

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Maíra Virgínia Mascarenhas Lima

**A responsabilidade civil do médico em face do termo de
consentimento informado**

Brasília

2013

Maíra Virgínia Mascarenhas Lima

**A responsabilidade civil do médico em face do termo de
consentimento informado**

Monografia apresentada para a obtenção do
título de bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília

Orientador: Prof. Hércules Alexandre da
Costa Benício

Brasília

2013

RESUMO

LIMA, Máira Virgínia Mascarenhas. *A responsabilidade civil do médico em face do termo de consentimento informado*. 2013. 72 f. Monografia - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

A responsabilidade civil é a formalização do sentimento primitivo do ser humano de realização de justiça. Ela revela a pretensão de proteger os direitos dos atores sociais e garantir que quem der causa a algum dano o repare de forma a contribuir para manutenção da ordem pública. A mesma regra aplica-se no exercício profissional, logo, também na medicina. O médico, como qualquer outro cidadão, responde pelos danos decorrentes de uma eventual conduta culposa. Estudando a responsabilidade civil do médico e a sua caracterização, chamam atenção as repercussões do termo de consentimento informado neste processo. Trata-se de um tema que traz questões relacionadas ao poder de decisão do indivíduo sobre o próprio corpo, ao poder de decisão do médico sobre o corpo de terceiros em face de uma situação emergencial, ao conflito que se instala entre direitos fundamentais nesse mesmo tipo de situação, ao direito de reparação e à extensão desta quando verificado um dano ligado a algum desses pontos, além de outras temáticas de valor não menos importante. Este trabalho, entretanto, concentra-se na relação do termo de consentimento informado com a responsabilidade civil do médico, portanto, os esforços se direcionaram para os efeitos que este documento produz e as discussões que ele suscita no âmbito legal. O desenvolvimento do texto se deu a partir de pesquisas bibliográficas e teve como elemento disparador o interesse em aprofundar os estudos relativos aos questionamentos já mencionados a fim de entender melhor o tratamento dessa temática e que tipo de demanda ela desperta na esfera do Direito Civil.

Palavras chave: Responsabilidade civil. Termo de Consentimento Informado.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1. Aspectos gerais da responsabilidade civil | 9 |
| 1.1. Responsabilidade contratual e extracontratual | 11 |
| 1.2. Responsabilidade objetiva e subjetiva | 13 |
| 1.3. Obrigações de meio e de resultado | 15 |
| 1.4. A responsabilidade civil nas relações de consumo..... | 15 |
| 1.4.1. A inversão do ônus da prova..... | 18 |
| 1.4.2. A responsabilidade pelo fato do serviço..... | 20 |
| 1.4.3. Excludentes da responsabilidade do fornecedor..... | 22 |
| 1.4.4. A responsabilidade dos profissionais liberais | 23 |
| 2. A responsabilidade civil do médico | 24 |
| 2.1. Aspectos gerais | 24 |
| 2.2. Evolução histórica | 25 |
| 2.3. A natureza da responsabilidade civil do médico | 29 |
| 2.3.1. A relação médico-paciente | 32 |
| 2.4. A responsabilização do médico | 34 |
| 2.5. A conduta médica precavida no contexto da responsabilidade civil | 48 |
| 3. O termo de consentimento informado | 40 |
| 3.1. Conceito | 30 |
| 3.2. Evolução histórica..... | 42 |
| 3.3. Fundamentos..... | 44 |
| 3.3.1. Princípios da autonomia e da beneficência..... | 45 |
| 3.3.2. O dever de informar..... | 46 |
| 3.4. Aspectos relevantes acerca do termo de consentimento informado | 48 |
| 3.4.1. Forma | 48 |

| | |
|---|----|
| 3.4.2. Conteúdo----- | 49 |
| 3.4.3. Voluntariedade----- | 51 |
| 3.4.4. Capacidade----- | 51 |
| 3.5. Efeitos jurídicos do termo de consentimento informado ----- | 52 |
| 3.5.1. Danos morais ----- | 52 |
| 3.5.2. Violação do dever de informar ----- | 55 |
| 3.5.3. Situações em que a ausência do termo de consentimento informado não enseja a responsabilidade civil do médico ----- | 58 |
| 3.5.3.1. O caso das testemunhas de Jeová ----- | 61 |
| 3.5.4. Situações em que o termo de consentimento informado não exclui a responsabilidade civil do médico ----- | 62 |
| CONCLUSÃO ----- | 65 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ----- | 69 |

INTRODUÇÃO

O direito tem como função principal promover a harmonia e o equilíbrio social a fim de que cada um e todos juntos possamos ter uma vida digna e nos empenharmos em nossos projetos de realização pessoal. No intuito de cumprir esse propósito, cada ramo do direito cuida de um tema que, em última instância, compõe os interesses de ordem pública.

Em um sistema calcado em direitos e deveres empenhados na manutenção de uma convivência justa entre todos os cidadãos é fundamental zelar pela harmonia social, ou seja, pelo funcionamento adequado desse sistema. Nesse sentido, a responsabilidade civil é uma forma de proteger quem sofre com o prejuízo decorrente da violação do seu direito e garantir que o ofensor, por muitas vezes infrator de um dever legal, repare o dano a que deu causa.

Não poderia ser de maneira diversa no âmbito do exercício profissional e, por conseguinte, da prática da medicina. O médico lida diretamente com a vida humana, exerce ofício em que uma falha pode ter repercussões irreparáveis. É lógico pensar que quanto mais precioso o que está em risco mais necessário se faz o amparo legal. Não que a lei deva ser mais rigorosa para os médicos, mas em face do objeto de trabalho destes profissionais o direito exerce função importantíssima e não pode deixar de atuar. Pois bem, presentes todos os requisitos formadores da responsabilidade civil do médico, ele deve reparar o dano a que deu causa.

Não se trata de obstar a prática ou a evolução da ciência, a medicina de excelência é quista por todos e configura relevante interesse social. A responsabilidade civil, na verdade, oferece uma proteção bilateral, delimita as situações em que o médico está sujeito ao dever de indenizar impedindo que ele responda por dano a que não deu causa e, ao mesmo tempo, atua evitando que o paciente suporte dano injusto decorrente da má prática médica. Sua finalidade principal não é outra, senão colaborar para a construção de uma sociedade fundada na justiça e na dignidade de cada indivíduo.

Se feita uma observação cuidadosa, pode-se concluir que há uma identificação de propósitos entre a medicina e o direito. A medicina se dedica a oferecer uma melhor qualidade de vida aos seres humanos e a salvar as suas vidas quando elas se encontram em risco, ou seja, junta esforços ao direito para a realização do bem comum e a valorização do indivíduo, fornece meios fundamentais para o desfrute de uma vida digna.

É justamente para preservar a dignidade dos seus cidadãos que a legislação nacional, também por meio da responsabilidade civil, regula a atividade médica construindo um aparato protetor contra a má prática dessa ciência. Trata-se de uma evolução em favor do cidadão. Se antes, numa situação de doença o paciente ficava a mercê das decisões do médico, hoje isso não prospera. Exceto em situações de urgência, em que o médico contrai o dever de decidir sobre a vida e o corpo de terceiros, o profissional que age apesar da objeção do paciente viola os direitos constitucionais do indivíduo e, então, se sujeita a responder civilmente pelo dano que causou.

De forma geral, somente a própria pessoa tem poderes de decidir sobre si e seu bem estar, apenas ela pode definir que riscos está disposta a assumir. O fato de prestar assistência médica não permite ao facultativo, salvo exceções, proceder da maneira como julgar melhor sobre o corpo do paciente. Cabe ao médico fornecer elementos para que o indivíduo exerça plenamente a sua autonomia, informando-o de forma honesta, clara e completa.

Quanto mais profunda é a reflexão sobre a prática médica, percebe-se que maior é a lista dos “bens” inestimáveis que o ser humano entrega nas mãos do facultativo, além da vida, de valor incontestável, fica exposta ao profissional da medicina, a dignidade do indivíduo que aparece sob as formas de recato, direito sobre o próprio corpo, honra e, em certas situações, como veremos adiante, até mesmo profissão de fé. A relação médico-paciente deve ser baseada, antes de tudo, no respeito recíproco, entretanto, é desejável uma atenção redobrada do profissional, pois trabalha com pessoas que o procuram em situação de vulnerabilidade, em busca de ajuda para aliviar as suas dores.

No *Capítulo 1*, será traçado um panorama da responsabilidade civil que afunilar-se-á para a sua configuração em face do Código de Defesa do Consumidor. Os aspectos atinentes a esse campo da responsabilidade civil são fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho, pois interferem consideravelmente na responsabilidade médica e apresentam conceitos elementares para trabalhar o consentimento informado sob o prisma aqui pretendido.

No *Capítulo 2*, o intuito é aprofundar a responsabilidade civil do médico perpassando pelas suas origens e seus pressupostos a fim de compreender como ela se configura e quais as suas repercussões na prática da medicina. Dessa forma, pretende-se fornecer ao leitor subsídios para o melhor entendimento acerca das possibilidades de reclamação do paciente e das possíveis consequências para o médico frente a uma intervenção sem o devido consentimento informado.

No *Capítulo 3*, derradeiro deste trabalho, o foco encontra-se no termo de consentimento informado. Empregam-se esforços para conceituá-lo, expor os seus fundamentos e discutir os seus efeitos jurídicos. São suscitadas questões importantes sobre o dever de informar e o direito à informação, a legitimidade do dano moral decorrente da restrição ao exercício pleno da liberdade além do inconciliável conflito entre direitos fundamentais do indivíduo frente à intervenção médica expressamente desautorizada.

1. Aspectos gerais da responsabilidade civil

O que hoje chamamos de responsabilidade civil advém, em princípio, da natureza humana de reagir a todo mal que injustamente recai sobre o indivíduo, sua família ou grupo social. O dano gera a reação, por muitas vezes, violenta do ofendido. O intuito não é outro, senão, de algum modo, obrigar o ofensor a reparar o prejuízo causado. Trata-se do mais elementar sentimento de justiça (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 24; GONÇALVES, 2010, p. 24; VENOSA, 2004, p. 22).

A responsabilidade configura um mecanismo a partir da qual se procura restaurar o equilíbrio e a harmonia violados pelo dano, assim, o responsável pelo prejuízo causado fica sujeito às consequências decorrentes da sua conduta, devendo restabelecer o *statu quo ante* (GONÇALVES, 2010, p. 19-20).

A responsabilidade pode ser decorrente tanto da violação de normas morais, quanto da violação de normas jurídicas. O campo moral é mais amplo repercutindo preponderantemente na consciência individual, enquanto o campo jurídico relaciona-se com a infração do direito estabelecido resultando em dano ao indivíduo ou à coletividade, gerando assim a responsabilidade civil, ou seja, o dever de reparar o direito atingido (GONÇALVES, 2010, p. 20).

Cavaliere Filho (2012, p.2, grifos do autor) diz que a violação de um dever jurídico, acima referido como direito estabelecido, configura o ilícito. Este geralmente impõe um dano a outrem fazendo surgir, assim, um novo dever jurídico, o de reparar o dano. A partir dessa explicação conceitua a responsabilidade civil como “[...] um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”¹ Neste contexto, distingue obrigação de responsabilidade dizendo que “*Obrigação* é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é sempre um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”.

[...] a partir do momento em que alguém, mediante *conduta culposa*, viola *direito de outrem e causa-lhe dano*, está-se diante de um ato ilícito, e

¹CAVALIERI FILHO (2012, p.2) precede esse conceito dizendo que existe um dever jurídico originário, também chamado por alguns autores de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também conhecido como secundário, que é o de indenizar o prejuízo.

deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por *violação de direito* deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e pessoalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 19).

A fim de complementar a explicação dada por Cavalieri Filho, é importante observar que a responsabilidade civil nem sempre decorre do descumprimento de um dever legal. Existem situações em que ela pode ser configurada, inclusive, em face de um fato lícito² (GONÇALVES, 2010, p. 52).

Para o estabelecimento de um conceito geral de responsabilidade civil é importante lembrar que as teorias subjetiva e objetiva exigem requisitos diferentes para a responsabilização. Atento ao fato de que a maioria dos autores traz um conceito de responsabilidade civil restrito à corrente subjetiva, Pereira (2001, p. 10) enfatiza:

Em termos assim genéricos, o conceito não assume nenhum compromisso com as duas correntes que disputam as preferências: a teoria subjetiva da culpa e a teoria objetiva da responsabilidade sem culpa. Uma noção abrangente não deve permanecer limitada. No desenvolvimento da matéria atinente à responsabilidade civil, não há motivo para que um conceito exclua qualquer delas. A rigor elas se completam e terão (ao menos durante algum tempo) de conviver uma ao lado da outra, visando ao mesmo objetivo que é a reparação do dano.

Assim, a base da responsabilidade civil seria “[...] a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento.” (PEREIRA, 2001, p. 11).

De acordo com Cavalieri Filho (2012, p. 14), a finalidade principal da responsabilidade civil é a reparatória, ensina o referido autor que:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se

² “[...] O dono de máquina que, em atividade, tenha causado dano a alguém (acidentes de trabalho, p. ex.) responde pela indenização não porque tenha cometido propriamente um ato ilícito ao utilizá-la, mas sim, por ser quem, utilizando-a em seu proveito, suporta o risco [...]”

“[...] atos praticados em estado de necessidade, considerados lícitos pelo art. 188, II, do Código Civil, mas que, mesmo assim, obrigam o seu autor a indenizar o dono da coisa, como prevê o art. 929 do mesmo diploma; o dono do prédio encravado que exige passagem pelo prédio vizinho, mediante o pagamento de indenização cabal (art. 1285 do CC); [...]” (GONÇALVES, 2010, p. 52).

a vítima à situação anterior à lesão. [...]. Limitar a reparação é impor a vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.

É um entendimento que demonstra a tendência de posicionar o fundamento da responsabilidade civil no dano e não na culpa.

Além da função reparatória retro mencionada, é possível identificar ainda, pelo menos, duas outras funções para a responsabilidade civil: a função punitiva e a função preventiva.

Apesar de atualmente haver uma separação bem nítida entre responsabilidade civil e penal e suas respectivas funções, a pena pecuniária, típica da responsabilidade civil, representa, socialmente, sim, uma forma de punição dada ao ofensor, principalmente nos casos em que o dano causado foi moral, imaterial. A faceta preventiva atribuída à responsabilização civil aparece, por sua vez, à medida que a imposição de que o agente da conduta ofensiva repare o dano a que deu causa age desestimulando a ocorrência de novas condutas lesantes.

A responsabilidade advém de uma conduta violadora de um dever jurídico podendo ser ela de várias naturezas a depender de onde nasce o dever e de qual é o elemento subjetivo da conduta em questão (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 15; VENOSA, 2004, p.23).

Para os fins deste trabalho é relevante uma explicação um pouco mais detalhada sobre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual. Afinal, estes são conceitos importantes para o melhor entendimento da responsabilidade civil do médico.

1.1. Responsabilidade contratual e extracontratual

A distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual se dá de acordo com fonte do dever infringido. Quando há a transgressão de um dever oriundo de um negócio jurídico, ou seja, decorrente de um vínculo obrigacional, de uma convenção prévia, a responsabilidade é contratual; quando, no entanto, o dever transgredido advém de uma lei, ou seja, independe de qualquer relação

jurídica entre o ofensor e a vítima que gere o dever em questão, a responsabilidade é extracontratual, também chamada *aquiliana*³ (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 16).

