficência médica tradicional; a autonomia do paciente em decidir o que é melhor para si mesmo [...]; e a utilização dos critérios de justiça”.

Sobre o tema, Maria Fernanda Santos indica que, ao lado do supracitado princípio, há que se identificar também o princípio da não-maleficência, os quais dispõem acerca da necessidade de o médico sempre atuar de modo a beneficiar a saúde do paciente, bem como de abster-se de qualquer prática capaz de prejudica-lo, respectivamente<sup>111</sup>.

Entretanto, por outro lado, isto nos remeteria novamente ao paternalismo de outrora, distanciando-se do poder decisório aplicáveis a estas relações, considerando-se a crescente autoridade e importância que se verificava na classe médica para com a sociedade.

Ainda no que tange às características, para que se considere plenamente o consentimento, o médico deverá informar tudo o que seja possível acerca do seu quadro clínico, caso contrário, uma diagnose incompleta ou incorreta acarretaria um consentimento ineficaz. Ressalta-se, entretanto, que deverá informar sobre riscos possíveis, exceto aqueles que acontecem raramente. Para que seja identificado como raro ou não, não devem ser consideradas estatísticas científicas, tratando-se, portanto, de questões pautadas na razoabilidade<sup>112</sup>.

Além disso, o profissional terá também o dever de informar sobre alternativas do tratamento, quando for o caso de duas opções, identificando os benefícios e riscos de cada um, sendo que a escolha continuará cabendo ao hipossuficiente.

Para Maria Fernanda, não há que se falar na prática de um ato formal isolado ou, ainda, do preenchimento e posterior assinatura do paciente a formulários ou termos padronizados, ou seja, genéricos, os quais não se adaptam às peculiaridades do seu quadro clínico. Complementa o seu entendimento, neste sentido, para expor que há que ser traduzido em um

---

atuavam mediante o *bonum facere*, segundo aquilo que considerava melhor para o paciente. Deste modo, como já afirmado neste trabalho, o paciente figurava tão somente como um receptor passivo daquele bem que lhe seria concedido, não sendo possível exercer um controle diante da sua falta de conhecimento técnico sobre o assunto. Tratava-se, portanto, de uma beneficência paternalista, que não permitia ao paciente que expusesse a sua manifestação, ainda que tratando-se de uma relação que versava sobre o seu corpo. Conclui, desta maneira, que havia, à época, o cerceamento da autonomia do paciente.

<sup>111</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 380-381.

<sup>112</sup> FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 136-139.

processo de diálogo entre o médico e o paciente, e, inclusive, não sendo verificado em tão somente um ato, mas sim em sucessivos momentos de manifestação da sua vontade<sup>113</sup>.

Neste diapasão, Fabian aponta que o consentimento trata-se tão somente de uma intervenção concreta. Por isso, não deve ser feita, por iniciativa própria do médico, uma intervenção ampliada, caso contrário, não estaria configurado o consentimento do paciente. Exemplifica durante uma situação de operação, diante de fato novo, devendo suspender o ato para submeter à decisão do paciente, salvo as exceções que serão mencionadas<sup>114</sup>.

Por tal razão, a compreensão é de suma importância, motivo pelo qual as informações devem ser prestadas com elementos relevantes e suficientes – caso contrário, não haveria que se falar em um consentimento livre e esclarecido. Em decorrência disto, deve ser tratada em linguagem ajustada a nível compreensível, optando, preferencialmente, por termos leigos, utilizados cotidianamente<sup>115</sup>.

Além disso, como característica, destaca-se a sua revogabilidade, deixando claro que esta retratação abrange a revogação e a retificação. Significa dizer, portanto, que o paciente poderá optar pelo total cancelamento da anuência ou, por outro lado, na restrição/ampliação dos elementos da sua declaração de vontade.

Ante o exposto, é possível ratificar o abordado, identificando o consentimento informado no ordenamento jurídico brasileiro. Além dos documentos e diplomas legislativos já expostos, vale também ressaltar a Resolução 196/1996, que dispõe o seguinte:

#### **IV - CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO**

**IV.1** - Exige-se que o esclarecimento dos sujeitos se faça em linguagem acessível e que inclua necessariamente os seguintes aspectos:

- a) a justificativa, os objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa;
- b) os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados;
- c) os métodos alternativos existentes; [...]
- f) 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<sup>116</sup>; (*grifo nosso*)

Oportunamente, válido salientar que existem exceções à obrigatoriedade da obtenção do consentimento informado no próprio Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931/09, senão veja-se:

<sup>113</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 386-387.

<sup>114</sup> FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

<sup>115</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. *Op. cit.*, 2008, p. 386-387.

<sup>116</sup> BRASIL. **Resolução nº 196**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 1996.

**É vedado ao médico:**

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

**Art. 24.** Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo<sup>117</sup>.

Verifica-se, no caso do artigo 22, as situações de emergência em que não é possível obter o consentimento. De outro lado, não é possível cercear a autonomia privada do paciente diante da imposição de determinado tratamento, por exemplo – ou seja, utilizar-se de sua posição profissional para mitigar os direitos da parte hipossuficiente, tendo em vista que não mais vige a ideia do paternalismo nestas relações.

Diante de todos os conceitos e características já abordados, destaca-se uma importante crítica, realizada pela doutrinadora Daisy Gogliano. Sobre o assunto, indica que, na prática, especialmente quando tratamos de casos mais complexos, os médicos costumam fornecer ao paciente tão somente um rol de opções, sem os necessários e inafastáveis esclarecimentos sobre cada um. Deste modo, a escolha caberá ao paciente, como se sabe, entretanto, sem estar munido daquelas informações que efetivamente precisaria para que fizesse a melhor escolha possível ao seu caso.

Além disso, também faz uma crítica à autonomia privada do paciente. Considera, quanto a este aspecto, que a situação em que se encontra o paciente, diante do seu quadro clínico, é de angústia e sofrimento na busca do socorro médico. Assevera a autora que, em verdade, não há qualquer autonomia, pois busca os serviços prestados pelo médico exatamente por uma falta da sua autonomia, retirada por sua situação existencial. Continua explicando que, ao contrário do que ocorre, o médico é aquele responsável também por devolver a autonomia ao paciente, fornecendo as soluções para uma vida saudável<sup>118</sup>.

Neste sentido, conforme será analisado, existem divergências doutrinárias acerca da necessidade ou não de um termo escrito. Contudo, adianta-se que cada caso deverá ser analisado em sua particularidade. Como mencionado, a assinatura de um documento serviria, tão somente, como um lastro probatório de que todas as informações foram fornecidas – não sendo possível, entretanto, que nada seja dito ao paciente, apenas pelo fato da sua assinatura.

<sup>117</sup> BRASIL. **Resolução nº 1931.** Código de Ética Médica. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2009.

<sup>118</sup> GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 149-151.

### 3.2.3 O Termo de Consentimento Informado

Diante da conceituação do consentimento informado, a doutrina menciona o termo de consentimento livre e esclarecido. Este, por sua vez, seria capaz, conforme o entendimento majoritário, de comprovar o cumprimento do dever de informar do médico, já que haveria a demonstração da aceitação e concordância do paciente por outro lado.

Ocorre que, tratando-se tão somente de entendimentos doutrinários, não há uma compilação de requisitos que devem estar essencialmente abarcados – mesmo porque devemos nos atentar para as especificidades de cada indivíduo, e inclusive, o seu quadro clínico.

Salienta-se, oportunamente, que não há qualquer óbice em um consentimento parcial do indivíduo, inclusive quando materializado em um termo/documento. Seria o caso, por exemplo, de haver a concordância referente a um diagnóstico, entretanto, sem qualquer autorização para que se procedesse a uma intervenção cirúrgica.

Ademais, como bem menciona Adriana Maluf, não se afasta a sua possibilidade de revogação, situação em que o profissional não deverá prosseguir com o tratamento contra a vontade do paciente. Contudo, ressalvam-se os casos em que a interrupção poderia expor o paciente a um grave risco, já que seria possível, inclusive, considerar uma eutanásia passiva, expressamente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>119</sup>.

Neste sentido, questiona-se como seria possível compatibilizar o cumprimento do dever de informar do médico diante da ausência de “requisitos” elencados que devem ser comunicados, ante a possibilidade de arguição da ausência de um deles em juízo.

A princípio, deve-se compreender que não há uma forma pré-determinada de como deverá ser fornecido e obtido o consentimento, mesmo porque, tendo em vista que a interação entre o médico e o paciente ocorre na forma oral, não seria possível afastar essa modalidade<sup>120</sup>. Por outro lado, no entanto, alguns casos exigem que a manifestação por parte do paciente seja necessariamente feita mediante documento escrito, como ocorre na situação de transplantes,

---

<sup>119</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 451.

<sup>120</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 386-387.

segundo a Lei 9.434/97<sup>121</sup>. Salieta que, quando feito na modalidade escrita, é recomendável que seja feito um termo individualizado e adaptado às peculiaridades de cada caso, para que possa ser considerado como uma atuação realmente esclarecida.

Desta forma, não devem ser considerados formulários padronizados, especialmente diante da situação de vulnerabilidade em que se encontra o paciente, e inclusive a sua família<sup>122</sup>.

Historicamente, no Brasil, a imposição de um termo de consentimento informado surgiu com a Resolução 196/1996, tratando-se de um ato administrativo, do Conselho Nacional de Saúde e da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep), já mencionada. Por tal razão, para Daisy Gogliano, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido passa a ser o documento mais relevante para o âmbito da pesquisa<sup>123</sup>.

Deste modo, para uma melhor análise, devemos identificar elementos considerados pela doutrina como mínimos, capazes de dar validade ao consentimento, seja em sua forma oral ou escrita. Estes, por sua vez, confundem-se muitas vezes com as características anteriormente citadas.

Verifica-se que o paciente deverá ter acesso a todas as informações possíveis quanto ao procedimento, tendo em vista que o bem que está sendo tutelado no contrato firmado na relação médico-paciente é a vida, resguardado pela Constituição Federal e demais normas que regem o direito brasileiro. Há, inclusive, a possibilidade de recusa do procedimento, tendo em vista que pode optar por não dispor do seu corpo.

Há que se ressaltar, contudo, que a informação adequada não é aquela necessariamente exaustiva, mesmo porque se trataria de um cumprimento mais complexo para o médico. Por outro lado, seria possível causar prejuízos psicológicos aos pacientes, fazendo com que optasse, por exemplo, por não realizar o tratamento que certamente levaria à solução do seu estado de saúde<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001).

<sup>122</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 78.

<sup>123</sup> GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 131.

<sup>124</sup> BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do Devido Processo Legal (Formal e Material) ao processo de formação dos contratos de serviços médicos – Com enfoque no consentimento informado. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Processo e Direito material**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 186.

Como visto, o profissional deverá considerar que o paciente, na maioria dos casos, não possui o conhecimento técnico suficiente para compreender o seu diagnóstico, sendo necessária uma informação acessível e de fácil entendimento. Caso contrário, podemos considerar, inclusive, que sequer haveria a possibilidade de configurar o consentimento do paciente, já que não teria o conhecimento necessário para dispor do seu corpo.

No processo de formação do contrato entre as partes, além da necessidade do diálogo, com as características já traçadas, alguns requisitos de validade devem ser obedecidos<sup>125</sup>. Na visão de Godinho, devem ser considerados os seguintes elementos: “a) Que o paciente tenha capacidade para consentir; b) Que o paciente tenha recebido informação suficiente sobre o tratamento proposto [...]; c) Que o paciente tenha liberdade de manifestar sua vontade, livre de quaisquer vícios que maculem<sup>126</sup>”.

