



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**  
**Centro de Ciências Sociais**  
**Faculdade de Direito**

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

**Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a  
responsabilidade civil do médico pelo dever de informar**

Rio de Janeiro

2010

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

**Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de Pesquisa: Direito Civil.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Heloisa Helena Barboza

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P436r Pereira, Paula Moura Francesconi de Lemos.

Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar / Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira. - 2010.  
267 f.

Orientador: Heloisa Helena Barboza.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade (Direito) - Teses. 2. Médico e paciente - Teses. 3. Dignidade – Teses. I. Barboza, Heloisa Helena. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

**Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar**

Dissertação apresentada, como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de Pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em: 25/08/2010

Banca examinadora:

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Heloisa Helena Barboza (Orientadora)

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Leonardo Mattietto

Faculdade de Direito da UCAM

Rio de Janeiro

2010

## **DEDICATÓRIA**

A Deus, meu criador; ao meu pai pelo apoio incondicional; à minha mãe e à minha irmã pela paciência; e ao David pelo suporte e perseverança.

## AGRADECIMENTOS

A elaboração desta dissertação para conclusão do tão desejado curso de mestrado em direito civil pela UERJ, além de horas de trabalho solitário, abdições e persistência, só se tornou possível com a ajuda de diversas pessoas que cercam a minha vida e que dela passaram a fazer parte para tornar este sonho real. Em um primeiro momento, contei com o apoio daquele sem o qual minha caminhada na busca do saber jurídico não teria sequer começado, meu pai, Horacio Francesconi de Lemos, que sempre nos meus devaneios acadêmicos me puxava para enfrentar os problemas fáticos e, a partir deles buscar a solução que melhor se adequasse à luz do ordenamento jurídico. Por isso, a escolha do tema surgiu com o enfrentamento profissional de diversos casos concretos envolvendo a responsabilidade hospitalar diretamente relacionada à atividade médica e à maneira como as escolhas dos pacientes – pessoa humana – são tratadas pelos médicos – detentores da *lexis artis*. Só a partir do empírico é que podemos construir um estudo sistemático e útil para os operadores do direito, unindo diversos ramos do saber, o Direito, a Medicina, a Ética, e ciências afins, indispensáveis no processo hermenêutico. Em razão dessa multidisciplinaridade, as conversas com diversos profissionais médicos, de diferentes especialidades, dermatologistas, radiologistas, hematologistas, clínicos, cirurgiões, cardiologistas, anestesistas, dentre eles meus primos e amigos, permitiram uma melhor compreensão da posição de todos os partícipes da relação médico-paciente. Após essa aproximação com aqueles que realmente lidam com os complicadores de informar ao paciente sobre suas moléstias e têm nas mãos o destino do ser humano, foram fundamentais os constantes diálogos com profissionais do direito, com quem compartilhei a ânsia de tentar encontrar respostas e chegar a conclusões acerca dos infundáveis questionamentos. A Heloisa Helena Barboza, minha orientadora, por despertar o prazer pelo estudo desse novo ramo, tão rico de indagações e poucas respostas, que o tornam cada vez mais intrigante – o Biodireito –, agradeço a dedicação, a paciência com que me escutava e tentava, sempre em conjunto, guiar meus pensamentos em busca do desenvolvimento de um trabalho preocupado com a dogmática sem me afastar, contudo, das transformações enfrentadas pelos institutos jurídicos à luz da perspectiva civil-constitucional. Aos professores Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Ricardo César Pereira Lira pelos sólidos ensinamentos. Agradeço aos meus amigos de mestrado e colegas da UERJ, a quem devo grandes debates, contribuições bibliográficas e o esclarecimento de questões controversas, em especial, a Úrsula Goulart, com quem compartilhei durante esses 30 meses de dedicação acadêmica minhas inquietações pessoais e profissionais e de onde nasceu uma verdadeira amizade. Agradeço a Anna Salles, que sempre se preocupou em ajudar a todos, por sua valiosa amizade, e ao Pedro Modenesi, que, quando eu estava desanimada, me mostrava a importância do tão almejado título de mestre. À minha primeira turma como professora contratada da UERJ, que me ensinou a refletir acerca de diversas questões, partindo das perguntas mais singelas, para as quais ainda não temos respostas. Agradeço também aos parceiros do escritório, à amiga e advogada Juliana Bittencourt, que me substituiu nos períodos de ausência, acompanhando meus processos, à Cristiani Tonelli, secretária eficiente e que de maneira diligente estava sempre me lembrando dos compromissos e me ajudando a preparar o material das aulas e dos trabalhos. Aos meus verdadeiros e antigos amigos que, mesmo na minha ausência em virtude dos trabalhos acadêmicos, sempre me apoiaram e incentivaram a continuar. À minha querida e amada irmã, Cynthia Lemos Rangel da Cunha, que não só me substituiu no escritório para que eu pudesse me dedicar aos estudos, suportando a maior carga dos trabalhos, mas é uma verdadeira

especialista em erro médico. À minha mãe, Leila Maria de Moura que, mesmo longe, intercedia por mim. Ao meu marido David Duarte Pereira Filho, amigo e companheiro, por sua paciência em dividir seu tempo e espaço com os incontáveis livros, sempre me estimulando. E a todos aqueles que, mesmo não diretamente citados, me deram esta oportunidade e acreditaram em mim.

## RESUMO

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*, 2010. 267f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

O estudo da relação médico-paciente vem ganhando novos contornos não só em razão dos avanços biotecnológicos e da massificação do serviço, mas, principalmente, pelos princípios que o norteiam, como o da dignidade da pessoa humana e o da autonomia, consagrados pela Constituição Federal de 1988. O enfoque do presente trabalho é o caráter predominantemente existencial da relação jurídica decorrente de contrato privado, regulado pelo Código Civil, pelo Código de Defesa do Consumidor, e por outras leis e normas deontológicas. Tal relação surge de um vínculo de confiança, *intuitu personae*, mediante remuneração entre o paciente e o médico. Isto porque o alvo do contrato de prestação de serviços médicos é a saúde, a dignidade e o bem-estar psicofísico e social do paciente, o que impõe uma releitura do tratamento jurídico da relação médico-paciente, de sua estrutura e função, não mais adstrita ao aspecto patrimonial vigente na ótica oitocentista. Passa-se de um vínculo de perfil lógico-autoritário para o perfil dialógico-consensual, em que predomina a liberdade de escolha do paciente. A autonomia do paciente é a mola propulsora dessa relação da qual decorrem diversos direitos e deveres extrapatrimoniais, com maior ênfase no dever do médico de informar. É a informação que permite ao paciente o exercício de sua autodeterminação, seu poder de decidir acerca da disposição de seu próprio corpo por meio da intervenção médica, que inclui serviços de diagnóstico, terapêuticos, cirúrgicos, preventivos e pesquisa em seres humanos. Só após o paciente ser devidamente esclarecido acerca de seu estado de saúde, do tratamento proposto, dos benefícios e riscos envolvidos, tempo de duração, custos e natureza do procedimento, dentre outros fatores, poderá dar ao médico seu consentimento informado para realização das ações médicas da qual será objeto. O consentimento livre e esclarecido do paciente constitui uma das dimensões mais importantes do princípio da autonomia e legitima o ato médico. A autonomia do paciente é tão relevante que sua inobservância pelo médico, independentemente da prática de erro médico, pode dar ensejo à sua responsabilização civil, por configurar por si só fato ou vício do serviço médico, o que lhe confere direito à reparação integral dos danos injustos sofridos, como vem sendo reconhecido pelos Tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Relação médico-paciente. Dignidade da pessoa humana. Autonomia existencial. Direito e dever de informar. Consentimento livre e esclarecido. Responsabilidade civil médica.



## ABSTRACT

The doctor-patient relationship studies have been acquiring a new parameter, not only due to the biotechnological advances or to the mass service of this activity, but mainly for the principles that underline such studies as the human dignity and autonomy, which are established in the Brazilian Constitution of 1988. The focus of this paper is the predominantly existential characteristic of the legal relationship arising from the private contract, regulated by the Civil Code, the Code of Consumer Protection, and other deontological rules and laws. This doctor-patient alliance is based on trust, *intuitu personae*, ensured by a fee, between the doctor and the client. It occurs because the aim of the contract for providing medical services is the patient's social and psycho-physical health, dignity and well-being, which requires a new concept for the doctor-patient relationship legal treatment, its structure and function, which is no longer restricted by the patrimonial aspect existing in nineteenth-century perspective. There is a transition from a logic-authoritarian to a dialogic-consensual profile, in which the patient's freedom of choice prevails. The patient's autonomy is the mainspring of this relationship from which many rights and obligations emerges, with a greater emphasis on the doctor's duty to inform. The information is what allows the patient to exercise their self-determination, its power to decide about its own body through medical intervention, including diagnosis, therapeutical, surgical services and preventive research on human beings. Only after being adequately informed about their health, the proposed treatment, benefits and risks involved, duration, cost and the nature of the procedure, among other factors, is when the patient might give the doctor its informed consent to perform the medical actions to which the patient is subjected to. The free and conscious consent of the patient is one of the most important dimensions of the autonomy principal and it makes the medical action legitimate. Patient autonomy has a paramount significance, therefore the physician's inobservance of this principle, regardless of the practice of medical error, can give rise to tort law by configuring alone tort or defect of form of the medical service, which confers the right to awards of damage unfairly suffered, as it has been recognized by the Brazilian Courts.

Keywords: Doctor-patient relationship. Human dignity. Existential autonomy. Right and duty to inform. Free and Conscious consent. Medical liability.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1</b>	<b>A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: EVOLUÇÃO, FUNÇÃO E ESTRUTURA .....</b>	<b>14</b>
1.1	<b>A evolução da relação médico-paciente .....</b>	<b>14</b>
1.2	<b>A natureza jurídica da relação médico-paciente: uma relação predominantemente existencial .....</b>	<b>23</b>
1.2.1	<u>Autonomia privada existencial .....</u>	<b>29</b>
1.3	<b>As normas aplicáveis ao contrato celebrado entre médico e paciente e sua estrutura .....</b>	<b>39</b>
1.3.1	<u>Os sujeitos da relação médico-paciente .....</u>	<b>54</b>
1.3.2	<u>A prestação de serviços médicos: objeto da relação .....</u>	<b>63</b>
1.3.3	<u>O vínculo jurídico: obrigação de meio e de resultado .....</u>	<b>68</b>
<b>2</b>	<b>DIREITOS E DEVERES NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE .....</b>	<b>81</b>
2.1	<b>A informação e a não informação como garantidores da autonomia do paciente .....</b>	<b>86</b>
2.2	<b>A possibilidade de o paciente recusar tratamento e intervenção médica .....</b>	<b>107</b>
2.3	<b>O sigilo médico para preservação da confidencialidade e da privacidade do paciente .....</b>	<b>113</b>
<b>3</b>	<b>CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO .....</b>	<b>119</b>
3.1	<b>Conceito, forma e validade do consentimento livre e esclarecido .....</b>	<b>119</b>
3.2	<b>Previsão normativa do consentimento livre e esclarecido .....</b>	<b>129</b>

3.2.1	<u>Doação de órgãos de pessoa viva</u> .....	131
3.2.2	<u>Técnicas de reprodução assistida</u> .....	134
3.2.3	<u>Disposição do corpo para pesquisa e experimentação</u> .....	139
3.3	<b>Dispensa do consentimento livre e esclarecido</b> .....	143
4	<b>RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR</b> .....	148
4.1	<b>A responsabilidade civil decorrente da relação médico-paciente</b> .....	148
4.2	<b>A responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar</b> .....	177
4.2.1	<u>Excludente de responsabilidade civil médica decorrente do dever de informar</u> .....	194
4.2.2	<u>O posicionamento jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar</u> .....	196
5	<b>CONCLUSÃO</b> .....	205
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	208
	<b>ANEXO I – Ementas de Jurisprudência</b> .....	231

## INTRODUÇÃO

A relação médico-paciente sofreu, ao longo dos anos, diversas modificações, não só em razão dos avanços tecnológicos, da impessoalidade que vigora nos dias atuais em virtude da massificação da prestação do serviço, como também pela maior preocupação do ordenamento jurídico com a pessoa humana, o alvo dessa relação, sua qualidade de vida e o exercício de sua autonomia.

A preocupação da doutrina e jurisprudência sempre foi a de definir se a relação médico-paciente é contratual ou extracontratual e se a obrigação é de meio ou de resultado, o que trazia implicações na seara da responsabilidade civil do médico e no ônus da prova.

No entanto, mais importante do que estabelecer o caráter contratual da relação médico-paciente é pontuar que, diferentemente das demais relações contratuais de caráter estritamente patrimonial, tal relação objetiva um valor existencial: a tutela da pessoa humana, sua integridade física e moral, estando informada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. E é a pessoa por trás do sujeito de direito da relação que merece tutela integral, especialmente quanto à sua autonomia privada, seu direito de escolha.

Por essa razão, os negócios jurídicos que tratam de aspectos existenciais como a relação médico-paciente, que tem base na ciência médica e se compromete com o direito fundamental à saúde, o bem-estar e à dignidade do paciente, devem ter um regulamento especial, diferentemente do aplicado aos que têm caráter predominantemente patrimonial.

Essa diferenciação em razão do interesse jurídico tutelado faz com que tal relação jurídica seja analisada sob outro enfoque, não mais pelo aspecto do ter, mas do ser, o que acarretará tratamento especial em relação aos negócios patrimoniais.

O direito civil vem sofrendo um fenômeno denominado despatrimonialização ou repersonalização, superando a concepção individualista, que vê o patrimonialismo como um fim em si mesmo. E isso tem ocorrido, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, que confere à dignidade da pessoa humana o *status* de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III).

A consagração da pessoa humana como valor máximo do ordenamento jurídico e a necessidade de sua tutela integral e privilegiada fizeram com que as situações jurídicas existenciais ganhassem grande relevo.

Em consequência, as relações existenciais merecem maior atenção do aplicador do direito, que terá a árdua tarefa de estabelecer os princípios e regras que as regulam dentro de um sistema ainda permeado pelo patrimonialismo.

É necessário, portanto, analisar de que maneira está regulamentada a relação médico-paciente, perante a atual ordem jurídica, para, em seguida, propor uma revisão do tratamento desta relação, sua função e estrutura, partindo dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada.

O foco do presente trabalho é a relação jurídica decorrente de contrato privado, regulado pelo Código Civil, pelo Código de Defesa do Consumidor e por outras leis e normas deontológicas que surgem de um vínculo de confiança, *intuitu personae*, entre o paciente e o médico. Nesta hipótese, o médico atua, mediante remuneração, como profissional liberal, prestando serviços técnicos e científicos especializados atinentes à saúde do paciente, sua integridade psicofísica.

É importante fazer essa ressalva para delimitar o campo de estudo do presente trabalho, pois a ênfase é no setor privado e no profissional liberal autônomo, o que reflete na forma como surge a relação médico-paciente, no tratamento jurídico aplicado e na responsabilidade civil do profissional.

No primeiro capítulo, após breve análise da evolução da relação médico-paciente, estritamente ligada à responsabilidade médica, e da mudança do perfil lógico-autoritário para o perfil dialógico-consensual do vínculo, busca-se enquadrar a relação em apreço, restrita aos profissionais liberais médicos, como algo predominantemente existencial.

A leitura pelo viés existencial interfere diretamente no tratamento jurídico dessa relação regida por normas jurídicas (regras e princípios) e deontológicas, influenciadas por vários campos do saber (direito, medicina, filosofia etc.), o que torna necessário um estudo multidisciplinar, com reavaliação da estrutura do contrato, dos sujeitos que a compõem, do objeto, do vínculo jurídico e dos requisitos de validade do negócio.

O caráter existencial da relação médico-paciente faz nascer diversos direitos e deveres tanto para o médico quanto para o paciente (direito do paciente ao sigilo, à recusa do tratamento médico, direito à informação e de não ser informado, seu dever de informar ao médico, o dever do médico de informar, de manter sigilo, de se abster, de dar cuidado, de não agir de forma abusiva, o direito do médico de exercer sua autonomia, dentre outros). Esses direitos ganham especial proteção por tratar-se da saúde, da vida humana, do poder de autodeterminação do paciente, sua autonomia privada, suas escolhas em relação à disposição de seu próprio corpo.

O segundo capítulo é dedicado a esses direitos e deveres extrapatrimoniais que decorrem da relação médico-paciente, com ênfase na informação, pois guarda relação direta com a autodeterminação do paciente, com o exercício de sua autonomia privada, que garante a salvaguarda de sua dignidade humana e legitima o ato médico.

A informação concretiza o princípio da boa-fé e da transparência, permite a liberdade do paciente de contratar, de escolher o médico, o tratamento, o tempo e o modo da prestação, a liberdade de decidir sobre um tratamento ou outro, a liberdade de acesso aos documentos médicos, exames, segundo seus próprios valores e concepções religiosas, culturais. Enfim, o poder de decidir se desejam ou não o tratamento ou a intervenção médica proposta.

Ao lado do dever de informar do médico, está a necessidade do paciente de expressar seu consentimento no tocante às práticas a serem empregadas, o que encontra amparo no ordenamento jurídico e no Código de Ética Médica. Não basta o consentimento meramente formal do paciente; o consentimento tem de ser livre e esclarecido, pois deve refletir o exercício da real autonomia, isto é, o consentimento do paciente para a prática do ato médico se dará após devidamente informado e esclarecido, o que será abordado no terceiro capítulo.

O poder de autodeterminação do paciente, componente de sua dignidade, pode ser sintetizado na expressão “consentimento informado ou consentimento livre e esclarecido”, expressão máxima do princípio da autonomia, atrelada ao seu direito de informação positivado no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal e no artigo 6º, inciso III, do CDC.

A preocupação não está adstrita apenas ao dever de cuidado, de abstenção e de informação do médico, mas também ao direito do paciente de escolher um tratamento específico, de ser objeto de experimentação, de recusar um tratamento, de dispor de seu corpo. E quais seriam as consequências do descumprimento dos deveres médicos no que tange à autonomia privada do paciente?

A autonomia do paciente em relação à disposição de seu próprio corpo, de partes dele só pode ser exercida quando há o cumprimento do dever de informar do médico e a obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente.

Por isso, no último capítulo, o estudo se refere à responsabilidade do médico pelo descumprimento de seu dever extrapatrimonial de informar e obtenção do consentimento livre e esclarecido atrelado ao cumprimento de sua prestação principal, seja diagnóstica, terapêutica, preventiva ou cirúrgica.

Em abono à relevância da questão posta, apresenta-se o posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Superiores e de alguns Tribunais de segunda instância que, em

reconhecimento à autonomia do paciente e em respeito ao seu poder de decidir acerca do destino de seu próprio corpo, de sua vida, têm-se posicionado a fim de responsabilizar o médico pela falha no dever de informar e na obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente.

O direito ao próprio corpo assume papel de destaque no biodireito, haja vista o direito do paciente à integridade física e psíquica, direito personalíssimo, indisponível, que deve ser respeitado na relação médico-paciente e pelo Estado.

A análise da responsabilidade civil do médico pelo dever de informar pretende equacionar o problema da falta de diálogo do médico com o paciente na esperança de que não se esmoreçam os mecanismos de combate à má prática médica e, assim, contribuir para a conscientização das partes que compõem a relação garantindo, dessa forma, a autonomia do paciente e o exercício legítimo da medicina.

# 1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: EVOLUÇÃO, FUNÇÃO E ESTRUTURA

## 1.1 A evolução da relação médico-paciente

O presente trabalho não tem a intenção de perpassar toda a história que fez com que, hoje, haja maior aproximação entre o médico e o paciente, mas entender o que permitiu que uma relação com perfil lógico-autoritário evoluísse para o perfil dialógico-consensual do vínculo e as consequências na seara da responsabilidade civil referente à autonomia do paciente.

A necessidade do ser humano de preservar sua vida atrela-se ao cuidado de sua saúde, o que ocorre desde os primórdios, já que as doenças e as dores nasceram juntamente com ele. Quando o homem era acometido por doenças demandava o uso de determinadas práticas necessárias para prolongar a vida terrena.