A maior parte da doutrina, entretanto, critica esse entendimento dualista, defendendo que os requisitos fundamentais para a configuração das responsabilidades aqui tratadas são os mesmos, quais sejam, o dano, a atividade ilícita e o nexo causal entre eles. Embora seja essa a corrente predominante, o Brasil adota a tese dualista (GONÇALVES, 2010, p. 45).

Apesar da compreensão dual vigente na legislação brasileira, verifica-se que há uma convergência no tratamento das duas responsabilidades. É frequente a aplicação de regras definidas para a responsabilidade contratual, como os arts. 393, 402 e 403 do Código Civil, no âmbito da responsabilidade extracontratual, de modo que os efeitos produzidos são bem semelhantes em ambos os casos. Por outro lado, não se pode deixar de mencionar que a responsabilidade contratual e a extracontratual têm regras próprias, quanto a primeira verificam-se os arts. 389 e seguintes, 395 e seguintes, 476 e 475 do Código Civil, no tocante a segunda, são expressivos os arts. 186, 187, 188 e 927 e seguintes também do Código Civil (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 17; GONÇALVES, 2010, p.45-47).

Gonçalves (2010, p.46-47) estabelece ainda algumas outras distinções entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Refere como relevante a situação do ônus da prova, explicando que para fins de responsabilidade contratual, basta que o credor, autor da ação, demonstre que a prestação não foi cumprida, cabendo ao devedor provar que incidiu alguma das excludentes previstas em lei para que, assim, não seja condenado. Caso a responsabilidade seja extracontratual, a situação é diferente: o ônus da prova recai sobre o autor da ação, este deve comprovar que a conduta do agente foi culposa. Além do ônus da prova, o autor traz outros elementos de diferenciação, como: a comprovação da

³“O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual. Por essa razão denomina-se também *responsabilidade aquiliana* [...]” (VENOSA, 2004, p. 22, grifos do autor).

culpa, as fontes de que nascem as responsabilidades, a capacidade do agente e a gradação da culpa.⁴

1.2. Responsabilidade objetiva e subjetiva

A responsabilidade será subjetiva ou objetiva de acordo com a requisição ou não do elemento culpa para a sua caracterização.

Denomina-se responsabilidade subjetiva aquela fundada na teoria clássica, em que a culpa representa elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil. Segundo este entendimento, só há direito à reparação do dano caso reste provada a culpa do agente (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18; GONÇALVES, 2010, p. 48).

Observa-se no Código Civil, em seus artigos 186 e 927, que a legislação brasileira, de modo geral, requer a culpa como pressuposto para que haja a responsabilização:

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

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

Com as novas situações impostas pela evolução social, industrial e tecnológica a teoria clássica começou a se mostrar insuficiente para atender aos anseios de justiça da sociedade. Assim, surgiu um espaço propício para o

⁴ CULPA: Na responsabilidade contratual não é necessária a comprovação direta de culpa, sendo suficiente a prova de que o contrato foi descumprido causando dano. Na responsabilidade extracontratual, por outro lado, a comprovação de culpa do agente é elemento central.

FONTES: A responsabilidade contratual advém de uma convenção, de um contrato, enquanto a responsabilidade extracontratual é proveniente da inobservância do dever genérico de não causar dano a ninguém.

CAPACIDADE DO AGENTE: no âmbito da responsabilidade contratual impõe limitações como a possibilidade de nulidade da convenção e sua conseqüente ineficácia, já que ela exige agentes plenamente capazes para ser celebrada com validade.

GRADAÇÃO DA CULPA: no que diz respeito à responsabilidade contratual a culpa varia de intensidade de acordo com o caso em que ela se funda, enquanto na responsabilidade extracontratual, a culpa é apurada de forma mais rigorosa abrangendo inclusive a falta levíssima. (GONÇALVES, 2010, p. 47-48).

desenvolvimento e instalação de teorias que pregam a responsabilidade sem que seja verificado o elemento culpa (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18).

A responsabilidade objetiva prescinde de culpa, logo, a sua existência ou não é irrelevante para que se configure o dever de indenizar, tem seu fundamento principal no risco. Entende-se que todos que exercem atividade criadora de risco para terceiros devem ser obrigados a reparar os danos que dela advir, mesmo que não tenham agido culposamente (GONÇALVES, 2010, p. 48-49).^{5 6}

Lopes (2006, p. 336) ressalta que:

A teoria do risco não significa de modo algum a mera responsabilidade por acontecimentos, totalmente desvinculada de qualquer nexó voluntário. Ela é apenas a superação dos estritos limites da responsabilidade por ato em que se atribui a sanção a alguém com vistas ao passado.

Em outras palavras, o dever de indenizar surgiria, a princípio, da livre vontade do indivíduo, ou seja, da sua opção pelo exercício de determinada atividade e, por conseguinte, pelos riscos que ela oferece.

A legislação nacional ainda traz como geral a responsabilidade subjetiva, mas diante da impossibilidade desta atender às demandas da sociedade moderna determina situações em que a responsabilização se dá de forma objetiva. Como é possível observar no parágrafo único do art. 927 do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

⁵ Gonçalves (2010, p. 48-49) traz também a idéia de culpa presumida, a partir da qual é suficiente fazer prova da ação ou omissão e do dano advindo dessa conduta, sendo a culpa inferida. Nestes casos, no entanto, entende-se que a responsabilidade continua a ser subjetiva, já que a culpa, mesmo que presumida, figura como elemento caracterizador da responsabilidade.

⁶ “[...] surgiram, em torno da idéia central de *risco*, configurações que se identificam como certas modalidades ou especializações. Assim é que, para alguns, responsável é aquele que tira *proveito*, raciocinando que onde está o ganho aí reside o encargo - *ubi emolumentum ibi onus*. Esta concepção batizou-se com o nome de *risco proveito*. Para outros o que prevalece é o *risco profissional*, considerando-se o dever de indenizar quando o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Num outro sentido, dá-se realce à idéia segundo a qual a reparação é devida quando o dano é consequência de um *risco excepcional*, que escapa da craveira comum da atividade da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. No campo do direito público, e enfocando a responsabilidade civil do Estado, [...] inclusive ganhando o nosso direito positivo constitucional [...] tomou maiores proporções a teoria do *risco integral*, como o meio de repartir por todos os membros da coletividade os danos atribuídos ao Estado” (PEREIRA, 2001, p. 270, grifos do autor).

1.3. Obrigações de meio e de resultado

Trata-se de uma classificação quanto à finalidade da obrigação.

A obrigação é de meio nos casos em que o compromisso do devedor consiste no emprego de todos os seus conhecimentos, meios e técnicas para o alcance de determinado resultado, sem, entretanto, responsabilizar-se por ele. Assim, o devedor não se obriga a obtenção do resultado, mas a empregar todos os esforços possíveis para atingi-lo (CORREA-LIMA, 2012, p. 35; GONÇALVES, 2009, p. 174).

O inadimplemento de uma obrigação de meio culmina na responsabilização do devedor somente mediante prova de que este agiu com dolo, imprudência, negligência ou imperícia. O ônus da prova cabe ao credor (CORREA-LIMA, 2012, p. 35; GONÇALVES, 2009, p. 175).

A obrigação de resultado, por sua vez, é aquela em que o devedor compromete-se a alcançar determinado resultado. Assim, caso o fim prometido não seja alcançado o devedor é considerado inadimplente e poderá ser responsabilizado, exonerando-se apenas perante prova da ocorrência de situações como a força maior ou a culpa exclusiva da vítima (GONÇALVES, 2009, p. 175).

1.4. A Responsabilidade civil nas relações de consumo

Antigamente, inexistia legislação que protegesse o consumidor⁷ dos riscos advindos das relações de consumo. Em geral, eles ficavam sujeitos a suportar

⁷“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

os danos resultantes do fornecimento de um produto⁸ ou serviço⁹ defeituoso. A responsabilização do fornecedor¹⁰ exigia culpa provada o que dificultava sobremaneira que tal evento ocorresse (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 513).

Estabelece a Constituição Federal em seu art. 5, inciso XXXII que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.¹¹

Sendo assim, em 1991, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ele instituiu uma disciplina jurídica única e uniforme destinada a tutelar os direitos de todos os consumidores no Brasil. Talvez, a principal inovação decorrente do CDC tenha sido o aumento de abrangência da responsabilidade objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18).

Os riscos do consumo se transferiram do consumidor para o fornecedor. O Código supracitado aderiu à teoria do empreendimento, de modo que, independentemente de culpa, quem exerce atividade no mercado de consumo deve responder pelos possíveis vícios ou defeitos dos bens e serviços ofertados. É um modo de responsabilizar que protege o consumidor de assumir sozinho os prejuízos decorrentes deste tipo de relação e prioriza o entendimento de que se todos têm benefícios com as atividades de consumo, os riscos advindos delas devem ser

⁸ “§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, Art. 3º).

⁹ “§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, Art. 3º).

¹⁰ “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.” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

Sobre esse conceito, explica Gonçalves (2010, p. 278): “[...] não é considerado fornecedor quem celebra um contrato de compra e venda, mas aquele que exerce habitualmente a atividade de comprar e vender. Assim, não é fornecedor quem vende a sua casa ou o seu apartamento, mas o construtor que exerce a atividade de venda dos imóveis que constrói, habitual e profissionalmente. [...] continua regida pelo Código Civil a compra e venda de carro usado entre particulares, inserindo-se, porém, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor a compra do mesmo carro usado efetuado perante uma revendedora”.

¹¹ “Em virtude da origem constitucional do mandamento de defesa do consumidor, o art. 1 desse diploma legal autodefine suas normas como sendo de ordem pública e de interesse social, vale dizer, de aplicação necessária e observância obrigatória, pois, como de todos sabido, as normas de ordem pública são aquelas que positivam os valores básicos de uma sociedade.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18).

socializados. O fornecedor arca com a função de repartir os custos dos danos em potencial por meio do estabelecimento dos preços (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 514-515).

Como prelecionado por Cavalieri Filho (2012, p. 515-516), a responsabilidade civil nas relações de consumo funda-se em princípios. O referido autor destaca alguns deles como fundamentais:

- O princípio da reparação integral por danos patrimoniais e morais, ou seja, ficam vedadas quaisquer cláusulas contratuais que limitem ou excluam a obrigação de indenizar em caso de qualquer vício ou defeito no produto ou serviço a ser fornecido.¹²
- O princípio da prevenção que propõe a adoção de medidas destinadas a impedir que novos danos ocorram. Produtos que apresentam alto grau de nocividade ou periculosidade não devem ser ofertados no mercado.¹³
- O princípio da informação, muito importante para este trabalho, guarda estreita relação com o princípio da prevenção e determina que é necessário informar adequada, objetiva, clara e até mesmo exaustivamente o consumidor sobre o produto ou serviço em negociação.¹⁴

¹²“Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;”(CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

¹³“Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

“Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

¹⁴“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;” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

“Art. 9 - O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou

- O princípio da segurança é a base da responsabilidade civil nas relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor traz a segurança como direito do consumidor, de modo que são considerados defeituosos produtos ou serviços que não oferecem a segurança deles esperada.¹⁵

Além dos princípios já mencionados, o Código de Defesa do Consumidor ressalta a importância de outros elementos guia das relações de consumo como a transparência e a boa-fé, o respeito à dignidade do consumidor, a melhoria da sua qualidade de vida e o reconhecimento da sua situação de vulnerabilidade no mercado de consumo.

A não observância de algum destes fatores pode gerar a responsabilização civil, a priori, objetiva, do sujeito que deixou de segui-los no exercício de atividade comercial.

1.4.1. A inversão do ônus da prova

Sobre a inversão do ônus da prova no direito do consumidor, ensina Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁶ (1997, apud CAVALIERI FILHO, 2012, p. 538, grifos do autor):

periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

“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.” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

¹⁵ O dever de segurança tem como fundamentos os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”, “ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”.

¹⁶MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*, Forense, 1997, p. 124.

Permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na *dispensa* do ônus da prova de determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocaria demonstrar à luz das disposições do processo civil *comum*; e se, de um lado, a inversão exime o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato - apenas afirmado, mas não *provado* pelo consumidor - não aconteceu. Portanto, no tocante ao consumidor, a inversão representa a *isenção* de um ônus; quanto à parte contrária, a criação de um *novo ônus* probatório, que se *acrescenta* aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do art. 333 do Código de Processo Civil.¹⁷

A inversão do ônus da prova pode ser classificada em *ope iudicis* e *ope legis*. Será *ope iudicis* quando determinada a critério do juiz em face de alegação verossímil¹⁸ ou de hipossuficiência¹⁹ do consumidor. Por outro lado, será *ope legis* quando incide por força de lei (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 538-539).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece o ônus da prova tanto em caráter *ope iudicis* quanto em caráter *ope legis*. Em seu art. 6, inciso VIII, dispõe que é direito do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Mais adiante, em seu art. 12, § 3º, II e art. 14, § 3º, I determina, respectivamente, que “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste” e que “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste”.

É elucidativa a explicação de Cavalieri Filho (2012, p. 539). Continua sendo ônus do consumidor provar que o acidente de consumo ocorreu (dano e nexo

¹⁷“Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.” (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).

¹⁸ Cavalieri Filho (2012, p. 539, grifos do autor), define: “*Verossímil* é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática. Não se trata de prova robusta e definitiva, mas da chamada *prova de primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permite um juízo de probabilidade.”

¹⁹“O significado de hipossuficiência não é econômico, mas técnico. Para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, ‘tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc. Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não poder ser visto como forma de proteção ao mais pobre’[...]” (GONÇALVES, 2010, p. 286).

causal), a inversão do ônus da prova alcança tão somente a evidência de defeito do produto ou serviço. Provado o fato do produto ou do serviço, aqui é admitida a alegação verossímil (inversão do ônus da prova *ope iudicis*), o defeito em discussão resta presumido e caberá ao fornecedor fazer prova de que ele não existe a fim de elidir o seu dever de indenizar (inversão do ônus da prova *ope legis*).

1.4.2. A responsabilidade pelo fato do serviço

O Código de Defesa do Consumidos divide a responsabilidade do fornecedor em: pelo fato do produto ou do serviço, decorrente dos chamados acidentes de consumo, e pelo vício do produto ou do serviço, decorrente de inadequação para o uso a que se destina (GONÇALVES, 2010, p. 280).²⁰

Ambos decorrem de um defeito do produto ou do serviço, só que no *fato do produto* ou do serviço o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral. É também chamado de *defeito de segurança* porque compromete a segurança do produto ou serviço, gerando risco à incolumidade do consumidor ou de terceiro. *Vício*, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco. É chamado de *vício de adequação* porque apenas causa o mau funcionamento, utilização ou fruição do produto ou do serviço, compromete sua *prestabilidade* (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 518, grifos do autor).

A responsabilização pelo fato do serviço encontra-se regulada no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

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

O serviço é considerado defeituoso, de acordo com Código de Defesa do Consumidor, sempre que não oferecer a segurança dele esperada, devendo ser considerados o modo do seu fornecimento, o resultado, os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido. Cavalieri Filho

²⁰ “Os artigos 12 a 14 do CDC tratam da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço; os artigos 18 a 20 cuidam da responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 518).