O requisito que se refere à liberdade de manifestar sua vontade é verificado na plena autonomia do paciente, conforme visto. A recepção de informação, por sua vez, poderá ser feita mediante termo ou oralmente, salvo exceções previstas em lei, com as características mínimas (mencionam-se, como dito, a informação completa, na medida da razoabilidade, acerca dos riscos e benefícios; alternativas de tratamento; linguagem acessível, entre outros).

Quanto à capacidade do agente, em breves linhas, será aquela considerada na forma do Código Civil. Deste modo, sendo o caso de paciente menor de idade não emancipado, via de regra, a manifestação de vontade será feita por seus pais ou representantes legais<sup>127</sup>.

Diante do exposto, e da posterior necessidade de análise da incidência da responsabilidade civil médica, veja-se a seguinte ementa, transcrita abaixo:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. (2) APELAÇÃO CÍVEL. IRRESIGNAÇÃO OFERTADA PELO RÉU. CIRURGIA PARA A RETIRADA DE CISTO SINOVIAL NO DORSO DO PÉ. RECINDIVA APÓS TRÊS ANOS. NOVA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. FORTES DORES NAS SEMANAS SUBSEQUENTES. IMPLEMENTAÇÃO CIRÚRGICA PARA CORREÇÃO. CONDENAÇÃO DO DEMANDADO POR DESÍDIA NO PERÍODO PRÉ-OPERATÓRIO, COM ESTEIO NA AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO DEVER DE CONSENTIMENTO INFORMADO. FACULTATIVO QUE, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO ESCRITO, SUSTENTA TER CUMPRIDO COM O DEVER DE INFORMAÇÃO, ALERTANDO A AUTORA ACERCA DOS RISCOS DA CIRURGIA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE A DEMANDANTE CONSENTIU COM A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

<sup>125</sup> BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do Devido Processo Legal (Formal e Material) ao processo de formação dos contratos de serviços médicos – Com enfoque no consentimento informado. *In*: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Processo e Direito material**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 187.

<sup>126</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014, p.105-111.

<sup>127</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, 2009, p. 187.

CIRÚRGICO. AUTORA QUE JÁ HAVIA SE SUBMETIDO A IDÊNTICA INTERVENÇÃO COM O MESMO MÉDICO. LAUDO PERICIAL QUE CONCLUIU PELA IMPREVISIBILIDADE DOS RISCOS DO PROCEDIMENTO. [...] CONTEXTO PROBATÓRIO COLIGIDO QUE DEMONSTRA A ADEQUAÇÃO DAS TÉCNICAS MINISTRADAS PELO RÉU. ESCULÁPIO QUE NÃO PODE SER RESPONSABILIZADO PELOS DANOS ANUNCIADOS PELA AUTORA. [...] RECURSO CONHECIDO E PROVIDO<sup>128</sup>. (*grifo nosso*)

O julgamento supracitado merece destaque quanto à presente discussão. Como visto, tratou-se da necessidade de nova intervenção cirúrgica em paciente que já havia realizado a retirada de cisto sinovial no dorso do pé. Deste modo, em breves linhas, buscou o Judiciário a fim de impor ao profissional a condenação em danos por desídia no pré-operatório. Para tanto, pautou-se, principalmente, no argumento de que não havia consentido, diante da ausência de informações. Por outro lado, o médico argumentou que alertou a autora de todos os riscos, embora não houvesse um termo escrito.

Oportunamente, ressaltam-se alguns dos argumentos utilizados pelo Relator. Inicialmente, considerou em seu voto, que não há qualquer obrigação de que o profissional colacione aos autos um termo escrito indicando o consentimento da autora. Neste diapasão, portanto, o termo escrito funcionaria tão somente como um meio de prova mais facilitado, em favor do réu. Continua o seu entendimento afirmando que o consentimento pode ser feito tão somente de forma verbal.

Em suas razões, expõe ainda que o caso da autora da demanda era bastante incomum, e que o médico não teria o dever de prestar de forma exaustiva à paciente esclarecimentos específicos. Neste ponto, remetemos à informação já mencionada neste trabalho de que devemos nos atentar às peculiaridades de cada paciente e, especialmente, de cada quadro clínico avaliado.

No julgado em tela, interessante pontuar que o Relator, em favor do profissional, adotou a tese da desnecessidade de um termo escrito, indicando que a paciente havia compreendido todos os riscos, considerando ainda outras circunstâncias no intuito de provar que as informações foram repassadas. Isto porque, conforme se verifica ao longo do seu voto, esclarece que diversas consultas médicas anteriores ao ato foram realizadas, e, além disso, já havia ocorrido anteriormente outro ato cirúrgico – razão pela qual conclui que a autora detinha do conhecimento necessário acerca dos seus riscos.

Neste sentido, tais circunstâncias serão avaliadas no âmbito da incidência ou não da responsabilidade civil do médico em casos como o supracitado. Há que se perceber, diante de

---

<sup>128</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 2011.014027-4, de Blumenau. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 19 set. 2013. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2011.014027-4>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

situações semelhantes, de que não há, atualmente, um rito a ser seguido para que se considere como consentido pelo paciente a qualquer procedimento ou ato que lhe diga respeito.

Funciona, portanto, tão somente como um meio probatório que poderia ser feito tanto em favor do médico profissional, que teria a oportunidade de demonstrar que todas as informações realmente necessárias, ou do paciente, expondo exatamente o contrário. Para o Relator Desembargador Jorge Luis Costa Beber, a prova pode ser construída através de circunstâncias e evidências coletadas no curso da instrução, que seriam plenamente capazes de verificar a veracidade das alegações de ambas as partes.

Em situação semelhante, abrangendo os aspectos da necessidade ou não do termo de consentimento escrito, veja-se a ementa transcrita abaixo:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS E PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. REALIZAÇÃO DE LAQUEADURA TUBÁRIA. POSTERIOR GRAVIDEZ. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE AS APELADAS NÃO INFORMARAM À PACIENTE SOBRE O RISCO DE NOVA GRAVIDEZ. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO NÃO CARACTERIZADO. PROVA TESTEMUNHAL QUE APONTA TER OCORRIDO PLENA INFORMAÇÃO DAS POSSIBILIDADES, AINDA QUE DIMINUTAS, DE NOVA GRAVIDEZ. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO REQUISITO FORMAL PREVISTO NA LEI N. 9.263/1996. CONSENTIMENTO ESCRITO. IRRELEVÂNCIA PARA O CASO. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE REITERADAS MANIFESTAÇÕES DE VONTADE DA APELANTE. RECURSO DESPROVIDO<sup>129</sup>. (*grifo nosso*)

No caso em comento, referente à realização de laqueadura tubária, diante da vontade da demandante de não mais engravidar, há que se mencionar a Lei nº 9.263/1996<sup>130</sup>, que trata do Planejamento Familiar. Nesta situação específica, há a expressa menção no seu art. 10, II, da necessidade de relatório escrito e assinado por dois médicos referente aos riscos da esterilização voluntária e, além disso, conforme dispõe o seu §1º, é condição essencial para que seja realizado o procedimento a declaração escrita, *in verbis*:

Art. 10. §1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

Da leitura do dispositivo, não restam dúvidas acerca da necessidade de um consentimento informado em sua forma escrita. Entretanto, no referido julgado, o Relator Desembargador Jaime Luiz Vicari optou por afastar a incidência da lei, em detrimento de provas juntadas aos

<sup>129</sup> ITAJAÍ. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 2008.072334-6. Relator: Jaime Luiz Vicari. Julgado em 07 jul. 2011. Disponível em: < <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>130</sup> BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Planejamento Familiar. Brasília, DF, 12 jan. 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2015.

autos que eram capazes de confirmar o consentimento e conhecimento da demandada de todos os riscos, e especialmente atribuindo imenso valor às provas testemunhais.

Assim, diante da ausência de elementos perfeitamente listados e identificados, os quais seriam capazes de comprovar a existência ou não do consentimento, não há pacificidade sobre o tema, refletindo diretamente na possibilidade ou não de responsabilização civil do profissional.

## **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO DIANTE DA AUSÊNCIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO E DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR**

Após a análise dos institutos do consentimento informado, bem como o entendimento do ordenamento jurídico brasileiro acerca do dever de informar do médico, chega-se ao ponto principal do presente trabalho.

Neste momento, portanto, será necessário avaliar a possibilidade ou não da responsabilização do médico, no âmbito civil, diante da inobservância destes elementos essenciais na relação médico-paciente. Para tanto, é inafastável perpassar pelas definições e classificações extraídas do direito civil, bem como do direito consumerista, que, como se verá, caracteriza também a natureza jurídica deste vínculo.

Por fim, considerando ou não a possibilidade da obrigação de reparação do dano, válido o estudo acerca das diversas teorias que se aplicam aos casos concretos, verificando conjuntamente a jurisprudências dos Tribunais brasileiros, bem como a aplicação ou não das causas excludentes da ilicitude.

### **4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM LINHAS GERAIS E NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE**

Conforme ensinamentos de Cláudia Lima Marques, naturalmente, todo indivíduo é responsável pelos danos causados a terceiros, assim como os profissionais da medicina – aqui, especialmente, o médico. Ressalta, como se verá, que a responsabilidade deste sujeito é aquela por ato próprio para com um paciente, na qualidade de fornecedor de serviços para com o consumidor-paciente ou sua família que o contrata<sup>131</sup>.

No mesmo sentido, Genival Veloso, citando o posicionamento de Alexander Lacassagne, aponta que o autor define a responsabilidade médica como “a obrigação que podem sofrer os médicos em virtude de certas faltas por ele cometidas no exercício de sua profissão, faltas

---

<sup>131</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 93, v. 827, set. 2004, p. 14-15.

essas que geralmente comportam uma dupla ação: civil e penal<sup>132</sup>”. Salienta-se, oportunamente, que a responsabilidade do profissional somente será analisada quanto à esfera civil.

Pelo exposto, *a priori*, cabe a análise da responsabilidade civil em linhas gerais, para que possamos aplicar os seus conceitos ao presente trabalho. As classificações doutrinárias sofrem variações de acordo com os autores, entretanto, devem ser apontadas aquelas que possuem relação com o tema abordado.

Partindo de uma análise mais ampla, Carlos Roberto Gonçalves<sup>133</sup> anuncia a subdivisão em responsabilidade contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva.

A responsabilidade, do latim “respondere”, traz uma ideia de recomposição, de uma obrigação de restituir ou ressarcir diante de um dano provocado. Ocorre que, a exemplo do direito romano, não se falava em qualquer distinção da responsabilidade nas searas civil e penal, e, com o passar do tempo, a indenização pecuniária passou a ser a única forma de sanção nos casos dos atos lesivos que não envolvessem um crime. Contudo, sabe-se da possibilidade de reparação de forma concomitante, nas duas esferas, diante de um ato lesivo.

A responsabilidade civil traz consigo a ideia de patrimônio, ao contrário da responsabilidade penal, entendida como pessoal e intransferível. Desta forma, no âmbito cível, o patrimônio do devedor responderá por suas obrigações, não sendo possível desvirtuar esta reparação afim de que esteja sujeito à disposição do seu próprio corpo, como ocorria em momentos históricos anteriores.

Em breves linhas, aplicando este conceito geral de responsabilidade à discussão deste trabalho, indicamos que esta pode ser analisada no sentido ético e jurídico, tendo em vista que, diante do exercício profissional da atividade do médico, associam-se diretamente valores morais e legais<sup>134</sup>.