A figura do médico, em tempos mais remotos, estava associada à noção religiosa, mística, de curandeirismo, cuja ação era calcada em respostas divinas e com respaldos empíricos, desprovido de qualquer fundamentação racional. A medicina era considerada a arte de curar, não havia conhecimento da etiologia da doença, vigorava a total inconsciência do modo pelo qual o organismo humano reagia aos processos de cura. Por isso, o médico era visto como um mago ou sacerdote, com poderes sobrenaturais de cura, e não como um profissional dotado de conhecimento técnico-científico.<sup>1</sup>

Não havia normas regulando o comportamento profissional do médico, muito menos punição para os que causavam prejuízos ao ofendido, até porque seria desarrazoado responsabilizar o médico que apenas participava de um ritual, deixando eventuais desvios a cargo da vingança pessoal.

O Código de Hamurabi, elaborado por volta de 1700 a.C., é considerado o primeiro documento a tratar da prática médica e das punições que o erro médico ensejava. O artigo 215 do Código previa o pagamento ao médico pelo sucesso do procedimento, e os artigos 218 e 219 introduziram uma espécie de responsabilização do médico, pois adotava a pena do Talião (“olho por olho, dente por dente”<sup>2</sup>), e cominavam penas severas como a amputação da mão do

---

<sup>1</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

<sup>2</sup> Aproximadamente no século XII a.C., o povo de Israel tinha suas próprias leis morais e justas, nas quais se incluía a justiça com as próprias mãos, quem o mal fazia, o mal também recebia, conforme se destaca no versículo 24 (vinte e quatro) do capítulo 21 (vinte e um) do livro de Êxodo: “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé.” BÍBLIA. Português. *Bíblia de Estudo Pentecostal*. Trad. por João Ferreira de Almeida. Flórida: CPAD, 1995, p. 151.



cirurgião caso o paciente, homem livre, sucumbisse ou perdesse a visão; e, se escravo, o cirurgião pagaria um preço.

Mas há relatos de que antes mesmo desse Código havia, no terceiro milênio da era pré-cristã, um corpo de leis que previa a responsabilidade médica (leis do rei Ur-Namu – 2111-2084 a.C, código de Lpsit Istar de Isin – 1934-1924 a.C, e as leis de Esshnumma – 1875-1784 a.C).<sup>3</sup>

No Egito, os médicos eram tratados como sacerdotes e gozavam de alta posição social, suas condutas deviam se pautar no “Livro Sagrado”, que continha todas as regras da ciência médica a serem observadas no exercício profissional, sob pena de serem punidos em caso de sua inobservância. Se o médico se afastasse da *lexis artis* e resultasse na morte do paciente, sua pena era capital.

Em Roma, a atuação do médico tinha caráter servil, e todas as grandes famílias possuíam um médico de confiança, que, em caso de erro, sofria, inicialmente, vingança privada e, posteriormente, as penalidades impostas pelo poder público. A relação médico-paciente era vista como contrato consensual, na forma de arrendamento de serviços.

Os princípios gerais de responsabilidade civil foram traçados na Lei das XII Tábuas, por volta do ano 452 a.C.; nessa época, o indivíduo era reconhecido pelos créditos que possuía. Prova disso é o fato de a lei permitir a morte e o acorreamento de seres humanos como manifestação da justiça nas hipóteses em que devedores não saldassem suas dívidas, era a *legis actio per manus iniectioem*. A transição da responsabilidade pessoal para responsabilidade patrimonial verificou-se com o surgimento da *lex poetelia papiria*, no ano de 326 a.C.

Em relação à profissão médica, apenas no Império de Augusto (27 a.C) passou a ser tratada de forma diferente. A Lei Cornélia previu alguns delitos decorrentes da prática da profissão médica e as penas cominadas. No entanto, foi a *Lex Aquilia de damno*, século III a.C, que introduziu a noção de culpa como pressuposto do dever de indenizar, estabelecendo espécies de delitos e consagrando a ideia de reparação pecuniária do dano.

No século V a.C., na Grécia, surgiram as primeiras escolas médicas dissociadas da medicina sacerdotal, inaugurando uma nova era por intermédio de Hipócrates, considerado o pai da medicina.

Hipócrates formulou o documento mais significativo da Antiguidade, o *Corpus Hippocraticum*, que consiste na reunião de mais de 50 tratados contendo noções de medicina

---

<sup>3</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24-25.

não apenas empírica, mas permeada de elementos racionais e científicos e de elementos deontológicos.

A responsabilidade do médico para os platônicos e aristotélicos dependia de culpa e deveria ser analisada por perito na matéria e por um colegiado de médicos.

O juramento que Hipócrates, invocado até hoje, destaca a dedicação do médico ao doente, a boa prática da medicina e a busca incessante do conhecimento, influenciando a forma como se desenvolve a relação médico-paciente.

No paternalismo hipocrático,<sup>4</sup> o médico decidia sozinho, não havia uma relação de parceria terapêutica, em que o profissional compartilha decisões com aquele que é diretamente afetado por elas. Apenas o médico, detentor dos conhecimentos de medicina, tinha condições de decidir; o paciente era considerado incapaz de entender as peculiaridades do tratamento médico, seu diagnóstico, até pela sua condição débil em razão da doença.

Com o surgimento das universidades, já no século XIII, as formas de responsabilidade começaram a se alterar. A medicina ganhou contornos científicos, refletindo, com isso, na forma de avaliar o erro e a culpa do profissional médico. Surgiram as corporações de médicos, o que lhes permitiu obter várias formas de proteção legal.

A saúde foi ganhando cada vez mais regulamentação estatal, inclusive, passou a ser exigida a obtenção de diplomas em universidades.

Na época moderna, foi na França que se estabeleceram as primeiras normas codificadas acerca da responsabilidade médica pelos resultados de má prática profissional ou erro inescusável. Lá também se desenvolveu forte doutrina e jurisprudência acerca do tema, com repercussão em vários países, inclusive no Brasil.

No século XIX houve um pequeno retrocesso no tocante à responsabilidade do médico por dano cometido por imperícia, pois a Academia de Medicina de Paris, em 1829, imputou ao médico apenas a responsabilidade moral e não pecuniária, salvo falta grave, inescusável, advinda de erro grosseiro. Mas, a partir de 1832, o tribunal francês consolidou a responsabilidade médica com o julgamento do caso do Dr. Hélié de Dromfront que, por erro médico, ao realizar o parto da Sra. Foucault, em vez de retirar o feto, amputou-lhe dois

---

<sup>4</sup> “Desde os tempos de Hipócrates até os nossos dias, busca-se o bem do paciente, ou seja, aquilo que, do ponto de vista da medicina, se considera benéfico para o paciente, sem que esse em nada intervenha na decisão. Esse tipo de relação, apropriadamente chamada de paternalista, atribui ao médico o poder de decisão sobre o que é melhor para o paciente. Similar à relação dos pais para com os filhos, foi durante longo tempo considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao enfermo sua capacidade de decisão como pessoa adulta”. BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 1, n. 2, jul./dez. 2004, p. 7.

membros, motivo pelo qual foi condenado a pagar à família a importância vitalícia de 200 francos.<sup>5</sup>

No Brasil, a medicina só passou a ser considerada como ciência após a vinda da Corte Portuguesa, pois antes predominava o exercício da arte curativa. A relação médico-paciente não era regulada de forma sistemática, havendo leis, costumes e até mesmo normas religiosas sobre o exercício da medicina.

Brunello Souza Stancioli<sup>6</sup> divide o estudo histórico da relação médico-paciente no Brasil em três fases: i) fase pré-científica (dos primórdios da civilização até a vinda da Corte Portuguesa para o Brasil), caracterizada pelo exercício indiscriminado da arte curativa em que eram considerados médicos diversas pessoas, tais como: religiosos, feiticeiros, físicos, com influência indígena, africana, ibérica.<sup>7</sup> O controle da medicina era feito de forma secular e eclesiástica-inquisitorial, com a figura do cirurgião-mor e físico-mor; ii) fase de transição,<sup>8</sup> que compreendeu a chegada de D. João VI no Brasil até a proclamação da República, passando pela criação, em 1830, da Sociedade Brasileira de Medicina e Cirurgia no Brasil e, em 1841, no Rio de Janeiro, do primeiro hospital de doentes mentais; em 1866 foi criada a Escola Tropicalista Baiana, com forte influência francesa em razão de intensa lusofobia que se instalou. Essa fase foi marcada pelo modelo médico sanitário trazido pelos médicos franceses e americanos, após o advento da República; e iii) fase positivista, marcada pela influência do positivismo e pela constituição da medicina calcada no cientificismo.

Destaca-se que, na última fase apontada por Brunello Stancioli, a medicina se aproxima do Estado; surge uma medicina social, em que o Estado passou a ter o controle do indivíduo-paciente, que não era mais sujeito de seu próprio tratamento, não possuindo autonomia para decidir. Era a ordem médica que detinha o total saber do corpo e da moral humana.<sup>9</sup>

O primeiro diploma legal no Brasil que previu a responsabilidade dos profissionais liberais ligados à área médica foi o Código Penal de 1890 (artigos 296 a 306) e, posteriormente, no campo privado, o Código Civil de 1916, que estabeleceu a

---

<sup>5</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 36-37.

<sup>6</sup> STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Coord. por João Baptista Villela. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>7</sup> As Ordenações Manoelinas reprimiam práticas curativas denominadas de feitiçaria, assim como as Constituições do Arcebispado da Bahia que impediam diversas manifestações mágicas usadas para curar e as Ordenações Filipinas, que restringiam o uso de determinados materiais utilizados como medicamentos.

<sup>8</sup> O Decreto nº 33, de 27 de julho de 1813, consagrou o conhecimento popular como oficial.

<sup>9</sup> Foi nessa fase da medicina positivista que foi criado o Código Sanitário, Decreto nº 233, do Estado de São Paulo, de 2 de março de 1891, visando coibir o surto de doenças da época, como febre amarela, e o Decreto nº 219 do Estado de São Paulo, que permitia a morte “higienicamente correta.” Em 1891, como medida profilática, a vacinação passou a ser obrigatória por meio da Lei nº 13, de 17 de novembro, e da Lei nº 12, de 13 de novembro.

responsabilidade civil dos médicos no artigo 1.545, atual artigo 951 do Código Civil de 2002.<sup>10</sup>

Na passagem do século XIX para o século XX houve forte alteração da relação médico-paciente. O médico visto como onisciente, o médico de família, conselheiro, amigo, que detinha a confiança do paciente e incontestável quanto ao exercício de seu mister, o que afastava dúvidas sobre a qualidade de seus serviços e a litigância sobre eles, passou a ser tratado com mais distância, haja vista os avanços científicos, as especializações em áreas estanques.

Por isso, observando a evolução histórica da atividade médica e da própria responsabilidade do médico, é possível verificar que a relação médico-paciente passou, ao longo dos séculos, por diversos modelos, os quais, de acordo com José Roberto Goldim e Carlos Fernando Francisconi,<sup>11</sup> podem ser sistematizados em quatro: i) modelo sacerdotal, baseado na tradição hipocrática, que assume uma postura paternalista com relação ao paciente, ou seja, cabe ao médico, em nome da beneficência, a decisão acerca do tratamento do paciente;<sup>12</sup> ii) modelo engenheiro, que coloca o poder de decisão no paciente, no qual o médico assume o papel de repassador de informações e executor das ações propostas pelo paciente; iii) o modelo colegial, em que se compartilha de forma igualitária a tomada de decisão; e iii) modelo contratualista, pelo qual o médico preserva a sua autoridade, enquanto detentor de conhecimentos e habilidades específicas, assumindo a responsabilidade pela tomada de decisões técnicas, mas também há participação ativa do paciente, numa troca constante de informações.

A ciência é dinâmica e a cada momento surgem novos conhecimentos, novas descobertas, novas técnicas, tornando obsoletas as anteriores; há uma evolução rápida, globalizada, e não uniforme.

Os constantes avanços da Medicina provenientes do desenvolvimento biotecnológico<sup>13</sup> criam para os pacientes novas possibilidades de tratamentos para melhorar a qualidade de vida, para prolongá-la.

---

<sup>10</sup> “Artigo 951. O disposto nos artigos 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.”

<sup>11</sup> GOLDIM, José Roberto, FRANCISCONI, Carlos Fernando. Modelos de relação médico-paciente. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/relacao.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

<sup>12</sup> A palavra “paciente”, inicialmente, foi utilizada com conotação de passividade, aquele que se sujeitava à ação terapêutica. Sua origem é grega e significa “aquele que sofre”. Entretanto, o termo paciente provém de sofrimento, molesto, afetado negativamente por uma enfermidade, e não tem qualquer conotação de passividade ou de dependência (nem com ter paciência, esperar passivamente, deixar-se levar, submeter-se ou agir pacientemente).

<sup>13</sup> A biotecnociência pode ser definida como: “o conjunto interdisciplinar e integrado de saberes teóricos, habilidades tecnocientíficas e aplicações industriais referentes a sistema e processos vivos chamados biotecnologias.” SCHARAMM,

As resultantes desses fatos interferem de modo direto na relação médico-paciente, pois no dia a dia com o paciente e seus familiares uma infinidade de possibilidades suscita esperanças e ilusões, afetando as decisões do paciente acerca dos procedimentos utilizados que se caracterizam por serem definitivos e irreversíveis.

Ao lado desses avanços, ocorre a massificação da medicina e dos serviços de saúde em geral, não só pela imposição do sistema público de saúde, como das grandes clínicas e hospitais particulares conveniados ou credenciados por planos de saúde que exercem uma hegemonia no mercado.

Essas mudanças também afetam diretamente a relação médico-paciente. A figura do antigo médico de família, do temor reverencial ao profissional, do respeito, da confiança e a humildade do paciente, tende a desaparecer e, com isso, o paciente se distancia do médico.

Ocorre a despersonalização da relação entre o profissional de saúde e o paciente, o médico passa a ter uma relação desprovida de qualquer afeição ou consideração, episódica, rápida, pontual com o paciente e, em seus ligeiros atendimentos, limita-se a diagnosticar e a prescrever; não busca o histórico de antecedentes do paciente, o seu perfil e anamnese.

A relação passou a ser tratada pela ótica da relação de consumo. O paciente transformou-se em consumidor, mais consciente de seus direitos e exigente quanto aos resultados; o médico tornou-se prestador de serviços, a quem foram impostos mais deveres.

É fundamental em uma sociedade democrática a perda do temor reverencial médico, pois o paciente não mais pode assumir a posição de sujeição como se a relação fosse polarizada, mas merecem ser resgatados a confiança e o respeito ao profissional, os direitos e deveres de ambas as partes. O médico e o paciente não podem assumir posição de adversários, mas de colaboradores, com a prevalência do diálogo típico da relação obrigacional dinâmica.

A consequência dessa evolução na relação médico-paciente foi o aumento do número de ações de responsabilidade civil, até mesmo em hipóteses que não configuram erro médico, mas descumprimento de outros deveres relacionados à prestação principal como o dever de informar.

A forma como o médico se relaciona com o paciente depende de como este profissional exerce sua atividade médica, pois ele pode desenvolver seu mister de diversas maneiras e para várias pessoas com diferentes vínculos.

A prestação do serviço médico, de acordo com a maneira que é executada e para quem, apresentará uma situação jurídica diferenciada, inclusive com a incidência, conforme o caso, de normas jurídicas diversas, e até mesmo do órgão jurisdicional que apreciará as demandas envolvendo conflito médico, se justiça comum ou especial (trabalhista), estadual ou federal.

A assistência à saúde no Brasil é desempenhada, conforme previsto na Constituição Federal (artigos 196 e 197), por um sistema misto, composto por agentes públicos e privados.

O Estado tem o dever de garantir a todos a saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de conferir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, o que fará diretamente ou por meio de terceiros. O desenvolvimento desses serviços é facultado à iniciativa privada, na qual são prestados por profissionais liberais autônomos, legalmente habilitados, ou pessoas jurídicas de direito privado (planos privados, seguros privados, hospitais, clínicas).

As ações e serviços de saúde podem, portanto, ser prestadas e executadas de diversas formas, isolada ou conjunta, temporária ou permanente, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou de direito privado regulados pela Lei nº 8.080/90, que institui o Sistema Único de Saúde, constitucionalmente previsto.

O médico poderá assumir várias posições: empregado, empresário, sócio de sociedade, associado, conveniado, profissional liberal, servidor público estadual ou federal, contratado temporário pelo poder público, militar, ou até mesmo ocupar todas essas posições<sup>14</sup> ao mesmo tempo.

É cada vez mais frequente a figura de um intermediário entre o paciente e o médico, como hospitais, clínicas, laboratórios, planos e seguros de saúde, cooperativas médicas, que prestam ao paciente serviços de saúde. A grande maioria dos pacientes não escolhe diretamente os prestadores de serviços médicos, pois, ou se utilizam do serviço público ou são reembolsados pelo plano de saúde; apenas uma pequena parcela contrata serviços particulares e os paga diretamente.

O médico empregado é aquele que presta serviço para uma pessoa a quem está vinculado hierarquicamente, com subordinação econômica, habitualidade, mediante o pagamento de um salário. Essa relação de emprego é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 3º), além de outras leis especiais que regulam a jornada de trabalho e a

---

<sup>14</sup> MONTESSO, Cláudio. Direitos trabalhistas do médico e os deveres das instituições. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 381-400.

remuneração<sup>15</sup> regida, portanto, pelo Direito do Trabalho e não pelo Direito Civil. Todavia, apesar do vínculo empregatício, mantém sua tecnicidade e autonomia no desenvolvimento de sua atividade<sup>16</sup> e estabelece uma relação com seu paciente, respondendo por seus atos profissionais.<sup>17</sup>

Existem situações em que os médicos se unem a outros médicos para a consecução de trabalhos afins e para a divisão da arrecadação, formando uma associação,<sup>18</sup> ou uma cooperativa.<sup>19</sup> A relação do médico com a cooperativa é de associação profissional que ocorre de maneira espontânea, e os médicos atendem as pessoas que contratam os serviços de cooperativa, que pagam os preços que a cooperativa fixa para sua remuneração.

Além disso, apesar de o médico prestar serviço resultante de atividade intelectual, quando opera, faz diagnóstico, aplica uma terapia, pode exercer suas respectivas especialidades médicas de forma organizada por meio de uma sociedade simples (artigo 966, parágrafo único, do Código Civil).<sup>20</sup> A sociedade vai-se limitar ao exercício da atividade da profissão intelectual de cada sócio, ainda que se valham do concurso de auxiliares (atendentes e enfermeiras, por exemplo). O médico também pode constituir uma sociedade empresarial juntamente com outras pessoas, o que se tem tornado comum não só para evitar a criação de vínculo empregatício como para obter benefícios tributários.

Nos casos em que há a figura de uma pessoa jurídica, além da relação pessoal do paciente com o médico, há a relação do paciente com a pessoa jurídica, com quem é feito o contrato de prestação de serviço.

O profissional médico pode prestar serviço para a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, fundações públicas, na qualidade de servidor público ou empregado público (artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988), ou como contratado por prazo

---

<sup>15</sup> Algumas leis regulam a remuneração e a jornada de trabalho dos profissionais médicos como, por exemplo, a Lei nº 3.999/61, que trata especificamente do salário mínimo do profissional médico empregado, bem como da jornada de trabalho, e a Lei nº 7.394, de 20.10.1985, referente ao serviço de radiologia.

<sup>16</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM nº 1.642/2002. Define os princípios que as empresas de seguro-saúde, de medicina de grupo, cooperativas de trabalho médico, empresas de autogestão ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares devem seguir em seu relacionamento com os médicos e usuários. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1642\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1642_2002.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>17</sup> Quando o médico empregado causa danos ao paciente aplica-se a responsabilidade civil do empregador pelo ato de seus funcionários, prevista no artigo 932, inciso III, do Código Civil, o que não afasta sua responsabilidade, que se dá de forma solidária, conforme dispõe o artigo 942, parágrafo único do Código Civil. Além disso, aplicável o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>18</sup> O Código Civil regula a forma de associação, espécie de pessoa jurídica, no artigo 44, inciso I, e nos artigos 53 a 61.

<sup>19</sup> As cooperativas têm previsão no artigo 982, parágrafo único, 983, parágrafo único, e 1.093 a 1.096, todos do Código Civil, e são reguladas pela Lei nº 5.764/71 não se aplicando a Consolidação das Leis do Trabalho, conforme disposto em seu artigo 442.