(2012, p. 526) conclui que os defeitos do serviço podem ser de concepção²¹ (criação, projeto, fórmula), de prestação (execução de serviço em si) ou de comercialização (informações insuficientes ou inadequadas sobre seus riscos).

O fundamento da responsabilidade do fornecedor encontra-se na inobservância do dever de segurança, que foi criado com vistas a contrabalancear os riscos do consumo. Trata-se de uma garantia de idoneidade, de modo que quem se dispõe a fornecer um serviço deve observar critérios de segurança arriscando-se, caso contrário, a responder objetivamente pelos danos eventuais que possa causar. A segurança de que se fala é limitada pelas expectativas legítimas do consumidor a seu respeito, expectativa estas, que devem ser padronizadas pela concepção coletiva da sociedade de consumo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 521).

O risco inerente é aquele que decorre da natureza do produto ou serviço, ou seja, é indissociável destes. Ele não constitui defeito, logo, não cabe ao fornecedor responder pelos danos dele advindos. Consequentemente, o CDC, em seus artigos 8º e 9º, permite a circulação de produto ou serviço de risco inerente, todavia, condiciona este tipo de fornecimento ao cumprimento do dever de informar. Dever este que envolve apresentação, publicidade e informação adequadas sobre a nocividade ou periculosidade do serviço ou produto fornecido. Desta forma, o dever de informar ganha espaço fundamental na configuração da responsabilidade do fornecedor e o seu descumprimento implica responsabilização pelo risco inerente (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 523).²²

Para efeitos de indenização considera-se fato do serviço, como coloca Gonçalves (2010, p. 281), todo e qualquer acidente provocado por serviço que

²¹ O defeito de concepção consiste em risco de desenvolvimento, é imprevisível e, portanto, inevitável. Em geral, decorre da falta de conhecimento científico ou de tecnologia à época do desenvolvimento do produto ou serviço, sua descoberta, não raro, se dá apenas depois que estes já estão em circulação. Integra o rol dos fortuitos internos e assim, enseja responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 535-536).

²² “Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

“Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.” (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

causar dano ao consumidor, de modo que serão equiparadas a ele todas as vítimas do evento.²³

1.4.3. Excludentes de responsabilidade do fornecedor

Uma vez averiguados o dano e o nexo causal, incide o sobre o fornecedor o dever de reparar, que somente poderá ser afastado mediante prova de que alguma das excludentes de responsabilidade elencadas pelo CDC ocorreu (GONÇALVES, 2010, p. 286).

Algumas causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor estão listadas no Código de Defesa do Consumidor, artigos 12, § 3º e 14, § 3º. Em suma, são elas: a prova de que o produto não foi colocado no mercado, a prova de que o defeito alegado inexistente e a prova de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Com se vê, o CDC, não elenca o caso fortuito e a força maior como excludentes da responsabilidade do fornecedor, todavia, como bem lembrado por Gonçalves (2010, p. 287), as decisões do STJ vêm sendo guiadas pelo entendimento de que:

O fato de o art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. A inevitabilidade, e não a imprevisibilidade, é que efetivamente mais importa para caracterizar o fortuito. E aquela há de entender-se dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se.^{24 25}

²³ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” (CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

²⁴ REsp 120.647-SP, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU, 15-05-2000, p. 156.

²⁵ “[...] A *força maior* é fato externo à produção, que ocorre depois do produto ou serviço ser lançado no mercado, e, como não importa em defeito, exclui a responsabilidade do fornecedor.”

“O *fortuito interno*, assim entendido o fato imprevisível e, por isso inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. [...]”

“[...] *fortuito externo*, assim entendido aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Em tal caso, nem se pode falar em defeito

Conforme explicado previamente, o ônus da prova é do fornecedor.

1.4.4. A responsabilidade dos profissionais liberais

“A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (Código de Defesa do Consumidor, art. 14, parágrafo 4).

Quem é *profissional liberal*? É preciso ser portador de diploma superior (médico, advogado, dentista, engenheiro etc.) para ser considerado profissional liberal? Há quem assim sustente; em nosso entender, sem razão. *Profissional liberal*, como o próprio nome indica, é aquele que exerce uma profissão livremente, com autonomia, sem subordinação. Em outras palavras, presta serviço pessoalmente, por conta própria, independentemente do grau de escolaridade. Não só o médico, o advogado, o engenheiro, o psicólogo, o dentista etc. podem ser profissionais liberais, mas também o sapateiro, o carpinteiro, o marceneiro, o eletricitista, o pintor, a costureira, desde que prestem serviços com autonomia, sem subordinação - enfim, por conta própria. Pela ótica do Código, o melhor caminho é definir o profissional liberal pelas características de sua prestação de serviços, e não pelo seu grau de escolaridade, ou pelo enquadramento na regulamentação legal (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 540, grifos do autor).

Os profissionais liberais são prestadores de serviço e, portanto, incide sobre eles os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, de forma que devem submeter suas atividades aos princípios da informação, transparência, boa-fé, inversão do ônus da prova etc. A exceção estabelecida pelo artigo supracitado produz o efeito exclusivo de exigir a comprovação de culpa para que seja configurada a responsabilidade desses profissionais, assim eles respondem de acordo com a teoria subjetiva e não objetiva como predomina no mandamento legal em discussão (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 540-541).

Cavaliere Filho (2012, p. 540-541) entende que nos casos em que a obrigação assumida pelo profissional liberal for de meio incide a responsabilidade subjetiva mediante culpa provada e nos casos em que a obrigação assumida é de resultado também incide a responsabilidade subjetiva, no entanto, mediante culpa presumida.

do produto ou serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada - *inexistência de defeito* (art. 14, § 3º, I) (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 533-534, grifos do autor).

2. A responsabilidade civil do médico

2.1. Aspectos gerais

São várias as profissões cujo exercício requer o preenchimento de requisitos - um curso universitário ou a inscrição em determinado órgão especial. Isso acontece com o intuito de minimizar os riscos que estas profissões impõem à sociedade.²⁶ Entretanto, essas são medidas insuficientes para evitar que, vez ou outra, deveres profissionais sejam desrespeitados culminando em danos para os cidadãos usuários do serviço. Entendendo que as repercussões danosas advindas de condutas profissionais culposas não devem ser suportadas pelo ofendido, coube ao Direito desenvolver o tema da responsabilidade profissional (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 402).

A responsabilização civil decorrente do mau exercício profissional configura-se de acordo com as particularidades de cada profissão de modo que não é viável uma regulamentação geral. A responsabilidade civil incide de modo único em cada atividade laboral e este trabalho dedicar-se-á a responsabilidade civil do médico.

Os médicos, por mais que isso pareça estar mudando, ainda ocupam uma posição no imaginário popular digna de reverência, são vistos com sacerdotes, benfeitores, promotores de saúde e bem estar. Os médicos exercem a função de curar, de aliviar dores e sofrimentos, de contribuir para que os indivíduos tenham as mínimas condições para uma vida e uma morte dignas. Ocupam um papel social de reconhecida importância dado o valor do bem com que trabalham, a saúde e, em última instância, a vida. Trata-se de uma atividade de incontestável interesse da sociedade.

²⁶ É justamente centrada neste argumento que a classe médica diante da recente intenção governamental de contratar médicos formados no exterior tem exigido que essas contratações sejam condicionadas à aprovação desses profissionais no REVALIDA - Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior Estrangeiras. (CREMESP, 2013; INEP, 2013).

Ao lado do prestígio social, é fundamental que o médico reconheça a presença irredutível e constante da responsabilidade social e moral decorrente dos mesmos fatores supracitados e, assim, aja consciente do seu poder e do seu dever, cercado de todo o conhecimento técnico e de todas as diligências e humanidade possíveis e exigidos para o bom exercício da medicina.

Em contraste com o que se notava há alguns anos, tempo em que o dano resultante da prática médica era sempre tido como inevitável, restando incontestado, hoje, cada vez mais os pacientes estão adquirindo conhecimentos sobre os seus direitos como usuários dos serviços de saúde, o que contribui com a crescente percepção do erro médico e culmina com o aumento da busca por reparação (KFOURI NETO, 2010, p.27 e 38).

É direito do paciente recorrer ao judiciário sempre que uma conduta médica culposa, portanto, diversa da que deveria ser oferecida à sociedade pelo facultativo, lhe resulta em dano.

A responsabilidade civil do médico nasce da violação culposa de um dever legal, contratual ou imposto pelo costume que tem como resultado um dano, material ou imaterial, injusto (JÚNIOR, 2001, p. 137).

O médico tem o compromisso de cuidar do paciente com atenção e em conformidade com o desenvolvimento científico, fazendo uso de todos os recursos adequados para tanto, sem, em contrapartida, ser obrigado a curar ou salvar o enfermo. O profissional deve ser responsabilizado não por qualquer efeito adverso, mas sempre que incorrer em culpa caracterizada por Imprudência, negligência ou imperícia (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 403; GONÇALVES, 2010, p. 257).

2.2. Evolução histórica

Nos primórdios da medicina, mesmo sem o entendimento quanto à etiologia ou aos mecanismos patológicos das doenças, buscava-se a cura. O empirismo era o método empregado. Os estudiosos e praticantes desses

conhecimentos eram identificados como figuras mágicas, portadoras de um dom especial, eram sacerdotes. Ainda assim, caso a cura não fosse alcançada, é provável que recaísse sobre o feiticeiro as vestes da culpa (KFOURI NETO, 2010, p. 50).

Sobre essa mesma fase, discorre Meyer (2002, p. 19):

Enquanto a medicina permaneceu sem influência objetiva sobre o curso das doenças, enquanto estas foram consideradas como punições de deuses encolerizados, e durante todo o tempo em que os conselhos de cuidado emanaram mais de comunidades religiosas do que de clínicos isolados, a questão da responsabilidade médica colocou-se em termos vagos.

A responsabilidade civil do médico evoluiu em consonância com a responsabilidade civil em geral, assim, no princípio, tudo se resolvia por meio da vingança privada. Imperava a violência sem medidas como resposta ao dano sofrido.

Com o passar do tempo a medicina foi adquirindo caráter científico, isso influenciou diretamente o rigor com que os erros médicos passaram a ser verificados. Os métodos avaliativos tornaram-se mais rígidos e embasados tecnicamente com o crescer científico da prática médica (KFOURI NETO, 2010, p.50).

O código de Hammurabi (1790 - 1770 a.C.) é o primeiro documento, de que se tem notícia, a tratar da responsabilidade do médico diretamente. Ele dedica alguns de seus artigos especificamente ao assunto, que cuidam desde o fornecimento de orientações à prática da profissão até o estabelecimento de sanções para o médico que agisse com imperícia, impondo penas tão duras quanto a amputação da mão do médico responsável por uma morte (MEYER, 2002, p. 19; KFOURI NETO, 2010, p. 50-51)

No império romano, verificou-se uma evolução substancial no sentido da atual responsabilidade civil. Primeiro, a vingança privada sofre restrições pela lei de Talião, mais tarde verifica-se a possibilidade de a vítima optar pela composição, que, por volta de 450 a. C., passa a ser devidamente prevista na Lei das XII Tábuas, onde havia o valor da indenização correspondente a cada caso concreto. A Lei

Aquilia²⁷ (287 a.C.) representa marco importante para a responsabilidade civil, pois promoveu um alargamento do ilícito civil gerador do dever de indenizar a parte lesada e a condenação a uma pena pecuniária. A *Lex Aquilia de Damno* estabeleceu algumas infrações médicas como o abandono do doente, a recusa a prestação de assistência e os erros decorrentes de imperícia ou experiências perigosas (LOPES, 2006, p. 67-68; KFOURI NETO, 2010, p. 51-52).

Meyer (2002, p. 19-20) conta que, no Egito antigo, os doentes eram tratados de acordo com instruções escritas por famosos antigos médicos em um livro sagrado. Quando as orientações do livro eram devidamente seguidas, o médico que demonstrasse haver observado tais preceitos restava resguardado de qualquer responsabilidade em caso de morte do enfermo, por exemplo, em contrapartida, caso ele se desviasse da conduta prevista, seria acusado e condenado à morte.

Sobre a Grécia antiga, relata Kfourri Neto (2010, p. 54) que se tem notícias de culpa médica admitida em face da observância de dois critérios: morte do paciente e desobediência às prescrições geralmente reconhecidas como fundamento indiscutível da atividade sanitária. Embora ainda rudimentar e carente de conhecimento, na Grécia, encontrava-se uma medicina mais racional, mais científica. O referido autor aponta um importante conceito grego que vai a partir de então ganhando corpo:

[...] a culpa do médico não se presume somente pelo fato de não ter ele obtido êxito no tratamento, mas deve ser analisada e individualizada com base na conduta seguida pelo profissional. Assim, para os platônicos e aristotélicos, a responsabilidade do médico deveria ser avaliada por perito na matéria e por colegiado de médicos - o que, em essência, corresponde ao perito judicial dos tempos modernos.

Com o tempo a medicina foi ganhando confiabilidade, um importante marco é o surgimento das universidades, no século XIII, e a conseqüente demonstração para a sociedade de que os egressos dessas instituições tinham preparação e capacidade suficiente para o bom exercício daquele ofício. Surgiram

²⁷ "Para intentar a *actio legis Aquiliae*, era necessário: a) que o dano tivesse causado *injuria*, isto é, contrariasse o direito; b) uma falta positiva (*in comittendo*). Deixar o escravo alheio morrer de fome, por constituir culpa *in omittendo*, não gerava responsabilidade.

Qualquer falta imputável ao autor era suficiente: *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*; c) um dano *corpori corporae datum* – o dano deveria ter sido causado por contato direto do corpo do autor com o da vítima." (KFOURI NETO, 2010, p. 52).

também espécies de corporações médicas que galgaram várias formas de proteção legal para os seus profissionais (KFOURI NETO, 2010, p. 54).

Cavalieri Filho (2012, p. 405-406) traz em sua obra trecho interessante e importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil do médico extraído do entendimento de Nelson Hungria²⁸ sobre o assunto:

Na Idade Média, penas severas eram aplicadas aos médicos que ocasionavam eventos letais. E não raras vezes imputava-se como culpa o que era apenas atestado de precariedade da arte de curar.

Foi Montesquieu quem iniciou uma nova corrente de idéias no sentido de afastar de sobre a cabeça dos médicos a espada de Dâmocles da sanção penal.

Desde então começou a ser reconhecida uma certa liberdade de iniciativa dos médicos e a necessidade de tolerância para com os erros devidos à própria imperfeição da ciência hipocrática [...].

O médico não tem carta branca, mas não pode comprimir a sua atividade dentro de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e desde que agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência, ou ainda desviando-se deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela justiça, se vem a ocorrer um acidente funesto.

Na França do século XIX a responsabilidade jurídica atribuída ao médico praticamente desapareceu. Decisão proclamada pela Academia de Medicina de Paris firmou que deveria ser somente moral a responsabilidade atribuída a estes profissionais. Com o passar do tempo, ficou decidido que os médicos responderiam apenas mediante pareceres elaborados por peritos médicos, conclusivos de que houve culpa grave, inescusável, fruto de erro grosseiro, elementar - cabia ao paciente fazer prova do alegado. Mais tarde, a indenização passou a ser fixada sempre que houvesse culpa, mesmo que leve (KFOURI NETO, 2010, p.55).