Distingue-se também a responsabilidade civil na sua modalidade subjetiva ou objetiva. A partir daí, caberá ou não a análise da culpa como elemento essencial para que se imponha a obrigação de reparar um dano. Assim, será subjetiva quando trazer consigo a ideia da culpa, tratando-se de pressuposto indispensável para que se trate de um dano indenizável.

---

<sup>132</sup> FRANÇA, Genival Veloso de *apud* Alexander Lacassagne. **Direito Médico**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 241.

<sup>133</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 43-49.

<sup>134</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. *Op. cit.*, 2013, p. 243.

Por outro lado, a legislação brasileira dispõe sobre a possibilidade de que se responda de forma objetiva. Significa dizer, a contrário senso, que haverá a obrigação de reparação dos danos causados independentemente da verificação da culpa, razão pela qual observa-se tão somente o nexo de causalidade.

Sobre a classificação e distinção supracitada, Cláudia Lima Marques anuncia que, jurisprudencialmente, para que seja aplicada a responsabilidade pessoal dos médicos ou a objetiva do hospital, deve ser verificado o nexo causal entre o dano e o defeito do serviço prestado ao paciente/enfermo, a partir do caso concreto<sup>135</sup>.

Será, ainda, entendida como contratual ou extracontratual. Desta forma, é possível que o dano ocasionado, passível de indenização, seja oriundo de um descumprimento por obrigação contratual, ou seja, quando há a celebração de um contrato mesmo que de forma tácita. Por outro lado, a responsabilidade contratual incide quando o sujeito infringe um dever legal, ou seja, não há o descumprimento de algo anteriormente pactuado, de forma que não existe qualquer vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano.

Verifica-se, de logo, que a responsabilidade do médico diante de determinado ato praticado no exercício da sua profissão não deve ser analisada a partir da sua capacidade e/ou talento, mas sim sob os aspectos da lei civil, destacados acima<sup>136</sup>.

É, pois, um instituto decorrente da lei, notadamente do Código Civil, ou de um contrato, sendo necessários três elementos para que seja configurada – o ato ilícito, dano e nexo causal<sup>137</sup>.

Conforme explica Gustavo Borges, a conduta é o ato lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, realizado pelo agente ou por terceiro. Ademais, é essencial o dano, caso contrário, não há que se falar em qualquer reparação indenizável. No mesmo caminho, deve ser observado o nexo causal, partindo-se da premissa de que sem a conduta, o dano não teria ocorrido. Assim,

---

<sup>135</sup> MARQUES, Claudia Lima. A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 93, v. 827, set. 2004, p. 38.

<sup>136</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 242.

<sup>137</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 78-79.

conceitua o instituto como “violação de um determinado dever jurídico originário que configura ilícito e resulta em um dano injusto a outra pessoa<sup>138</sup>”.

A partir do seu entendimento, conclui o autor que a responsabilidade do profissional surge diante da prestação do serviço, sendo este configurado como um dever jurídico originário, obrigando-se a reparar os danos causados pelo inadimplemento ou mau cumprimento da obrigação.

Abre-se um parêntese, pois, antes mesmo de transpor estes conceitos e classificações especificamente à relação médico-paciente, essencial se faz compreender a sua natureza jurídica, bem como os diplomas legislativos do ordenamento jurídico brasileiro que devem ser aplicados à regulamentação da reparação de danos, quando estes forem verificados.

Muito se discute na doutrina e jurisprudência se é possível que este vínculo seja considerado tipicamente como uma relação de consumo, o que levaria, conseqüentemente, à necessidade da observância dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Em uma primeira análise, é possível verificar que há o preenchimento dos requisitos necessários para a caracterização desta maneira, considerando a existência do consumidor, na figura do paciente; o fornecedor de serviço, ou seja, o médico, bem como o serviço prestado por este, que irá variar a depender da sua especialidade e necessidade do enfermo<sup>139</sup>.

Ademais, conforme pontua Antônio Carlos Efig e Mariana Moreira Neves, complementam o entendimento acima para dizer que há que se considerar também a hipossuficiência e a vulnerabilidade do paciente, incluindo-se a de seus familiares, tendo em vista que não estão munidos do conhecimento necessário, já abordado anteriormente, e, somado a isto, o seu estado de saúde debilitado. Por fim, haveria ainda como um requisito essencial a remuneração do serviço, caso contrário, não seria possível a aplicabilidade do referido diploma legislativo.

O entendimento é compartilhado por Maria Fernanda<sup>140</sup>, para quem a relação médico-paciente possui caráter contratual e de natureza consumerista, adequando-se às disposições dos arts. 2º, *caput*, e 3º do Código de Defesa do Consumidor<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> BORGES, Gustavo. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: Panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, v. 64, out./dez. 2015, p. 122-123.

<sup>139</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 82-83.

<sup>140</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 399.

Veja-se a opinião de Cláudia Lima Marques sobre o tema<sup>142</sup>:

“Efetivamente, hoje não há mais dúvidas em nosso país sobre a aplicação das normas e do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por médicos, hospitais e clínicas privadas, seja na medicina individual ou em grupo, mediante seguro-saúde ou planos de saúde. Aqui a jurisprudência reconhece um importante diálogo de fontes legislativas, [...] sempre sob as linhas guias e mandamentos da Constituição Federal de 1988”.

Por outro lado, ressalta Sílvio Venosa que o tratamento médico é atualmente alcançado pelo CDC, entretanto, considera que a relação em comento não deve ser vista como tipicamente de consumo. A esse despeito, cita jurisprudências no sentido da aplicabilidade ou afastamento do Código de Defesa do Consumidor a depender do caso concreto, bem como a depender da vigência do referido diploma legislativo quando da conduta que gerou o dano discutido no âmbito processual<sup>143</sup>.

Tepedino<sup>144</sup>, em posicionamento diverso, acompanhado de outros autores, tais como José de Aguiar Dias e Pontes de Miranda, entende a relação médico-paciente como uma locação de serviços *sui generis*, agregando, portanto, os deveres extrapatrimoniais do profissional. Ocorre que, justamente por isso, na prática, é complexo o enquadramento dos serviços prestados pelo médico na disciplina da locação.

Sobre o assunto, a jurisprudência brasileira caminha no sentido de aplicação das normas consumeristas, com base nos entendimentos expostos acima. É, inclusive, o posicionamento majoritário do STJ no julgamento de casos que versam sobre o tema, em casos que figuram como parte tanto os hospitais<sup>145</sup>, como profissionais liberais<sup>146</sup>. Inclusive, como destacado

<sup>141</sup> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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

<sup>142</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 93, v. 827, set. 2004, p. 12-13.

<sup>143</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 149-150.

<sup>144</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 2, abr./jun. 2000, p. 42.

<sup>145</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. **ERRO MÉDICO**. CIRURGIA OFTALMOLÓGICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. **RELAÇÃO DE CONSUMO**. RESPONSABILIDADE PELO SERVIÇO PRESTADO. **ART. 14 DO CDC**. RECURSO NÃO PROVIDO. (STJ - AgRg no AREsp: 768239 MT 2015/0205492-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 16/02/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2016) (*grifo nosso*)

<sup>146</sup> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL E CONSUMIDOR. **ERRO MÉDICO**. **RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS CIRURGIÃO E ANESTESISTA**. **CULPA DE PROFISSIONAL LIBERAL (CDC, ART. 14, §4º)**. RESPONSABILIDADE PESSOAL E SUBJETIVA. PREDOMINÂNCIA DA AUTONOMIA DO ANESTESISTA, DURANTE A CIRURGIA. SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE OBJETIVA AFASTADAS. [...] 6. **O Código de**

acima, o entendimento do órgão julgador parte também do fato de haver ou não a remuneração direta ao profissional que prestou o serviço, de modo que em se tratando de procedimento realizado pelo SUS, por exemplo, costuma-se afastar a incidência destas normas.

Em breves linhas, considerando que a responsabilidade dos hospitais não é objeto deste trabalho, cabe a anotação de que o atendimento em serviços como o SUS<sup>147</sup>, de acordo com a doutrina e jurisprudência, é uma “expressão da tutela constitucional à saúde, a prescindir de qualquer relação contratual”, razão pela qual, nestes casos, trata-se da responsabilidade objetiva e extracontratual. Aplica-se, também, a teoria do risco administrativo, conforme bem expõe Gustavo Tepedino<sup>148</sup>.

É, pois, o posicionamento adotado neste trabalho. Desta forma, será considerada uma análise conjunta das disposições do Código Civil de 2002 e do CDC, além, obviamente, das Resoluções mencionadas que dispõem acerca do tema, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Outro aspecto importante, que deve ser conceituado e destacado anteriormente é o que se diz sobre as obrigações de meio e de resultado, tendo em vista que implicam diretamente no juízo dos casos levados aos órgãos julgadores. Sobre o tema, importante trazer à baila os ensinamentos de Maria de Fátima Sá e Bruno Torquato no que se refere ao objetivo assumido em cada uma das situações.

Explicam os autores que nas obrigações de resultado, o devedor se obriga a alcançar o resultado prometido, caso contrário, não se considera como cumprida a sua prestação. Por outro lado, as obrigações de meio configuram-se quando há a necessidade, tão somente, de valer-se de todos os meios necessários e possíveis para alcançar o resultado almejado. Deste

---

**Defesa do Consumidor, em seu art. 14, caput, prevê a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviço pelos danos causados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação do serviço ou nas informações prestadas - fato do serviço. Todavia, no §4º do mesmo artigo, excepciona a regra, consagrando a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.** Não há, assim, solidariedade decorrente de responsabilidade objetiva, entre o cirurgião-chefe e o anestesista, por erro médico deste último durante a cirurgia. [...] 8. Embargos de divergência da Clínica não conhecidos. 9. Embargos de divergência do médico cirurgião conhecidos e providos. (STJ - EREsp: 605435 RJ 2011/0041422-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/09/2011, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/11/2012) (*grifo nosso*).

<sup>147</sup> Heloisa Barboza ressalta, sobre o assunto, a possibilidade de ação regressiva da instituição pública contra o agente que efetivamente cometeu o resultado danoso, considerada a hipótese de dolo ou culpa. Isto ocorre inclusive porque o Código Civil incorporou, como dito, a responsabilidade objetiva ao longo de suas alterações. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil médica no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 19, jul./set. 2004.

<sup>148</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 2, abr./jun. 2000, p. 58-59.

modo, ainda que não se alcance o resultado avençado entre as partes, não se pode considerar como descumprida a obrigação, desde que tais elementos sejam demonstrados<sup>149</sup>.

Porém, como bem assevera Tepedino, ainda que exista a tendência de considerar a obrigação do médico como de meio, na maioria dos casos, exatamente por conta das especificidades desta área, incluindo-se o organismo de cada paciente, existem algumas atividades que já são consideradas como obrigações de resultado pela jurisprudência majoritária, em que pese a necessidade de análise do caso concreto, a exemplo dos serviços oferecidos pelos dentistas, exames radiológicos, transfusão de sangues e cirurgias estéticas<sup>150</sup>. Salienta-se, contudo, que não há a pacificidade acerca do tema, mesmo porque se verificam variações nos casos concretos, mesmo diante de idêntico procedimento cirúrgico<sup>151</sup>.