<sup>20</sup> CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 42-43.

determinado para atender à necessidade temporária ou de excepcional interesse público (artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988), ou por terceirização, como, por exemplo, a contratação desse profissional pelo Estado por intermédio de empresas prestadoras de serviço ou por parcerias público-privadas. Dependendo do caso, incidirá o estatuto do servidor público, ou a CLT, ou outras regras de direito administrativo. A prestação de serviços médicos pelo Poder Público resulta do fato de a saúde ser direito de todos e obrigação do Estado, cujo dever é garanti-la.

No entanto, tem-se verificado forte crise da saúde pública decorrente de problemas de verbas necessárias para o atendimento das necessidades da população, falta de unidades de atendimento, de infraestrutura, de material, de mão de obra qualificada, o que se reflete na responsabilidade do Estado pela falha na prestação de serviço médico.

Há, também, os médicos que integram os serviços de saúde das Forças Armadas, militares, e que tem regimento por legislação própria (Lei nº 6.681/79).

A relação entre o paciente, usuário, atendido por médico servidor público, empregado público, contratado pelo Estado, a despeito de ter de observar normas de direito civil e normas deontológicas (Código de Ética Médica<sup>21</sup> e Resoluções dos Conselhos Federais e Regionais de Medicina), se submete à aplicação de normas de direito público que regulam a forma de prestação do serviço e a responsabilidade do Estado pelos danos causados por esses médicos, agentes públicos (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988). A relação do usuário com o Poder Público ou com o prestador de serviço é defendida por alguns juristas como predominantemente de natureza legal ou administrativa e não convencional, a despeito daqueles que sustentam em algumas situações o caráter estritamente contratual do vínculo, havendo controvérsia quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor.<sup>22</sup>

Como de início observado, o enfoque do presente trabalho é a relação jurídica decorrente de contrato privado, regulado pelo Código Civil, pelo Código de Defesa do

---

<sup>21</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

<sup>22</sup> A doutrina diverge acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor para regular os serviços públicos (artigo 4º, inciso VII, artigo 6º, inciso X, e artigo 22, todos do CDC, e artigo 37, § 3º, da Constituição Federal de 1988), o que fez nascer, conforme bem exposto por Alexandre dos Santos Aragão, três teorias: a privatista para a qual aplica-se o CDC para os serviços públicos industriais ou comerciais financiados e remunerados pelo particular que dele usufrui, principalmente quando delegados para particular; a teoria publicista, segundo a qual é o direito público que rege a relação entre o particular e o prestador do serviço público; e a teoria mista que admite o influxo de ambas as normas. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidade e limites da aplicação do CDC. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 60, p. 27-49, 2006. A respeito da natureza jurídica do vínculo entre usuários e o serviço público, do qual se inclui os serviços de saúde, mas cuja tendência tem sido pelo reconhecimento de um vínculo de direito público, estabelecido e disciplinado pela lei, e também sobre o regime jurídico a que estão submetidos os usuários de serviço público e sua identificação como consumidor, ver PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 83-242, *passim*.



Consumidor, e outras leis e normas deontológicas, e que surge de um vínculo de confiança, *intuitu personae*, entre o paciente e o médico. Nessa hipótese, o médico atua, mediante remuneração, como profissional liberal, prestando serviços técnicos e científicos especializados atinentes à saúde do paciente, à sua integridade psicofísica.

Entretanto, o médico, independente do vínculo que mantém com o paciente, deve observar determinadas condutas, ou seja, cumprir determinados deveres decorrentes do exercício de sua atividade e respeitar os direitos do paciente atinentes à sua autonomia, à dignidade humana.<sup>23</sup>

## 1.2 A natureza jurídica da relação médico-paciente: uma relação predominantemente existencial

O estudo da natureza jurídica da relação médico-paciente não tem a intenção de estabelecer mera classificação didática desse tipo de situação jurídica,<sup>24</sup> abordá-la de forma genérica e abstrata. Ao revés, o que se procura é definir sua função e estrutura, seus efeitos, a forma de exercício, os interesses envolvidos, os valores que permeiam internamente tal relação, considerando a concretude das circunstâncias nas quais ela se desenvolve. O objetivo é permitir a identificação das normas e princípios que serão aplicados para garantir a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada sob a qual esta relação se forma.

As situações jurídicas podem se apresentar de diversas formas, ora como direito subjetivo, ora como direito potestativo, interesse legítimo, ônus, obrigação, dependendo do aspecto fático-jurídico que assume.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> “A momentânea falta de liberdade do usuário ou paciente no exercer o direito de escolher, de indicar, o outro contratante não desobriga o profissional no que concerne aos deveres que constituem a base em que se erige a bioética, como, por exemplo, o dever de informar, de respeitar a autonomia do paciente usuário do serviço.” SZTAJN, Rachel. Autonomia e heteronomia na relação entre profissional/usuários de serviços e ações de saúde e as declarações de vontade viciadas. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, v.36, n.110, p. 22-31, abr./jun. 1998.

<sup>24</sup> A situação jurídica surge como o culminar de todo o processo de realização do direito, integrando a localização das fontes, a interpretação e a aplicação e, segundo António Menezes Cordeiro, “é o produto de uma decisão apropriada, correspondendo ao acto e ao efeito de realizar o Direito, resolve um caso concreto.” A situação jurídica assume relevante importância, pois é nela que ocorre o Direito e nela que se verifica a atuação própria da Ciência do Direito, no seu momento concretizador. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2007, p. 303.

<sup>25</sup> Pietro Perlingieri aponta, basicamente, cinco aspectos das situações subjetivas: 1) efeitos – toda situação encontra sua origem em um fato, voluntário ou natural, juridicamente relevante; 2) interesse – a situação é um interesse (patrimonial ou existencial) que, essencial sua existência, constitui o seu núcleo vital; 3) exercício – para o exercício da situação é preciso a manifestação de vontade de um sujeito, não necessariamente do titular de um direito (ex. tutor); 4) função - importante para qualificação da situação, isto é, para determinação da sua função no âmbito das relações sociojurídicas. O interesse é tutelado quando atende não só o interesse do particular, mas também da coletividade; 5) normativo – atribui relevância jurídica à situação. Neste aspecto a situação constitui norma de conduta que pode significar atribuição ao sujeito do poder de realizar ou

As relações jurídicas<sup>26</sup> decorrem de um vínculo existente entre pessoas ou grupo de pessoas, são disciplinadas pelo direito e delas se extraem poderes e deveres mercedores de tutela. Essas relações podem surgir de um fato jurídico<sup>27</sup> decorrente ou não da vontade humana, de um ato jurídico *stricto sensu*,<sup>28</sup> de um negócio jurídico<sup>29</sup> ou ato-fato.<sup>30</sup>

A relação do ser humano com seu próprio corpo apresenta, segundo Heloisa Helena Barboza,<sup>31</sup> duplo aspecto: i) unilateral, que envolve a disponibilidade sobre o próprio corpo, ou seja, sobre o alcance da autonomia da vontade no que concerne ao próprio corpo físico; ii) bilateral considera a atuação de outra pessoa sobre um corpo que não o seu.

A atuação do médico no corpo do paciente se enquadra nesse segundo aspecto, bilateral, que acaba por remeter a profundas indagações de ordem jurídica e ética dada a natureza do bem envolvido, a pessoa humana.

A relação médico-paciente apresenta algumas peculiaridades pois, apesar do aspecto patrimonial que consiste no pagamento pela prestação de um serviço profissional especializado, dela emanam diversos direitos e deveres jurídicos atinentes a valores existenciais, tais como: direitos e deveres do paciente (direito de recusa a tratamento e intervenção médica; direito de não ser informado; direito de sigilo; dever de informar o médico acerca de seu histórico médico; dever de observar as prescrições médicas); deveres e direitos do médico (dever de cuidado; dever de sigilo e abstenção; dever de informar; direito de exercer com autonomia e liberdade sua profissão). Embora sem expressão econômica

não realizar certos atos. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 669-670.

<sup>26</sup> “A relação jurídica é, pois, o vínculo existente entre pessoas, em virtude de uma norma legal ou contratual que cria deveres e direitos. Em toda relação jurídica existe o vínculo entre o titular do direito, que denominamos sujeito ativo, e uma pessoa sobre a qual recai o dever jurídico, que chamamos de sujeito passivo. Numa relação jurídica podemos ter um ou vários sujeitos ativos e sujeitos passivos.” WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147.

<sup>27</sup> “Fatos jurídicos são acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam ou se extinguem as relações jurídicas”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. v. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 392.

<sup>28</sup> “No ato jurídico em sentido estrito, no entanto, o efeito da manifestação da vontade está previsto na lei e não pode ser alterado. O interessado apenas deflagra, com o seu comportamento despojado de conteúdo negocial, um efeito previamente estabelecido na lei. Não há, por isso, qualquer dose de escolha quanto à categoria jurídica”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. v. I. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 341.

<sup>29</sup> Negócio jurídico “é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos da existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”. AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

<sup>30</sup> Marcos Bernardes de Mello ensina que “como o ato está à base do fato e da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, se houve, ou não, vontade em praticá-lo”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico- plano da existência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30.

<sup>31</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; Luiz Edson Fachin. (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. v. 1. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-423.

direta, tais direitos são merecedores privilegiados de tutela, já que são vinculados à dignidade da pessoa humana e à personalidade humana.

Além disso, a vontade manifestada e declarada nesse tipo de relação ganha novos contornos, especialmente, com os céleres avanços científicos, os quais ultrapassam o consentimento restrito às relações patrimoniais, para alcançar as decisões atinentes ao ser humano em seu próprio corpo e suas limitações.

Mas como é formada a relação entre médico e paciente? Qual é o vínculo que une o médico ao paciente? Qual seria a relevância desse estudo?

A natureza jurídica da relação médico-paciente já foi objeto de diversos debates doutrinários preocupados com as consequências decorrentes dos danos sofridos pelo paciente quando da intervenção médica.

A França foi o berço das maiores discussões e onde nasceram as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases da doutrina e jurisprudência que serviram de parâmetro para um grande número de países.

No direito brasileiro, a controvérsia decorreu da regulação da responsabilidade médica em dispositivo localizado na parte referente à liquidação das obrigações resultantes de ato ilícito (artigo 1.545 do Código Civil de 1916), pelo que se indagava se a relação médico-paciente era contratual ou extracontratual.

A controvérsia permanece, porém, não apenas pela localização do tratamento da matéria no Código Civil, eis que o Código Civil de 2002, diferentemente do anterior, não se refere especificamente à responsabilidade do médico, que está incluída no capítulo dedicado à indenização, no artigo 951, que trata de responsabilidade culposa pelo exercício de atividade profissional. Certo é que a responsabilidade do médico pode ser imputada com base em diversos dispositivos legais, como os artigos 186, 187, 389, 927, 932, todos do Código Civil, e artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o caso que se apresenta.

A natureza jurídica de uma relação não pode ter como base o mero enquadramento legal da matéria, mas sim a substância do ato, pelo que não basta estar no capítulo atinente à responsabilidade extracontratual para afastar o caráter contratual da relação.

A despeito da *vexata quaestio* em torno da natureza jurídica da relação entre o profissional médico liberal e o paciente, se contratual ou extracontratual, doutrina e jurisprudência pátria têm-se inclinado pelo seu aspecto contratual, um negócio jurídico por meio do qual as partes estabelecem os efeitos que pretendem produzir a partir de sua declaração de vontade.

É da essência da relação médico-paciente, portanto, o caráter contratual, mas em algumas circunstâncias o dever de assistência médica pode não decorrer de vínculo contratual direto entre médico e paciente. É o caso do médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, relação regulada pelo direito administrativo, ou do médico empregado, que trabalha em clínica, hospital privado, ou credenciado por plano de saúde.<sup>32</sup>

No entanto, mais importante é definir sua função social (artigo 421 do Código Civil), analisar a sua causa,<sup>33</sup> a razão determinante do negócio, sua finalidade com atenção para os valores existenciais envolvidos, já que o alvo dessa relação é a pessoa humana, sua liberdade, sua integridade psicofísica, sua dignidade. A pessoa que está por trás do sujeito de direito titular de um patrimônio.

Para isso, indaga-se a respeito do enquadramento dessa situação jurídica como exclusivamente patrimonial ou existencial.<sup>34</sup> Essa diferenciação interfere na tutela estatal e no tratamento jurídico aplicado, já que na relação existencial o alvo é a pessoa humana, sua dignidade, o pleno desenvolvimento de sua personalidade,<sup>35</sup> e nem todos os institutos criados tipicamente pelo viés patrimonial serão suficientes para tutelar essa relação.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá, ao tratarem da natureza jurídica da relação que se constitui entre médico paciente, explicam que considerar essa relação como meramente contratual não desprivilegia a relação humana em favor do

---

<sup>32</sup> Hildegard Taggesell Giostri resume nove situações em que se exclui o caráter contratual do vínculo: i) serviços prestados de forma espontânea, sem intervenção da vontade do paciente, pois o médico atende alguém em situação de emergência; ii) atendimento médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com representante legal a fim de obter a devida autorização; iii) atividade desenvolvida contra a vontade do paciente; iv) serviços médicos requeridos por pessoa distante do paciente; v) quando o ato médico configurar delito penal doloso; vi) quando o contrato celebrado entre o médico e paciente for nulo ou anulável; vii) atendimento por intermédio do serviço público custeado pelo Estado; viii) herdeiros que em nome próprio pleiteiam indenização por ato médico, o que configuraria responsabilidade extracontratual em relação a esses terceiros; ix) vítimas fora da órbita do contrato. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 60-61.

<sup>33</sup> “Então, embora a causa seja una, ela cumpre três papéis diferentes mas interdependentes, daí a confusão em que se vê envolvido o termo: i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável”. MORAES, Maria Celina Bodin de. A Causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.6, n.21, p.95-119, jan./mar., 2005.

<sup>34</sup> Antônio Menezes Cordeiro leciona a respeito da diferença entre situação jurídica patrimonial e extrapatrimonial e esclarece que: “O problema resolve-se pela normatização do critério. É patrimonial a situação cuja troca por dinheiro seja admitida pelo Direito. Quando a ordem jurídica proíbe os negócios que postulem a troca, por dinheiro, de determinadas situações, estas serão não-patrimoniais. Compreende-se, a esta luz, que as ocorrências possam ser ou não patrimoniais, consoante o período histórico atravessado.” CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2007, p. 308.

<sup>35</sup> “Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é da maior importância constatar que nesta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado com base na categoria do ser. Na categoria do ser não existe dualidade entre sujeito e objeto, pois ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Quando o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se uma necessidade lógica reconhecer, em razão da natureza especial do interesse protegido, que é exatamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular e o ponto de referência objetivo da relação”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764.

patrimônio, pois não há prevalência do patrimonial. A relação é regida por valores jurídicos integrantes do sistema e o aspecto patrimonial se submete ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. E concluem: “Assim, a relação médico-paciente, mais do que patrimonial, é uma relação que objetiva um valor existencial e encontra-se submetida e informada pelo princípio da dignidade.”<sup>36</sup>

Nas relações patrimoniais, com o movimento de constitucionalização do Direito,<sup>37</sup> ocorre sua funcionalização em razão da pessoa; na relação existencial a tutela da pessoa faz parte também de sua estrutura, merecendo, por isso, maior proteção do ordenamento jurídico.

A pessoa humana não mais pode ser tratada de forma abstrata, como um sujeito virtual, simples elemento da relação jurídica, mas sim como pessoa concretamente considerada, a quem se garantem condições mínimas de uma vida saudável para participar de forma ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida com as demais pessoas com que se relaciona em sociedade.<sup>38</sup>

A dignidade da pessoa humana,<sup>39</sup> imperativo ético existencial e também princípio fundamental da República (artigo 1º, III, da CF), goza de força normativa e impõe, hoje, diferentemente do que vigorava na codificação do século XIX, uma transformação da dogmática do direito civil, estabelecendo diferenciação entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais.

A antiga *summa divisio* entre direito público e direito privado,<sup>40</sup> bem como a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil, tem

<sup>36</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101-127.

<sup>37</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. et al. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>38</sup> Cf. FACHIN, Luiz Edson. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista / Luiz Edson Fachin, Carlos Eduardo Pianovski. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 9, p. 101-119, jul./set. 2008. Cf. ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Mestrado em Direito*. Osasco, v. 7, n. 2, p. 15-25, jul./dez. 2007.

<sup>39</sup> Jorge Miranda, ao analisar a dignidade da pessoa humana sob a ótica da consciência jurídica portuguesa e de diferentes preceitos constitucionais, sintetiza as seguintes diretrizes básicas: “a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher; c) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas; d) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; e) O primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*, a liberdade prevalece sobre a propriedade; f) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; g) A proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; h) A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às pessoas.” MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. 1 ed. Lisboa: Princípa Editora, 2006, p. 772.

<sup>40</sup> “[...] a importância fundamental que assume, em qualquer teoria do direito, a distinção entre direito privado e direito público reside, a meu ver, precisamente no fato de que a ela são referidas e com ela são explicadas as duas principais funções tradicionalmente atribuídas a um ordenamento jurídico: a função de permitir a coexistência de interesse individuais divergentes, por meio de regras que devem servir para tornar menos frequentes e menos ásperos os conflitos, e outras regras que devem servir para solucioná-los depois que eles surgiram; e a função de direcionar interesses divergentes no sentido de

perdido suas fronteiras, abrindo espaço para a interferência de princípios constitucionais em áreas antes consideradas privativas.

O princípio da dignidade humana passa a permear todas as relações jurídicas, não só as existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade, mas também a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, refletindo intensamente na dogmática da responsabilidade civil.

A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se, nos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (artigo 3º, III, da CF) e da solidariedade social<sup>41</sup> (artigo 3º, I, da CF). Esses princípios legitimam o valor social da livre iniciativa e moldam a atividade econômica privada assim como o regime contratual regulado pelo Código Civil.

O direito contratual tradicional, os dogmas romanistas, os princípios contratuais clássicos, como os da autonomia de vontade, obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*) e a relatividade dos contratos, tornaram-se insuficientes para reger as novas relações contratuais sofrendo mitigação pelos princípios da boa-fé objetiva,<sup>42</sup> do equilíbrio econômico do contrato e da função social.<sup>43</sup>

O ordenamento jurídico passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com a efetivação do princípio da igualdade, não simplesmente formal, decorrente da Revolução Francesa, mas substancial, mediante as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável.

Ocorre a repersonalização do Direito Civil, a pessoa humana passa a ocupar o centro das preocupações do ordenamento jurídico. A preocupação volta-se para a pessoa e não para um abstrato sujeito de direito, e por isso a tutela por meio de normas protetivas, em especial de alguns mais vulneráveis, como os consumidores (Lei nº 8.078/90), a mulher, as crianças e adolescentes (Lei nº 8.069/90), o inquilino (Lei nº 8.245/91), o idoso (Lei nº 10.741/2003), entre outras.

Logo, verifica-se a supremacia dos valores existenciais sobre os patrimoniais, estando estes funcionalizados pelos primeiros.

---

um objetivo comum por meio de regras imperativas e geralmente restritivas.” BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 110.

<sup>41</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>42</sup> Artigos 113, 422, ambos do Código Civil. Artigo 4º, inciso III, e artigo 6º, inciso IV, ambos do CDC.

<sup>43</sup> Artigo 421 do Código Civil.

O contrato de serviços médicos é instrumental para a realização de determinados interesses existenciais, pois tem como objetivo a saúde, a integridade psicofísica, a dignidade do paciente. Por isso, sua análise não pode estar adstrita aos aspectos patrimoniais, pois envolve direitos da personalidade, o poder de disposição sobre situações existenciais, merecendo regime especial, por meio do qual se garantirá a igualdade substancial entre as partes contratantes, a preservação da dignidade da pessoa humana.<sup>44</sup>

Na relação médico-paciente a autonomia privada e a proteção da dignidade da pessoa do paciente ganham relevo e acabam por afetar todo estudo a respeito de sua regulação.