Kfouri Neto (2010, p. 56) ressalta como fundamental para uma mudança importante na jurisprudência francesa, a atuação do Procurador Dupin no caso do Dr. Helie de Domfront. Durante a realização de um parto em que o bebe apresentava-se em posição desfavorável, o referido médico amputou os braços da criança que sucessivamente se apresentaram no canal vaginal da mãe dificultando o procedimento em questão. O bebe sobreviveu e a família decidiu reclamar uma resposta judicial. Houve divergências de entendimento, mas o médico foi

²⁸HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, v. V/186.

condenado ao pagamento anual de uma pensão de 200 francos. Enfatiza o referido autor, trecho dos ensinamentos deixados por Dupin:

[...] do momento em que houve negligência, leviandade, engano grosseiro e, por isso mesmo, inescusável da parte de um médico ou cirurgião, toda a responsabilidade do fato recai sobre ele, sem que seja necessário, em relação à responsabilidade puramente civil, procurar se houve de sua parte intenção culposa.

Formaram-se assim, três correntes acerca da responsabilidade civil do médico. Uma primeira, segundo a qual o médico não seria responsabilizado por nenhum efeito danoso decorrente da sua prática em razão da natureza da atividade exercida por ele. Uma segunda que pregava a responsabilização do médico apenas caso ficasse comprovado que a ação danosa foi praticada com dolo ou má-fé. E, por fim, uma terceira corrente que advogava pela responsabilidade do médico nos mesmos termos que a de qualquer cidadão comum (SOUZA, 2010, p.429-430).

2.3. A natureza da responsabilidade civil do médico

Apos várias discussões sobre o tema, hoje, é aceita a natureza contratual da responsabilidade médica. Neste contexto, chama atenção a seguinte ressalva: a responsabilidade contratual não é sempre presumida e deve ser verificada de acordo com o compromisso do devedor que pode ter sido de resultado ou de meio. É o caso do médico, que se compromete a proceder seguindo as regras da profissão e não a curar o paciente (GONÇALVES, 2010, p. 256).

Não obstante pacífico o entendimento de que, em geral, a responsabilidade médica tem natureza contratual, nada impede que ela não tenha origem no contrato, como, por exemplo, na situação em que um médico atende um indivíduo desmaiado na rua. Em todo caso, a obrigação de reparar um eventual dano existirá (KFOURI NETO, 2010, p. 74).

Policastro (2009, p. 2-3) entende que o vínculo que surge entre o médico e o paciente será contratual quando a prestação de serviços for convencionada

entre as partes verbal, escrita ou tacitamente, e que será extracontratual quando houver uma situação emergencial, que obrigue o médico a agir com urgência.

A divergência que ainda perdura quanto à natureza da avença celebrada entre o médico e o paciente é quanto a se tratar de um contrato de prestação de serviços ou de um contrato *sui generis*. Apesar de ainda não haver acordo quanto a este ponto, a discussão mostra-se irrelevante, uma vez que havendo ou não essa discriminação a responsabilização continuará ocorrendo da mesma forma. Em se tratando de responsabilidade contratual, o importante é saber se a obrigação gerada pelo contrato é de meio ou de resultado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 403).

Majoritariamente, o entendimento jurisprudencial e doutrinário é que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, de modo que o simples fato do tratamento empregado não produzir o efeito esperado, não gera inadimplemento contratual.²⁹ Afinal, como explica Cavalieri Filho (2012, p. 403), é o que mais faz sentido quando se analisa a atividade médica:

Nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal. A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se

²⁹ A doutrina majoritária excetua os casos relativos aos cirurgiões plásticos e anestesistas, áreas em que as discussões quanto ao tipo de obrigação assumida ainda estão mais abertas e ainda carecem de consenso, são várias as ressalvas pertinentes quanto à assunção de serem de resultado as obrigações assumidas nestes casos. Entretanto, de modo geral e simplista, o entendimento é de que a obrigação assumida por estes profissionais é de resultado. Como ensina Gonçalves (2010, p. 262-263): “Quanto aos cirurgiões plásticos, a situação é outra. A obrigação que assumem é de ‘resultado’. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. [...] No entanto, em alguns casos a obrigação continua sendo de meio, como no atendimento a vítimas deformadas ou queimadas em acidentes, ou no tratamento de varizes ou lesões congênitas ou adquiridas, em que ressalta a natureza corretiva do trabalho.”

Quanto ao médico anestesista, diz Gonçalves (2010, p.266-267, grifos do autor): “Os erros do anestesista, preleciona RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, ‘podem ser de diagnóstico (avaliar o risco anestésico, a resistência do paciente), terapêutico (medicação pré-anestésica ineficaz, omissões durante a aplicação) e técnica (medicação pré-anestésica ineficaz, omissões durante a aplicação) e técnica (uso de substância inadequada, oxigenação insuficiente, etc.). Sustenta-se que ele assume uma obrigação de resultado, desde que tenha tido oportunidade de avaliar o paciente antes da intervenção, e concluir pela existência de condições para a anestesia, assumindo a obrigação de anestesiá-lo e de recuperá-lo (Guilherme Chaves Sant’ana, *Responsabilidade civil dos médicos anestesistas*, p. 133 e SS.)’.”.

compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

O compromisso do médico é então com o tratamento zeloso do paciente e o emprego dos recursos adequados e não com a cura da doença, de onde decorre que este profissional será responsabilizado apenas quando restar provado que ele agiu com culpa, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia (GONÇALVES, 2010, p. 257).

A responsabilidade do médico é contratual e subjetiva e, a princípio, cabe ao paciente provar que o dano verificado decorreu de conduta culposa do profissional. Em consonância com o disposto no Código Civil em seu art. 951³⁰, o Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 4º) excetuou a sua adesão à teoria objetiva, corroborando ser subjetiva a responsabilidade médica: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.404).³¹

No Brasil, a responsabilidade médica é, via de regra, subjetiva, demandando que o lesado apresente prova da culpa profissional. Em contrapartida, há países, como a França, em que, seguindo a tendência moderna de privilegiar o dano e não a culpa, têm espaço algumas teorias objetivistas também no tocante à área médica (KFOURI NETO, 2010, p. 67)

Em linhas gerais, a teoria francesa denominada perda de uma chance de sobrevivida ou cura prevê indenização em razão da oportunidade de sucesso subtraída à vítima. Entretanto, nem toda perda de uma chance é indenizável, caberá ao juiz observar se estão presentes os requisitos para tanto. Estabelecido o dever de reparar, a indenização devida será correspondente à chance perdida e não ao prejuízo final (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 413; KFOURI NETO, 2010, p. 67-70).³²

³⁰ “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.” (CÓDIGO CIVIL).

³¹ Cavalieri Filho (2012, p. 404) ressalta que o Código de Defesa do Consumidor é claro ao restringir a responsabilidade subjetiva à pessoa do profissional liberal, de modo que responde objetivamente a pessoa jurídica de que o médico é empregado ou a sociedade da qual ele faça parte.

³² Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 134-135), exemplifica a aplicação da teoria da perda de uma chance na França com o caso de Nicholas Perruche. A corte francesa se manifestou favorável à

A teoria da perda de uma chance determina a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso (BRASIL- Recurso Especial no 1.184.128 - MS, 2010).

No direito brasileiro, a V Jornada de Direito Civil apresenta orientações acerca da aplicação desta teoria. Em seu enunciado 444 estabelece que:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

2.3.1. A relação médico-paciente

O Código de Ética Médica em vigor estabelece, em seu capítulo I, item XX, que “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.”.

A doutrina majoritária, entretanto, entende que a relação médico-paciente caracteriza sim uma relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor é lei de ordem pública e interesse social de onde decorre sua aplicação necessária e observância obrigatória, ficando submetido a ela também o profissional médico (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 18; FRANÇA, 2010, p. 36).

Uma análise dos conceitos delineados pelo CDC a respeito de serviço, consumidor e fornecedor, não deixa dúvidas quanto ao caráter consumerista da relação médico-paciente.³³

reparação do dano sofrido por este adolescente de 17 anos, deficiente físico e mental, entendendo que pelo fato de o médico e o laboratório não terem diagnosticado a rubéola que a mãe de Perrouche contraiu no segundo mês de gravidez, ela foi impedida de exercer sua escolha de abortar, assim a criança deficiente teria o direito de pedir a reparação pelo prejuízo advindo da sua condição. Como ressalta a autora, a corte estabeleceu um nexo causal entre as deficiências apresentadas pelo menino e os “erros médicos” que impediram que sua mãe abortasse, conforme teria sido a vontade dela.

³³CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:

Na linguagem do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990), o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços; o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas (FRANÇA, 2010, p. 36).

Corroborando as disposições doutrinárias supracitadas, o STJ se pronuncia reiteradamente de acordo com o entendimento de que a relação entre o médico e o paciente é de consumo. Como se pode verificar no Recurso Especial Nº 731.078 - SP. Trata-se de processo em que um médico intentando afastar a aplicação do CDC ao seu caso, recorre à tese de que o referido diploma legal não tem aplicabilidade em sua profissão, ou seja, pretende elidir o caráter consumerista da relação médico-paciente. O ministro relator responde a argumentação apresentada pelo réu afirmando estar pacificado naquela corte que o CDC abrange os profissionais liberais e, por conseguinte, os médicos tendo em vista que nenhuma ressalva foi feita sobre esta categoria.

Quanto ao ponto nodal da insatisfação, ou seja, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao profissional liberal, [...], a pretensão recursal não merece êxito, tendo em vista o posicionamento sufragado pelas turmas que compõem a Segunda Sessão desta Corte a respeito do tema:

[...]

I - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas.

[...]

(RESP nº 364.168/SE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 21/06/2004)

[...]

A preocupação em definir como de consumo a relação médico-paciente não tem outra finalidade senão resolver qualquer dúvida que possa restar quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à atividade médica. O médico é um profissional liberal prestador de serviços e está sujeito a todos os preceitos estabelecidos pelo CDC. Como prestador de serviços, fica suscetível à inversão do ônus da prova quando verificados os requisitos para tanto, ao mesmo tempo, por

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

FORNECEDOR: “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.”.

SERVIÇO: “Art. 3º [...] § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”.

ser também profissional liberal, não se submete à responsabilidade objetiva prevista para aqueles, mas responde subjetivamente, mediante a prova de culpa, conforme excetuado pelo CDC para os todos profissionais liberais.

2.4. A responsabilização do médico

A responsabilização do médico é aceita por todos (profissionais, juristas e sociedade), desde que fundada em conduta irregular ou inadequada ao paciente durante a prática médica (FRANÇA, 2010, p.57).

Croce e Júnior (2002, p. 13) listam como essenciais para a responsabilidade do médico:

O AGENTE: Evidentemente só pode ser o médico responsivo, que se acha *compos suae mentis* na plena posse de suas faculdades mentais, portanto em grau de prever as conseqüências das próprias ações [...].

O ATO: O dano deverá ser conseqüente a um ato médico lícito. Caso o facultativo utilize a sua profissão para praticar um ato ilícito (aborto criminoso, charlatanismo etc.), responderá independentemente de sua profissão, como qualquer cidadão, seja qual for a natureza de seu mister.

A CULPA: Culpa, conforme o magistério de Maggiore, “é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado (evento) antijurídico não querido, mas previsível e excepcionalmente previsto que poderá, com a devida atenção, ser evitado”.

Como já visto, a responsabilidade civil exige conduta voluntária, dano injusto e o nexo causal para ser caracterizada. Para a responsabilização do médico, que responde subjetivamente, é requerido também dolo ou culpa (KFOURI NETO, 2010, p. 46).

Cavaliere Filho (2012, p. 32) traz a definição de dolo dada por Caio Mario³⁴: “infração consciente do dever preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem”. Trata-se de uma conduta voluntária direcionada a realização de um ilícito. A culpa, também característica de uma conduta voluntária, acontece

³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil v. I*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 458.

quando o agente não quer causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, imprudente ou imperita resulta dano a outrem (KFOURI NETO, 2010, p. 82)

A culpa caracterizada por negligência, imprudência ou imperícia é denominada inconsciente, de tal maneira que se pode falar em culpa consciente. Esta acontece quando o sujeito prevê o resultado danoso, entretanto ele não espera que tal resultado ocorra ou acredita que é capaz de evitá-lo (JESUS, 2008, P. 301).

Independentemente da modalidade de culpa, a previsibilidade é sempre requisito essencial. Definida por Jaime Santos Briz³⁵ (1981 apud KFOURI NETO, 2010, p. 82) como “o antecedente lógico e psicológico da evitabilidade de um resultado contrário ao direito e não desejado”. Aprofunda-se Cavalieri Filho (2012, p. 37) sobre o tema, explicando que esta previsibilidade deve ser “específica, presente, atual, relativa às circunstâncias do momento da realização da conduta”, exigível “do homem comum, do indivíduo de atenção e diligência ordinárias”. Assim, em se tratando da categoria médica, fala-se numa previsão possível de ser realizada pelo médico comum.

A imperícia consiste na não observação das normas técnicas por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos. Trata-se da incapacidade ou inabilitação para o exercício da profissão. Existe uma ressalva quanto à imperícia no que diz respeito ao médico habilitado legal e profissionalmente, este detentor de um diploma válido, dificilmente cometeria ato imperito, já que o profissional conhecedor da sua incapacidade e capaz de prever o dano age, na verdade, imprudentemente caso assim mesmo proceda. Assim culpa médica é sempre caracterizada por imprudência ou negligência (FRANÇA, 2010, p. 64).

A imprudência consiste numa ação perigosa sem a devida cautela, é caracterizada pela falta de atenção, descuido, irreflexão, inoportunismo ou imprevidência. O profissional deixa de empregar medidas sabidamente capazes de prevenir eventuais resultados lesivos, a imprudência decorre necessariamente de uma conduta comissiva (CROCE e JÚNIOR, 2002, p. 25-26; FRANÇA, 2010, p. 65).

³⁵ BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*. 3 ed. Madrid: Montecorvo, 1981, p. 40.

A negligência, por sua vez, é a conduta omissa, a permissividade do ato lesivo, é caracterizada pela indolência, inércia, passividade do comitente.

A culpa, como define Lopes (2006, p. 295), “consiste basicamente em o autor não ter agido de forma a evitar o dano ou a lesão ao bem jurídico, resultando na inobservância de um dever”. Embasado por conceito similar, resume França (2010, p. 57, grifos do autor) sobre a responsabilidade civil do médico:

Aguarda-se, portanto, que na apuração da responsabilidade profissional do médico, fique caracterizada a inobservância de regras técnicas e científicas ou atipia de conduta na sua atividade funcional. Em suma: constatar se na verdade o médico afastou-se dos seus inarredáveis *deveres de conduta* [...].

São os deveres de conduta médica: o dever de informação, o dever de atualização, o dever de vigilância e o dever de abstenção de abuso³⁶ (FRANÇA, 2010, p. 68-69). O descumprimento de qualquer destes deveres de conduta pelo facultativo pode gerar o denominado dever de indenizar.

É comum se falar em “erro médico” quando se verifica um ato culposo praticado pelos profissionais da medicina. Cavalieri Filho (2012, p. 405) traz uma interessante distinção entre culpa e erro. Define a culpa médica como “falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão” e erro como “a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana. E, embora não se possa falar em um direito ao erro, será este escusável quando invencível à mediana cultural médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto.”.