Sobre o tema, Antônio Carlos Efig e Mariana Moreira Neves apontam que, em regra, a obrigação no âmbito da relação médico-paciente é de meio, entendendo que a este profissional cabe a aplicação de todos os seus conhecimentos, de forma ética e diligente, utilizando-se dos meios possíveis para atingir o melhor resultado – ou seja, o bem-estar físico, psíquico e social. Complementam, inclusive, que para alguns autores a obrigação sempre se classificará desta maneira, sob o argumento de que a atuação do médico depende do organismo de cada paciente, não sendo possível exigir exatamente o mesmo resultado para pessoas diferentes.

Por outro lado, a título exemplificativo, mencionam casos em que a obrigação de resultado deveria ser considerada, tais como “a realização de exames laboratoriais e de raio X, a anestesia e a transfusão de sangue”. Ressaltam, entretanto, que o não é possível que se garanta um resultado específico, tendo em vista a necessária obediência ao dever de informar e o respeito ao consentimento informado<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 94.

<sup>150</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 2, abr./jun. 2000, p. 45.

<sup>151</sup> Conforme exemplifica Leonardo Vieira, é o caso da atividade exercida pelo anestesista, abordada de forma menos frequente quando comparada à discussão acerca dos cirurgiões estéticos. Explica, nesse sentido, que o anestesista precisa atingir resultados específicos, quais sejam os de “tornar o paciente insensível à dor, desacordando-o e, depois, trazê-lo de volta à consciência”. Aponta que diversos autores, e especificamente Miguel Kfoury sustentam que, apesar de tal resultado, há uma verdadeira obrigação de meios, considerando que o não é possível assegurar que o paciente não apresente uma hipersensibilidade ao medicamento, gerando consequências diretas nos resultados que se pretende alcançar. *In*: SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

<sup>152</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 81.

Além de ser possível identificar ou não o adimplemento, também é importante para que seja determinada a distribuição do ônus probatório e a modalidade da responsabilidade civil que será aplicada, se for o caso.

Em breves linhas, a distribuição do ônus será do contratante quando estivermos diante de obrigação de meio e, por outro lado, sendo uma obrigação de resultado, será do contratado. Isto porque, na primeira modalidade, o contratante deverá provar que o objeto do contrato foi exercido de forma insatisfatória, razão pela qual se configuraria o inadimplemento. Por outro lado, quando o ônus recai sobre o contratado, este é obrigado a comprovar que o resultado diverso atingido foge da sua esfera de responsabilidade.

É, inclusive, um direito assegurado pelo art. 6º, VIII do CDC, diante de situação em que se verifiquem alegações verossímeis, ou face ao consumidor hipossuficiente. A verossimilhança diz respeito ao exame das circunstâncias concretas, realizado pelo juiz, levando à conclusão de que certamente são verdadeiras. É, portanto, um juízo de probabilidade<sup>153</sup>.

A hipossuficiência, por outro lado, como já dito neste trabalho, não deve ser identificada somente no seu viés econômico, mas também diante do fato de que o enfermo, bem como a sua família, provavelmente não possui as informações necessárias acerca do procedimento a ser realizado, e tudo o que disser respeito a este. Ademais, isto também levaria a um desequilíbrio entre as partes, dificultando a produção probatória.

Desta forma, é uma classificação perfeitamente aplicável à relação médico-paciente. Entretanto, válido ressaltar que não há, na doutrina e jurisprudência, um entendimento pacífico acerca do tipo de obrigação nesta esfera contratual<sup>154</sup>.

#### 4.2 DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E CÓDIGO CIVIL APLICÁVEIS À RESPONSABILIZAÇÃO DO PROFISSIONAL

A responsabilidade do médico, bem como as obrigações atinentes à sua profissão, como as já elencadas nesta obra, é verificada em diversos diplomas legislativos anteriores e atuais, considerando a essencial atividade exercida por este e que, além disso, por conta da sua

---

<sup>153</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 2, abr./jun. 2000, p. 71-72.

<sup>154</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 80.

relação direta com a vida e saúde, merece especial tratamento do ordenamento. Isto porque, como visto, cabe o respeito ao paciente, na sua posição de hipossuficiente quanto aos aspectos técnicos, não podendo afastar-se também da proteção ao médico que é devida.

Ratificando o exposto, o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.545, dispunha que: “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir ou ferimento”.

Em que pese não ter sido adotada idêntica redação no atual Código Civil de 2002<sup>155</sup>, a disciplina sobre o tema encontra guarida em seu artigo 951:

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

Como se verá, os institutos da imprudência, negligência e imperícia são essenciais para que se chegue ou não à conclusão da necessidade de reparação do dano causado. Estas são situações reguladas pelo art. 186 do Código Civil de 2002, sendo que a negligência médica revela-se na inércia, ou seja, um ato omissivo em relação ao enfermo. A imprudência, por sua vez, configura-se em uma culpa comissiva, geralmente em situações em que não se observa a cautela. Por outro lado, a imperícia ocorre diante da ausência ou deficiência dos conhecimentos necessários, e especialmente aos técnicos, sem que se verifique a habilidade essencial ao profissional<sup>156</sup>.

As previsões do Código de Defesa do Consumidor complementam e são compatíveis com estes dispositivos, bem como outros que também regulam a matéria. Primeiramente, salienta-se que a proteção do dever de informação encontra suas bases também neste diploma.

Fabíola Albuquerque ressalta que o dever de informar deverá ser plenamente observado, não importando sequer a conclusão do contrato – o que já foi abordado em capítulo anterior. Isto porque é um dever que figura na responsabilidade pré-contratual, atuando desde a formação do contrato, até mesmo após a conclusão do contrato. Assevera que, mesmo sendo verificado neste momento, já é possível analisarmos todos os elementos que compõem a relação jurídica

---

<sup>155</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 153-154.

<sup>156</sup> BORGES, Gustavo. Responsabilidade Civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: Panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, v. 64, out./dez. 2015, p. 125.

obrigacional – partes, prestação positiva, o vínculo jurídico e a responsabilidade decorrente da inexecução da obrigação<sup>157</sup>.

A aplicação do CDC também permite a análise da complexidade da culpa do profissional no exercício de sua função. Para tanto, o art. 14, em seus parágrafos 1º e 2º, traz a definição do serviço defeituoso<sup>158</sup>.

A investigação da culpa, pelos termos expostos, é entendida como um pressuposto de responsabilização do médico diante de atos que tenha praticado e que violaram o contrato celebrado entre as partes. Esta ideia é verificada plenamente na doutrina e jurisprudência brasileira<sup>159</sup>.

Com base neste dispositivo, Venosa entende pela total possibilidade de aplicação do mesmo, com algumas ressalvas. A princípio, afirma que diante da adoção de novas técnicas (§2º), o paciente deverá previamente aprovar a sua utilização, na medida em que também irá compor o seu consentimento informado. Relaciona-se, desta forma, ao dever de informação resguardado pelo mesmo Código. Acrescenta ainda que caso o médico não tenha o total domínio de determinada técnica a ser utilizada, assume para si o risco de insucesso no procedimento, o que poderia até mesmo agravar a sua culpa<sup>160</sup>.

Por óbvio, continua, a transposição destes conceitos deve ser feita conforme as especificidades da medicina, bem como àquelas que dizem respeito ao próprio paciente, envolvendo o seu estado de saúde.

Pelo exposto, para que seja configurada a culpa não há que se verificar a intenção do agente, bastando tão somente a voluntariedade da conduta, que deve se afastar de normas impostas pela prudência ou perícia, como bem mencionado por Kfourri<sup>161</sup>. Continua o seu raciocínio dizendo que, ainda que sendo considerada como uma culpa levíssima, há a obrigação de reparação do dano, tendo em vista o *in lege aquilia et levissima culpa venit*. Ademais, o grau da culpa será averiguado também para fins de fixação do *quantum* indenizatório.

---

<sup>157</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan./mar. 2001, p. 95-96.

<sup>158</sup> §1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

<sup>159</sup> WEBER, Márcia Regina Lusa Cardore. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 18, abr./jun. 2004, p. 147.

<sup>160</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 169.

<sup>161</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 67.

A análise do instituto não encontra, na doutrina ou jurisprudência, elementos que essencialmente devem ser analisados para que se considere ou não a culpa. É inafastável, portanto, a observância das peculiaridades de cada caso concreto<sup>162</sup>.

Note que a culpa difere do conceito do erro profissional, entretanto, ainda assim, não é possível afirmar que somente a constatação de erro não justificável é capaz, por si só, de configurar a culpa do profissional. É que o erro traduz-se em um desvio de conduta que costuma produzir efeitos jurídicos. Portanto, não se deve adotar como máxima a ideia de que todo erro é capaz de gerar a responsabilização do profissional, tendo em vista que devem ser consideradas a incerteza e o risco<sup>163</sup>.

Ainda no que tange à culpa do médico no exercício de suas funções, em termos exemplificativos, a doutrina e jurisprudência estrangeira mencionam a teoria da *res ipsa loquitur* (“a coisa fala por si mesma”). Trata-se de situações em que, a partir da ocorrência de determinados fatos, já há imediatamente a presunção de culpa do médico, havendo, portanto, um “direito de evidência circunstancial”<sup>164</sup>. É, pois, uma teoria que busca favorecer o paciente, principalmente diante da sua hipossuficiência, seja considerada no âmbito econômico ou técnico. Contudo, não se verifica a ampla aplicabilidade na jurisprudência brasileira, apenas em caso mais pontuais, sendo mais identificada nos Estados Unidos e Canadá<sup>165</sup>.

Quanto à supracitada teoria, Leonardo Vieira exemplifica a partir de casos em que objetos são esquecidos no corpo do paciente, ou, ainda, na hipótese em que o médico retira o pulmão em boas condições, deixando aquele que era efetivamente atingido pela enfermidade<sup>166</sup>.

Ultrapassadas as definições preliminares e essenciais para que se possa verificar, in loco, a responsabilidade médica diante da ausência do consentimento informado, bem como os

---

<sup>162</sup> Citando os ensinamentos de Pio Avecone, Kfoury indica que, para o autor, o método da verificação da culpa médica deve levar em conta alguns pressupostos. Primeiramente, deve-se ter a noção acerca do caso concreto que está sendo discutido, como dito acima, para que não se trate do tema de modo generalizado. Por outro lado, também se faz necessário o uso dos parâmetros jurídicos aplicáveis à averiguação de outros tipos de culpa, não se afastando da particularidade do caso.

<sup>163</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil médica no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 19, jul./set. 2004, p. 60.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>165</sup> Sobre o tema, acrescenta ainda Miguel Kfoury os elementos para a possibilidade de aplicação desta teoria: “a) (o dano) deve ter resultado de um fato que não ocorre ordinariamente se não houver negligência (ou outra forma de culpa); b) deverá ter sido causado diretamente pelo médico ou por alguém atuando sob sua direção ou controle; c) deverá ter ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte”.

<sup>166</sup> SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p.179.

principais dispositivos que regem o tema, cabe a apreciação destes no âmbito da relação médico-paciente.

Diante do fato inafastável da evolução da medicina, bem como a massificação tratada em capítulo anterior, é papel do direito aplicar a devida responsabilidade ao médico, que deve ser entendida em seus mais diversos âmbitos, abrangendo a responsabilidade dos hospitais, casas de saúde, clínicas, pessoas jurídicas, ou qualquer outro que preste este tipo de serviço. Entretanto, ressalta-se que o foco deste trabalho é tão somente para versar sobre os profissionais liberais, não abrangendo a responsabilidade dos hospitais e outros entes<sup>167</sup>.