### 1.2.1 Autonomia privada existencial

A palavra autonomia vem do grego – *autós* e *nomos*, que significa autogoverno, possibilidade de ditar normas a si mesmo; envolve os conceitos de liberdade jurídica, autonomia de vontade, autonomia privada, autonomia contratual e autonomia negocial, que ora são tratados como sinônimos, ora são diferenciados pela doutrina.<sup>45</sup> No presente trabalho adota-se a expressão autonomia privada, pois é mais específica do que a liberdade jurídica, sua tutela não se justifica só pela vontade, mas pela sua manifestação concreta.

Contudo, o princípio da autonomia de vontade encontra-se sedimentado quer no campo do Direito, quer no campo ético, como expressão da liberdade individual.

A análise das relações jurídicas, especialmente as que envolvem a disposição de direitos inerentes à personalidade e à forma de seu exercício passa, obrigatoriamente, pelo estudo da autonomia privada, seu principal sustentáculo, sendo a vontade do sujeito fundamental para a realização de qualquer negócio jurídico, tanto o de cunho patrimonial como o de cunho extrapatrimonial, assumindo neste último um papel diferenciado.

---

<sup>44</sup> “Presentes em todo e qualquer procedimento médico devem estar os princípios da Bioética: beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça. Além disso, de todo indispensável se reconheça que a relação médico-paciente, mesmo de natureza contratual e com sensíveis envolvimento financeiros, não se limita a uma questão patrimonial, compreendendo aspectos não patrimoniais, orientados por diferentes princípios, os quais devem ser privilegiados. As ações de atenção à saúde humana não podem reduzir-se a um negócio. Outra não pode ser a orientação de um ordenamento voltado para o desenvolvimento e preservação do ser humano, tomando como base o princípio da dignidade humana.” BARBOZA, Heloisa Barboza. Responsabilidade Civil Médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, jul./set. 2004, p. 64.

<sup>45</sup> No presente trabalho adota-se a expressão autonomia privada, pois é mais específica que a liberdade jurídica, sua tutela não se justifica só pela vontade, mas pela sua manifestação concreta.

A autonomia privada é utilizada como cânone interpretativo do ordenamento jurídico, para interpretar tanto as normas como os negócios jurídicos.<sup>46</sup>

A liberdade significa a condição daquele que é livre, a capacidade de agir por si, de autodeterminação, de independência.<sup>47</sup> A juridicização da liberdade indica sua tutela pelo ordenamento jurídico, que lhe confere *status* de direito fundamental limitado tão somente pelo princípio da legalidade. Dessa forma, é possível fazer tudo aquilo que não seja vedado por lei, nos termos do artigo 5º, inciso II, da CF/88, que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Para Francisco Amaral<sup>48</sup> liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica, a qual se realiza, sob o prisma do sujeito, no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas e, sob o ponto de vista objetivo, é o poder de regular juridicamente tais relações.

A liberdade se inscreve em meio aos princípios constitucionais que guiam o ordenamento jurídico, como a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

A autonomia da vontade, diferentemente da autonomia privada, assume uma feição subjetiva, revela a vontade em si mesma, no seu sentido mais psicológico e sua função é garantir a própria vontade do sujeito, por ser principal fonte de efeitos obrigacionais. Já a autonomia privada,<sup>49</sup> acepção mais objetiva, resulta da declaração ou manifestação de vontade.<sup>50</sup>

Autonomia privada para Pietro Perlingieri é entendida, em geral, como o “poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.”<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Interpretar o negócio jurídico é precisar o sentido e alcance do conteúdo da declaração de vontade, buscar a vontade concreta, objetiva, intenção manifestada, não a psicológica. Não só a lei deve ser interpretada, mas também os negócios jurídicos, e os parâmetros interpretativos são direcionados, de regra, ao juiz, a quem cabe resolver os conflitos de interesse em último caso. A Parte Geral do Código Civil estabelece algumas regras de interpretação (artigos 112, 113, 114, todos do Código Civil), utilizadas para todas as espécies de negócios jurídicos e, na parte especial há normas direcionadas às partes (artigos 421, 422, 423, todos do Código Civil), além do artigo 47 do CDC.

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v.4, n.14, jan./mar., 2005, p. 167.

<sup>48</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 3 ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 246.

<sup>49</sup> O princípio da autonomia privada é aquele segundo o qual as partes podem obrigar-se como e com quem quiserem, estando sujeitas apenas aos limites impostos pelas normas imperativas, normas ditas de ordem pública. Esse princípio particulariza-se na liberdade de contratar, e significa, de acordo com Orlando Gomes, “o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.” GOMES, Orlando. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 22.

<sup>50</sup> AMARAL NETO, F. S. Autonomia privada como poder jurídico. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 293

<sup>51</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Trad. por Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 96.



Para Ana Prata autonomia privada “é o poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar sua atividade (designadamente, sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.”<sup>52</sup>

Quando as pessoas concluem a celebração de um contrato, em que há pluralidade de partes e com conteúdo patrimonial, a autonomia é chamada de autonomia contratual. Esta autonomia tem grande relevância constitucional, seja no plano positivo, de fundamento e tutela constitucional da autonomia, seja no plano negativo ao impor limites.

Para Pietro Perlingieri,<sup>53</sup> o fundamental da autonomia contratual não se encontra apenas no princípio da iniciativa privada. A tendência é sustentar uma tutela constitucional “indireta” da autonomia contratual, porque se revela em negativo, não são legítimas as restrições legislativas que não tenham justificação constitucional relevante no contexto que explica a autonomia.

Quando há a realização de um negócio, de qualquer forma ou conteúdo, fala-se de autonomia negocial, a qual é conceituada por Perlingieri<sup>54</sup> como “poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito, privado ou público, de regular com manifestações de vontade própria e interesses privados ou públicos, todavia não necessariamente próprios.”

Perlingieri afirma que só a autonomia negocial é capaz de descrever o fenômeno da regulamentação dos interesses na sua dimensão integral, à medida que aproveita uma vasta gama de exteriorizações da autonomia, referentes tanto aos negócios bi ou plurilaterais de conteúdo patrimonial, quanto aos negócios unilaterais de conteúdo não patrimonial.

A autonomia privada significa autorregulamentação tanto de interesses patrimoniais como não patrimoniais, mas essa noção não é absoluta, podendo haver interferências nessas esferas de interesse como, por exemplo, na relação do ser humano com seu próprio corpo, o que vai depender do valor que o ordenamento jurídico brasileiro atribui ou reconhece à liberdade da pessoa para regulamentar seus próprios interesses.

A autonomia privada patrimonial tem como fundamento constitucional a livre iniciativa (artigo 170, CF/88), mas é funcionalizada pela dignidade da pessoa humana e justiça social (artigo 421 e 187 CC/02). Já na autonomia existencial a tutela é a própria

---

<sup>52</sup> PRATA, Ana. *A tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 13.

<sup>53</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

dignidade humana, que faz parte também de sua função, tem como referência objetiva o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um. Por isso, indaga-se qual seria o limite dessa autonomia existencial: teria ela também uma função?

Perlingieri<sup>55</sup> defende que a vontade das pessoas cedeu espaço para a tutela do interesse porque atualmente o ato de autonomia não representa um valor em si; a autonomia só recebe tutela quando realiza uma função socialmente apreciável e juridicamente meritória. É o binômio negociabilidade-merecimento.

Hoje, observa-se uma preocupação em garantir o exercício da vontade do sujeito desde que este seja merecedor de tutela, que cumpra sua função, a fim de evitar o abuso da dignidade.<sup>56</sup>

Nesse sentido, é o posicionamento de Rose Melo Vencelau Meireles:<sup>57</sup>

A autonomia privada existencial é promocional, uma vez que visa a promover o desenvolvimento da personalidade. Consequentemente, somente será digna de tutela se verdadeiramente estiver direcionada a interesse existencial calcado na dignidade humana. Pode-se exemplificar com os atos de disposição do corpo, instrumentais à realização da saúde, valor constitucionalmente assegurado, que podem ser dignos de tutela se realizados visando a este interesse, quer seja para o próprio agente (em tratamento médico cirúrgico) ou para terceiros (na doação de sangue ou transplantes), mas podem não sê-lo se voltados para outro fim. Assim, a autonomia tem de ser acompanhada de um valor assecuratório da dignidade humana para ser digna de tutela.

No entanto, cabe indagar se funcionalizar a autonomia da pessoa poderia acabar por esvaziar seu conteúdo,<sup>58</sup> já que seria uma forma de limitar a escolha de cada indivíduo.<sup>59</sup>

Certo é que alguns limites foram impostos à disponibilidade dos direitos de personalidade como a própria lei, os bons costumes,<sup>60</sup> a moral, a ordem pública<sup>61</sup> (artigo 13

<sup>55</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>56</sup> “Dessa forma, o poder de disposição atuante no âmbito das situações existenciais não escapa a uma análise de merecimento de tutela, segundo a sua função, pois da observância desta depende a qualificação do comportamento como exercício.” BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157.

<sup>57</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 190.

<sup>58</sup> Para Daniel Sarmento as liberdades existenciais não dependem de comprovação de utilidade social para sua tutela: “A liberdade de pensamento, por exemplo, inclui a faculdade de ter e divulgar idéias absurdas; a liberdade de associação abrange o poder de fundar entidades visando finalidades fúteis, desde que não criminosas; a liberdade de religião tutela tanto o direito de professar o credo católico ou espírita como o de frequentar cultos satânicos.” *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 177-178.

<sup>59</sup> A autonomia privada, de acordo com Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá, tem como agentes interno delimitador de seu conteúdo a ordem pública e os bons costumes, salientando que a dignidade da pessoa humana é componente da noção de ordem pública. SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>60</sup> “o conjunto de princípios que, em determinado tempo e lugar, constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média.” GOMES, Orlando. *Contratos*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

<sup>61</sup> Nas palavras de Maria Helena Diniz, ordem pública “interessa à vida, à incolumidade da prosperidade da comunidade, à organização da vida social, sendo, por isso, oficialmente reconhecida pela ordenação jurídica. [...] A ordem pública, por ser um critério axiológico, caracteriza-se pela sua apreciação de conformidade com o *forum* no momento atual. Como a noção de ordem pública é ambígua, imprecisa e variável no tempo e no espaço, ao órgão judicante caberá, caso por caso, averiguar se a ordem pública está ou não em jogo.” DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 5 ed. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 365.

do Código Civil). No entanto, como esses três últimos elementos são conceitos jurídicos indeterminados, que variam conforme o tempo-espaço, sua aplicação para limitar a disponibilidade dos direitos de personalidade deve ser feita respeitando a diversidade plural que marca as sociedades contemporâneas, e sob a luz da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), a promoção do bem de todos (artigo 3º, IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), a inviolabilidade do direito à vida (artigo 5º), inviolabilidade da intimidade (artigo 5º, X), dentre outros.

A autonomia é elemento da dignidade e será a própria dignidade, valor da pessoa humana, o limite para a intervenção do Estado ou da sociedade na esfera individual de seus componentes. Primeiramente, cabe ao Estado garantir o livre desenvolvimento da personalidade, que se dá pela autodeterminação da pessoa, para só depois restringir.

A maioria da doutrina entende que a autonomia privada se realiza por intermédio do negócio jurídico, o qual seria seu instrumento de realização. Mas qual seria o conteúdo desse negócio jurídico? Em regra são de conteúdos patrimoniais, mas também podem ter situações jurídicas envolvendo direitos da personalidade.

Os atos de autonomia negocial de conteúdo não patrimonial muitas vezes não se adequam aos moldes contratuais, criados para atender à lógica individualista do ter.

Os avanços da biotecnociência interferem nos processos de criação, preservação e extinção da vida humana, colocando em xeque o poder de decisão dos indivíduos sobre sua própria existência e, em vários casos, sobre a vida das pessoas pelas quais respondem.

No que diz respeito à disposição do corpo vivo ganha relevo a proteção da autonomia da pessoa de escolher o destino de seu próprio corpo, o que reflete no papel do Estado diante desse direito, de limitar, ou tutelar. As restrições à autonomia, *in casu*, são tratadas, por alguns, como uma forma de proteção da pessoa contra si própria,<sup>62</sup> mas essa concepção pode colocar em risco a própria autonomia que também é objeto de proteção, da mesma forma que pode tentar funcionalizá-la.

---

<sup>62</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. “Não se admite a validade das normas jurídicas atinentes aos direitos de personalidade que não estejam justificadas na proteção contra atos de terceiros. O argumento, utilizado por muitos, de que o direito deve proteger o indivíduo contra si mesmo, imputando a este uma série de deveres ou proibições que a ninguém interessa, pode encontrar sentido em fundamentalismos religiosos ou morais ou, ainda, em debates movidos pelo preconceito ou pelo autoritarismo, mas não pode ter espaço no terreno jurídico, sob pena de se utilizar o direito, mais do que nunca, como instrumento de opressão.” [...] Constituindo os direitos de personalidade o reflexo jurídico do que há de mais íntimo, de mais próprio da pessoa, ao direito só cabe intervir se a consequência de tal atuação exceder a esfera jurídica da própria pessoa, atingindo a esfera jurídica de terceiros, na forma de violação de direitos individuais, coletivos ou difusos de outros. O simples argumento moral não pode ser suficiente para permitir a intervenção do aparato jurídico ou judiciário na esfera privada de alguém, em sua intimidade, em sua privacidade, em suas opções de vida, assim como os importantes argumentos da solidariedade e da sociabilidade não justificam a funcionalização de tais direitos.” BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106.

Alguns direitos de personalidade são suscetíveis ao poder de disposição, sendo os negócios jurídicos instrumentos para essas ações, que devem, no entanto, ser estudados sob uma ótica diferenciada, já que é a pessoa humana o alvo de tutela, que demanda outros efeitos.

Por essa razão, alguns elementos dos negócios jurídicos criados pela ótica patrimonial podem não ser apropriados para a normativa das situações existenciais como a capacidade civil,<sup>63</sup> objeto lícito, a invalidade, anulação dos negócios jurídicos,<sup>64</sup> os defeitos,<sup>65</sup> e a interpretação do negócio jurídico,<sup>66</sup> a forma,<sup>67</sup> a responsabilidade, já que a tutela dessas situações são qualitativamente diferentes.<sup>68</sup>

E isso é mais fácil de verificar em alguns negócios que envolvem a disposição do corpo, como, por exemplo: i) manifestação de vontade dos incapazes para atos de conteúdo existencial como tratamentos médicos, procedimentos cirúrgicos, pesquisas e experimentação, já que nesse caso poderia se expressar (questão abordada no item 1.3.1); ii) o conteúdo do negócio jurídico quando se trata de gestação por substituição, a repartição das responsabilidades por más formações, destruição de embriões, pagamento de aluguel, valor do contrato para a gestação e controle da vida da mãe hospedeira, entrega da criança etc. (questão abordada no item 3.1.2); iii) a desistência da doação de órgãos prometida a alguém, a validade do negócio jurídico, já que o ordenamento proíbe o comércio de órgãos; iv) os limites da relação médico-paciente – até que ponto poderá o médico observar a vontade de seu paciente

---

<sup>63</sup> “A idéia de proteção do incapaz para além de proteger-se o patrimônio já vem sendo implementada inclusive em normas positivas, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste buscou-se disciplinar relações de caráter existencial dos menores, dando-lhes direitos e permitindo o seu exercício de forma direta, sem qualquer assistência ou representação.” ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade da pessoa física no direito civil. *Revista de Direito Privado*, n.18, abr./jun., 2004, p. 96.

<sup>64</sup> Problema da irreversibilidade do ato, impossibilidade de voltar ao estado anterior nas situações existenciais, como no caso de retirada de órgão eivado de câncer e, que, posteriormente, se verifica erro de diagnóstico.

<sup>65</sup> O instituto do estado de perigo, lesão e fraude contra credores previstos no Código Civil (artigos 156, 157, e 158 a 165) estão relacionados diretamente ao patrimônio da vítima. Quanto ao erro (artigos 138 a 144 do Código Civil), dolo (artigos 145 a 150 do Código Civil), coação (artigos 151 a 155 do Código Civil), em se tratando de situação existencial, a anulação não restaura o estado anterior.

<sup>66</sup> Indaga-se se aplicaria o artigo 110, 111 do Código Civil, já que nas relações existenciais a vontade interna, a intenção tem preponderância, além de exigir a forma expressa em algumas circunstâncias.

<sup>67</sup> Haveria uma forma apropriada para as declarações de vontade existenciais ou uma forma que lhes seja proibida? Alguns dispositivos legais são citados como exemplos de forma especial para manifestação de vontade atinente à pessoa: Artigo 4º, 9º, § 4º, da Lei nº 9.434/97, artigo 1.729, parágrafo único e artigo 1.857, § 2º, ambos do Código Civil, e artigo 42 da Lei nº 8.069/90.

<sup>68</sup> Heloisa Helena Barboza, ao apreciar o tratamento jurídico a ser dado ao armazenamento do sangue do cordão umbilical, decorrente dos avanços da biotecnologia, ressalva a insuficiência da concepção tradicional do contrato: “[...] no que se refere ao armazenamento de cordão umbilical, não parece razoável cingir sua interpretação à do contrato de depósito, ainda que tenha por objeto a guarda de coisa. A guarda de uma coisa – que contém informação genética de um indivíduo – não deve ser tratada como a guarda de um bem qualquer, sem tal significância. Pelo menos, o nível de responsabilidade não deverá ser o mesmo. Igual entendimento é cabível em relação à contratação das técnicas de reprodução assistida.” BARBOZA, Heloisa Helena. A informação genética e as relações de consumo. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Novos direitos a essencialidade do conhecimento, da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um estado democrático constitucional de direito na contemporaneidade brasileira*. Curitiba: Juruá, 2007.

sem se responsabilizar, mormente quando há recusa de tratamento; a falta de informação do médico e o comprometimento da decisão do paciente (questões abordadas nos itens 1.1, 2.1.2, 4.2 e 4.2.1).

Logo, não há como negar que a forma dos negócios jurídicos é diferente quando o seu objeto constitui atributos da personalidade, partes do corpo, haja vista o caráter existencial da situação jurídica.

Mas como o aplicador do direito vai lidar com essas situações existenciais regadas de particularidades? Um caminho é o princípio da dignidade da pessoa humana,<sup>69</sup> valor máximo do ordenamento jurídico previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal da República, que será não só o fundamento da autonomia privada nas situações existenciais como seu limite e será o princípio norteador do merecimento de tutela do ato dispositivo.

Rose Melo Vencelau Meireles<sup>70</sup> defende que dentro da própria dignidade humana é possível ponderar alguns princípios por ela abrangidos quando em colisão, tais como o da liberdade, igualdade, integridade e solidariedade. E cita como exemplo a liberdade da pessoa de dispor de seu próprio corpo, de doar um rim *inter vivos*, algo que apenas será admitido se o ato causar benefício maior do que o prejuízo porque, apesar da ofensa a sua integridade física, prevalecerá sua liberdade sendo, portanto, merecedor de tutela, já que a autonomia da pessoa foi exercida em função de seu desenvolvimento.

O princípio da dignidade da pessoa humana não admite a exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, mas desde que sejam decorrentes dos princípios constitucionais que modelam todo o tecido normativo infraconstitucional e condiciona o intérprete e legislador ordinário.

Diante das peculiaridades dos negócios jurídicos existenciais, Rose Melo Meireles<sup>71</sup> propõe a aplicação de alguns princípios próprios das situações existenciais, já que nem todas têm regramento próprio, nem se aplica toda a disciplina do negócio jurídico como: i) princípio da gratuidade, pelo qual o ato de autonomia existencial não pode ser praticado mediante contraprestação,<sup>72</sup> pois prevalece a lógica da solidariedade, da caridade, intenção altruística, e

---

<sup>69</sup> “O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

<sup>70</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 151, et. seq.  
<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 201-264, *passim*.