³⁶ DEVER DE INFORMAÇÃO: “Fazem parte desses deveres todos os esclarecimentos necessários e devidos na relação médico-paciente que se consideram como incondicionais e obrigatórios, tais como: informação ao paciente sobre a necessidade de certas condutas ou intervenções ou sobre possíveis conseqüências [...]”

DEVER DE ATUALIZAÇÃO: “[...] aprimoramento sempre continuado, adquirido através de conhecimentos recentes da profissão, no que se refere às técnicas dos exames e dos meios de tratamento, nas publicações especializadas, nos congressos, cursos de especialização ou estágios em centros e serviços hospitalares de referência.”

DEVER DE VIGILÂNCIA: “[...] esse modelo de dever obriga o médico a ser diligente, agir com cuidado e atenção, procurando de toda forma evitar danos que venham a ser apontados como negligência ou incúria.”

DEVER DE ABSTENÇÃO DE ABUSO: “É necessário saber se o profissional agiu com a cautela devida e, portanto, descaracterizada de precipitação, de inoportunismo ou de insensatez.” (FRANÇA, 2010, p. 68-69).

O dano, requisito inafastável da responsabilidade médica, pode ser tanto patrimonial quanto extrapatrimonial. Pode ser representado pelas despesas médico-hospitalares, medicamentos, viagens, contratação de enfermeiros; por um prejuízo corporal, uma invalidez, um agravamento ou cronificação de um estado patológico ou ainda, pela dor sofrida, pelo mal-estar, pelas frustrações, pelo afastamento abrupto do trabalho e por inúmeras outras situações vinculadas principalmente aos direitos de personalidade como a restrição da liberdade, a não preservação da honra ou da intimidade etc (KFOURI NETO, 2010, p. 113-117).

Como já dito anteriormente, é ônus do paciente provar o fato e a culpa médica que resultaram no dano alegado, entretanto é perfeitamente cabível a inversão do ônus da prova prevista no CDC. É dificultosa a produção de provas acerca da atividade médica danosa:

Em primeiro lugar, porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica; o paciente além das dificuldades em que se encontra pelas condições próprias da doença, é um leigo, que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar a causa e efeito, nem sequer compreendendo o significado dos termos técnicos; [...] (JÚNIOR, 2001, p. 146)

Para formular a melhor decisão, o juiz pode utilizar-se de presunções, sua própria convicção, documentos (diploma médico, inscrição no CRM, prontuários³⁷, termos de consentimento informado, exames, laudos, guias de atendimento, certidão de óbito, etc.), depoimentos testemunhais, depoimento do médico, informes (notícias) e prova pericial. Esta última muito frequentemente requisitada para a verificação da ocorrência do evento culposo. O perito deve apresentar uma análise médico-legal caracterizando o dano, para tanto, cabe a ele observar, no atinente à esfera civil: se há incapacidade temporária parcial ou total, se há incapacidade permanente parcial ou total, se há um *quantum dolores*, se há dano estético, se há prejuízo de afirmação pessoal, se há prejuízo futuro, se há dano anterior^{38 39} (KFOURI NETO, 2010, p. 91; FRANÇA, 2010, p. 69; POLICASTRO, 2009, p. 89-90).

³⁷ O Código de Ética Médica veda ao médico em seus artigos 87 e 88, respectivamente: “Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente [...]” e “Negar ao paciente, acesso, a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, [...]”. (FRANÇA, 2010, p. 206-208).

³⁸ “[...] a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e na, maioria das vezes, impede a isenção e a

A responsabilidade do facultativo pode ser afastada mediante prova de que inexistente defeito no serviço prestado, demonstrando culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior, ou de que a prestação de serviços se deu de forma adequada e que todos os deveres de conduta médica foram devidamente observados (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 426-427).

2.6. A conduta médica precavida no contexto da responsabilidade civil

A prevenção é um dos princípios guia do Código de Defesa do Consumidor, prevenir o dano trata-se, precipuamente, de uma proteção ao consumidor e assim, à sociedade, mas ao mesmo tempo funciona como mecanismo protetor do fornecedor que agindo precavidamente reduz as chances de ficar sujeito ao dever indenizar.

França (2010, p. 58-61) sugere que a prevenção de danos deve ser, antes de tudo, embasada pela noção de que nem todo resultado indesejado na prática médica é de responsabilidade do facultativo, assim, aponta fatores assistenciais e não assistências que aumentam as chances de um mau resultado. Entre os da primeira classe, de maior relevância para este trabalho, elenca: o desgaste da relação-médico paciente, a falta de condições de trabalho, o abuso de poder, a falsa garantia de resultado, o preenchimento inadequado do prontuário, a precária documentação dos procedimentos, a falta de consentimento livre e esclarecido e o abandono do paciente.

Pois bem, no que concerne à responsabilidade civil em decorrência do dano advindo da atividade médica, a principal forma de prevenção consiste em uma atuação cuidadosa e atenta, fundada no devido cumprimento dos deveres de conduta profissionais, além, de uma condução das atividades embasada pelo

imparcialidade. É preciso superá-las, porém, com determinação, especialmente quando atuar o corporativismo.” (JUNIOR, 2001, p. 146).

³⁹ “Interessando às partes, cada uma poderá ser auxiliada por assistentes técnicos, profissionais de sua confiança, cuja atribuição consistirá em acompanhar a perícia, detectar falhas nos trabalhos periciais, contribuir e aperfeiçoar as informações apresentadas.” (POLICASTRO, 2009, p. 90).

respeito ao paciente e pela observância dos seus direitos advindos da condição de consumidor e, obviamente, dos direitos fundamentais de todo ser vivente.

Discorrendo sobre as formas que o médico tem de se prevenir da culpa, explica Irany Moraes (2003, p.576):

O primeiro mandamento para o médico evitar ser acusado de culpa que não lhe cabe é ser explícito com o paciente. O médico só terá culpa se não deixar explícito para o doente e for comprovado seu pleno entendimento da gravidade do problema bem como claramente entender a seu nível qual a evolução natural da doença que ele apresenta e o que pode ser esperado com o tratamento e seus riscos confrontados com os benefícios que cada alternativa pode oferecer.

A documentação que comprove do entendimento paciente de maneira incontestável é fundamental para eximir o médico de qualquer culpa que não lhe cabe.

Neste contexto, chama atenção a importância que o termo de consentimento informado vem ganhando nos dias atuais. Apesar do que possa parecer, este documento cumpre um papel muito maior que meramente afastar a responsabilidade do médico em determinadas situações. Trata-se de um instrumento que exige o cumprimento de requisitos para ser válido e que, acima de tudo, cumpre a função de garantir que o paciente seja respeitado em vários dos seus direitos. Assim, ele figura sim como fator que pode eximir o médico do dever de indenizar, mas também pode apresentar o efeito oposto e ensejar a responsabilização do facultativo.

3. O termo de consentimento informado

O espaço crescente que o respeito aos direitos humanos vêm ganhando tem influência direta em toda a sociedade e, conseqüentemente, na medicina. A valorização da autonomia do paciente configura, antes de tudo, princípio de justiça, além de contribuir significativamente para a melhor prática médica, incrementando o diálogo e o respeito na relação médico-paciente (CLOTET, 2003, p. 88; FRANÇA, 2010, p. 60).

O relacionamento entre o médico e o paciente é muito frequentemente marcado pelas diferenças quanto ao conhecimento técnico e científico no que diz respeito à saúde, assim, configura situação que pode facilmente culminar na desconsideração da real vontade, dos reais sentimentos e até mesmo da real necessidade do paciente em relação ao processo terapêutico. Diante deste contexto o consentimento informado dos pacientes torna-se elemento essencial para o exercício da medicina (CLOTET, 2003, p.88).

3.1. Conceito

De maneira geral, o consentimento informado representa um diálogo aberto entre o médico e o paciente, formaliza o processo de troca de informações e expectativas, trata-se do fornecimento de condições para que o paciente sopesse riscos e benefícios e possa tomar uma decisão consciente sobre o profissional e o tratamento a que se sujeitará.

O consentimento informado é uma condição indispensável da relação médico-paciente e da pesquisa com seres humanos. Trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos (CLOTET, 2003, p.89).

O termo de consentimento informado materializa o exercício da autodeterminação do paciente, por meio dele são delegados ao médico poderes

para que ele realize a intervenção necessária. Como define o Comitê Nacional de Bioética da Itália⁴⁰ (1994 apud CLOTET, 2003, p. 89), “o consentimento informado constitui a legitimação e o fundamento do ato médico”.

França (2010, p. 74-75) enfatiza que cada intervenção exige um consentimento⁴¹ próprio e que o paciente tem o direito de, em qualquer momento, revogar um consentimento dado previamente.

Apesar de representar o direito de escolha ou recusa do médico ou tratamento, ou mesmo atuar como instrumento de defesa para o profissional por vezes afastando a culpa médica, o consentimento informado tem a função principal de tutelar o direito geral de personalidade na relação estabelecida (KFOURI NETO, 2010, p. 41).

“O consentimento informado é, portanto, uma forma humanitária, eticamente correta e legal de exprimir e conduzir as relações entre o médico e o paciente.” (CLOTET, 2003, p. 92).

3.2. Evolução histórica

Nos primórdios da medicina, não havia uma atenção direcionada aos direitos do paciente ou a sua participação na tomada de decisões, predominava uma relação com o paciente em que as informações só eram fornecidas e o consentimento só era requisitado quando o procedimento a ser realizado exigia a colaboração do paciente para que sobreviesse um bom resultado (CLOTET, 2003, p. 93; FRANÇA, 2010, p. 37).

⁴⁰ COMITÉ National de Bioétique, Italie. Information et consentement concernant l'acte medical. 20 juin 1992, conclusions. *International Journal of Bioethics*, n. 1, p. 42-43, 1994.

⁴¹ “[...] o primeiro consentimento (*consentimento primário*) não suprime a necessidade de *consentimentos secundários*. Assim, por exemplo, um paciente que permite seu internamento num hospital não está com isso autorizando o uso de qualquer meio de tratamento ou de exames.” (FRANÇA, 2010, p. 75, grifos do autor).

Clotet, Goldim e Francisconi⁴² (apud KFOURI NETO, 2010, p. 41), referem que data de 1767 o primeiro caso, de que se tem informação, a cuidar diretamente da questão do consentimento informado. Contam que:

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

Outro caso relevante para o desenvolvimento da teoria do consentimento informado, ensina Clotet (2003, p. 95), é o caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospitals*, de 1914, em que o juiz encarregado, Benjamin Cardozo, afirmou: “Todo ser humano em idade adulta e com capacidade mental normal tem o direito de determinar o que será feito no próprio corpo”. Trata-se de um julgado que conferiu força à autodeterminação do paciente no âmbito da atividade médica. A partir de então, surgiram vários casos nos tribunais norte-americanos, que alertaram os médicos para os riscos advindos da intervenção sem o devido consentimento informado.

Sobre a responsabilidade médica atrelada à questão do consentimento informado, Clotet (2003, p. 92) menciona um caso de 1992 em que a corte australiana em *Rogers vs. Whitaker*, teceu considerações sobre o termo de

⁴² CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*, p. 29-30.

consentimento informado concluindo que a sua ausência pode ser considerada como delito de negligência profissional da parte do médico, ressaltando ser dever do facultativo fornecer ao paciente as informações necessárias para o cuidado com a sua saúde.

É a partir da segunda metade do século XX que o termo de consentimento realmente ganha espaço e chama atenção, foi verificado um aumento no número de processos apresentados nos tribunais. Os abusos na pesquisa biomédica realizados, principalmente, pelo regime nazista, instigaram suspeitas sobre a confiabilidade e a retidão dos profissionais da medicina ao redor do mundo. O fato é que as situações de guerra vivenciadas em alguns países estrangeiros resultaram em graves restrições aos direitos de personalidade e, dessa forma, serviram de estímulo para o desenvolvimento dos temas relacionados ao consentimento informado. A Declaração de Nuremberg, em 1946, cita o consentimento voluntário do paciente e, em 1964, a Declaração de Helsinque utiliza o termo consentimento informado recomendando o seu emprego nas pesquisas em seres humanos, recomendação esta que mais tarde foi ampliada para todos os atos médicos (CLOTET, 2003, p. 94; FRANÇA, 2010, p. 74).

Hodiernamente, a garantia constitucional⁴³ aliada à relevância social dada às liberdades individuais impulsionam o movimento em prol da defesa desses direitos na área da saúde, além disso, a previsão no Código Civil⁴⁴ e no Código de Ética Médica⁴⁵ reforça a essencialidade do consentimento informado no exercício regular da medicina (CLOTET, 2003, p. 93-94; POLICASTRO, 2009, p. 43).

⁴³ CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Art. 5º, inciso II - “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

⁴⁴ CÓDIGO CIVIL: Art. 15 - “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

⁴⁵ O Código de Ética Médica veda ao médico:

“Art. 46. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo iminente perigo de vida.”.

“Art. 56. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.”.

3.3. Fundamentos

O termo de consentimento informado, como já mencionado, tem como finalidade principal a proteção de direitos inalienáveis do ser humano.

Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição fundamental do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades (BRANCO, COELHO e MENDES, 2008, p. 359).

Os direitos de personalidade são aqueles considerados essenciais ao indivíduo, requerem tutela jurídica à medida que qualquer ofensa a eles representa um prejuízo à dignidade da pessoa humana. São direitos absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários. A ofensa ilícita a qualquer dos bens jurídicos sobre os quais incidem os direitos de personalidade gera o dever de indenizar⁴⁶ (GOMES, 2008, p.134-137).

Brito e Brito⁴⁷ (GOMES, 2008, p. 138) classificam os direitos de personalidade em direitos à integridade física (direito à vida e direito sobre o próprio corpo) e direitos à integridade moral (direito à honra, direito à liberdade, direito ao recato, etc.).

Os direitos à integridade física adquirem especial importância em face dos progressos científicos. No tocante ao direito à vida, merecem especial atenção os negócios jurídicos que expõem uma das partes a riscos muito elevados, figurando como elemento essencial desses contratos a declaração de vontade. O direito sobre o próprio corpo, por sua vez, gera proteção contra os atentados procedentes de terceiros, à medida que não se pode intervir no corpo de outrem sem a devida autorização, e também procedentes do próprio indivíduo. Conforme colocado pelo Código Civil, art. 13, é proibida a disposição do próprio corpo que

⁴⁶ “A tutela dos direitos de personalidade se exerce mediante sanções que devem ser pedidas pelo ofendido, pleiteando a indenização do dano moral ou a comunicação de uma pena, em ações que podem ser cumuladas.” (GOMES, 2008, p. 148).

⁴⁷ Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito, atualizadores do livro de Orlando Gomes.

importa diminuição permanente da integridade física, ou contraria os bons costumes, salvo por exigência médica, por conseguinte, por mais que o indivíduo consinta impera a impossibilidade de se praticar procedimento proibido em alguém (GOMES, 2008, p. 139).

3.3.1. Princípios da autonomia e da beneficência

Autonomia é sinônimo de liberdade e o exercício da medicina não autoriza limitação à liberdade de decidir do paciente. Por mais que a atividade médica esteja recomendada e os seus meios sejam idôneos caso a situação não seja de iminente perigo de vida, o profissional que realizar procedimento diante da recusa do paciente viola a dignidade da pessoa humana de forma que a atividade exercida por ele não pode mais ser considerada legítima (França, 2010, p. 112).