Ainda no que tange à análise do CDC, este é expresso ao dispor sobre a responsabilidade pessoal dos médicos, considerando-se os casos de profissionais liberais, a qual deve ser apurada mediante culpa<sup>168</sup>.

Via de regra, o CDC adota a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, considerando a aplicação da teoria do risco da atividade profissional, segundo a qual aquele que desenvolve uma atividade com fins lucrativos deve assumir as responsabilidades que decorrem deste exercício<sup>169</sup>, exceto se restar comprovada uma das causas de excludente de ilicitude (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior)<sup>170</sup>. No entanto, a aplicação desta teoria não é compartilhada por todos os autores, diante das peculiaridades que envolvem este contrato.

A atividade médica traz um risco intrínseco quanto à possibilidade de danos ao paciente, por sua própria natureza. Por tal razão é que se verifica a previsão da responsabilidade subjetiva nestes casos, devendo haver a comprovação da culpa. Justifica-se, inclusive, no sentido de que se trata de uma relação pautada no princípio da confiança, conforme anteriormente mencionado, sendo necessária a verificação da negligência, imprudência ou imperícia<sup>171</sup>.

Neste sentido, leciona Maria Helena Diniz<sup>172</sup> que se o médico operador for experiente e tiver usado os meios técnicos indicados ao paciente, não sendo possível explicar a origem da seqüela, não há que se falar na obrigação por risco profissional, tendo em vista que os serviços médicos, via de regra, são obrigação de meio e não de resultado. Desta forma, a

---

<sup>167</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150.

<sup>168</sup> Art. 14, § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

<sup>169</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 83.

<sup>170</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

<sup>171</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. *Op. cit.*, jul./dez. 2014, p. 84.

<sup>172</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 747.

autora considera que se nenhuma modalidade de culpa ficar demonstrada, deixa de haver o pressuposto para a responsabilização médica.

Discute-se, na doutrina, acerca da aplicação do art. 927 do Código supracitado, diante da possibilidade ou não de aplicação da responsabilidade objetiva aos médicos. Pablo Stolze<sup>173</sup>, por sua vez, defende que a disciplina geral da responsabilidade civil deve ser considerada como subjetiva, já que o art. 14, já mencionado, não perde sua vigência diante do princípio da especialidade.

Deste modo, o autor opta pela preservação da autonomia e dignidade da atividade profissional – mesmo porque os danos eventualmente ocasionados durante ou após o procedimento já trazem consigo uma presunção de culpa.

Em outro aspecto que deve ser identificado, há que se definir a responsabilidade médica como contratual ou extracontratual, de acordo com os conceitos expostos acima. Nas palavras de Gustavo Borges<sup>174</sup>, a responsabilidade contratual é aquela que parte da própria vontade das partes, construída através da manifestação da autonomia da vontade de cada uma delas. Na extracontratual, diferentemente da primeira, há a violação a um dever estabelecido por lei ou pela própria ordem jurídica, razão pela qual costuma-se exemplificar a sua incidência nas situações de emergência, para que não configure um ato omissivo por parte do médico.

Vejamos o entendimento do autor Gustavo Tepedino:

O dever de reparar os danos decorrentes de atos profissionais dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos e dentistas, embora seja objeto de previsão específica do art. 1.545 do Código Civil Brasileiro, no capítulo atinente à responsabilidade extracontratual, tem sido considerado, no Brasil, de modo prevalente, como hipótese de responsabilidade contratual. Tal orientação indica tendência doutrinária e jurisprudencial de maior favorecimento das vítimas de danos, contrariamente ao pensamento dominante no final do século XIX, quando foi redigido o Código Civil Brasileiro, em vigor, como se sabe, a partir de 1º de janeiro de 1917<sup>175</sup>.

A responsabilidade do médico se estende desde o diagnóstico, seja este clínico ou laboratorial, até o final do procedimento, e, em algumas hipóteses, até mesmo após o seu término. Independente de ser considerada como uma responsabilidade contratual ou extracontratual, sendo verificada a culpa, surgirá para o profissional o dever de indenizar. Porém, existindo

---

<sup>173</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 271-272.

<sup>174</sup> BORGES, Gustavo. Responsabilidade Civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: Panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, v. 64, out./dez. 2015, p. 123.

<sup>175</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 2, abr./jun. 2000, p. 42.

contrato, o inadimplemento deve ser verificado conforme os termos ajustados; não havendo contrato, a culpa deve ser apurada a partir da ação do agente<sup>176</sup>.

Rui Stoco, no mesmo sentido, compreende que a caracterização da responsabilidade como contratual ou extracontratual acaba por perder o seu sentido, na medida em que toda a aferição da responsabilidade será pautada na culpa, ainda que haja expresso contrato sobre os termos do procedimento<sup>177</sup>.

Citando os ensinamentos de Bueres, Maria Helena Diniz expõe o entendimento deste, que exemplifica na relação médico-paciente situações em que há a responsabilidade extracontratual, tais como o fornecimento de atestado falso, nos casos de consentir que pessoa não habilitada exerça a medicina e lançar mão de tratamento cientificamente condenado<sup>178</sup>.

Explica Carlos Roberto Gonçalves, que a responsabilidade contratual, por sua vez, pode ou não ser presumida, pois há casos em que o médico não se compromete a curar, mas de proceder de acordo com regras e métodos da profissão<sup>179</sup>. Neste sentido, acrescenta que o fato de não obter a cura não poderá ser considerado, de forma imediata, como uma inadimplência.

Ademais, afirma que embora o contrato integre o gênero de um contrato de prestação de serviços, possui conteúdo com especialidade própria, referente ao campo da atividade humana, razão pela qual não pode ser confundido com qualquer outro ajuste de prestação de serviços<sup>180</sup>. Observa-se, como anteriormente mencionado, a peculiaridade destes contratos, tendo em vista que o polo passivo da relação é um paciente que, via de regra, busca tratamentos médicos diante de uma enfermidade.

Além disso, válido ressaltar o entendimento do referido autor, para quem, no contrato de prestação de serviços médicos, concorrem elementos e fatores que distinguem a culpa dos médicos para a exigida para responsabilizar aqueles de outras profissões. Veja-se:

A obrigação principal consiste no atendimento do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e saber profissional próprio do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento. Dele se exige, principalmente, um *empenho* superior ao de outros profissionais.

---

<sup>176</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 153-154.

<sup>177</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 643.

<sup>178</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 747.

<sup>179</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 239.

<sup>180</sup> *Idem*. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 339.

Venosa<sup>181</sup>, versando sobre o tema, entende que este pode ser tácito, identificado, na maioria dos casos, como um contrato de prestação de serviços, e em outras hipóteses com características de empreitada, por exemplo. Ademais, via de regra, trata-se de um contrato *intuitu personae* (levando em consideração a pessoa), além de bilateral, de trato sucessivo e oneroso. Por isso, entende que em regra, a responsabilidade do médico deve ser verificada através dos meios por ele utilizados, de forma zelosa e cautelosa, no caso concreto.

Em oportuna abordagem, Leonardo Vieira arremata a discussão concluindo que, na maioria dos casos, não há como negar que a relação médico-paciente é regida através de um contrato, que indica expressamente as obrigações de cada uma das partes<sup>182</sup>. Ressalta, inclusive, que “o fato do médico ser credenciado, não podendo, a princípio, recusar o atendimento também não afasta a caracterização do contrato<sup>183</sup>”.

Nota-se, portanto, que a necessidade ou não do termo de consentimento informado, concedido pelo paciente, também deverá ser analisado nesta esfera – já que, por consequência, é esperada a cautela do profissional, atendendo ao seu dever de informar, bem como o conhecimento específico, sendo capaz de fornecer todos os elementos necessários ao polo passivo deste contrato.

Pelo exposto, chega-se à discussão mais importante diante do objeto ora trabalhado, questionando-se acerca da possibilidade da responsabilização do médico, na esfera civil, diante do descumprimento do dever de informar e, por outro lado, do desrespeito ao consentimento informado fornecido pelo paciente.

Inicialmente, ressalta-se que não há na doutrina e jurisprudência entendimento pacífico sobre o assunto, especialmente em casos em que não há qualquer complicação ou dano provocado pelo procedimento ou cirurgia em si, mas que há a violação do dever de informação. Como se verá, alguns Tribunais se posicionam a favor, e outros contra, principalmente diante do argumento que a finalidade do contrato foi atingida.

Caberá, portanto, a análise de alguns julgados, de diferentes instâncias, e que funcionam como verdadeiros ensinamentos acerca do consentimento informado e possibilidade ou não de responsabilização civil do médico.

---

<sup>181</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155.

<sup>182</sup> SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 147.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 148.

Na doutrina, para Maria Fernanda Santos esta responsabilização é possível, adequando-se às modalidades da culpa *stricto sensu*, sendo, portanto, de negligência ante o comportamento negativo e omissivo do profissional, descumprindo dever inerente a esta relação. Desta forma, afirma com clareza que a observância do consentimento, por si só, não é capaz de afastar a incidência da responsabilidade – além disso, são nulas as cláusulas que militem neste sentido<sup>184</sup>.

Prossegue afirmando que “mesmo em se tratando de um procedimento realizado com excelência técnica, pode ensejar a responsabilização civil do profissional, caso o paciente não tenha sido devidamente informado sobre todos os aspectos da intervenção médica, sobrevivendo-lhe prejuízo”.

Sílvio Venosa, acompanhando este entendimento, afirma que:

“A omissão na informação correta ao paciente pode acarretar responsabilidade profissional. As situações de emergência devem ser devidamente sopesadas. As informações somente podem ser suprimidas quando efetivamente não puderem ser prestadas. O princípio a ser levado em conta é que, quanto mais arriscada a intervenção do profissional, seja com tratamento, seja com cirurgia, tanto mais necessárias tornam-se a advertência e a informação do paciente<sup>185</sup>”.

Observa-se, somente pela análise destes dois entendimentos a relevância que tem o consentimento informado e o dever de informar do médico, uma vez que, por si só, já levariam à reparação do dano. Inclusive, isso porque este é um direito com garantia constitucional, vestido como um direito fundamental.

Relacionando o exposto em capítulos anteriores com o defendido pela primeira autora, é possível se considerar que o termo de consentimento informado sequer pode trazer cláusulas que busquem, de logo, afastar a responsabilidade do médico que realizará o procedimento<sup>186</sup>. Assemelha-se e adequa-se, desta forma, aos preceitos dos direitos do consumidor, uma vez que, sendo uma das partes o polo hipossuficiente da relação, entende-se como abusivas as cláusulas que busquem lhe prejudicar.

Eugênio Facchini, por sua vez, assevera que não é possível se afastar a responsabilidade do médico pelo simples argumento de que atendeu à vontade do paciente, o que ocorre nos casos

---

<sup>184</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008, p. 400-403.

<sup>185</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 160.

<sup>186</sup> Sobre o assunto, Miguel Kfoury destaca a ainda existente discussão sobre a possibilidade de que, antes de iniciado o tratamento, o médico e paciente estabelecessem um pacto a fim de renunciar o exercício de qualquer ação civil de responsabilidade. Explica, porém, que a responsabilidade do profissional é decorrente de um erro manifesto, razão pela qual deve ser considerada de logo a existência de uma cláusula tácita ante a “margem de erro” que pode ser tolerada.

em que o enfermo não deseja se submeter a determinado procedimento, porém, não foi informado acerca da urgência do caso em tela.