<sup>72</sup> O princípio da gratuidade, que será mais bem analisado no terceiro capítulo, é expresso no ordenamento jurídico em diversas hipóteses: artigo 199, § 4º, da CF, artigo 14 do Código Civil, artigo 9º, da Lei nº 9.434/97. E Resolução nº

não da equivalência. E seu subprincípio seria o da não mercantilização da pessoa;<sup>73</sup> ii) princípio do consentimento, que é a manifestação de vontade qualificada, expressa, espontânea, atual e esclarecida em que a vontade interna prevalece sobre a vontade declarada. A manifestação de vontade deve ser pessoal e pode, até mesmo, ser revogada; iii) princípio da revogabilidade e incoercibilidade, que indica serem os atos de autonomia existencial revogáveis,<sup>74</sup> salvo disposição legal em contrário.<sup>75</sup> Até porque a execução forçada é incompatível e contrária ao princípio do consentimento; iv) princípio da confiança no qual, diferentemente do que ocorre nas situações patrimoniais, as consequências do ato recaem sobre a própria pessoa, pelo que nas situações existenciais o compromisso é com o próprio disponente, com sua vontade.<sup>76</sup> Por isso, há quem defenda sua inaplicabilidade mas, caso atinja terceiros caberia reparação;<sup>77</sup> e v) princípio da autorresponsabilidade, que se funda na relação entre o comportamento e o interesse tutelado, de maneira que opera apenas quando se tratar de próprios interesses. Esse princípio pode ser verificado na exclusão de responsabilidade do médico quando atua de acordo com a vontade do paciente como, por exemplo, quando deixa de tratá-lo por convicções religiosas, culturais, desde que o ato dispositivo seja digno de tutela por garantir o desenvolvimento da pessoa humana, mesmo que acarrete autolesão.

Questão relevante e que será objeto de análise são os limites admissíveis de interferência no corpo humano vivo, a possibilidade de sua disposição. A sua anuência ou limitação vão de encontro à ideia de autonomia-liceidade na atuação sobre o próprio corpo,

1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a reprodução humana assistida, doação de gametas ou embriões, e doação temporária do útero.

<sup>73</sup> Carlos Alberto Bittar ressalva que algumas partes do corpo podem ingressar no comércio jurídico como coisas suscetíveis de comercialização como, por exemplo, unhas e cabelos. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 84.

<sup>74</sup> “os atos de natureza pessoal são sempre, por definição, revogáveis. Isso não significa que a revogabilidade não possa, em algumas hipóteses, comportar a responsabilidade, mas este aspecto se refere a um plano diverso e não coloca em dúvida o direito de revogação.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 176.

<sup>75</sup> Artigo 14 do Código Civil. Artigo 9º, § 5º, da Lei nº 9.434/97, artigo 24, IV, da Lei nº 9.610/98, artigo 1.621, § 2º, do Código Civil.

<sup>76</sup> Questão polêmica é a responsabilidade civil pelo rompimento do noivado, já que a mera expectativa com o casamento não pode gerar responsabilidade por danos morais, ressalvado a reparação de danos materiais. A respeito do tema, cabe referência aos seguintes julgados: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0000092-61.2000.8.19.0005. Relator: Exmo. Des. Mario dos Santos Paulo. Órgão julgador: Quarta Câmara Cível, Julgamento: 25/04/2006; Apelação Cível nº 0059051-61.2005.8.19.0001 Relator: Exmo. Des. José Carlos Varanda. Órgão julgador: Décima Câmara Cível, Julgamento: 18/04/2002. Disponíveis em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 abr. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 268280/SP. Relator: Exmo. Ministro Barros Monteiro. Órgão julgador: Quarta Turma. Julgamento: 23/04/2002. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 abr. 2010. (ANEXO I – nº 1, 2, 3)

<sup>77</sup> “A retratação não impede, entretanto, a imputação de responsabilidade por danos, o que, na verdade, tem mais a ver com o plano das consequências do ato do que com sua impossibilidade. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 174.

que abrange desde a disponibilidade da vida até a de partes do próprio corpo, a geração de nova vida, sendo que o enfoque será a disposição de partes do corpo vivo.

Certo é que esses aspectos passam por uma reflexão bioética<sup>78</sup> e conduzem de imediato ao papel do Direito de regulamentar, o que vem sendo tratado pelo biodireito,<sup>79</sup> que revela a extensão da bioética à área jurídica.

Dessa forma, não há como compreender a relação médico-paciente na ótica oitocentista, no mundo do dever-ser, mas sim pela perspectiva da dignidade da pessoa humana, o que não impede a utilização do contrato como instrumento do livre exercício da personalidade, mas com adaptações.

A relação médico-paciente é dinâmica, de cooperação e regada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, autonomia, dentre outros.

Caberá aos profissionais de saúde dispensar maior atenção aos sujeitos de sua prestação de serviços, aumentar sua responsabilidade pelo dever de informar e, ao mesmo tempo, compartilhar com o paciente os riscos inerentes da atividade na medida de sua participação.

Não obstante, é difícil, na prática, fazer a separação do que seria uma relação patrimonial ou existencial. Isso porque, muitas vezes, observa-se que os valores existenciais e patrimoniais estão em uma única situação subjetiva, ou seja, os interesses se entrelaçam e a pessoa humana de uma forma ou de outra é o centro. É o caso, por exemplo, da pessoa que reclama judicialmente o aumento abusivo da mensalidade do plano de saúde.

Mas, para amenizar os questionamentos, tendo em vista a diversidade de relações, o caráter misto, e albergarem muitas vezes mais de um tipo de bem jurídico, utiliza-se o critério

---

<sup>78</sup> “Bioética é uma ética aplicada, chamada também de ‘ética prática’, que visa ‘dar conta’ dos conflitos e controvérsias morais implicados pelas práticas no âmbito das Ciências da Vida e da Saúde do ponto de vista de algum sistema de valores (chamado também de ‘ética’). Como tal, ela se distingue da mera ética teórica, mais preocupada com a forma e a ‘cogência’ (cogency) dos conceitos e dos argumentos éticos, pois, embora não possa abrir mão das questões propriamente formais (tradicionalmente estudadas pela metaética – estudo dos aspectos lógicos de um discurso ou tratado moral. É o estudo do significado dos termos usados no discurso ético), está instada a resolver os conflitos éticos concretos. Tais conflitos surgem das interações humanas em sociedades a princípio seculares, isto é, que devem encontrar as soluções a seus conflitos de interesses e de valores sem poder recorrer, consensualmente, a princípios de autoridade transcendentais (ou externos à dinâmica do próprio imaginário social), mas tão somente ‘imanescentes’ pela negociação entre agentes morais que devem, por princípio, ser considerados cognitivamente e eticamente competentes. Por isso, pode-se dizer que a bioética tem uma tríplice função, reconhecida academicamente e socialmente: (1) descritiva, consistente em descrever e analisar os conflitos em pauta; (2) normativa com relação a tais conflitos, no duplo sentido de proscrever os comportamentos que podem ser considerados reprováveis e de prescrever aqueles considerados corretos; e (3) protetora, no sentido, bastante intuitivo, de amparar, na medida do possível, todos os envolvidos em alguma disputa de interesses e valores, priorizando, quando isso for necessário, os mais ‘fracos’”. SCHARAMM, Fermin Roland. Bioética para quê? *Revista Camiliana da Saúde*, ano 1, v. 1, n. 2, p. 14 - 21, jul./dez. 2002.

<sup>79</sup> Nas palavras de Elida Seguin, biodireito é: “ciência jurídica que engloba regras, princípios e políticas públicas nacionais e internacionais para regular a interface entre as ciências da saúde e o Direito”. SÉGUIN, Elida. Princípios do biodireito. In: LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

da preponderância dos interesses em jogo. Tudo a fim de assegurar, torna-se a enfatizar, a prioridade da pessoa humana sobre os bens materiais.

Portanto, na relação médico-paciente, a despeito de seu aspecto patrimonial, prepondera o existencial, pois envolve decisões acerca da disposição do corpo, com diversos desdobramentos éticos e jurídicos,<sup>80</sup> além de conter direitos e deveres extrapatrimoniais.

As peculiaridades concretas da relação médico-paciente, os valores e princípios que a disciplinam, não impedem que seja tratada como um contrato, mas um contrato de feição especial que comporta análise do ponto de vista estrutural, dos elementos subjetivos, objetivo e do vínculo, sem perder o foco de sua função, que é garantir a dignidade do paciente.

Contudo, será uma tarefa árdua estabelecer a disciplina da relação médico-paciente, não só por ausência de regulamentação legal específica como pelos obstáculos derivados de uma legislação ainda alicerçada em premissas metodológicas que desconsideram os valores constitucionais que ora permeiam as relações privadas e cujos institutos foram construídos sob a perspectiva patrimonial individualista-liberal.

Uma vez verificada a função do contrato médico, sua finalidade, seu caráter fisiológico (preservar a saúde, o bem-estar e a dignidade do paciente) e seus especiais caracteres (direitos e deveres extrapatrimoniais), é importante classificar o negócio jurídico celebrado entre o médico e paciente, as normas jurídicas e deontológicas aplicáveis, definir como ele é formado, o tipo de obrigação decorrente de seu objeto, bem como seus elementos estruturais de existência e pressupostos de validade.<sup>81</sup>

Antes da celebração efetiva do contrato médico, as partes, em razão da liberdade de contratar, passam por um processo prévio por meio do qual definirão o seu conteúdo e os efeitos que dele esperam, devendo atender aos elementos de existência (declaração de vontade, forma, sujeito e objeto), aos requisitos de validade do negócio jurídico (sujeito capaz, objeto lícito, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei – artigo 104 do Código Civil). Mas, além da liberdade de contratar ao estabelecer essa relação,

---

<sup>80</sup> “Mas, voltando à questão, considerar a relação médico-paciente como meramente contratual, não desprivilegia a relação humana em favor do patrimônio? A resposta é, indubitavelmente, negativa. Pelo exposto, percebe-se que não há prevalência do patrimonial, pois a relação contratual é regida por valores jurídicos integrantes do sistema. Além disso, o aspecto patrimonial submete-se ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, pelo qual é confrontado. Assim, a relação médico-paciente, mais do que patrimonial, é uma relação que objetiva um valor existencial e encontra-se submetida e informada pelo princípio da dignidade. [...]”. SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 114-115.

<sup>81</sup> Cf. BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos: com enfoque no consentimento informado. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v.35, n.9, p.121-149, jul./set. 2008.



o paciente fará escolha a respeito do seu próprio corpo, de sua saúde, optando ou não pelo tratamento médico proposto, o que implicará na observância de diversas normas que disciplinarão os direitos e deveres tanto do médico quanto do paciente.

### 1.3 As normas aplicáveis ao contrato celebrado entre médico e paciente e sua estrutura

O negócio jurídico contratual, como já dito, é produto da autonomia privada, da liberdade de celebração e estipulação, o que permite às partes contratantes fixarem o regime jurídico que pretendem adotar, se o disponibilizado previamente na lei, ou outro não previsto, e até mesmo um que encontre alguns elementos na lei e outros não.

A relação contratual entre médico e paciente, ora analisada, é uma relação jurídica de direito civil regulada em diversos diplomas legais, e recebe da Constituição Federal de 1988 os paradigmas axiológicos que serão utilizados pelo aplicador do direito para sua interpretação.

Há um compromisso social entre o Direito e a Medicina, cabendo ao Biodireito, enfrentar os problemas atinentes à disciplina de situações polêmicas como o transexualismo, a clonagem, a reprodução assistida etc.

A leitura dos contratos de prestação de serviços médicos e dos dispositivos legais que o disciplinam deve ser feita à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada negocial que se revela no sentido de novos interesses existenciais, considerando que envolve direitos da personalidade do paciente, de disposição de seu próprio corpo. Além dos princípios da boa-fé contratual, da equidade contratual.

De outra parte, a relação médico-paciente também é regulada por normas morais, éticas, deontológicas, que guardam interdisciplinaridade com a Medicina e ciências afins, multiplicando exponencialmente os aspectos a serem considerados quando da interpretação desse negócio jurídico.

As normas deontológicas e diceológicas impõem aos médicos direitos e deveres, e que apesar de não se enquadrarem no conceito de lei, *stricto sensu*,<sup>82</sup> gozam de força normativa,<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> A Constituição Federal de 1988 regula o processo legislativo pátrio nos artigos 59 a 69.

<sup>83</sup> O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca do caráter normativo das resoluções dos Conselhos de Medicina por se assemelharem as normas e atos federais, conforme Representação nº 1.023/RJ, que tratou da obrigatoriedade dos médicos

legitimando, inclusive, sua punição disciplinar<sup>84</sup> decorrente do poder de polícia administrativa conferido pelo Estado, o que, por sua vez, não afasta as sanções cíveis (responsabilidade civil) e penais (responsabilidade penal), tudo em prol do interesse público e privado.

A Constituição Federal de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (artigo 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada, pelo qual uma lei infraconstitucional disciplina as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões.

O exercício profissional da medicina será regulamentado pelo Conselho Federal e Regional de Medicina, autarquias, dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, de acordo com a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, modificado pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009 e pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004 e consubstanciado nas Leis nº 6.828, de 29 de outubro de 1980 e Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Além de disciplinar, a atribuição dos conselhos é julgar a classe médica, ou seja, supervisionar a ética profissional.

Dentre as atribuições dos Conselhos destaca-se a do Conselho Federal de Medicina de criar o Código de Ética Médica<sup>85</sup>, editar resoluções, e dos Conselhos Regionais de Medicina destaca-se o de deliberar sobre a inscrição e seu cancelamento, fiscalizar o exercício da profissão de médico, conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades, além de velar pelo livre exercício da profissão e dos direitos do médico.<sup>86</sup> Essas normas, baixadas pelo Conselho Federal de Medicina, são de cumprimento obrigatório, embora não se sobreponham às leis existentes nem mesmo às regras e princípios constitucionais, prevalecendo estas em detrimento daquelas. Sua interpretação deve ser feita à luz da Constituição Federal, do princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de inverter a hierarquia entre as fontes normativas<sup>87</sup>.

observarem as regras deontológicas que regulamentam o exercício da profissão médica. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 4)

<sup>84</sup> BRASIL. Lei Federal nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências. Rio de Janeiro. 1957. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2009. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.897/2009: Código de processo ético-profissional. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1897\\_2008.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1897_2008.htm)> Acesso em: 14 mai. 2009.

<sup>85</sup> Recentemente, foi criado o novo Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931/2009), que entrou em vigor em 14 de abril de 2010 e substituiu o anterior correspondente à Resolução CFM n.º 1.246/88, de 08/01/88, que perdurou por mais de 20 anos.

<sup>86</sup> MARTINS, Paulo Sergio da Costa. Código de Ética Médica e Processos Ético-Profissionais. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61-84.

<sup>87</sup> O Superior Tribunal de Justiça, em notícia datada de 15/08/2010, reconhece a importância do Código de Ética Médica e a participação do Poder Judiciário em matérias que ultrapassam os consultórios médicos e demandam decisão judicial, tais como violação de segredo médico, recusa de entrega de prontuário, erro médico etc. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98467&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=código%20de%20ética%20médica](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98467&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=código%20de%20ética%20médica)> Acesso em: 16 ago. 2010.

Predomina na Ciência Médica a deontologia médica, ou seja, conjunto de regras éticas que circulam as atividades dos profissionais que atuam nessa área.

Jorge Miranda,<sup>88</sup> ao comentar sobre Ética Médica e Constituição, define a ética como um valor, um critério de valor que conforma o comportamento do homem, dirigindo-se à sua liberdade, aplicável a qualquer setor da vida humana, a qualquer atividade, na qual se inclui a ética médica. A ética médica está conectada à Constituição pelos direitos e deveres fundamentais de inspiração humanista e pluralista, o que se traduz por parte dos médicos na observância da dignidade dos doentes e dos seus familiares, assegurado pela Constituição. Vários direitos fundamentais interferem no exercício profissional da medicina e, portanto, na deontologia.

A dimensão ética da medicina, segundo Genival Veloso de França,<sup>89</sup> se sustenta em um tripé, que se escora na guarda do segredo, no compromisso com a preservação da vida e na relação médico-paciente, que deve estar regada de conselho, cuidado e abstenção de abusos ou desvio de poder por parte do profissional médico

Muitas questões atinentes à vida e à liberdade de escolha do paciente não encontram regulação específica e, por essa razão, a análise jurídica tem-se concentrado, muitas vezes, nas normas de caráter deontológico, como os dispositivos do Código de Ética Médica e Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina.

A conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde ganha conotação à luz de valores e princípios éticos necessários a legitimar a prática de determinados atos como pesquisas em seres humanos, aplicações biotecnológicas. Os princípios bioéticos,<sup>90</sup> originários do Relatório Belmont (USA, 1978) e a obra *Principles of biomedical Ethics* de Beauchamp e Childress,<sup>91</sup> orientarão a intervenção médica e o direito do paciente em relação a determinados tratamentos e terapias.

A bioética assenta-se em quatro pilares, a saber: i) o princípio da autonomia; ii) o princípio da beneficência; iii) o princípio da não maleficência; e iv) o princípio da justiça.

O princípio da autonomia expressa o respeito à autonomia da pessoa humana de decidir livremente, sem qualquer interferência, sobre as questões relacionadas ao seu corpo e a sua vida, de forma que quaisquer atos médicos, tratamentos, ou pesquisa devem ser

---

<sup>88</sup> MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. 1 ed. Lisboa: Princípiã Editora, 2006, p. 275-281.

<sup>89</sup> *Apud* MARTINS, Paulo Sergio da Costa. Código de Ética Médica e Processos Ético-Profissionais. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61-84.

<sup>90</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-81.

<sup>91</sup> PESSINI, Leo, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8 ed. rev. e amp. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008.

autorizados pelo paciente e, também, a necessidade de proteção às pessoas de autonomia reduzida.

Esse princípio encontra previsão no artigo 24 do Código de Ética Médica, que veda ao médico: “Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.” Dele deriva a exigência do consentimento informado e de obter decisões de substituição, quando a pessoa é incompetente ou incapaz para a prática de ato médico.

Por meio do princípio da beneficência, previsto no capítulo I, inciso II, do Código de Ética Médica,<sup>92</sup> pretende-se maximizar o bem do outro, os benefícios, o que implica em minimizar o mal em função disso, diminuir os riscos, a fim de não causar dano.

O profissional ou pesquisador deve ter a maior convicção e informação técnica possíveis, a fim de assegurar que o ato médico ou de pesquisa serão benéficos para o paciente.

Os atos profissionais do médico devem ser exercidos prioritariamente em benefício do paciente. A leitura desse princípio não pode ser feita pela visão tradicional hipocrática como se o médico pudesse de forma autoritária desconsiderar a vontade do paciente, sob pena de acarretar infrações profissionais com transtornos nas relações médico-paciente. O limite deste princípio é a dignidade da pessoa humana, o respeito à pessoa humana, por isso, nem sempre prevalecerá a decisão do médico.

O princípio da não maleficência estabelece que a ação do médico ou pesquisador sempre deve causar o menor prejuízo ou agravos à saúde do paciente; compreende uma abstenção, prevenir e retirar (ou reparar) danos causados. O eventual malefício causado deve beneficiar necessariamente o paciente.

O princípio da justiça significa imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, é o exercício da justiça distributiva, da equidade que estabelece como condição fundamental a obrigação ética de tratar cada indivíduo de acordo com o que é moralmente correto e adequado, de dar a cada um o que lhe é devido,<sup>93</sup> tratar os iguais de forma igual.

O princípio da justiça é aplicado quando surge a necessidade de distribuição igualitária e geral dos benefícios e avanços da medicina.

A relação médico-paciente deve ser reconstruída a partir do surgimento de novas situações jurídicas advindas da revolução científica e tecnológica dos últimos anos e dignas

---

<sup>92</sup> “II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.”

<sup>93</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. In: *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-81.

de tutela, haja vista a engenharia genética, a procriação *in vitro*, as informações colhidas com DNA, circulação de dados, dentre outras.

Por isso, a complexidade das questões postas faz com que nem sempre as categorias clássicas da teoria contratual ou dos direitos da personalidade tragam soluções. Diante da multiplicação de situações utilizam-se os princípios, as cláusulas gerais, a fim de concretizar as normas nos casos concretos.

Ao classificar os contratos busca-se o agrupamento das espécies em várias ordens, de acordo com a proximidade ou não do seu objeto, de umas com as outras, a fim de facilitar o estudo, proporcionar a uniformidade.

O Código Civil elenca várias espécies contratuais, mas reconhece a dinâmica econômico-social das relações humanas e a necessidade de que, a todo instante, os interessados possam buscar novas soluções contratuais, permitiu uma abertura que por meio da qual as partes podem estipular contratos atípicos, desde que obedeçam as regras e princípios previstos no direito (artigo 145 do Código Civil).