Todo ato médico necessita de um consentimento prévio e está justificado pelo direito que cada indivíduo tem de proteger sua integridade e de autodeterminar-se [...]. Todo indivíduo tem o direito de ser o autor do seu próprio destino e optar pelo caminho que quer dar a sua vida. A atividade médica, mesmo de indiscutível valor, não implica um poder excepcional sobre a vida ou a saúde de alguém (FRANÇA, 2010, p. 108).

Decorre do princípio da autonomia que o paciente tem o direito de decidir se quer ou não se submete a determinada intervenção médica, bem como sobre qual procedimento terapêutico ou diagnóstico quer adotar, desde que sejam eles adequados ao caso e respaldados pela ciência, cabendo ao médico respeitar essa decisão (FRANÇA, 2010, p. 36).

Apesar de ser elencado como fundamental na estrutura da dignidade humana, por vezes, o princípio da autonomia pode sofrer limitações ou condicionamentos impostos por outros princípios. No Código de Ética Médica brasileiro, o princípio eleito como o mais relevante é o da beneficência, que legitima o ato médico a partir da sua indiscutível e imprescindível necessidade (FRANÇA, 2010, p. 109; 124 -126).

Em situações que o indivíduo se encontra incapacitado de decidir ou que, mesmo em condições de tomar uma decisão, está diante de iminente perigo de

vida, a responsabilidade de decidir recai sobre o médico. O princípio da beneficência impõe que o médico aja, mesmo contrariando a vontade do paciente, caso este se encontre perante grave risco de vida. Situação semelhante acontece quando durante uma intervenção surge a exigência de uma conduta emergencial, mesmo diante da impossibilidade de obter o consentimento do paciente, o profissional deve agir no sentido de preservar a vida. O referido princípio impõe ainda que o médico deve negar-se a agir quando, mesmo perante o consentimento do paciente ou sua requisição, o procedimento for inútil ou prejudicial configurando ação grave e abusiva contra o próprio paciente⁴⁸ (FRANÇA, 2010, p.75;108-109; 127).

Grosso modo, pode-se dizer que o princípio da autonomia cuida da garantia de liberdade enquanto o princípio da beneficência visa garantir a integridade física. Dessa forma, em associação, os princípios da autonomia e da beneficência têm a finalidade de proteger os direitos de personalidade do indivíduo em suas vertentes físicas ou morais.

3.3.2. O dever de informar

Tendo em vista que a relação médico-paciente é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, é válido lembrar que este diploma legal, em seu art. 6º, inciso III, aponta como direito do consumidor a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam”.

As informações sobre o procedimento médico a ser realizado é essencial para a tomada de decisão do paciente, é por meio delas que ele pode formular uma opinião, que depende incontestavelmente do entendimento sobre o que será realizado e quais são as condições pré e pós-procedimentais, sobre as chances de sucesso e os possíveis efeitos adversos, além das alternativas existentes e das

⁴⁸ “[...] há situações em que, mesmo existindo a permissão tácita ou expressa, não se justifica a intervenção, nem tal consentimento tem valor, pois a norma jurídica pode impor-se a essa vontade e a autorização não outorgaria certas desobediências. A licitude de um ato médico não pode ficar apenas na dependência da vontade de uma pessoa. Nesses casos, quem legitima o ato médico não é apenas a sua permissão, mas também a sua indiscutível necessidade.” (FRANÇA, 2010, p. 75).

consequência da recusa em submeter-se ao procedimento indicado. É a informação que permite uma avaliação adequada dos riscos e benefícios de uma intervenção, munindo o paciente de reais condições para consentir ou não sua realização. Apenas o paciente em plena ciência das condições e implicações procedimentais e do próprio estado de saúde encontra-se livre de induções e influências lhe sendo, dessa forma, permitido exercer, de fato, sua autonomia.

Como bem coloca Cavalieri Filho (2012, p. 411):

A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. [...].

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

É obrigação do médico “[...] esclarecer seu cliente do maior ou menor risco de um tratamento e dos objetivos dos meios diagnósticos, mostrando as vantagens e as desvantagens de uma intervenção ou diligência [...]”. O esclarecimento pressupõe a compreensão pelo interlocutor da informação que está sendo passada, ou seja, a linguagem empregada deve ser acessível ao paciente e o nível de detalhamento técnico suficiente para que o paciente tenha elementos bastantes para se decidir. A explicação deve ser “[...] simples, objetiva, aproximativa e honesta, permitindo ao paciente uma tomada de decisão que lhe satisfaça [...]”. Em havendo qualquer alteração no curso terapêutico ou propedêutico, o paciente deve ser novamente esclarecido e o consentimento renovado (FRANÇA, 2010, p. 108).

Para além das razões já apresentadas, o dever de informar na prática médica funda-se também em ser esta uma atividade de risco inerente. Ou seja, trata-se de um serviço que mesmo na ausência de defeitos apresenta uma periculosidade intrínseca. Tais serviços, conforme previamente explicado, só podem ser fornecidos quando devidamente cumprido o dever de informar.

[...] embora médicos e hospitais, em princípio, não respondam pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem eventualmente responder se deixarem de informar aos pacientes as consequências possíveis do tratamento a que serão submetidos. Só o consentimento informado pode

afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 412).

Os limites do dever de informar são os “riscos graves diretamente decorrentes da atuação médica e que poderiam levar o paciente a não querer se submeter ao tratamento. Fora desses limites não haverá como responsabilizar o médico” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 413).

3.4. Aspectos relevantes acerca do termo de consentimento informado

3.4.1. Forma

Kfouri Neto (2010, p. 45) faz alusão em sua obra à decisão da corte francesa de 1997 que, segundo ele, foi importante para eliminar a imposição de que o médico comprovasse o consentimento para um procedimento por escrito. Tal decisão concluiu que se considerados a profissão desenvolvida pela paciente e o contexto em que o procedimento foi realizado podia-se presumir que ela estava perfeitamente informada a respeito dos riscos inerentes do serviço prestado.

Se antes era exigido o termo de consentimento informado escrito, para a prova de que foi devidamente cumprido o dever de informar, hoje tal prova pode ser realizada por todos os meios em direito admitidos (FRANÇA, 2010, p. 45).

Apesar do Conselho Federal de Medicina (CFM) entender que o consentimento do paciente deve ser fixado por escrito apenas quando se tratar de procedimento invasivo ou que oferece risco de morte. A recomendação do mesmo conselho é de que as autorizações para os procedimentos sejam devidamente documentadas, ao menos registradas no prontuário, já que isso facilita sobremaneira a prova de que o médico cumpriu os seus deveres (FRANÇA, 2010, p. 108; POLICASTRO, 2009, p.45).

No concernente às cirurgias eletivas, em especial às de fim estético, Kfouri Neto (2010, p. 193) recomenda:

A prova do consentimento pode acarretar dificuldades. Ao juiz é dada ampla liberdade de apreciá-la e grande latitude para decidir. A informação prestada pelo médico deve ser inteligível e leal. Tanto a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados. A adoção de formulários é difícil, dadas as peculiaridades de cada caso. De qualquer modo, não podem suscitar a menor dúvida.

Fernandes e Pithan (2007, p. 81) demonstram certa preocupação quanto à função probatória de conduta acertada que vem assumindo o termo de consentimento informado. Explicam que a medicina defensiva vem ganhando espaço e a preocupação do profissional em se proteger contra possíveis processos é crescente de forma que o termo de consentimento informado está sendo pré-formulado expondo de forma genérica e padronizada as contra indicações dos tratamentos, suas possíveis reações fisiológicas e seus riscos inerentes assemelhando-se aos denominados contratos de adesão. O fato é que, dessa forma, o processo de consentimento informado, caracterizado pelo diálogo, pela explicação acessível e com o detalhamento necessário atento as individualidades de cada paciente, resta gravemente prejudicado.

Sobre este ponto, o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro (CREMERJ) emitiu parecer orientando que o termo de consentimento informado não pode ser padrão e deve atender às particularidades do paciente, do médico, da relação entre eles e do próprio procedimento.

3.4.2. Conteúdo

É fundamental que o termo de consentimento informado apresente todas as informações relevantes para o paciente, entretanto, não se trata de exaurir todas as hipóteses, inclusive aquelas mais remotas, de eventos relacionados ao caso. Cabe ao médico relacionar as consequências mais frequentes naquela forma de assistência, obviamente levando em consideração as condições biopsicossociais de cada paciente, que podem elevar os riscos de determinada intervenção ou predispor um determinado resultado (FRANÇA, 2010, p. 74).

Godinho, Lanziotti e Morais (2010) sugerem que, para o devido cumprimento do dever de informar, o termo de consentimento informado deve conter:

[...] nome e sobrenome do paciente e do médico informante; nome do procedimento a realizar; explicação dos benefícios que razoavelmente se podem esperar da intervenção e consequência da denegação, respeitando-se as circunstâncias pessoais do paciente (seu histórico médico, estado de saúde, a existência de fatores agravantes, tais como alergias ou outras doenças, entre outras); os riscos significativos em condições normais (o que pode ser aferido, inclusive, por estimativas); prováveis complicações, mortalidade e sequelas; alternativas de tratamento comparadas com o tratamento proposto; explicação sobre o tipo de medicação exigível para a intervenção e seus riscos; o custo do tratamento (somente dispensável se previsto em outro documento, como um contrato); as contraindicações; possibilidade de revogação do consentimento em qualquer momento antes da intervenção; satisfação do paciente pela informação recebida e afastamento de todas as suas dúvidas; assinatura do médico, paciente e testemunhas, se houver, além da rubrica em todas as páginas. Também parece ser conveniente a indicação da possibilidade de verificação de outros riscos, embora imprevisíveis, o que dará ao paciente a dimensão de que as informações que lhe foram prestadas dizem respeito às consequências regulares do tratamento.

O TCI pode conter ainda, em parágrafo à parte, a opção de autorização para obtenção de fotografias, vídeos ou registros gráficos, antes, durante e pós-intervenção, para difundir os resultados ou iconografia em revistas médicas e/ou nos âmbitos científicos.

Deve-se ter em mente que a informação torna-se inútil caso não possa ser compreendida pelo interlocutor. O paciente deve ser capaz de entender as informações que lhe estão sendo fornecidas. Não há necessidade, entretanto, de que elas sejam tecnicamente minuciosas, basta que sejam corretas, compreensíveis e suficientes para que o consentimento seja de fato livre e esclarecido (FRANÇA, 2010, p.74).

O vocabulário utilizado no TCI, próprio da área médica, muitas vezes necessita ser explicado ao paciente para que haja um real entendimento. A estrutura de texto também é importante. A utilização de palavras, frases ou parágrafos longos dificultam o acompanhamento da leitura e a compreensão das idéias que estão sendo apresentadas. Ademais, a informação proporcionada ao paciente quanto à sua doença deve ser explicada de forma elementar e compreensível, não sendo permitido o uso de palavras abreviadas, nem de terminologia científica cujo significado não seja esclarecido (GODINHO, LANZIOTTI E MORAIS, 2010).

3.4.3. Voluntariedade

“A declaração de vontade da pessoa é pressuposto de todo negócio jurídico. Nos contratos, toma o nome de *consentimento* ou *consenso consciente*. Para valer, preciso é que não seja obtido por dolo, erro ou coação.” (GOMES, 2008, p. 332, grifos do autor).

Em consonância com a invalidade de um consentimento obtido mediante coação, indução ou influência tem-se que ele não deve ser firmado num momento de desespero ou após leitura apressada e sem o tempo necessário para uma reflexão adequada (FRANÇA, 2010, p. 74-75).

Caso o indivíduo seja incapaz, ainda assim a voluntariedade é requisitada e só pode ser ignorada em situações de iminente risco de vida. Como será exposto adiante, quando a pessoa encontra-se por qualquer motivo impossibilitada de emitir declaração de vontade caberá a seu responsável legal fazê-lo.

3.4.4. Capacidade

A capacidade civil figura como requisito essencial para que o paciente possa firmar o termo de consentimento informado.

O Código Civil coloca como regra geral que todo ser humano é capaz de direitos e deveres, exceto aqueles que por definição legal são considerados incapazes para o exercício pessoal dos atos da vida civil. São absolutamente incapazes: os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a vontade. São relativamente incapazes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

Quando o paciente for incapaz ou encontrar-se impossibilitado de falar por si, o consentimento para a intervenção médica deverá ser fornecido pelo seu representante legal (FRANÇA, 2010, p. 75).

São representantes legais os pais, o tutor e o curador. “Os menores são representados pelo pai ou pela mãe. Os órfãos, por tutor. Os insanos mentais e surdos-mudos, por curador.” (GOMES, 2008, p. 330).

Quando em face de um paciente incapacitado de consentir e de dissenso do representante legal, pode o médico, no interesse do incapaz, recorrer ao judiciário para que, então, seja decidido como ele deverá proceder (KFOURI NETO, 2010, p. 201).

3.5. Efeitos jurídicos do termo de consentimento informado

3.5.1. Danos morais

A dignidade da pessoa humana é de onde emanam os direitos de personalidade, que se traduzem nos direitos à vida, sobre o próprio corpo, à honra, ao nome, à imagem, ao recato, à liberdade.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro a dignidade da pessoa humana, determinando em seu art. 5º a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como assegurando a indenização por dano moral enfatizando os casos em que restar violada a honra do indivíduo (incisos V e X). Pois bem, como preleciona Xavier Vieira⁴⁹ (apud CAVALIERI FILHO, 2012, p. 89): “Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a

⁴⁹ Ap. cível 40.541, rel. Des. Xavier Vieira, in ADCOAS 144.719.

honra, constitui dano moral e é por isso indenizável.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 88-89).

Especificamente sobre os direitos de personalidade, estabelece o Código Civil em seu artigo 12 que: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direitos da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Conforme colocado por Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 157):

[...] o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.

A mesma autora explica a liberdade como o “poder de realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier” e em seguida, lista situações violadoras da dignidade humana por lesão ao princípio da liberdade e faz referência à impossibilidade de não receber transfusão de sangue por motivos religiosos entre outras circunstâncias elencadas no Código Civil, mostrando-se importante para este trabalho o constrangimento a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica (MORAES, M., 2003, p. 107).

Diante do exposto é possível concluir que a falta do consentimento informado resulta em dano moral por restrição dos direitos do paciente à liberdade ou mesmo sobre o próprio corpo.

Se houver falha no dever de informar, e o paciente, em razão da informação incorreta ou não prestada, assentir o procedimento médico, o consentimento dado por ele, na verdade, não pode prosperar.

Brito e Brito (GOMES, 2008, p. 421) explicam:

Todo negócio jurídico é, por definição, uma declaração de vontade. Não se pode conceber a sua existência se lhe falta esse pressuposto necessário a seu nascimento. Uma vontade extorquida pela violência física ou declarada por erro obstativo não é defeituosa por vício que possibilite a anulação do negócio. Há, no caso, ausência completa de consentimento, que caracteriza a inexistência.

Os mesmo autores conceituam o erro como uma “falsa representação que influencia a vontade no processo ou na fase da formação”, impede que a vontade do declarante se forme de acordo com a sua verdadeira motivação. O agente emite sua vontade de modo diverso do que faria caso tivesse conhecimento exato, ou completo. Sobre a classificação em erro obstativo e erro vício, explicam que ambos geram o mesmo efeito, pois a legislação brasileira não fez esta distinção⁵⁰ (GOMES, 2008, p. 373-374).