Exemplifica, neste sentido, um julgado do Supremo Tribunal Argentino em 1992, que versava sobre um paciente acidentado que optou por ser removido de um hospital particular e transferido para o público. Ao chegar neste último, submeteu-se a um procedimento de amputação da sua perna, tendo em vista que não foi alertado sobre o médico das consequências que poderiam ser geradas pela transferência. Entende, pois, que “ainda que seja direito do paciente recusar o tratamento proposto, o médico tem que assumir sua condição de conselheiro e não abandonar o paciente sem estar seguro de que ele compreendeu perfeitamente as consequências e os riscos que a sua recusa implica<sup>187</sup>”.

No mesmo sentido, Fabíola Albuquerque<sup>188</sup> afirma que não é possível que se afaste a responsabilidade sob o argumento de que, tão somente, prestou a informação, tendo em vista que esta deve obedecer a todos os requisitos de lei. No que tange às disposições do CDC sobre o tema, a autora considera que não há que se falar sequer em dolo, bastando a simples ausência de informação para que haja a incidência da responsabilidade objetiva.

Assim, a violação do direito à informação, e conseqüentemente do consentimento informado, provocando a lesão de qualquer natureza, e desde que comprovada a sua culpa, acarretará na obrigação do médico de reparar os danos, especialmente diante da quebra da confiança<sup>189</sup>.

A despeito das jurisprudências já analisadas no capítulo anterior, que ressaltam a importância do dever de informar do médico, bem como a obtenção do consentimento informado e conseqüente respeito à autonomia do paciente, válido ressaltar julgados do ordenamento jurídico brasileiro que, mesmo não sendo demonstrada a culpa do profissional no que se refere ao procedimento, houve a indenização tão somente pelo descumprimento deste dever:

**APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CIRURGIA MAMÁRIA PARA REDUÇÃO DE ASSIMETRIA BEM SUCEDIDA - NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA NÃO CARACTERIZADAS - INDICAÇÃO DE TRATAMENTO E DA TÉCNICA ESCOLHIDA ADEQUADAS - AUSÊNCIA DE PROVA DO CONSENTIMENTO INFORMADO - NECESSIDADE DO TERMO - ÔNUS DO PROFISSIONAL LIBERAL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA - REFORMA PARCIAL DA**

<sup>187</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e Dissentimento informado – Limites e questões polêmicas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 24, n. 102, nov./dez. 2015, p. 250-251.

<sup>188</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan./mar. 2001, p. 95-96.

<sup>189</sup> EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014, p. 85.

SENTENÇA - READEQUAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO<sup>190</sup>.

O julgado acima, do Tribunal de Justiça do Paraná, ratificando os entendimentos expostos, se posicionou no sentido de que mesmo não sendo configurada a imprudência, negligência ou imperícia – fatos estes que seriam suficientes para apurar a culpa do profissional no procedimento –, e em que pese não haver o dano direto ao paciente, acolheu a pretensão do autor, para considerar que tão somente o desrespeito à informação é passível de gerar a indenização por danos morais.

Em sua fundamentação, o Relator arguiu que: “Neste caso, apesar de a intervenção ter ocorrido de modo satisfatório, faltou a médica com o dever de obter o consentimento informado. [...] Portanto, ainda que reconhecida a ausência de culpa da profissional liberal na cirurgia de redução de mamas, responde pelo dano moral em decorrência da falta de informações claras e precisas sobre os riscos de perda de sensibilidade na área e dificuldade para amamentação”.

O mesmo pode ser identificado em outros julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VASECTOMIA. AUSÊNCIA DE CULPA. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. RISCOS DE RECANALIZAÇÃO ESPONTÂNEA. NECESSIDADE DE EXAMES. AUSÊNCIA DE PROVA. DEVER DO MÉDICO. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR RAZOÁVEL. 1. Ainda que reconhecida a ausência de culpa do médico no ato da cirurgia de **vasectomia, responde pelo dano moral em decorrência da falta de informações claras e precisas sobre os riscos de recanalização espontânea e dos exames de acompanhamento.** 2. O dano moral fixado em atenção ao princípio da razoabilidade não comporta redução. APELAÇÃO NÃO PROVIDA<sup>191</sup>. (*grifo nosso*)

ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE E MÉDICO RESPONSÁVEL PELA CIRURGIA. PERÍCIA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. DIVERGÊNCIA COM OS EXAMES PRÉVIOS. POSSIBILIDADE. A ULTRASSONOGRRAFIA É APENAS SUGESTIVA DE DIAGNÓSTICO. ERRO MÉDICO E DE DIAGNÓSTICO NÃO CARACTERIZADOS. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ADEQUADA E PRECISA ACERCA DAS INTERCORRÊNCIAS DA CIRURGIA. A AUTORA SOMENTE TEVE CONHECIMENTO DE QUE PARTE DIVERSA DE SEU CORPO FOI OPERADA NOS EXAMES PÓS OPERATÓRIOS. OFENSA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONSENTIMENTO INFORMADO. DESCUMPRIMENTO DE NORMA ÉTICA.

<sup>190</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 8977866. 9ª Câmara Cível. Relator: Renato Braga Bettega. Julgado em 23 out. 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11334191/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-897786-6>>. Acesso em: 03 mai. 2016.

<sup>191</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0748909-6. 10ª Câmara Cível. Relator: Nilson Mizuta. Julgado em 16. Jun. 2011. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19971968/apelacao-civel-ac-7489096-pr-0748909-6>>. Acesso em: 03 mai. 2016.

DEVER DO MÉDICO DE INFORMAR O PACIENTE SOBRE O PROCEDIMENTO. PROCEDÊNCIA EM PARTE DO PEDIDO. 1. Indenização. **Erro médico e erro de diagnóstico. Não caracterização.** A perícia concluiu que o ovário e a trompa direitos da autora precisavam ser retirados pela existência de cisto. A existência de cisto no ovário esquerdo não se confirmou e o problema por ele apresentado foi corrigido na cirurgia. [...] 3. **Ausência de caracterização de erro de diagnóstico e de procedimento.** [...] **Dever de informação. Não observação. Os réus tinham o dever de bem informar a autora acerca das intercorrências da cirurgia. Consta nos autos que a autora somente teve conhecimento de que foram extraídos os órgãos direitos ao invés dos esquerdos nos exames pós-operatórios. 5. Os réus não informaram adequadamente a autora. Ofensa ao Código de Defesa do Consumidor. Indenização pelo dano moral. Abalo que é reconhecido in re ipsa. Responsabilidade civil subjetiva do corréu caracterizada pela negligência no dever de informar. 6. Consentimento informado. Descumprimento de norma ética. Dever do médico informar o paciente sobre o procedimento. Restou inequivocamente caracterizado o dano moral que, nesses casos, configura-se in re ipsa,** ou seja, decorre do fato em si. É intuitivo que a pessoa que é internada em hospital para cirurgia de extração de ovário esquerdo e descobre tempos depois que foi retirado seu ovário direito sem ter sido informada e sem ter sido orientada acerca dessa possibilidade antes do ato cirúrgico, sofre dano moral, porque a situação ultrapassa o infortúnio normal, agravado pelo fato de se tratar de mulher com intenção de engravidar. 7. Indenização. Valor que deve ser fixado com proporcionalidade/razoabilidade. Valor fixado em R\$ 10.000,00, atualizado desta decisão (Súmula nº 362 do STJ), acrescido de juros de mora da data do fato. Recurso parcialmente provido<sup>192</sup>. (*grifo nosso*)

Sobre o último, há a expressa menção da ausência de erro médico, ou ainda do erro de diagnóstico, restando claro que a indenização a título de danos morais foi fixada somente com base no desrespeito à informação, sendo considerado como dano *in re ipsa*.

Entretanto, em que pesem estes entendimentos, no sentido de ratificar a necessidade de reparação na esfera civil acerca dos danos provocados pela ausência do consentimento informado, ou pelo descumprimento, ainda que parcial, do dever de informar, existem posições contrárias que devem ser pontuadas.

Revedo as obrigações que merecem especial atenção dos profissionais, na relação médico-paciente, a doutrina estabeleceu questões essenciais, tais como o dever de aconselhamento; observância dos cuidados necessários para manter o sigilo; o dever de informação, acompanhado dos esclarecimentos acerca da doença, cuidados, prescrições, e todos os elementos intrínsecos ao caso concreto; exigir o consentimento do paciente, atendendo ao disposto no art. 22 do Código de Ética, salvo nas emergências; manter o paciente informado

<sup>192</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 06519968220008260100. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator: Carlos Alberto Garbi. Julgado em 10 set. 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7012125&cdForo=0&v1Captcha=nhpccr>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

sobre o seu estado e possíveis riscos e, por fim, não omitir socorro ou recusar o atendimento<sup>193</sup>.

Além disso, todos estes deveres devem ser interpretados conforme a boa-fé objetiva, observando as disposições do CDC<sup>194</sup>.

É a partir daí que a doutrina contrária à posição já apresentada se baseia. Acrescenta Rui Stoco que de logo é possível verificarmos causas que dão aso à indenização, na hipótese de descumprimento. São estas:

- I – a violação da lei ou do regulamento e abuso de poder;
- II – a prática de experiências médicas com técnicas não aceitas;
- III – deixar de informar e aconselhar adequadamente o paciente;
- IV – o erro grosseiro no diagnóstico, como causa do insucesso no procedimento médico;
- V – a quebra do sigilo médico;
- VI – exorbitar dos limites estabelecidos no contrato;
- VII – a violação do consentimento do paciente;
- VIII – omitir ou negar socorro em caso de iminente perigo de vida ou de urgência<sup>195</sup>.

A despeito do tema tratado neste trabalho, mais nos interessam os itens III e VII, expostos acima. A partir destes, o autor chega a algumas conclusões, em que se chama a atenção para a possibilidade de responsabilização diante da falta de informação, quando, a partir disso, houver dano efetivo ao enfermo.

Ocorre que, como bem assevera, e como acompanhado no presente trabalho, é possível que, ainda que não se verifique um efetivo prejuízo acerca da cirurgia, por exemplo, que outras consequências venham a ser acarretadas no pós-operatório, e que, caso fosse clara a informação a este respeito, poderia o paciente ter optado por outra alternativa disponível.

O autor, forte em ensinamentos de Ricardo Lorenzetti, mostra que este considera uma lesão autônoma o descumprimento do dever de informar, ou ainda a obtenção do consentimento informado, coadunando-se com diversos outros autores da doutrina brasileira.

Cita, por outro lado, o entendimento de Jean Penneau, doutrinador francês, para quem a falta de informação, e tão somente esta, não é apta a gerar qualquer dano.

---

<sup>193</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 625.

<sup>194</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 2, abr./jun. 2000, p. 51.

<sup>195</sup> STOCO, Rui. *Op. cit.*, 2011, p. 625.

É também a posição adotada por Márcia Weber, para quem a simples ausência do consentimento não configura uma lesão autônoma. Para a autora, “há de ser verificado o nexo causal entre a ausência de informação/obtenção do consentimento e o dano, a fim de se estabelecer o dever de indenizar. Em outras palavras: deve-se estabelecer uma relação entre a falta de informações e o prejuízo final. Deve ficar demonstrado que a pessoa comum teria recusado o tratamento, caso fosse convenientemente informada. O deficiente adimplemento da obrigação de se obter, junto ao paciente, o consentimento esclarecido, há de resultar provado”<sup>196</sup>.

Esta ideia, ou seja, a impossibilidade de indenização com fundamento somente no desrespeito à informação devida ao paciente, é compartilhada por parte da jurisprudência. Para tanto, e conforme será exemplificado, a indenização pela ausência do consentimento informado somente costuma ser admitida de forma conjunta ao erro médico ou outro prejuízo para o autor/paciente.