Dentre as várias espécies contratuais existentes, é importante verificar se o contrato celebrado entre o médico e o paciente encontra previsão e regulação legal, ou seja, se este negócio jurídico contratual é típico, ou é *sui generis*,<sup>94</sup> atípico, que se firma e se impõe pelo costume.

A doutrina diverge quanto à espécie contratual que o envolve em razão das características especiais presentes no contrato médico. Há aqueles que defendem ser o contrato entre médico e paciente semelhante ao mandato, ao contrato de empreitada, à locação de serviços ou, simplesmente, contrato inanimado ou multiforme.

A lei civil não prevê expressamente o contrato médico, apenas estabelece algumas restrições ao tratamento e intervenção médica em razão dessa atividade diretamente relacionada aos direitos da personalidade (artigo 15 do Código Civil), e a responsabilidade civil daquele que exerce atividade profissional, na qual se inclui a desenvolvida pelo médico (artigo 951 do Código Civil).

---

<sup>94</sup> Mariana Massara Rodrigues de Oliveira disserta a respeito do assunto: “o contrato médico assume feições especiais, posição que adotamos, aproximando-se bastante da teoria do contrato *sui generis*, já que agrega à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da avença, deveres estes que, ao lado da intervenção técnica – prestação dirigida à cura propriamente dita – definem a função jurídica do contrato, oferecendo conotação peculiar à causa contratual que o faz negócio atípico, diverso da locação de serviços convencionalmente disciplinada pelo Código Civil. OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos: repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica e seus reflexos em relação ao ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 56.

Apesar dessa omissão, o contrato firmado entre médico e paciente se aproxima do contrato de prestação de serviços, chamados por alguns de contrato de locação de serviços,<sup>95</sup> previsto no Código Civil (artigos 593 a 609), embora dele se diferencie, ganhando contornos especiais, até mesmo em razão do objeto contratual e do regulamento da atividade médica.

No Direito Romano<sup>96</sup> a técnica abrangia em uma mesma categoria contratual - *locatio conductio operarum* – as três formas de locação: locação de coisas (*locatio conductio rerum*), locação de serviços e empreitada, denominadas *locatio conductio operis*. O direito moderno passou a dissociar a prestação de serviços de locação, pois afronta a dignidade da pessoa humana, já que não mais é possível considerar o trabalho humano como coisa, tanto é que o Código Civil de 2002, certamente por essa influência, passou a chamar de prestação de serviço, diferentemente do Código Civil de 1916.

O fato de a prestação de serviços médicos não encontrar disciplina legal com regulamentação específica permite ao intérprete e julgador invocar em suprimento do conteúdo das cláusulas próprias, os princípios legais relativos ao contrato típico mais próximo, o que nem sempre é possível pela falta de identidade, e outros princípios contratuais.

O contrato de prestação de serviços guarda proximidade com vários institutos afins, o que acabou permitindo que alguns estudiosos tratassem a prestação de serviço médico como mandato, empreitada; no entanto deles se difere por vários motivos.

Em relação ao mandato, existem determinadas relações como as de trabalho em que é comum a representação, que é o que ocorre na contratação do serviço advocatício. A função representativa no mandato é elemento integrante do contrato, o que não ocorre no contrato de prestação de serviços médicos, pois neste não existe a figura do representante.

Em relação à empreitada, assim como na prestação de serviços, o objeto é o trabalho humano, manual, intelectual ou técnico, mas se diferem, principalmente, em razão do risco do resultado que a pessoa assume,<sup>97</sup> e do objeto<sup>98</sup> da relação (obra e saúde). Na empreitada, o

---

<sup>95</sup>“Domingos Afonso Kriger Filho a respeito do contrato médico conclui: “Por ora, interessa ter em mente que quando o escúlipto atua em razão de um vínculo contratual, mantido mesmo que tacitamente com o paciente, estabelece um verdadeiro contrato de “locação de serviço”, possível de ser definido como “o ato jurídico em virtude do qual o médico, mediante remuneração ajustada com o atendido, se compromete a fornecer-lhe os serviços ligados à sua especialidade profissional.” KRIGER FILHO, Domingos Afonso. A responsabilidade civil médica frente ao ordenamento jurídico atual. *Revista Forense*, v. 380, jul./ago. 2005, p. 35.

<sup>96</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>97</sup> “Verifica-se, assim, desde logo que, pela empreitada alguém faz ou manda fazer uma obra ou um serviço, com autonomia e aos seus próprios riscos, recebendo o pagamento pela obra ou pelo serviço, caracterizando-se o contrato pela sua finalidade, pelo resultado alcançado e distinguindo-se do contrato de trabalho, por exemplo, pela ausência de um vínculo de subordinação e de horário de um dos contratantes em relação ao outro. Diferencia-se, também, da prestação de serviços médico ou de advogado que assume uma obrigação de meio, pretendendo assistir ao cliente, sem que possa garantir o êxito do trabalho.” WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 11 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

executor trabalha por conta própria, assume os riscos inerentes à sua atividade, diferentemente do médico que não pode garantir o resultado, questão que será mais bem abordada por ocasião da análise do vínculo jurídico da relação médico-paciente, no item 1.3.3.

Gustavo Tepedino,<sup>99</sup> considerando que, além da remuneração do serviço prestado pelo médico, há um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da avença, conclui que o contrato entre médico e paciente seja tratado como atípico e diverso da locação de serviços convencionalmente disciplinada pelo Código Civil, denominando-o de locação de serviços *sui generis*. Em seu abono ao seu posicionamento cita José de Aguiar Dias, que ressalta o dever do médico de ser ao mesmo tempo conselheiro, protetor e guarda do enfermo que lhe reclama cuidados profissionais.

Considerando o posicionamento desses juristas de escol e as peculiaridades da relação médico-paciente, é possível defini-la, na classificação adotada por António Menezes Cordeiro,<sup>100</sup> como contrato nominado e atípico, denominado prestação de serviços médicos.

Ultrapassada a questão da tipicidade contratual e do *nomen iuris* adotado, entre outras modalidades que agrupam os negócios jurídicos, passa-se à sua classificação.

O contrato médico<sup>101</sup> ora analisado é bilateral, oneroso, comutativo, não formal, podendo ser escrito ou verbal, ou tácito, negociável ou de adesão, *intuitu personae*, e contínuo.<sup>102</sup>

Júlio César Galán Córtes, doutor em direito e em medicina, professor da Universidade de Oviedo, defende que nos procedimentos estéticos, por ser o dever de informar sobre os riscos e alternativas existentes quanto ao eventual fracasso mais rigoroso, há uma aproximação desse tipo de contrato ao de empreitada. CÓRTEZ, Júlio Galán. O consentimento informado e a cirurgia estética. Trad. por José Geraldo de Freitas Drumond. *Bioética*, Brasília, v.12, n.1, 2004, p. 96.

<sup>98</sup>O serviço do médico é contrato de locação de serviços, e não da obra. O médico não promete o resultado que se deseja, mas sim a sua atividade técnica. Para que se tratasse de contrato de obra, seria preciso que se promettesse a cura, e só se percebesse pela cura. Há operadores que excepcionalmente concebem como tal o contrato. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLVII. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsó, 1971.

<sup>99</sup>TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 01, v. 2, abr./jun. 2000, p. 42.

<sup>100</sup>“O negócio típico é, em princípio, nominado: a lei designa-o pelo seu nome – *nomen iuris*. Por exemplo, a compra e venda, a doação e a sociedade são típicas e nominadas. Pode, porém, assistir-se a uma dissociação entre as duas características, como demonstrou pessoa Jorege: um negócio que tenha regulação supletiva legal mas não seja apelidado senão pela doutrina será típico e inominado; aquele que merecer referência legal pelo seu *nomen* mas que não surja regulado, é nominado e atípico; assim sucede com os contratos de transporte e de hospedagem, referidos no artigo 755º, a) e b), mas sem tratamento explícito no Código.” CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2007.p. 473.

<sup>101</sup>“Sendo irrefragável a responsabilidade contratual, o contrato médico irá se estabelecer com as seguintes características: tácito, expresso, consentido, lícito em seu fim, sinalagmático e oneroso.” NIGRE, André Luis. Responsabilidade civil do médico. In: \_\_\_\_\_. et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 201.

<sup>102</sup>“Doutrinariamente, dito contrato pode ser classificado como bilateral (cria obrigações recíprocas entre as partes), oneroso (uma das partes arca com um sacrifício patrimonial correspondente à vantagem que recebe), consensual (ultima-se pelo mero consentimento das partes, independentemente de qualquer formalidade) e comutativo (porque cada uma das partes, desde o momento de sua formação pode antever e avaliar a prestação que lhe será fornecida), consistindo o seu objeto na prática de “atos médicos...” KRIGER FILHO, Domingos Afonso. A responsabilidade civil médica frente ao ordenamento jurídico atual. *Revista Forense*, v. 380, jul./ago, 2005, p. 35.

O contrato é bilateral, oneroso e comutativo, pois decorre do acordo de vontade entre o médico e o paciente do qual resultam reciprocidade de direitos e obrigações, sabendo o paciente de antemão o serviço que contrata, e o médico o valor de sua remuneração.<sup>103</sup>

O preço é a contraprestação do paciente pelos serviços prestados pelo médico, que se dará na forma de honorários, remuneração devida ao profissional liberal.

A onerosidade decorre das vantagens recíprocas proporcionadas às partes, de um lado a remuneração<sup>104</sup> ou retribuição que o médico receberá pelo serviço prestado, cujo pagamento se dará conforme acordado pelas partes (antecipadamente ou depois da prática do ato – artigo 597 do CC), mas de forma justa<sup>105</sup> e, do outro, a vantagem do paciente em receber o serviço.

Nem sempre a remuneração do serviço está subordinada à prestação esperada, mormente no que se relaciona à atividade intelectual, às profissões liberais, em que nem sempre se alcança o resultado esperado.

Assim o é na prestação de serviço médico, sujeito a fatores imprevisíveis atinentes a saúde do paciente, não havendo como afastar o risco da atividade, e mesmo que o médico utilize toda técnica sem cometer qualquer imprudência, imperícia ou negligência, o paciente pode não obter o resultado pretendido e, além disso, sofrer danos decorrentes da própria doença a que está acometido ou das reações do seu organismo (fisiologia e psique) ao tratamento (iatrogenia<sup>106</sup>). Condicionar a remuneração ao êxito do tratamento seria afastar o caráter sinalagmático do contrato.

Desta forma, a remuneração é devida independentemente do resultado esperado, o que, por sua vez, também não descaracteriza o caráter comutativo,<sup>107</sup> muito embora haja quem

---

<sup>103</sup> Caso as partes contratantes não estipulem o preço aplica-se a regra do artigo 596 do Código Civil, que dispõe. “ Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade.” Nas diferentes profissões, é comum as entidades de classe fornecerem tabela com preços diferenciados para determinada atividade. No entanto, o Código de Ética Médica veda ao médico não ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos (capítulo VIII, artigo 62).

<sup>104</sup> No que diz respeito à remuneração do profissional médico, o Código de Ética Médica em seu capítulo I, inciso III, estabelece que “Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa”, além disso, traz algumas vedações, que estão dispostas no capítulo VIII (artigos 58 a 72).

<sup>105</sup> Código de Ética Médica, capítulo I, inciso XV: “O médico será solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração digna e justa, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico-científico.”

<sup>106</sup> Entende-se como iatrogenia “um estado ou prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados. CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

<sup>107</sup> “Seguindo a classificação usual, os contratos comutativos marcam-se pelo prévio conhecimento das partes a propósito da prestação e contraprestação, ou seja, o que cada parte deve cumprir e deve receber uma da outra. Há álea nesse contrato? internamente, não. É bem verdade que em todo negócio da vida há um risco inerente. [...] Mas os riscos, nos contratos comutativos, são externalidades a eles, são os riscos da vida.” CAVALCANTI, Flavio de Queiroz Bezerra. O conteúdo da prestação securitária e o contrato aleatório. *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, ano I, 1 ed., p. 95-112, jan. 2009.



defenda que o contrato médico também é aleatório,<sup>108</sup> o que, *data venia*, não atende a classificação do contrato em apreço.

O contrato é consensual, uma vez que se considera perfeito mediante o simples acordo de vontade das partes, independentemente de qualquer materialidade externa. A lei não estabelece uma forma específica, vigorando na hipótese o princípio da liberdade de forma (artigo 107 do Código Civil), salvo se a lei vir a estabelecer alguma exigência (artigo 595 do CC), como pode ocorrer no consentimento livre e esclarecido a respeito de determinadas hipóteses, o que será abordado no terceiro capítulo. Por isso, as partes podem celebrar contrato escrito ou verbal, ou tácito, mas devem atentar para a prova da existência da relação jurídica (artigo 212 do Código Civil), principalmente se o valor do contrato for superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país, já que não poderá fazer prova exclusivamente por meio de testemunha, consoante artigo 227 do Código Civil.

O contrato escrito pode ser fruto de discussões e debates entre as partes ou de adesão (artigo 424 do Código Civil), em que uma das partes aceita as cláusulas gerais propostas pela outra parte que constitui a substância do contrato.

Outro aspecto importante desse contrato é a natureza personalíssima, pelo que a prestação só pode ser efetuada pelo próprio médico, pessoalmente, já que a contratação decorreu de suas habilidades pessoais, da confiança pessoal que o paciente deposita no médico, e, em caso de substituição, por qualquer eventualidade, deve o paciente ser previamente informado e concordar (artigo 605 do Código Civil). Da mesma forma, também ao médico é dada a liberdade de escolher seu paciente.

A execução do contrato médico pode ser considerada como de trato sucessivo, pois não se esgota de forma imediata, já que os deveres do médico para com o paciente ultrapassam a prestação do serviço em si, devendo acompanhá-lo até sua total reabilitação. Além disso, na maioria dos casos a prestação realiza-se dentro de um espaço de tempo contínuo.<sup>109</sup> Contudo, o contrato cessa na ocorrência de algumas circunstâncias como a morte de qualquer das partes, manifestação de vontade de uma ou de ambas as partes, conclusão efetiva do serviço médico (cura ou alta hospitalar), dentre outras hipóteses (artigo 607 do Código Civil).

---

<sup>108</sup> Segundo Arturo Ricardo Yungano e Jorge D. López Bolado: “O contrato médico é *intuitu personae*, bilateral, oneroso ou gratuito, de caráter civil, comutativo e aleatório, pertencente à categoria dos contratos principais, possuindo na sua formação também, contratos acessórios e, por último tem liberdade de conclusão.” *Apud* GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2 ed., 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>109</sup> A estipulação de prazo do contrato de prestação de serviço está disciplinada nos artigos 599, 600, e 601, todos do Código Civil.

Como visto, apesar do contrato de prestação de serviços médicos ser atípico, aplica-se alguns dispositivos legais previstos no Código Civil que regulam o contrato de prestação de serviços e os princípios contratuais nele consagrado.

Questiona-se, contudo, se seria apenas o Código Civil a fonte normativa aplicável à hipótese.

De acordo com Cláudia Lima Marques<sup>110</sup> “denomina-se contratos de consumo todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços.”

A relação de consumo engloba todos os contratos civis e mercantis, nos quais se encontra em um de seus polos a figura do consumidor, parte vulnerável, e, no outro, o fornecedor (artigo 2º do CDC).

Para identificar quais são os contratos submetidos às novas normas do Código é necessário: i) definir quem será considerado consumidor e fornecedor de bens e serviços (limitação *ratione personae*); e ii) verificar a matéria, incluindo ou excluindo contratos especiais (*ratione materiae*).

O campo de aplicação do CDC, em matéria contratual, será vasto e diferenciado, e envolverá contratos de obrigações de dar, de transferir a propriedade ou somente a posse, que são os contratos de fornecimento de produtos, e os contratos envolvendo obrigações de fazer, denominados genericamente de contratos de prestação de serviços (artigo 3º do CDC).

A maioria dos doutrinadores, entre eles Cláudia Lima Marques,<sup>111</sup> Sérgio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito,<sup>112</sup> e a jurisprudência, incluindo a do Superior Tribunal de Justiça,<sup>113</sup> enquadram a relação contratual médico-paciente, em regra, no conceito de relação jurídica de consumo, haja vista a presença da figura do fornecedor de serviços, o médico, e do consumidor-paciente, destinatário final do serviço, nos termos do artigo 2º e 3º, ambos do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, quando o serviço não é remunerado afasta-se a incidência da lei consumerista.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 252.

<sup>111</sup> “Efetivamente, hoje não há mais dúvidas em nosso País sobre a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por médicos, hospitais e clínicas privadas, seja na medicina individual ou em grupo, mediante seguro-saúde ou planos de saúde”. MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 827, p. 11-48, set. 2004.

<sup>112</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio, DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XIII. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

<sup>113</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Erro médico. Recurso Especial nº 731078/SP. Relator: Exmo. Ministro Castro Filho. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento 13/12/2005). Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)> . Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 5)

<sup>114</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Serviço Público de saúde. Recurso Especial nº 493181/SP. Relatora: Exma. Ministra Denise Arruda. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento 15/12/2005). Disponível em:

Desse entendimento diferem, dentre outros,<sup>115</sup> Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza,<sup>116</sup> ao dizerem:

A toda evidência, se a vida e a saúde não são bens de consumo – não se podendo deixar de dizer que são muito mais que isso, são bens inalienáveis – o médico, bem como os estabelecimentos de saúde, não são fornecedores nem prestadores de serviços e, por conseguinte, a relação médico/paciente não pode ser regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo certo dizer, ainda, que os pacientes, por sua vez, não serão consumidores ao procurarem os profissionais de saúde para se tratar.

Domingos Afonso Kriger Filho<sup>117</sup> assevera que, para que a relação médico-paciente seja considerada relação jurídica de consumo não é suficiente a presença da figura do consumidor-paciente e do fornecedor-médico; é necessária a remuneração do serviço,<sup>118</sup> pois a gratuidade afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor, conforme se extrai do artigo 3º do referido diploma legal.<sup>119</sup>

Marcelo Benacchio<sup>120</sup> também afasta o atendimento médico de urgência como relação não inserida nas relações de consumo, pois é realizado em decorrência do dever do médico de atuar na hipótese.

O sistema é composto por diversas fontes normativas, cuja unidade axiológica é garantida pela Constituição Federal.

Cláudia Lima Marques<sup>121</sup> sustenta, amparada em seu mestre, Erik Jayme, a aplicação de um “diálogo das fontes”, que significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada, das plúrimas fontes legislativas, leis especiais e gerais.

<[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 6) Em sentido contrário a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas por fundamento diverso ao da ausência de remuneração pelo serviço: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Erro médico. Recurso Especial 466730/TO. Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Relator p/ Acórdão: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento 23/09/2008. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 7)

<sup>115</sup> O preâmbulo do atual Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931/2009 do CFM, em vigor em 13 de abril de 2010) é expresso ao afastar o contrato médico como de consumo, conforme se depreende do inciso XX do capítulo I, que dispõe: A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.” Todavia, cabe ressaltar, que norma deontológica não tem poder de contrariar a lei nem a Constituição Federal.

<sup>116</sup> COUTO FILHO, Antonio Ferreira, SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51.

<sup>117</sup> KRIGER FILHO, Domingos Afonso. A responsabilidade civil médica frente ao ordenamento jurídico atual. *Revista Forense*, v. 380, jul./ago. 2005, p. 38.

<sup>118</sup> A respeito da incidência da lei consumerista na relação médico-paciente destaca-se o artigo de FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Questionamentos judiciais e a proteção contra o paciente um sofisma a ser corrigido pelo gerenciamento de riscos. *Bioética*, Brasília, v.5, n.1, p.5-12, 1997.

<sup>119</sup> "Mediante remuneração: A expressão utilizada pelo artigo 3º do CDC para incluir todos os serviços de consumo é 'mediante remuneração'. [...] Parece-me que a opção pela expressão 'remunerado' significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o 'benefício gratuito' que está recebendo. A expressão 'remuneração' permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo [...]" MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: artigos 1 a 74, aspectos materiais, 1 ed. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

<sup>120</sup> BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: NERY, Rosa Maria de Andrade, DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil*: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 320-349.

No entanto, apesar de possível e cabível o diálogo das fontes, o Código de Defesa do Consumidor não pode ser compreendido como um microsistema,<sup>122</sup> como se o ordenamento não fosse uno. Na perspectiva sistemática, as normas devem ser interpretadas em conjunto, respeitando os princípios constitucionais.