Dessa forma, a intervenção médica realizada sem o consentimento do paciente, seja por proibição declarada, seja por vício no consentimento dado, resultará em violação aos direitos de personalidade do paciente. Este tem sua liberdade restringida, pois contra sua vontade é submetido a ato médico tendo inclusive seu corpo violado, pois, a intervenção médica, por sua própria natureza, tem como objeto o corpo humano.

Provar o dano moral é tarefa extremamente difícil, dessa forma, predomina o entendimento de que ele está ínsito no próprio fato ofensivo, assim, provada a ofensa, provado está o dano moral.

Acerca da prova do dano moral, discorre Cavalieri Filho (2012, p. 97):

⁵⁰ “A doutrina distingue o erro que condiz à ausência total da vontade do erro que apenas a vicia. Ao primeiro denomina-se *erro obstativo*. [...]”. Ainda sobre o erro obstativo enfatiza: “A expressão *erro impróprio* empregada por Savigny tem significação mais ampla, abrangendo casos em que não são de erro propriamente dito, e mais restrita por se referir somente aos casos em que a vontade é imperfeita. Trata-se de *erro na declaração*, que se opõe ao erro sobre o conteúdo do negócio, chamado *erro-vício*. O *erro obstativo* assim se denomina porque constitui um *obstáculo* ao acordo de vontades ”

“O erro obstativo tanto pode ser uma declaração involuntária (*lapsus*), como pode consistir numa declaração cujas expressões, no seu sentido e na sua importância, sejam totalmente desconhecidas do declarante. Admite-se que também ocorra quanto à natureza do ato, à identidade da coisa e à causa do contrato.”

“Os vícios de vontade classificam-se conforme diversos critérios. Dividem-se em *vício psíquicos e sociais*. Os primeiros traduzem uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada. São: o *erro*, o *dolo* e a *coação*. Os segundos não atingem a vontade na sua formação, na sua motivação, mas tornam o ato defeituoso, porque, [...], configuram uma insubordinação da vontade às exigências legais no que diz respeito ao resultado querido. São: a *simulação* e a *fraude contra credores*.”

(GOMES, 2008, p. 370 - 373, grifos do autor).

[...] o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de das regras da experiência comum. [...].

Mas, lembre-se, esse entendimento não se aplica a qualquer ato ilícito. Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do fato, esse fato tem que ter a capacidade de causar dano, o que se apura por um juízo de experiência. Nesse sentido já está hoje assentada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3.5.2. Violação do dever de informar

A medicina é por si só uma atividade perigosa que, mesmo quando realizada perfeitamente, apresenta riscos intrínsecos, normais e previsíveis, portanto, é classificada como serviço de risco inerente. Via de regra, como coloca Cavalieri Filho (2012, p. 428), os danos decorrentes da periculosidade inerente do serviço não ensejam o dever de indenizar, já que não decorrem de nenhum defeito.

Convém lembrar, entretanto, que o fornecimento legal desse tipo de serviço vincula-se à obrigatoriedade do fornecedor de prestar ao cliente todas as informações concernentes aos riscos envolvidos no desenvolvimento da atividade em questão.⁵¹ Caso contrário fica caracterizado defeito de comercialização do serviço prestado, gerando a responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço. Esta, no entanto, não será objetiva conforme previsto para os casos gerais no Código de Defesa do Consumidor, mas subjetiva, pois este diploma legal abre exceção quanto à responsabilização do profissional liberal, incluído nessa categoria o médico.⁵²

⁵¹“Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.” (CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

⁵²“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR).

Conforme visto, a responsabilidade civil do médico só se configura quando verificados: conduta culposa, dano e nexo de causalidade. Sobre a responsabilização médica pela não obtenção do consentimento informado, diz Kfouri Neto (2010, p. 42): “deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final. Assim, o dano deve ser consequência da informação falha ou inexistente, esta liga-se àquele por nexo de causalidade.”⁵³

A conduta culposa, quando a informação é incorreta ou ausente implicando falha no processo de consentimento informado, consiste no descumprimento do dever de informar, caracterizando, assim, negligência. Conforme definido por Croce e Júnior (2002, p. 23), negligência “é a omissão (culpa *in omittendo*) aos deveres que as circunstâncias exigem”.⁵⁴

O dano é verificado na violação da liberdade e da integridade física do paciente. Sobre o dano caracterizador da responsabilidade civil do médico frente à ausência do consentimento informado, Lorenzetti⁵⁵ (apud KFOURI NETO, 2010, p. 43) entende que “a vítima deve provar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento”.

Aqui é válido lembrar que o médico está sujeito à inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor. Conforme leciona Cavalieri Filho (2012, p. 412, grifos do autor), “Só o *consentimento informado* pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou hospital.”.

Configurada a responsabilidade civil do médico e presente o dever de indenizar, surgem algumas dificuldades no tocante à quantificação da indenização. Kfouri Neto (2010, p. 48) exemplifica o problema a partir da seguinte situação:

⁵³ “Exemplifica-se com a cirurgia de hérnia inguinal. Presente o risco de necrose do testículo, o cirurgião não transmite tal informação ao paciente. Ocorre a cirurgia, sem falha técnica - e a necrose se verifica. Será imputável ao médico o dano moral, por não ter advertido o paciente quanto àquele risco, que acabou por se concretizar: mutilação foi o resultado da necrose.” (KFOURI NETO, 2010, p. 42-43).

⁵⁴ Exemplifica o referido autor a conduta negligente: “[...] omitir instruções necessárias no atendimento de casos clínicos, e não advertir previamente o paciente das consequências de certas cirurgias, como a ligadura de trompas, a mudança de sexo e outras que tais;” (CROCE, 2002, p.24).

⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*, t. I, p. 211.

O paciente se submete a uma cirurgia, por exemplo, sem ter sido convenientemente informado sobre os possíveis riscos inerentes ao ato. A intervenção se realiza sem falhas, mas o risco, embora pouco frequente, se concretiza - e o paciente sofre alguma forma de lesão. Noutras palavras, caso o doente, após informado, houvesse aquiescido, o dano seria inevitável - pois não decorreu de culpa médica, e sim de causas absolutamente alheias à atuação do médico. Mas o enfermo não foi consultado, tampouco informado, e o dano sobreveio.

Decorreria de situações como esta a seguinte pergunta: “o profissional deve ser condenado ao ressarcimento integral, como se tivesse ocasionado diretamente os danos materiais e morais, ou a uma reparação parcial, relacionada não ao ato médico em si, mas à ausência do consentimento esclarecido?” (KFOURI NETO, 2010, p. 48)

O fato é que a lesão sofrida é a mera concretização de um risco próprio do procedimento e em situação normal não ensejaria a responsabilidade do profissional, mas o paciente em questão não assumiu esse risco, ele não foi informado adequadamente e, por isso, o risco de que se fala lhe foi imposto. Além de ter sido privado do exercício do seu direito de liberdade, o paciente se vê diante de outro prejuízo. Prejuízo este que não decorre, diretamente, de ato culposos do profissional, pois não guarda relação direta com defeito do serviço prestado, mas que ainda assim está presente. Parece injusto que o paciente suporte mais esse dano tendo em vista que não lhe foi dada a possibilidade de escolher se queria ou não se submeter-se ao risco de arcar com o dano em questão.

Diante deste questionamento, Kfouri Neto (2010, p. 48 - 49) traz em sua obra a sugestão de que seja adotada sistemática inspirada naquela utilizada para a “perda de uma chance”. A indenização seria fixada tendo em vista a probabilidade de recusa do paciente em submeter-se ao tratamento caso tivesse sido informado de forma adequada. Enfatiza que devem ser levados em consideração aspectos como a gravidade do risco, o grau de necessidade da intervenção, a existência de terapias alternativas, o estado de saúde do paciente etc. O referido autor conclui entendendo que pelo dano não ter resultado de má prática médica, mesmo em face da ausência do consentimento informado, a indenização deverá ser menor que a consequente de dano que decorre de culpa médica durante a intervenção.

Para alguns doutrinadores, entretanto, se o médico intervier sem ter esclarecido de maneira adequada o paciente, aquele assume unilateralmente os

riscos intrínsecos ao procedimento realizado, ainda que o possível resultado adverso não se deva à conduta culposa do profissional (FRANÇA, 2010, p. 127).

Para estabelecer a indenização nos casos de responsabilidade pela falta do consentimento informado, Kfoury Neto (2010, p. 49) lista alguns fatores que entende como importantes a serem considerados pelo juiz:

a) a existência de outras terapias menos perigosas ou desprovidas de potencialidade lesiva; b) se, à luz do que comumente ocorre, outro paciente, em idênticas condições, teria consentido, após inteirar-se dos perigos inerentes à intervenção;⁵⁶ c) se tais riscos, não informados, eram comuns ou excepcionais. Após, incumbirá ao julgador mensurar as consequências concretas da falta de consentimento, arbitrando reparação consentânea.

É importante lembrar que nos casos de procedimentos cirúrgicos estéticos o rigor quanto ao cumprimento do dever de informar aumenta sobremaneira, exacerbando-se também as consequências da sua infração.

Como bem colocado por M. Ney⁵⁷ (apud KFOURI NETO, p. 193): “A extensão da informação será em razão inversa da utilidade ou da urgência inerente ao tratamento e na razão direta do risco que ele comporta”.

3.5.3. Situações em que a ausência do termo de consentimento informado não enseja a responsabilidade civil do médico

A princípio, todo e qualquer ato médico requer o consentimento informado para que possa ser realizado. Abre-se uma exceção quando existe uma situação de urgência, de perigo iminente de vida, casos em que o Direito brasileiro não apenas reputa legítima a restrição da liberdade do paciente, mas também condena a inatividade do profissional.

⁵⁶ Sobre este ponto, Cavalieri Filho (2012, p. 413), ressalta: “Os limites do dever de informar são estes - riscos graves, diretamente decorrentes da atuação médica e que poderiam levar o paciente a não querer se submeter ao tratamento. Fora desses limites não haverá como responsabilizar o médico.”

⁵⁷ NEY, M. La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire, p. 502. Apud HENNAU-HUBLET, Christiane. *La activité médicale et Le droit penal*.

Em seu artigo 135, o Código Penal define a omissão de socorro de seguinte maneira:

Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de 1 (um) ano a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se na omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

E em seu artigo 146, define constrangimento ilegal descaracterizando como tal a intervenção médica sem autorização do paciente ou de seu representante legal em situações de iminente perigo de vida:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

[...]

§ 3º. Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio

Dessa forma, num conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, o legislador optou pela proteção ao primeiro. França (2010, p. 125-127) coloca que da mesma forma se posicionou o Código de Ética Médica, elegendo como seu princípio mais relevante o da beneficência:

O que o Estado protege não é a *liberdade natural* de o homem fazer ou deixar de fazer o que não quer, mas a liberdade social, a qual assegura a qualquer um de nós o exercício da própria vontade, dentro de um limite permitido pela norma regulamentadora. Em suma, o que se tutela é a liberdade responsável.

[...] Sacrifica-se um bem - a liberdade, para salvar outro, de maior interesse e significação que é a vida, da qual ninguém pode dispor incondicionalmente, pois a reclama outro titular de direito - a sociedade, para a qual o indivíduo não é apenas uma unidade demográfica, mas sobretudo um imensurável valor social e político (FRANÇA, 2010, p. 125, grifos do autor).

De modo geral, essa parece ser a conduta mais acertada tendo em vista que a maioria das pessoas em situação de emergência autorizaria o ato médico que preservasse a sua vida caso, em sua consciência, pudesse se manifestar. É inquestionável o valor da vida e a necessidade de que ela seja protegida,

entretanto, a Constituição Federal prima também pela liberdade⁵⁸, direito individual e que não suporta ser moldado pela maioria. A liberdade sofre várias restrições pelo direito que, grosso modo, é no que consiste a disciplina legal, mas é sempre problemático delimitar até onde se pode restringir. A depender do caso, tais restrições podem impor prejuízos incalculáveis ao indivíduo. Diante desta constatação, surge a problemática da intervenção médica compulsória diante do risco iminente de vida quando o paciente, em condições de se manifestar, não a consente ou expressamente a desautoriza.

Há quem entenda que a autodeterminação encabeça a lista dos direitos fundamentais do indivíduo e o perigo de vida não implica perda desse direito, assim, caberia somente a própria pessoa decidir se privilegia seu direito à vida ou à liberdade. Dessa forma, o médico cumpriria suas obrigações prestando as devidas informações ao paciente ou seu representante legal acerca da necessidade de uma conduta e das suas consequências em caso de não aceitação (FRANÇA, 2010, p. 126).

Na mesma linha afirma Pierangeli⁵⁹ (apud KFOURI NETO, 2010, p. 200): “[...] quando o enfermo for capaz e inteiramente apto a manifestar seu consentimento, sua vontade haverá de prevalecer.”. Ressalva, entretanto, de acordo com o entendimento predominante, os casos de tentativa de suicídio, quando a inatividade do profissional caracterizaria omissão de socorro, e os casos em que a manifestação de vontade for não do próprio paciente, mas de seu representante legal.

Sobre o exercício da autonomia e o seu valor, discorre Lopes (2006, p. 249):

A autonomia que, em Kant, tem um papel chave na dignidade da pessoa humana está no cerne da definição de sujeito de direito. Em outras palavras, a qualidade da pessoa humana como ser racional, que reconhece e participa da elaboração de regras em livre manifestação de vontade, indica as características essenciais do sujeito de direito. Daí que ter personalidade signifique participar da condução política de sua organização social, bem como se fixar uma esfera de liberdade para o exercício da autonomia.

⁵⁸ Constituição Federal, Art. 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

⁵⁹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, p. 183-241

Restam incontestes os valores da vida e da autonomia para a dignidade do indivíduo, ambas são fundamentais e assim são consideradas pela Constituição Federal. Entretanto, diante de inquestionável perigo iminente de vida⁶⁰, a legislação nacional optou por proteger o direito à vida, impondo ao médico o dever legal de agir no sentido de fazer cessar a referida ameaça, mesmo que sem o consentimento do paciente. Ficam abrangidas as situações em que o facultativo, quando no transcurso de uma intervenção se depara com situação que requer conduta emergencial (FRANÇA, 2010, p. 127).⁶¹

O reflexo prático no âmbito da responsabilidade civil é que o perigo iminente de vida funciona, então, como uma excludente do dever de indenizar do médico que agir sem o consentimento do paciente.

3.5.3.1. O caso das testemunhas de Jeová

O caso das Testemunhas de Jeová é, sem dúvidas, o exemplo mais emblemático das situações de conflito narradas acima. São pacientes que têm como princípio religioso não receber transfusões sanguíneas.

É sabido que, em algumas situações, a hemoterapia pode ser perfeitamente substituída por outros fluidos que não comprometem os princípios de fé desses pacientes, casos em que a terapia alternativa deve indubitavelmente ser empregada. A dificuldade surge quando, diante de iminente perigo de vida, a única alternativa é a transfusão sanguínea e o paciente se recusa a receber o sangue por motivo religioso (FRANÇA, 2010, p. 127).

⁶⁰ “Deve-se entender como perigo de vida a situação em que existe uma possibilidade concreta de êxito letal e que exige uma atuação rápida, decisiva e inadiável, a fim de evitar a morte. A emergência e a urgência médicas são situações de fácil entendimento para o profissional da medicina, não sendo necessário muito apuro e muitos recursos para delimitá-las plenamente.” (FRANÇA, 2010, p. 125).