Veja-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. **ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA.** APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE MEIO. CORREÇÃO E ADEQUAÇÃO DAS TÉCNICAS MÉDICAS UTILIZADAS. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. AUSENTE FORMALIZAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO DO PACIENTE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MORAIS. Inexistência dos vícios previstos no art. 535 do CPC, não se prestando os embargos à rediscussão de matéria já apreciada. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS<sup>197</sup>. (*grifo nosso*)

No caso acima, por exemplo, foi verificado o erro médico e, concomitantemente, a ausência do integral cumprimento do dever de informação.

Anota-se, neste sentido, que por não haver uma unanimidade jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro bem como, conforme apontado, a ausência de critérios a serem seguidos, a possibilidade ou não de reparação tão somente diante do desrespeito à informação é variável, pautando-se nos entendimentos de autores e julgadores.

<sup>196</sup> WEBER, Márcia Regina Lusa Cardore. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 18, abr./jun. 2004, p. 155.

<sup>197</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração nº 70050806553. 9ª Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgado em 24 out. 2012. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70050806553&num\\_processo=70050806553&codEmenta=4965084&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70050806553&num_processo=70050806553&codEmenta=4965084&temIntTeor=true)>. Acesso em: 04 mai. 2016.

No presente trabalho, diante de todas as análises feitas, a partir de jurisprudências e conceitos essenciais para a melhor compreensão, acolhe-se o posicionamento no sentido de ser possível a reparação do dano, na esfera civil, ante o desrespeito a este dever.

É que, como visto, há grande relevância no papel destes institutos na relação médico-paciente. Deste modo, não seria plausível e razoável, no nosso entendimento, afastar-se de deveres resguardados constitucionalmente, não perdendo de vista que há a relação direta com a vida do enfermo.

Conclui-se, pelo exposto, que o profissional, de acordo com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, bem como da Lei Civil, deverá arcar com as consequências ante a inobservância dos seus deveres. Ademais, não se considera como essencial a presença do erro médico, sendo necessário tão somente que o desrespeito ao dever de informar tenha reflexos diretos na esfera jurídica do paciente.

Porém, por fim, destaca-se que mesmos nestes casos há a incidência das excludentes de responsabilidade, que afastariam o dever do profissional de reparar os danos, como se verá a seguir.

#### 4.3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE E PERDA DE UMA CHANCE TERAPÊUTICA

Adotando-se um ou outro posicionamento acerca da responsabilidade do médico, na sua relação com o paciente, quanto ao dever de informar e obtenção do consentimento informado, há que se ressaltar os casos de excludentes de ilicitude.

Salienta-se, como bem abordado por Leonardo Vieira, que as especificidades da medicina não permitem a ocorrência de um “radicalismo punitivo”, mesmo porque geraria prejuízos para médicos, paciente e a sociedade em geral<sup>198</sup>.

Para Rui Stoco, as hipóteses de exclusão da responsabilidade nestes casos relacionam-se diretamente àquelas que afastam o dever de informar. Exemplifica, para tanto, situações de interesse público, de urgência ou emergência – que envolvem a responsabilidade extracontratual –, bem como o privilégio terapêutico. Menciona, ainda, os “casos clássicos”

---

<sup>198</sup> SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 139.

expostos pela Lei Civil, no que tange à culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior e o fato de terceiro, que geram o rompimento do nexo causal<sup>199</sup>.

Tratando-se de conceitos gerais do direito civil, em breves linhas, a culpa exclusiva da vítima apresenta situações em que, sem a sua atuação, não seria possível alcançar o resultado ocorrido. É o caso, por exemplo, de situações em que o paciente opta por não seguir as prescrições médicas. De outro lado, destaca-se o caso fortuito ou força maior que, citando Giostri, considera como as “ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico, guardando as características da imprevisibilidade e da inevitabilidade”. Neste caso, embora o CDC não traga a previsão expressa, não pode ser afastada<sup>200</sup>.

A terceira e última hipótese diz respeito ao fato de terceiro que, como o próprio nome é capaz de concluir, é evento alheio aos atos do médico e do paciente, havendo a imprevisibilidade e inevitabilidade, razão pela qual há o desfazimento do nexo de causalidade.

Como dito, vislumbra-se também como excludente aqueles casos em que há a urgência ou emergência. Neste sentido, expõe Tepedino que o enfermo não possui condições de discernimento quanto ao tratamento que deve ser feito, razão pela qual a atuação do médico é feita a partir de uma presunção da vontade do paciente<sup>201</sup>. É o caso daqueles que optam por não aceitar a transfusão de sangue diante de convicção religiosa.

De outro lado, além destas possibilidades de afastar a necessidade de reparação do profissional, diante do não atendimento ao dever de informação, o autor, com base nas normas consumeristas, considera situações que sejam capazes de romper o nexo de causalidade entre o serviço ou produto defeituoso e o dano. Assevera, pois, que não há que se considerar a responsabilidade do médico nas hipóteses em que não seja vislumbrado o defeito na prestação dos serviços.

Salienta, desta forma, que todas as causas excludentes aplicáveis ao caso agem diretamente no nexo de causalidade. Havendo a concorrência entre o profissional e o enfermo, ou ainda de terceiro, há, em verdade, a mitigação da responsabilidade. Assim, a indenização deverá ser fixada levando em conta a gravidade da culpa de ambas as partes<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 85-86.

<sup>200</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 2, abr./jun. 2000, p. 65.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>202</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil médica no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 19, jul./set. 2004, p. 53.

Sobre o tema, não se encontram maiores divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo em vista que, em suma, são eventos e conceitos previstos no Código Civil Brasileiro e que acabam tendo aplicação em diversos outros casos, que não somente ante o descumprimento do dever de informar e inobservância do consentimento informado.

Oportunamente, ultrapassada a matéria, a título informativo, cabe a atenção a posicionamento doutrinário e jurisprudencial que vem se adaptando ao ordenamento jurídico brasileiro: a perda de uma chance terapêutica.

De acordo com Eduardo Dantas, a ausência de todos os requisitos necessários para o devido cumprimento ao dever de informar pode levar a uma situação peculiar, presente no entendimento da França e Itália, com tímidas repercussões no direito brasileiro. Trata-se, pois, do dever de indenizar do médico diante de uma perda de uma chance de cura.

Explica o autor que, neste caso, o cenário é o de que o paciente não foi bem informado acerca das possibilidades de tratamento para o seu quadro clínico, razão pela qual tem suprimida uma ou algumas alternativas possíveis e, talvez, mais benéficas. Salienta, entretanto, que esta doutrina não busca a “certeza de um resultado favorável, mas sim o fato de que a vítima experimenta a perda de uma probabilidade de um evento favorável”<sup>203</sup>.

A perda de uma chance terapêutica na doutrina francesa, portanto, admite o direito à indenização por conta da perda da possibilidade de se auferir uma própria vantagem, e não pela perda da vantagem em si.

A aplicação desta teoria à seara clínica se dá diante da individualidade de cada organismo, razão pela qual não é possível a existência de uma exatidão acerca dos resultados. Desta forma, o vínculo entre a causalidade e o dano suportado pelo cliente nem sempre apresenta provas claras acerca do que efetivamente ocorreu. Conforme pontuam os autores, os tribunais brasileiros já aplicam de forma tímida esta teoria, adaptando aos casos concretos, caminhando em consonância com o nosso ordenamento jurídico<sup>204</sup>.

No Brasil, a aplicação desta teoria utiliza duas teses centrais acerca da indenização quanto ao dano: “(a) o dano ressarcido é aquele correspondente ao valor da chance, razão pela qual não

---

<sup>203</sup> DANTAS, Eduardo. Diferenças Entre o Consentimento Informado e a Escolha Esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 605-608.

<sup>204</sup> CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: Entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 23, n. 95, set./out. 2014, p. 295.

se indeniza o bem ao qual não se teve acesso possivelmente em decorrência da perda de oportunidade; (b) o bem da vida deve ser indenizado de modo parcial, socorrendo-se da doutrina da *causalidade mitigada ou parcial*".

Transpondo-se os conceitos do direito civil no que tange à perda de uma chance, há que se considerar a perda de uma oportunidade de cura, sobrevivência ou melhora no estado de saúde. Há, em verdade, um enfraquecimento da certeza na análise do nexo de causalidade, com relação ao ato médico e o dano sofrido pelo enfermo – entretanto, não é possível a desvinculação deste nexo quanto ao dano à chance violada<sup>205</sup>.

Ressaltam Alexandre Castro e Maurílio Maia ainda que o Superior Tribunal de Justiça interpreta esta teoria a partir da atualidade e da certeza do dano em juízo de probabilidade.

Daniel Carnaúba, ao discorrer sobre o tema, exemplifica a reparação de chances através de um erro de diagnóstico que, conseqüentemente, levou à privação do enfermo a determinado tratamento que, em tese, seria a melhor opção para este. Neste sentido, afirma que não é possível determinar a situação na qual a vítima se encontraria, de forma exata, tendo em vista que o litígio baseia-se em um caso aleatório, envolvendo, inclusive, a sorte do paciente<sup>206</sup>.

Desta forma, considera o autor que nos processos em que se discutem essas questões, há uma incompatibilidade entre o direito e a incerteza. É por este motivo que a doutrina francesa busca reparar a chance de obter o resultado, e não o resultado em si. Isto porque é possível verificar a certeza do conflito, e de que a vítima efetivamente tinha uma chance, independente do qual, de fato, fosse o resultado final. Por decorrência lógica, sustenta que o montante da reparação corresponderá a uma porcentagem da vantagem desejada, já que não é possível se garantir que esta seria plenamente alcançada. Complementa ainda para dizer que:

“Nota-se que o método em questão passa necessariamente por duas etapas: em um primeiro momento, há a renúncia à reparação de um interesse outrora considerado (a perda do resultado esperado) para que, ato contínuo, a vítima receba a indenização em razão de outro interesse (a perda da chance de obter este resultado). Trata-se, portanto, de um método que implica o descolamento do objeto da reparação”.

Desta forma, no âmbito da jurisprudência brasileira, o mais correto seria considerar a perda de uma oportunidade, e não a perda de uma chance no seu sentido literal. Na seara da medicina, significa dizer a perda da oportunidade de cura ou de melhora do paciente, ou opção por um

---

<sup>205</sup> CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: Entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 23, n. 95, set./out. 2014, p. 296-299.

<sup>206</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: A técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 101, v. 922, ago./2012, p. 144.

melhor tratamento. Por tal razão, mesmo que se considere um procedimento realizado de forma exitosa, se comprovado que não houve o correto esclarecimento acerca das opções que teria o enfermo, no que tange aos tratamentos, trata-se de violação à autonomia privada do paciente, privando-o desta oportunidade<sup>207</sup>.

Salienta-se a necessidade de imposição dos limites para a correta utilização desta teoria, tendo em vista, especialmente, que este instituto não deve ser desvirtuado à banalização, para que qualquer situação tenha aptidão a que seja verificada a perda de uma chance. Como primeira forma de solução, sugere o uso das estatísticas, ou seja, um percentual mínimo capaz de considerar a chance como um interesse legítimo ou não.

Ocorre que acaba por ser uma solução “simplista e inadequada”, já que não há como se garantir o exato percentual de probabilidade em todas as situações – e principalmente naquelas que possuem estreita relação com a saúde e a vida<sup>208</sup>.