Dessa forma, aplica-se a lei consumerista à relação médico-paciente já que inclui a prestação de serviço como fruto de uma relação de consumo, mas com a ressalva de que a responsabilidade do profissional liberal é diferenciada (artigo 2º, 3º e 14, § 4º, todos do Código Civil), além da Lei sobre Planos de Saúde, o Código de Ética Médica, o Código Civil, no que for compatível. Tudo sob a luz da Constituição Federal e seus princípios.

O paciente é a parte mais frágil da relação, é vulnerável especial, leigo e enfermo e tem recebido especial atenção do Estado que não só deve garantir a saúde (artigo 6º da CF/88), direito fundamental, como impor normas de proteção e regulação.

O artigo 5º, XXXII, da CF/88, estabelece como dever do Estado, e não mera faculdade, a defesa do consumidor que, além de ser um direito fundamental, constitui princípio da ordem econômica (artigo 170, V). O artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em prazo determinado, tamanha a relevância desse diploma para o ordenamento jurídico.

Desde a revolução industrial (século XIX), o fordismo (século XX), que despersonalizaram fortemente as relações com os clientes, a sociedade foi passando por novas transformações sociais, econômicas, políticas.

A sociedade de consumo, caracterizada pela oferta de número crescente de produtos e serviços, domínio do crédito e do marketing, a dificuldade de acesso à justiça, dentre outros motivos, impôs a necessidade da intervenção estatal por meio de normas jurídicas de consumo efetivas e capazes de dirimir conflitos, mormente superar a vulnerabilidade do consumidor.

Foi nesse período, conhecido como século dos novos direitos, que do velho tronco do Direito Civil brotaram novos ramos, ou disciplinas, tais como: direito ambiental, biodireito, direito espacial, direito da comunicação, direitos humanos, direito do consumidor e outros. Todos para atender, por meio de princípios próprios, as novas necessidades da sociedade.

---

<sup>121</sup> Em tratando do Código Civil e do Código de Defesa, Cláudia Lima Marques aponta três tipos de diálogos possíveis: i) aplicação simultânea entre as duas leis (diálogo sistemático de coerência); ii) aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais); iii) ainda há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática). BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87-98.

<sup>122</sup> TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado Rio de Janeiro*, n.6/7, p.13-25, 1998/1999.

O arcabouço jurídico até então existente consubstanciado na ideia de centralidade do Código Civil de 1916, capaz de regular todas as relações privadas e de garantir certeza do direito mediante a unificação do sistema, não acompanhou as transformações sociais e econômicas acarretando um descompasso ente o fato social e jurídico.

Por tais razões, tornou-se imperiosa a elaboração de normas para garantir a tutela do consumidor, mormente nesse novo século em que a sociedade é globalizada, dominada pelo comércio eletrônico e pela busca por mais segurança e transparência nas relações.

A legislação consumerista tem como *ratio*, justamente, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado. Todavia, a aplicação dessa legislação protetiva deve ocorrer de forma a abranger os verdadeiros vulneráveis, os que demandam um tratamento diferenciado do ordenamento jurídico, sob pena de esvaziar o espírito da lei, o que também se tornou um desafio para os juristas e aplicadores do direito.

O consumidor é sujeito constitucionalmente identificado como “diferente”, sujeito de direitos especiais devido à sua vulnerabilidade diante do fornecedor de serviços e produtos que detém o controle dos meios de produção, domínio técnico e científico. E, por isso, sua tutela ganha cunho constitucional, ocupando uma posição relevante dentro do ordenamento jurídico.

O que justifica um tratamento diferenciado e desigual dos co-contratantes é o desequilíbrio fático de forças nas relações de consumo, motivo pelo qual protege o direito daquele que é desigual técnico, fático, jurídico e informacional.<sup>123</sup>

O CDC confere aos seus destinatários alguns benefícios, tais como: inversão do ônus da prova, foro privilegiado, prazos decadenciais e prescricionais<sup>124</sup> diferenciados, nulidade de pleno direito de determinadas cláusulas contratuais consideradas abusivas quando há desigualdade na relação, banco de dados, tutela coletiva, facilidade no acesso à justiça, proteção contra publicidade enganosa etc.

---

<sup>123</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Bessa. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-75.

<sup>124</sup> As ações de indenização, de acordo com o Código Civil prescrevem em 3 (três) anos (artigo 206, § 3º, inciso V), mas as ações decorrentes de fato de serviço médico por se tratar de relação de consumo (artigo 2 e 3 do CDC) prescrevem em 5 (cinco) anos, por força do disposto no artigo 14, § 4º c/c 27, ambos do CDC. Cf. DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. In: V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 395-409. Cf. SCHAEFER, Fernanda. *Da Prescrição em Ações de Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar*. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/8234/7800>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

Os princípios norteadores da defesa do consumidor e, portanto, da elaboração de uma lei protetiva, são o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade substancial, da vulnerabilidade, da boa-fé e da transparência.

A proteção constitucional do consumidor será, portanto, o princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis, o que se dará utilizando as normas do sistema de forma coerente.

Os serviços médicos que se inserem no mercado de consumo terão suas atividades regidas pelo Código de Defesa do Consumidor e a preocupação é com o paciente, considerado vulnerável<sup>125</sup> técnico, jurídico, fático e informacional diante do médico, detentor do conhecimento e das técnicas de intervenção.

A vulnerabilidade informacional, “*déficit informacional*”, merece destaque, pois está vinculada à importância da informação na relação de consumo, dentre elas, a relação médico-paciente. A informação iguala os que sabem aos que ficarão sabendo, permite o reequilíbrio contratual, a igualdade entre as partes, e minimiza os danos.

O desequilíbrio informativo entre fornecedor e consumidor, entre o médico especialista que detém o conhecimento mais amplo sobre a matéria contratual do que o paciente aumenta o dever do médico de informar, pois o consumidor, ao receber as informações, conseguirá avaliar seus interesses para efetuar a contratação, podendo até mesmo se defender ativamente contra eventuais danos, garantindo a justiça social.

A relação médico-paciente é pautada, sobretudo, na confiança, que decorre, justamente, do princípio da boa-fé objetiva, de onde se extraem deveres anexos ao contrato.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> “Em resumo, existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática. E um quarto tipo de vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional. Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário fático do bem. [...] Ainda há a vulnerabilidade jurídica ou científica, que é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Essa vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção em contrário, isto é, que devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se. [...] Há ainda a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam.... [...] Resta analisar a vulnerabilidade informacional, que é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade”. BENJAMIN, Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Bessa. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-75, passim.

<sup>126</sup> “No âmbito jurídico não é verdadeiro afirmar que a relação contratual é diferente das demais relações contratuais porque permeada por valores éticos, extraídos do Código de Ética Médica e expostos como metajurídicos. Não é só o contrato de prestação de serviços médicos que é permeado por valores éticos, todos os contratos são. Entretanto, não são quaisquer valores e não são valores metajurídicos. A relação contratual em foco, como qualquer outra, é informada pelos princípios da boa-fé contratual, da justiça contratual e da autonomia da vontade”. SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 113.

O paciente, enquanto consumidor, é sujeito de uma série de direitos que, normalmente, eram ignorados pela postura paternalista, pelo autoritarismo que permeava a relação médico-paciente. Ele não é mais considerado o sujeito passivo e inerte da prestação de serviços médicos, mas partícipe.

O Código de Defesa do Consumidor adotou uma técnica legislativa baseada não só em regras, mas, especialmente, em princípios<sup>127</sup> e cláusulas gerais, o que permite considerá-lo uma lei principiológica.

Rachel Sztajn<sup>128</sup> resume em três os princípios que devem balizar a relação médico-paciente: i) autonomia, reconhecimento ao respeito individual e do poder de decidir sobre o próprio corpo, direito de se autodeterminar; ii) veracidade, assemelhado à transparência que informa as condutas profissionais, implica em transmitir informação precisa, objetiva e de forma inteligível para o ouvinte, é dizer a verdade; e iii) privacidade e confidencialidade, que significa o dever do médico de sigilo e confidencialidade a respeito do estado de seu paciente, é manter segredo, sob pena de violação, ao direito constitucional à intimidade, à privacidade, que deriva do direito à vida, à liberdade, à propriedade, ao direito de gozar a vida, de ficar só, salvo risco para a comunidade ou à saúde pública.

Ultrapassada a questão atinente ao tratamento jurídico e ético da relação médico-paciente, do ponto de vista da estrutura do contrato de prestação de serviço médico, são elementos essenciais do contrato de prestação de serviços médicos: i) os sujeitos: o médico e o paciente, titulares dos centros de interesses; ii) o objeto, qual seja, a prestação da atividade intelectual, que deve ser estudada como um processo, um conjunto de atos e atividades que se movimentam em direção a um determinado fim: preservação da saúde do paciente; e iii) o vínculo jurídico, a ligação estabelecida entre o médico e o paciente em torno da prestação que este se compromete a realizar em favor daquele, e os deveres jurídicos e éticos que defluem desse contrato, este último estudado no capítulo segundo.

---

<sup>127</sup>Numa diferenciação entre regra e princípio destaca-se a posição de Dworkin que quanto à forma de aplicação define a regra como o tudo ou nada, subsumir ou não o fato ocorrido na previsão legal; enquanto que princípios apresentam dimensão de pesos, ou seja, de valoração, em cada circunstância terá um peso e é da argumentação entre eles que surge a solução do caso. Os princípios também são partes integrantes do Direito, as regras são sustentadas por princípios. Já para Robert Alexy, as regras veiculam mandados de definição, ao passo que os princípios são mandados de otimização. Por essas expressões se quer significar que as regras (mandados de definição) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fato típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra é outra regra, que invalida a primeira, ou é sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa, pois como mandados de otimização, pretendem ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>128</sup>SZTAJN, Rachel. Autonomia e heteronomia na relação entre profissional/usuários de serviços e ações de saúde e as declarações de vontade viciadas. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, v. 36, n. 110, p. 22-31, abr./jun. 1998.

Para que o contrato de prestação de serviços médicos seja válido, os sujeitos devem ser capazes, o objeto lícito, possível e determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei. Além desses pressupostos, Arnaldo Rizzardo<sup>129</sup> acrescenta o consentimento definido como “integração de vontades distintas, ou a conjugação das vontades convergindo ao fim desejado”, o qual, nesse contrato, ganhará tratamento especial (consentimento livre e informado), analisado no capítulo terceiro.

### 1.3.1 Os sujeitos da relação médico-paciente

Participam do contrato de prestação de serviços médicos: i) o médico, profissional liberal habilitado; e ii) o paciente, pessoa física capaz, ou incapaz, absoluta ou relativamente, devidamente representada ou assistida, que necessite da prática de um determinado ato médico.

No que diz respeito ao médico, prestador de serviço intelectual e técnico, ele deve observar determinados requisitos para o exercício de sua profissão, apresentar especial habilitação (artigo 606 do CC) determinada pela lei que regulamenta sua profissão.<sup>130</sup> A habilitação vai desde a diplomação em curso universitário até a inscrição em órgãos especializados.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIII, garante o livre exercício da profissão, desde que atendidas as qualificações exigidas em lei, cuja competência privativa foi atribuída à União, nos termos do artigo 22, inciso XVI, da Carta Magna.

O exercício dos atos médicos é, portanto, função privativa de quem está legalmente capacitado, ou seja, daquele que é formado em Medicina e que estudou em estabelecimento educacional oficial ou oficialmente reconhecido devendo, além disso, estar formalmente habilitado pelo Conselho Regional de Medicina<sup>131</sup> do respectivo Estado, Território ou Distrito

---

<sup>129</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6 ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 17.

<sup>130</sup> Sobre a inscrição dos médicos e das pessoas jurídicas prestadoras de serviços de assistência médica: Cf. MARTINS, Paulo Sergio da Costa. Código de Ética Médica e processos éticos profissionais. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61-84.

<sup>131</sup> A atividade médica é regulada pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências, pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, que aprova o regulamento do Conselho Federal e Conselhos regionais de Medicina a que se refere a Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, e regula a inscrição dos médicos junto aos Conselhos, além do Código de Ética Médica, e Resoluções do Conselho Federal e Regional de Medicina, que estabelecem e alteram as regras de conduta profissional de acordo com os avanços constantes da medicina e das novas necessidades do Estado e das pessoas, visto que a saúde é direito fundamental. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM nº 1.208/85. Fixa data-prazo para inscrição de médicos no Registro de Especialistas nos Conselhos



Federal e registrado no organismo competente de vigilância sanitária do sistema de saúde ao qual estiver vinculado (artigo 17 da Lei nº 3.268/57).

Como todo ato profissional, ele deve ser praticado por pessoa adequadamente preparada, devidamente habilitada e que esteja exercendo legalmente sua profissão, de acordo com a legislação vigente.

O exercício ilegal da profissão constitui infração administrativa, penal (crime de exercício ilegal da medicina, charlatanismo e curanderismo artigos 282, 283, 284 do Código Penal), punida com penas pecuniárias e privativas de liberdade, além de não comportar remuneração pelo serviço.

O profissional liberal médico goza de autonomia no desenvolvimento de seu mister, liberdade técnica e ausência de pressões; não há subordinação hierárquica e, uma vez autorizado a agir, terá liberdade em sua intervenção técnica e científica, escolhendo o modo de execução do trabalho.

O Código de Ética Médica<sup>132</sup> assevera essa autonomia profissional e a estabelece como princípio fundamental no capítulo I, incisos VII, VIII, XVI.<sup>133</sup>

Certo é que em uma relação desverticalizada, apesar da autonomia do médico e do princípio da beneficência e da não-maleficência, o médico deve sempre atentar para as escolhas do paciente com quem manterá constante diálogo.

Em relação ao contratante-paciente, a lei exige, como em qualquer espécie contratual, o seu consentimento válido, além do consentimento livre e esclarecido<sup>134</sup> que será abordado no terceiro capítulo. E, para isso, ele precisa ter a capacidade de permitir as intervenções

Regionais de Medicina. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1985/1208\\_1985.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1985/1208_1985.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>132</sup> O Código de Ética Médica estabelece como princípio fundamental a autonomia profissional ( capítulo I). CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

<sup>133</sup> “VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente, VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho, XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.”

<sup>134</sup> “O “consentimento informado” é indispensável em qualquer prática médica. É obrigação do médico esclarecer, em linguagem compreensível para leigo e de acordo com o tipo de prática, tudo o que puder influenciar na decisão do paciente, vale dizer, no seu consentimento, como por exemplo, o diagnóstico, o prognóstico, qual o procedimento adotado, seus efeitos e riscos, alternativas existentes, inclusive custos. A validade do consentimento está subordinada, além do atendimento às regras antes mencionadas, a esses esclarecimentos por parte do profissional, devendo a informação ser efetiva e correta.” BARBOZA, Heloisa Helena. Poder familiar em face das práticas médicas. *Revista do Advogado*, v. 24, n. 76, jun. 2004, p. 41.

médicas e, em caso de incapacidade, será representado ou assistido,<sup>135</sup> se absolutamente incapaz e relativamente incapaz, respectivamente (artigos 3º e 4º, ambos do Código Civil).

Todavia, em virtude do aspecto existencial da relação e do objetivo de qualquer procedimento médico ser o melhor interesse do paciente, essa capacidade irá além da capacidade de fato que estabelece o artigo 104, inciso I, do Código Civil, pois, em alguns casos, ultrapassa o próprio requisito legal. Isso porque os critérios de capacidade estabelecidos pelo Código Civil quando se trata de decisões médicas não são soberanos.

O paciente deve ter a capacidade de compreender seu estado de saúde, independentemente de sua idade ou eventuais transtornos mentais ou enfermidade, podendo, em várias situações, apesar de incapaz para os termos da lei civil, expressar sua vontade e, em outras, capaz, mas sem condições de decidir.

Por isso, a despeito de o presente trabalho se limitar aos contratos médicos celebrados, a título oneroso, entre profissional liberal e paciente plenamente capaz, já que enfrentar a temática dos contratos envolvendo incapazes demandaria outro estudo que ultrapassa os limites dessa investigação, merece breve abordagem a aplicação dos critérios de capacidade estabelecidos no Código Civil para fins de consentimento dos absolutamente incapazes, menores de 16 anos, pessoas com transtornos mentais e incapacidade transitória, já que demonstra, mais uma vez, a preponderância do caráter existencial da relação médico-paciente.

Toda pessoa humana, ao nascer com vida, adquire personalidade jurídica (artigo 2º do CC), o que lhe confere aptidão para exercer direitos e contrair obrigações, participar das relações jurídicas. Mas para exercer por si só os atos da vida civil, precisa ser capaz (artigo 1º do CC).

A personalidade jurídica é analisada sob dois aspectos, um objetivo ou formal e outro material ou subjetivo.<sup>136</sup> Pelo sentido objetivo, personalidade jurídica é o conjunto de atributos inerentes ao ser humano, que garantem a sua integridade e a sua dignidade, um valor jurídico; já pelo subjetivo é a aptidão para ser titular de situações jurídicas, ou seja, é o pressuposto do exercício de direitos e contrair deveres.

A capacidade é a medida para a prática de determinados atos da vida. Toda pessoa pode ser titular de direitos e obrigações, porém, nem toda pessoa praticará os atos da vida civil pessoalmente, somente os que dispõem de plena capacidade.

---

<sup>135</sup> As pessoas que representam e assistem os incapazes para os atos da vida civil estão determinadas nos artigos 1.634, inciso V, 1.747, inciso II, 1.767 c/c 1.774, todos do Código Civil.

<sup>136</sup> Cf. RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2-34.

A capacidade civil se divide em capacidade de fato ou de ação, de exercício, e capacidade de direito. A primeira é a possibilidade concedida pelo ordenamento jurídico de serem exercidos pela pessoa humana, pessoalmente, os atos da vida civil; e a segunda é a própria personalidade jurídica, a projeção do valor personalidade no mundo jurídico. Todos têm capacidade de direito, adquirida com o nascimento com vida, mas nem todos têm plena capacidade de exercício pois, para isso, necessita de capacidade de querer, de expressar sua vontade, e de compreender, o que não está atrelado apenas à maioridade, mas também ao grau de discernimento.

A falta de capacidade de fato nega à pessoa humana o direito de se autodeterminar, de exercer seus direitos, pessoal e diretamente, condicionando-o à intervenção de um terceiro, representante ou assistente, caso seja a incapacidade absoluta ou relativa, respectivamente (artigos 3º e 4º, ambos do Código Civil).

A incapacidade prevista pelo legislador pátrio é exceção e tem intuito protetivo e impede que determinadas pessoas atuem sozinhas na realização de negócios jurídicos por não possuírem condições, seja em virtude da idade, do pouco amadurecimento da pessoa, ou de doença, má formação psíquica, ou qualquer circunstância que a impeça de exprimir sua vontade com plena consciência, em razão de causa definitiva ou transitória, impedindo-as de administrar seus próprios interesses.

Ao lado da incapacidade absoluta surge o instituto da representação legal,<sup>137</sup> que consiste na realização de um negócio jurídico em nome de outra pessoa, sobre quem devem recair os efeitos negociais.<sup>138</sup> A representação serve, justamente, para integrar o sujeito ao mundo negocial, pois se não fosse a representação os incapazes estariam alijados no tráfego jurídico.

A representação legal dos incapazes foi desenvolvida para sua própria proteção. O representante é investido do poder de gerir e, especialmente, de zelar, pelo patrimônio do representado, mas nunca de disposição

O primeiro questionamento que surge acerca da capacidade e da incapacidade jurídica é se poderia haver a aplicação do regime das incapacidades às situações existenciais atreladas

---

<sup>137</sup> “Dá-se a representação legal ou de ofício, quando o poder emana diretamente da determinação legislativa. Está neste caso a dos incapazes, que não podem emitir validamente sua vontade, nem intervir pessoalmente nos negócios jurídicos: os menores de 16 anos são representados pelo pai ou pelo tutor; os deficientes mentais, os que não puderem exprimir sua vontade, o são pelos respectivos curadores”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. v. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 526.