⁶¹ Em contraponto, no Reino Unido, prevalece o princípio da autonomia, os médicos são obrigados a respeitar a livre manifestação de vontade dos indivíduos civilmente capazes, assim, caso o paciente capaz se recuse a ser tratado, mesmo que diante de risco iminente de morte, o médico deve acatar tal decisão. Nos casos em que o paciente é criança, a decisão fica a cargo do juiz (KFOURI NETO, 2010, p. 199).

A situação das Testemunhas de Jeová incrementa a discussão, delineada acima, acerca do conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade adicionando a proteção Constitucional dada à liberdade de consciência e de crença⁶². Diante deste embate, traz importante reflexão o relato de uma obstetra citado por Kfouri Neto (2010, p. 201) em sua obra:

Para salvar a vida de uma paciente, que se recusava terminantemente, por motivos religiosos, a consentir em transfusão, após difícil parto, praticou tal ato, contra a vontade da parturiente e de seu marido. A mulher, após obter alta, não foi aceita em seu lar, pelo cônjuge, nem pode mais freqüentar a Igreja, sendo repudiada por todos.

É uma questão delicada, em que a vida, pelo prisma técnico, foi preservada, mas como bem é sabido, a vida não se trata apenas de ter as funções biológicas em perfeito estado. Apresenta-se então um conflito entre o direito à vida e o direito à vida digna. É válido pensar em que, de fato, se baseia o princípio da beneficência.

No que tange à responsabilidade civil médica frente a esse tipo de situação, Kfouri Neto (2010, p. 201) traz interessante conclusão:

Entendemos que em nenhuma hipótese poder-se-ia buscar a reparação do eventual dano - de natureza moral - junto ao médico: se este realizasse, por exemplo, a transfusão de sangue contra a vontade do paciente ou de seu responsável, provado o grave e iminente risco de vida; se não realizasse, diante do dissenso consciente do paciente capaz, seria impossível atribuir-lhe culpa. De qualquer modo, sendo o paciente menor de 18 anos, incumbirá ao facultativo, como medida de cautela - e se as circunstâncias permitirem -, requerer ao juízo da infância e da juventude permissão para realizar o ato indesejado pelos responsáveis.

3.5.4. Situações em que o termo de consentimento informado não exclui a responsabilidade civil do médico

O Código de Ética Médica, em seu artigo 4º, veda ao médico “deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal”.

⁶² Constituição Federal, Art. 5º, inciso VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

França (2010, p. 75) coloca que uma vez estabelecido o princípio da beneficência com o principal na atividade médica, o ato médico se legitima antes pela sua cabal necessidade que pelo consentimento para que ele seja praticado.

Em se tratando de ato ilícito é inquestionável a inaplicabilidade do consentimento como forma de excludente da responsabilidade civil, a norma jurídica fatalmente prevalece sobre a vontade do paciente (FRANÇA, 2010, p. 75).

Outra faceta é enfatizada por Kfoury Neto (2010, p. 193). Ressalta que mesmo diante de consentimento adequadamente informado será responsabilizado o médico que, ciente do desequilíbrio entre os riscos e os benefícios de determinado procedimento, realiza intervenção em que os riscos são desproporcionalmente maiores que as possibilidades de benefício.

Quando a vida do paciente corre perigo, o médico tem uma grande margem de atuação; ao contrário, quando o paciente não corre risco algum, essa liberdade de atuação resta seriamente diminuída. Deve haver uma proporção razoável entre riscos *assumidos e benefícios esperados* - e isso deve ser levado em consideração, concretamente, nesses casos em que os possíveis benefícios não permitem arriscar o paciente mediante um tratamento duvidoso e pouco provado (LOPÉZ⁶³, 1985 apud KFOURI NETO, 2010, p. 192-193).

Nesse contexto, tem valor discorrer a respeito do termo de responsabilidade ou termo de recusa do tratamento, trata-se de uma versão do termo de consentimento informado em que o paciente mediante assinatura diz-se consciente dos riscos a que está sujeito caso não consinta a realização de determinado procedimento ou abandone terapêutica já iniciada, e reputa-se responsável caso algum deles venha a se concretizar.

Sobre este ponto, discorre França (2010, p. 75) explicando que o termo de responsabilidade é muito frequente nas denominadas “altas a pedido”, mas ressalta que ele só terá valor caso essa alta não implique graves prejuízos à vida ou à saúde do paciente. Nesse mesmo sentido, acrescenta Sebastião (2003, p. 246) que “o médico não pode dar alta sem que o quadro clínico do paciente autorize”, a

⁶³ LOPÉZ, Joaquim Ataz. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 113.

menos que se trate de paciente terminal que manifeste tal decisão ou, quando não puder decidir, seus responsáveis legais a manifeste.⁶⁴

Cabe mencionar que quando o dano decorre não da falta de informação ou da intervenção do médico sob recusa do paciente, mas sim de má prática médica, caracterizada por um procedimento incorreto ou por omissão, não há que se falar em consentimento informado com prova de lisura do ato, pois neste caso a conduta geradora do dano tem origem completamente diversa, é sob essa perspectiva que a responsabilidade civil será analisada.

O termo de consentimento informado centraliza várias questões importantes atinentes à prática médica, mas antes de tudo, reflete um direito do paciente e um dever do médico. É um instrumento que concentra formas de proteção para as duas partes da relação médico-paciente, garante o direito de se autodeterminar ao cidadão e, simultaneamente, fornece para o profissional um meio de provar, em caso de necessidade, que seus deveres foram devidamente cumpridos. É por meio do respeito ao direito à informação do paciente e do cumprimento do dever de informar do médico que se configura o consentimento informado.

⁶⁴ Sebastião (2003, p. 245-246), alerta que o médico não pode prender ninguém no hospital, sendo assim, caso o quadro clínico do paciente não permita a alta hospitalar e ele, informado quanto às possíveis consequências, insista em deixar o hospital, o médico, para não ser considerado imprudente, não pode dar alta a este paciente e deve comunicar, por escrito, a autoridade policial a respeito do referido evento.

CONCLUSÃO

A inexorável evolução científica e tecnológica verificada na atualidade impõe constantes mudanças e adaptações à sociedade, cada vez mais em lapsos de tempo menores. Não é diferente no campo da medicina. Os benefícios são inquestionáveis, mas não deixam de ser acompanhados por riscos o que exige a evolução concomitante do direito e, assim também, da responsabilidade civil.

Vivemos num período em que são vastíssimas as possibilidades: transplante de órgãos, fecundação fora do corpo humano, detecção de possíveis enfermidades antes mesmo do nascimento, manipulação de material genético, técnicas cada vez mais avançadas de manutenção da vida, entre outras tantas novidades que emergem todos os dias. Os questionamentos éticos e discussões decorrentes desse turbilhão são contributos essenciais para a melhor aplicação do direito.

Paralelamente a esse acelerado desenvolvimento científico, vivemos um período em que também é crescente a demanda populacional pelo reconhecimento dos seus direitos. O cidadão entende cada vez mais que o Estado Democrático de Direito Brasileiro estabeleceu como seus valores fundamentais o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana. Percebe-se um aumento no recurso à responsabilidade civil em busca da reparação de danos.

Pois bem, são primordiais para o ser humano a vida e a dignidade, que contam com o exercício do direito de autodeterminação individual para prosperarem. A medicina, então, não pode empregar as maravilhas que o progresso tecnológico colocou a sua disposição sem antes obter o consentimento do indivíduo que será diretamente afetado. Despontam dessa constatação problemas das mais variadas ordens, que por sua vez repercutem no modo de proceder jurídico.

O dever de informar do médico adquire importância central nessa discussão, configura elemento essencial para que o cidadão comum, ignorante em termos de conhecimento médico, tenha condições verdadeiras de consentir

livremente, de decidir a que tipo de riscos e consequências está disposto a se submeter.

É acertado entender que quem tolhe alguém da sua liberdade de escolha sobre elementos constitucionalmente protegidos provoca um dano ao indivíduo atingido, devendo sim reparar, da forma como for possível, o dano a que deu causa. Entretanto, isso não pode ganhar dimensões desproporcionais a ponto de impor ao médico que ele liste todas as possíveis complicações de uma intervenção, inclusive aquelas mais raras e improváveis. O exigível limita-se a que o profissional, de acordo com as condições particulares de saúde de cada indivíduo, exponha os riscos graves mais comuns que podem se concretizar a partir do procedimento em questão e que poderiam implicar recusa ao tratamento oferecido.

Galán Cortés⁶⁵ (apud KFOURI NETO, p. 37) relata que, atualmente, principalmente nos Estados Unidos, onde o aborto é legal até o terceiro mês de gestação, as ações judiciais acerca da falta de informação chegam ao ponto de os pais alegarem que pelo médico não lhes ter informado das possibilidades de a criança nascer com deformidades congênicas, seria ele culpado por restringir-lhes o direito de decidir e lhes impor o nascimento de um filho com deficiência física ou mental. A maioria dos tribunais, no entanto, entende que a preservação da vida é soberana então não acolhem esse tipo de demanda.

A situação exposta acima remete a dois pontos trabalhados que chamam particular atenção no estudo das implicações do termo de consentimento informado: a questão da extensão dos danos provocados pela falta de informação e até onde eles devem ser indenizados e a questão da prevalência do direito à vida em relação a outros direitos fundamentais do ser humano.

Como colocado no decorrer do trabalho, a doutrina majoritária entende que a indenização deve se limitar ao prejuízo causado pela restrição ao direito do indivíduo de se autodeterminar, não abrangendo os riscos da intervenção que se concretizam. Entretanto, é essencial a compreensão de que o indivíduo foi forçado a correr o risco que se concretizou, parecendo justo que o médico se responsabilize por ele também, já que, não havendo risco iminente de vida, agiu sem a devida

⁶⁵ CORTÉS, Julio César Galán. *La responsabilidad civil Del médico*, p. 119 e .ss.

autorização do paciente. Outro estranhamento acerca do posicionamento majoritário, diz respeito ao afastamento do dever de indenizar o dano moral advindo do ato médico sem o consentimento prévio, caso o resultado da conduta implique em situação melhor para o indivíduo do que a que ele teria caso a intervenção não tivesse sido realizada. Ora, se o paciente não está em perigo iminente de vida, não cabe ao médico intervir sem autorização, mesmo que o resultado da intervenção seja tecnicamente positivo, ao agir sem o consentimento do dono do corpo, fere da mesma maneira a dignidade do indivíduo.

Concentrando-se no embate travado entre o direito à vida e o direito à liberdade, depara-se com questão de difícil manejo. Ambos são direitos fundamentais e precisam coexistir em equilíbrio para a efetivação da dignidade humana. A sociedade, de uma forma geral, tende a conferir valor maior à vida e o direito, como reflexo social que é, opta, como já abordado, por protegê-la em primeiro lugar. Os questionamentos e considerações dos dois lados são de grande valor e despertam reflexões importantes sobre o bem estar individual e social.

Em geral, quem se encontra em situação de dor e sofrimento pode apreciar a realidade de maneira equivocada e exprimir com certeza inquestionável vontade de morrer ou se manifestar recusando determinado tratamento que possa salvá-lo. Todavia, após alívio da dor ou do sofrimento é recorrente se notar o retorno da vontade de viver e de melhorar (MEYER, 2002, p.122).

Por outro lado, existe a questão dos pacientes em situação de iminente risco de vida, mas perfeitamente capazes de se manifestar que recusam a intervenção médica. Seja no caso das testemunhas de Jeová ou no caso de um paciente que, para continuar vivo, precisa lidar com uma seqüela grave. Ambas são situações em que os indivíduos afetados manifestam-se contrariamente ao ato médico, não porque desistiram de viver, mas porque sentem que as consequências de sobreviver após a intervenção médica lhes imporão uma vida sem dignidade.

A dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente

inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 89, frase atribuída à Kant).

Certo é que no campo da responsabilidade civil, não cabe responsabilizar o médico por salvar a vida de alguém que, em iminente perigo de vida, se manifestou contrário ao ato médico. O profissional agiu no cumprimento do seu dever legal.

Na ausência de um posicionamento firme quanto a este ponto fica ao menos instigada a reflexão e aguçada a noção de respeito à individualidade de cada um frente ao que se denomina bem comum.

São estas apenas algumas das inúmeras discussões que podem ser travadas acerca do consentimento informado e de suas implicações no âmbito jurídico.

O termo de consentimento informado, como visto, representa peça importante para a exclusão da responsabilidade civil do médico a depende do caso, mas, para além disso, supera em muito a função de comprovar lisura da atuação do facultativo frente a uma ação civil, ele cumpre o papel de contribuir para que a relação médico-paciente fique fortalecida pelo sentimento de confiança recíproco e pelo respeito ao indivíduo em seus valores mais fundamentais. Assim é de interesse do direito, que prima por uma sociedade justa em que a dignidade dos seus componentes é respeitada, debruçar-se sobre essa temática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 6 jul. 2013.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 3 jul. 2013.

_____. Código Penal. Decreto-lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.184.128 - MS (2010/ 0038999-0). Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 08 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10717780&sReg=201000389990&sData=20100701&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 3 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 731.078 - SP (2005/0036043-2). Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1963375&sReg=200500360432&sData=20060213&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 18 jul. 2013.

_____. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaooseriada/index.php/jornada/article/viewFile/2631/2705>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

CFM - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1931/2009. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

CFM - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer CFM nº 45/10. Relator: Cons. Jecé Freitas Brandão. Brasília-DF, 12 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

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

CREMESP - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Cremesp repudia entrada de médicos estrangeiros sem revalidação de diploma e pode entrar com ação judicial contra proposta*. São Paulo, 24 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=2859>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

CREMERJ - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. Parecer CREMERJ nº 124/2003. Relator: Cons. Cantídio Drumond Neto. Rio de Janeiro, 5 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

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

CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. *Erro médico e o Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. *O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: Uma perspectiva jurídica e bioética*. Rev HCPA, 27 (2), p. 78-82, 2007. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=termo%2Bde%2Bconsentimento%2Binformado%2Btermo%2Bde%2Badesao&source=web&cd=2&ved=0CC4QFjAB&url=http%3A%2F%2Fseer.ufrgs.br%2Fhcpa%2Farticle%2Fdownload%2F2568%2F1226&ei=1orcUZGDMNi4APz6IDIBw&usq=AFQjCNFAL_9a9GhnnH1Wh3xxR_S9st3WYw&bvm=bv.48705608,d.dmg>. Acesso em: 7 jul. 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

GODINHO, Adriano Marteleto; LANZIOTTI, Livia Hallack; MORAIS, Bruno Salome de. *Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais*. Rev. Bras. Anesthesiol. vol.60 no.2 Campinas Mar./Apr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003470942010000200014&script=sci_arttext>. Acesso em: 7 jul. 2013.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Direito Civil Brasileiro, volume 2: Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

INEP - INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. *Exame Nacional de Revalidação de Diplomas Médicos Expedidos por Instituições de Educação Superior Estrangeiras - REVALIDA*. 15 jul 2013. Disponível em: <<http://revalida.inep.gov.br/revalida/inscricao/>>. Acesso em: 17 jul 2013.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Responsabilidade civil do medico. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. *Direito & Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. P. 133-180.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MEYER, Philippe. *A irresponsabilidade médica*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas conseqüências jurídicas*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. *Responsabilidade civil na área da saúde privada*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, volume I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.