Portanto, expõe Daniel Carnaúba que há que se considerar a chance real e séria, ou seja, é necessária a prova concreta de que o paciente poderia obter resultados mais vantajosos com a opção por outra escolha, que não lhe fora ofertada, e que há, efetivamente, um dano diante desta situação<sup>209</sup>.

Em estudo acerca do tema, Rui Stolco afirma que esta teoria somente tem utilidade plena quando a obrigação tratar-se de resultado, tendo em vista que não seria possível se falar na perda de uma chance de “ver o paciente curado de qualquer mal, sabido de todos que o contrato firmado não poderia ter este objetivo”. Prossegue o autor, no entanto, afirmando a possibilidade de aplicação às obrigações de meio, no que se refere à sobrevida ou melhora da saúde do paciente<sup>210</sup>.

Por fim, a título exemplificativo, Heloisa Barbosa expõe caso julgado pelo Tribunal de Alçada do Paraná: “Um associado incluiu em seu plano de saúde transporte por UTI aérea, por ser pecuarista e ir com frequência para a sua fazenda situada no interior. Ao sofrer um derrame cerebral grave não conseguiu acionar o transporte aéreo contratado. Alegou-se defeito do sistema de telefonia do aeroporto. O doente foi transportado por via terrestre e assistido, mas

---

<sup>207</sup> DANTAS, Eduardo. Diferenças Entre o Consentimento Informado e a Escolha Esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2009, p 606.

<sup>208</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: A técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 101, v. 922, ago./2012, p. 163-165.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>210</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 667.

veio a falecer. Não se poderia afirmar, em face da gravidade do caso, que a falta de transporte aéreo teria causado a morte. Mas não há dúvida quanto ao fato da ausência do serviço contratado ter subtraído ao paciente uma oportunidade de sobreviver”<sup>211</sup>.

Sobre o instituto, portanto, considera-se plenamente possível a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista, principalmente, a consonância com as normas presentes na Lei Civil, e que regulam as hipóteses de responsabilidade civil.

---

<sup>211</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil médica no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 19, jul./set. 2004, p. 62-63.

## 5 CONCLUSÃO

A relação médico-paciente foi regulamentada de diferentes maneiras ao longo do tempo, surgindo, com o seu desenvolvimento, o destaque para a autonomia privada do paciente, que passou a ser visto efetivamente como um ser humano com o direito de auto regulamentar-se.

Diante disso, como visto, diversos julgados e diplomas legislativos serviram para amparar este instituto, no sentido de reafirmá-lo e conceitua-lo, razão pela qual, por lógica, foram adaptados ao vínculo jurídico entre o profissional e o enfermo.

Ressaltou-se também a liberdade de informação, resguardada pela Constituição Federal, possuindo relação intrínseca com o instituto supramencionado, bem como aos direitos da personalidade, tais como a intimidade e vida privada.

Ademais, ultrapassados os conceitos iniciais, concluiu-se que o dever de informação, figurando como dever anexo vinculado ao princípio da boa-fé, que busca auxiliar a efetiva finalidade do contrato, deve ser inafastavelmente respeitado pelo médico. Mesmo porque, como demonstrado diversas vezes, é aquele que detém o conhecimento técnico acerca do procedimento capaz de melhorar o quadro clínico do paciente, buscando a cura ou a sobrevivência do mesmo. Ainda, ressaltou-se a sua vinculação a outros direitos fundamentais, os quais são rigidamente protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O dever de informação, em seu momento de adimplemento, deve obedecer aos elementos essenciais que, em que pese não haver uma efetiva lista em que estejam elencados, segue a jurisprudência e doutrina brasileira no sentido de assegurar, da melhor forma possível, o real esclarecimento ao enfermo. Significa dizer, portanto, que o médico, ao fornecer as informações ao paciente deverá atentar-se às especificidades do seu caso, e não só isso, mas também às suas condições físicas e mentais, no intuito de possibilitar a melhor alternativa.

Discutiu-se também acerca das divergências doutrinárias quanto à natureza jurídica da relação estudada. Apresentadas as ideias dos autores, optou-se por considerar como uma relação de natureza consumerista, razão pela qual há a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – além de todos os outros diplomas mencionados, em especial o Código Civil. Tal opção se deu, especialmente, pela necessidade da defesa do hipossuficiente na relação travada entre estas partes.

Neste sentido, entendeu-se o médico como aquele profissional liberal, nos termos do CDC, prestador do serviço médico e, por outro lado, o paciente como consumidor final, na maioria

dos casos – e principalmente aqueles analisados neste trabalho, uma vez que não foi estudada a posição dos estabelecimentos hospitalares.

Por sua vez, o consentimento informado foi conceituado, tratando-se de elemento essencial, bem como a sua obtenção. É, como dito, o meio pelo qual o paciente concorda com os termos expostos pelo médico, acerca do procedimento a ser realizado, consagrado no ordenamento jurídico mediante direitos fundamentais, bem como em esparsos diplomas legislativos que buscam, brevemente, regular o tema. Há, pois, relação intrínseca com o exercício da autonomia privada, uma vez que poderá tanto dissentir como revogar o consentimento já oferecido.

Porém, em que pese a possibilidade de dissentir, alguns aspectos devem ser verificados no caso concreto, tendo em vista as peculiaridades dos quadros clínicos.

Ainda sobre o tema, tratou-se do Termo de Consentimento Informado, que não costuma ser aceito pela doutrina e jurisprudência, já que costuma tratar de informações genéricas, e, além disso, a assinatura do paciente nem sempre é capaz de comprovar o seu verdadeiro consentimento e compreensão acerca do procedimento a ser realizado.

Entendeu-se, além disso, com base na análise da jurisprudência de Tribunais brasileiros, que, ainda que exista a possibilidade de servir como um meio probatório, para o médico – no sentido de indicar que todas as informações necessárias efetivamente foram expostas –, ou para o paciente – realizando a prova em sentido contrário, normalmente diante de documentos genéricos –, deverá ser avaliado caso a caso.

Posteriormente, passando para a responsabilidade civil e buscando a aplicabilidade de todos os conceitos expostos, a princípio se enquadrou como uma responsabilidade contratual, estendida desde o diagnóstico até mesmo após a realização do procedimento, configurado normalmente como um contrato *intuitu personae*, bilateral, sucessivo e oneroso. Por outro lado, verificou-se também a possibilidade da responsabilidade extracontratual, diante de casos específicos, mencionados a título exemplificativo.

Deste modo, dando prevalência à responsabilidade contratual, considerando o verdadeiro vínculo jurídico entre as partes, optou-se pela doutrina que entende pela possibilidade de obrigação à reparação no caso de descumprimento do dever de informar e desrespeito à obtenção do consentimento informado.

Isto porque, como exposto, trata-se de um direito com verdadeiro caráter fundamental, que não deve ser desvirtuado à banalização. Significa dizer, portanto, que não pode o profissional

valer-se da “sorte”, tendo em vista que, diante de um procedimento perfeitamente realizado, no seu quesito técnico, haveria ainda o descumprimento de um dever intrínseco do seu contrato.

No entanto, demonstrou-se que não se trata de entendimento pacífico, presente a divergência doutrinária e jurisprudencial. Ressaltou-se, inclusive, que a responsabilização do médico poderá decorrer de modo cumulado a erro no procedimento, gerando efetivamente danos físicos e à saúde do enfermo, ou tão somente pelo descumprimento do seu dever de informar e consequente obtenção do consentimento informado, em todas as fases do contrato pactuado entre as partes.

Por fim, devem ser consideradas as excludentes de responsabilidade – ou seja, mesmo no caso de descumprimento do dever de informar, existe algo maior, capaz de afastar a possibilidade de responsabilização do médico na esfera civil. É o caso, como dito, das situações de urgência e emergência, em que não há a capacidade de consentir do paciente naquele momento. Neste sentido, tendo em vista que o direito à vida deve prevalecer, o procedimento deveria ser feito – mesmo porque, caso contrário, tratar-se-ia de um ato omissivo, que poderia ser responsabilizado em outras esferas do direito.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan./mar. 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil médica no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, v. 19, jul./set. 2004.

BORGES, Gustavo. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: Panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, v. 64, out./dez. 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do Devido Processo Legal (Formal e Material) ao processo de formação dos contratos de serviços médicos – Com enfoque no consentimento informado. *In*: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Processo e Direito material**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM 1.805/2006** (DOU, 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169). Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)> Acesso em 22 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM 1081/82 (DOU, 23/03/1982:4.966)**. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/cfm1081.htm>>

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.241**, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Brasília, DF, 17 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>>.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Planejamento Familiar. Brasília, DF, 12 jan. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 1931**. Código de Ética Médica. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2009.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 196**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 1996.

CARDOZO, Benjamin. **Dissenting opinion in Schloendorff v. Society of New York Hospital**. 1914. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/schloend.htm>> Acesso em 14 set. 2015.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: A técnica na jurisprudência francesa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 101, v. 922, ago., 2012.

CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: Entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 23, n. 95, set./out. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CIÊNCIA. In: Dicionário Michaelis. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1998. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito Civil Português**. Parte geral, Tomo III: Pessoas. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DANTAS, Eduardo. Diferenças Entre o Consentimento Informado e a Escolha Esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. In: EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde (Coord.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Bioética e Direito Médico: O princípio da beneficiência na responsabilidade civil do médico. **Revista de Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, 2º semestre de 2002.

EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: Responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Nova Fase, n. 65, jul./dez. 2014.

FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e Dissentimento informado – Limites e questões polêmicas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 24, n. 102, nov./dez. 2015.

\_\_\_\_\_. O maior consenso possível – O consentimento informado sob o prisma do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 2, v. 4, jul./set. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Editorial Comares, S.L. 2001.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: Direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá Editora, vol. único, 2014.

GOGLIANO, Daisy *apud* ARAMINI, Michele. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro: Teoria dos Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, 2012.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

ITAJAÍ. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 2008.072334-6. Relator: Jaime Luiz Vicari. Julgado em 07 jul. 2011. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>>.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 93, v. 827, set. 2004.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.29, jan./mar. 2007.

NUREMBERG. **Código de Nuremberg**. Tribunal Internacional de Nuremberg. 1947. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 8977866. 9ª Câmara Cível. Relator: Renato Braga Bettega. Julgado em 23 out. 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11334191/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-897786-6>>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0748909-6. 10ª Câmara Cível. Relator: Nilson Mizuta. Julgado em 16. Jun. 2011. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19971968/apelacao-civel-ac-7489096-pr-0748909-6>>.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

REQUIÃO, Maurício. **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014.

\_\_\_\_\_. **Normas de Textura Aberta e Interpretação: Uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração nº 70050806553. 9ª Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgado em 24 out. 2012. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas\\_k=70050806553&num\\_processo=70050806553&codEmenta=4965084&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70050806553&num_processo=70050806553&codEmenta=4965084&temIntTeor=true)>.

ROCHA, Rafael da Silva. **Autonomia privada e direitos da personalidade**. Justiça Federal – RJ. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/258/232](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/258/232)>.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 2011.014027-4, de Blumenau. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 19 set. 2013. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2011.014027-4>>.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade Civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 06519968220008260100. 10ª Câmara de Direito Privado. Relator: Carlos Alberto Garbi. Julgado em 10 set. 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7012125&cdForo=0&v1Captcha=nhp cr>>.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: O direito do paciente à informação, o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**. Recife: Esmape, v. 13, n. 27, jan./jun. 2008.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. Vol. único. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade Médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 2, abr./jun. 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WEBER, Márcia Regina Lusa Cardore. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 18, abr./jun. 2004.