<sup>138</sup> SCHREIBER, Anderson. A representação no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229-253.

aos direitos da personalidade, direito de família, entre outros, e fulcrada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Isso porque sua criação, na época do liberalismo, teve o escopo de tutelar o elemento patrimonial da vida das pessoas, oferecer maior segurança às relações jurídicas, o que de certa forma tem sido eficaz.

Certo é que o instituto da incapacidade deve ser lido à luz da legalidade civil-constitucional, sob seu perfil funcional, o que impõe uma releitura quando diante de negócios existenciais, que devem ser analisados caso a caso para que seja dada devida proteção à dignidade humana.<sup>139</sup>

A autonomia privada dos incapazes, no que diz respeito às situações existenciais, ganha nova conotação em consonância com os valores constitucionais, especialmente, o do livre desenvolvimento da personalidade.<sup>140</sup>

O discernimento, mola propulsora do exercício da personalidade, se refere à integridade psíquica do agente, ou seja, condições de externar sua vontade de forma responsável, de realizar suas próprias escolhas individuais.

A capacidade de o agente consentir na relação médico-paciente observa, portanto, um regime especial, pois se trata de situação jurídica predominantemente existencial, pelo que não pode ser tratada da mesma forma que os negócios jurídicos patrimoniais.

Se a autonomia é essencial para que o sujeito decida acerca da disposição de seu próprio corpo, como ficaria o caso de paciente menor, criança ou adolescente, acometido por uma doença, e que precisa optar acerca do tratamento e da intervenção médica, ou, até mesmo, na continuidade do tratamento? Haveria discernimento? E como verificar esse discernimento? E, uma vez representados, qual o limite da interferência do representante, e na ausência de representação?

Os menores de 16 anos, por serem incapazes, são representados por seus pais ou tutores, conforme dispõe o artigo 1.634, V, e artigo 1633 c/c artigo 1728, todos do Código Civil. Todavia, em se tratando de decisão acerca dos direitos da personalidade, defende-se que, havendo maturidade, dispensa-se a intervenção, já que a decisão diz respeito ao seu

---

<sup>139</sup> Cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, BARTHOLO, Bruno Paiva. Personalidade e capacidade jurídicas no Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família / Continua Como/ RIDF*, Porto Alegre, v. 8, n. 37, p. 27-41, ago./set. 2006.

<sup>140</sup> Enunciado 138 do Conselho de Justiça Federal – “Artigo 3º: A vontade dos absolutamente Incapazes, na hipótese do Inc. I do artigo 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.” Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

corpo físico, sobressaindo as questões relacionadas à saúde, caberia ao menor o poder de interferência e decisão.

A incapacidade em razão da idade leva em consideração que o menor não atingiu o grau de maturidade necessário para a prática de atos da vida civil, sendo o critério etário decorrente de política legislativa que fixa um limite a fim de garantir segurança jurídica nas relações jurídicas.

Entretanto, como bem abordado por Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>141</sup> e Guilherme Calmon Nogueira da Gama,<sup>142</sup> a avaliação do discernimento de uma criança ou adolescente deve ir além do critério etário, pois está atrelada à análise de sua personalidade, seu caráter, suas convicções religiosas, culturais, seu comportamento, o que só é verificado no caso concreto. Dessa forma, deve-se observar a subjetividade do menor, sua real capacidade intelectual e volitiva de realizar escolhas quanto às situações existenciais (idade, maturidade, estado de saúde, personalidade, grau de instrução).<sup>143</sup>

Na relação médico-paciente, em que vigora o aspecto extrapatrimonial, questiona-se a aplicação irrestrita do regime da representação tutelar o real interesse do menor, principalmente, quando o menor já tem condições de manifestar sua vontade.

Por essa razão, apenas quando o menor não tiver maturidade suficiente, ou melhor, condições para compreender o alcance do ato médico, caberá aos pais ou tutores tomar a decisão.<sup>144</sup>

Prevalece em qualquer procedimento médico o melhor interesse do paciente, já que a Constituição Federal incorporou no ordenamento jurídico brasileiro a denominada doutrina da proteção integral, traduzida no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (*the best interest of the child*), o que lhe confere prioridades de direito até na área da saúde.

---

<sup>141</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 33, p. 5-32, jan/mar. 2008.

<sup>142</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, BARTHOLO, Bruno Paiva. Personalidade e capacidade jurídicas no Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família / Continua Como / RIDF*, Porto Alegre, v. 8, n.37, p. 27-41, ago./set. 2006, p. 29, Et. seq.

<sup>143</sup> A convenção sobre os Direitos da Criança (1989) entende que criança é todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo emancipação (artigo 1º), e dispõe em seu artigo 12 que: “1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por Intermediário de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.” Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/doc\\_crianca.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php)>. Acesso em: 2 fev. 2010.

<sup>144</sup> Cláudio da Silva Leiria defende que o adolescente a partir de 16 anos de idade deve ser considerado maior amadurecido podendo recusar ou aceitar tratamento, da mesma forma os adolescentes entre 12 e 16 anos de idade, desde que previamente aferido que é menor amadurecido. LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. *Revista Forense*, v. 105, n. 402, mar./abr., 2009, p. 63.

Existem situações em que os pais divergem entre si acerca do melhor interesse da criança, ficando a cargo do Poder Judiciário resolver a questão, nos termos do artigo 1.631, parágrafo único do Código Civil.

Não havendo representante legal,<sup>145</sup> a Declaração dos Direitos dos Pacientes orienta, no item 3.7:

Em todas as situações em que o paciente é incapaz de dar o seu consentimento esclarecido ou em que nenhum representante legal foi designado pelo paciente para este efeito, devem tomar-se medidas apropriadas para a aplicação de um procedimento em que se alcance uma decisão de substituição de base do que se conhece e, na medida do possível, do que poderia presumir-se dos desejos do paciente.

Entretanto, se houver divergência entre o menor e os pais, nos casos em que se reconhece a maturidade do menor para decidir, deve prevalecer o que é melhor para o paciente e não o que é melhor para os pais. Observa-se seu direito à liberdade, a autonomia das crianças e adolescentes, conforme dispõe os artigos 15 a 17, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ordenamento jurídico pátrio, tendo por base a idade de 12 anos, já tem avançado em relação à valorização da vontade do menor na participação de fatos jurídicos que sobre eles refletem diretamente, é o caso dos artigos 28, § 2º, 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), artigo 1.621, 1.740, inciso III, do Código Civil.

Determinadas intervenções médicas são limitadas às pessoas que gozam de plena capacidade como no caso da doação de órgãos. Entretanto, a lei permite de forma excepcional que o indivíduo juridicamente incapaz doe no caso de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou de seus responsáveis legais e autorização judicial e que o ato não ofereça risco para a sua saúde (artigo 9º, § 6º, Lei n.º 9.434/97).

No caso do receptor do órgão ser juridicamente incapaz, ou estiver em condições de saúde que impeçam ou comprometam sua manifestação de vontade, o consentimento será dado pelos pais ou responsáveis legais (artigo 10, § 10, da Lei n.º 9.434/97).

A participação dos menores em pesquisa clínica está restrita a fins terapêuticos e deve haver autorização do representante legal, dando especial relevo à vontade da criança conforme sua capacidade de discernimento, o que lhe permite, inclusive, se opor à experimentação,<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> Seção III (representação de doentes com capacidade diminuída) “Art. 12º, 4. Na ausência de qualquer dos representantes mencionados nos números anteriores, o médico actua segundo o consentimento presumido do doente, ouvidos, sempre que possível, o médico da família do doente e outras pessoas que tenham mantido o com o doente relações de grande proximidade, designadamente os familiares”. PORTUGUAL. Assembleia da República. Projeto de Lei nº 788/X – Direitos dos doentes à informação e ao consentimento Informado. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 10, p. 74-84, jun./jul. 2009.

<sup>146</sup> A Declaração de Helsinki, de 1989, da Associação Médica Mundial também prevê a participação do menor, assim como as Diretrizes Internacionais do CIOMS (Council for International Organizations of Medical Sciences) apresentou um item específico para pesquisa em crianças, dispondo: Os pais ou representantes legais devem dar um consentimento por

conforme regulado pelas Resoluções do Conselho Nacional da Saúde<sup>147</sup> n.º 196/96 e n.º 251/97 e no artigo 101, parágrafo único do Código de Ética Médica.<sup>148</sup>

A incapacidade decorrente da idade civil não pode, portanto, impedir que, em determinados casos, o menor-paciente participe de forma mais ativa e direta, mesmo que absolutamente incapaz, de acordo com o fato concreto e sua capacidade intelectual, volitiva e emocional.

Deve haver um equilíbrio entre o modelo de vida dos pais e as peculiaridades inerentes às personalidades dos filhos menores.

No tocante ao consentimento informado dos menores, há uma tendência de permitir que aqueles que estão na faixa etária de 12 anos e gozam de maturidade suficiente possam, por conta própria, tomar decisões quanto ao ato médico.

Heloisa Helena Barboza<sup>149</sup> ressalta que as decisões tomadas pelo representante legal em nome do incapaz são restritas no tratamento médico ministrado que envolve procedimentos não normais, quais sejam, os de natureza irreversíveis, que implicam em supressão permanente de órgãos, sentido ou função, bem como os que acarretem risco de vida ou de comprometimento grave das aptidões vitais, da saúde mental, mutilação ou deformidade.

O idoso se enquadra na hipótese de aparente incapacidade, pois o fato de apresentar fragilidade física não significa debilidade mental ou falta de discernimento, pelo que a velhice não constitui incapacidade jurídica.

O idoso goza de proteção especial do ordenamento jurídico em razão de sua fragilidade (Estatuto do Idoso – Lei n.º 10.741/2003) e merece tratamento especial e atenção

procuração; - o consentimento de cada criança deve ser obtido na medida de sua capacidade; a recusa da criança em participar na pesquisa deve sempre ser respeitada, a menos que, de acordo com o protocolo de pesquisa, a terapia que a criança receberá não tenha qualquer alternativa medicamente aceitável. Da mesma forma o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), do Ministério da Justiça, em outubro de 1995 estabeleceu os Direitos da Criança e do Adolescente Hospitalizados, através da Resolução n.º 041/95, que em seu artigo 12 prevê: “Direito de não ser objeto de ensaio clínico, provas diagnósticas e terapêuticas, sem consentimento informado de seus pais ou responsáveis e o seu próprio, quando tiver discernimento para tal”. Disponível em: < <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/legislacao/id2178.htm>>. Acesso em: 02. fev. 2010.

<sup>147</sup> CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (Brasil) Resolução CNS n.º 196/1996. Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_96.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010. CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (Brasil) Resolução CFM n.º 251/1997. Aprova normas de pesquisa envolvendo seres humanos para a área temática de pesquisa com novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_97.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_97.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>148</sup> “É vedado ao médico: Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa. Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão”.

<sup>149</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 1, n. 2, p. 05-14, 2004.

redobrada do médico, pois demanda maiores cuidados em razão da saúde mais debilitada, tendo em vista a idade avançada.

Em algumas hipóteses questiona-se a capacidade de o idoso emitir sua vontade e de receber determinada informação médica ou de se submeter a certos tratamentos sem muita chance de êxito. Nesse caso, será analisado o direito do paciente de ser informado e o privilégio terapêutico.

O artigo 17 da Lei n.º 10.741/2003 assegura ao idoso, que está no domínio de suas faculdades mentais, o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável e apenas nos casos em que não tem condições de decidir caberá ao curador, ou familiar, e, em último caso, ao próprio médico, fazer a escolha.

No tocante aos incapazes, em razão de estarem acometidos de doença que afeta suas faculdades mentais, o artigo 3º, incisos II e III, do Código Civil prevê duas hipóteses: i) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e ii) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

A primeira hipótese se refere ao antigo artigo 5º, inciso II, do Código Civil de 1916, que considerava absolutamente incapazes os loucos de todo gênero, expressão essa criticada pelos doutrinadores, e que abrange as pessoas que sofriam de deficiência mental.<sup>150</sup> Essas pessoas devem passar por um processo de interdição, cujo rito está previsto no artigo 1.177 e seguintes do CPC, após o qual serão representados por um curador. Discute-se qual é a extensão da curatela e como determinar as restrições a que o incapaz está sujeito, já que a curatela visa a proteção e não a exclusão do incapaz dos atos sociais de todos os negócios existenciais e patrimoniais.<sup>151</sup> Deve-se avaliar a potencialidade concreta, se existe condições para manifestação de vontade consciente,<sup>152</sup> impondo limites à curatela a fim de preservar a autonomia caso a pessoa apresente algum discernimento.

---

<sup>150</sup> O ordenamento jurídico pátrio protege os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, inclusive a obter informações e consentir com o tratamento, consoante artigo 2º, inciso VIII, e artigo 11, ambos da Lei n.º 10.216/2001.

<sup>151</sup> Heloisa Helena Barboza ao tratar do poder familiar em face das práticas médicas comenta o problema da esterilização cirúrgica de mulheres alienadas mentais apreciados pelo Poder Judiciário e que deve decisões divergentes, tanto no sentido deveria autorizar a cirurgia de mulher portadora de esquizofrenia irreversível que costumava fugir e voltar grávida, o que seria “remédio necessário para minorar o mal causado”, e outra pela negativa da autorização para o procedimento por inexistir amparo legal para a pretensão de laqueadura das trompas de pessoa interdita (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AP nº 596210153, 6/8/1997 e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AP nº 597185271, 12/12/1997, <<http://www1.tj.rs.gov.br/jprud/documento.php>>, acesso em 13/5/2002.). BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 1, n. 2, 2004, p. 05-14.

<sup>152</sup> GERALDES, Paulo Cesar. A autonomia na doença mental. *Jornal do CREMERJ*, Rio de Janeiro, ano XVIII, n. 182, p. 4, nov. 2005.



Os que sofrem, por razão transitória, de absoluta incapacidade e que, por isso, não podem exprimir sua vontade estão, momentaneamente, limitados do exercício de sua capacidade como, por exemplo, a pessoa que se encontra em coma profundo, completamente embriagada, ou drogada. Estas pessoas deverão estar representadas por um curador (artigos 1.767 e 1.780, ambos do Código Civil).<sup>153</sup>

A capacidade de tomar decisões médicas independe do processo de interdição e quando o médico tiver dúvidas acerca da aptidão de um indivíduo poderá convocar o serviço de psiquiatria para atestar as condições mentais do paciente, buscando o consentimento dos representantes legais e, caso não haja, a autorização judicial.

Dessa forma, mesmo os doentes mentais, que tiveram assegurado o direito à ampla informação, podem, em certas situações, dar seu consentimento para intervenções médicas, a tendência é respeitar a vontade do paciente, com amparo no princípio bioético da autonomia.

A leitura civil-constitucional do instituto da incapacidade deve permitir, na relação médico-paciente, que o sujeito alvo do tratamento e da intervenção médica seja avaliado conforme suas condições pessoais e não de forma apriorística por modelo fechado e hermético. Logo, se observada certa faculdade intelectual, deve ser considerada para contribuir com as escolhas acerca do desenvolvimento de sua própria personalidade, de acordo com sua real situação psicofísica.

Essa interpretação traduz o reconhecimento da pessoa humana como valor central e unitário do ordenamento jurídico civil, sua dignidade como fundamento e objetivo primeiro da República Federativa do Brasil e orienta toda a atividade legislativa, judiciária, estatal e privada.

### 1.3.2 A prestação de serviços médicos: objeto da relação

Do contrato celebrado entre o médico e o paciente surge a obrigação de prestação de serviços médicos que se refere às intervenções técnicas sobre a integridade física ou psíquica do paciente, a prática de “atos médicos”.

---

<sup>153</sup> Nesses casos surge a questão da possibilidade ou não de a interdição se basear em causa transitória e, segundo Fábio de Oliveira Azevedo, uma leitura apressada do inciso II do artigo 1.767 do Código Civil conduziria a errada impressão de que é Incabível, porque a lei fala em “causa duradoura”, e não uma “causa transitória”, mas para ele essas expressões não se opõem, pois a causa pode ser temporária (por exemplo, coma de dois dias) ou duradoura (por exemplo, coma de 2 anos). Por isso, é possível a interdição desde que seja a causa transitória. AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito civil: introdução e teoria geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 158.

A finalidade da atuação médica é assegurar ou restaurar a saúde<sup>154</sup> do paciente, seu bem-estar, até mesmo, para melhorar o aspecto estético quando contratado para essa finalidade. A prática de atos médicos inclui: a anamnese, informações obtidas do paciente, considerando seu histórico, a profilaxia ou o diagnóstico de enfermidades; explicação ou identificação da doença do paciente, seus caracteres e suas causas; interpretação dos exames, ou seja, entendimento de algum aspecto particular dos problemas constatados no paciente e a formulação e prescrição terapêutica (instruções escritas que definem a preparação ou o uso de substâncias que deverão ser ministradas no tratamento ou intervenção médica) preventiva ou curativa de ordem farmacológica, cirúrgica ou psiquiátrica. O tratamento deve ser empregado para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor do paciente, ou para a reabilitação de enfermos.

A execução desses serviços requererá do profissional médico conhecimentos técnicos e especiais. E, muitas vezes, sua intervenção exige a participação de outros agentes, de diferentes níveis de qualificação, ou de pessoas que se especializam em determinada área.

A autonomia da ciência e técnica médica fez com que surgisse um grupo específico de profissionais que, ao longo do tempo, foram se especializando em determinadas áreas de atuação,<sup>155</sup> haja vista os avanços tecnológicos, o desenvolvimento de novas técnicas diagnósticas, anestésicas e cirúrgicas.

A área de saúde envolve diversas profissões que se diferem da médica, tais como: farmácia, enfermagem, odontologia, psicologia, fisioterapia, fonoaudiologia, entre outras, que, muito embora contribuam com a saúde, não podem ser inseridas no conceito de ato médico, o que é importante para estabelecer a responsabilidade civil por esses atos.

O ato do profissional médico, também denominado ato médico, não abrange todas as áreas da saúde e fazer essa diferenciação é importante na seara da qualificação do erro profissional, pois a expressão utilizada coloquialmente, “erro médico”, não é restrito ao médico, por isso conceitualmente seria melhor chamar de “erro do profissional médico”.

---

<sup>154</sup> “Saúde (do latim ‘salute’ = salvação) é o integral bem-estar físico, psíquico e social da pessoa física [...] Vocábulo que expressa o estado do ser humano ou animal que tem suas funções orgânicas realizadas normalmente. No ser humano, a saúde significa também o exercício normal das funções psíquicas”. FRANÇA, Rubens Limong (coord.) *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 67, p. 108.

<sup>155</sup> Resolução n.º 1845/2008 do CFM Dispõe sobre a nova redação do Anexo II da Resolução CFM n.º 1.785/2006, que celebra o convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmado entre o Conselho Federal de Medicina (CFM), a Associação Médica Brasileira (AMB) e a Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM).

Não há no ordenamento jurídico brasileiro uma lei definindo o que vem a ser o ato profissional médico,<sup>156</sup> havendo, em alguns casos, uma verdadeira zona cinzenta quanto ao que constitui diante da equipe multidisciplinar que envolve a atuação na área da saúde.

A Resolução nº 1.627/2001 do Conselho Federal de Medicina (artigo 1º)<sup>157</sup> traz um conceito de ato médico e em sua exposição de motivos elenca como procedimentos profissionais privativos dos médicos: i) o diagnóstico de enfermidades e indicação e realização de procedimentos terapêuticos e diagnósticos em enfermos; ii) a elaboração da história clínica (história da doença e anamnese), relatórios de exames e os respectivos laudos; iii) a execução e solicitação de exames físicos, psíquicos e complementares, visando ao diagnóstico de enfermidades ou ao acompanhamento terapêutico; iv) o pedido, indicação, realização ou execução, interpretação, laudos e valorização de exames principais, subsidiários e complementares ou quaisquer outros procedimentos destinados ao diagnóstico médico, para os quais os médicos estejam devidamente capacitados e habilitados; v) a realização de procedimentos clínicos, cirúrgicos ou de quaisquer outros com finalidade diagnóstica, profilática, terapêutica ou de reabilitação que impliquem em algum procedimento diagnóstico ou terapêutico; vi) a realização de perícias administrativas, cíveis ou penais em sua área de competência; vii) o acompanhamento, assessoria, avaliação e controle da assistência aos enfermos padecentes de qualquer enfermidade; viii) a indicação e execução de medidas de reabilitação em pessoas prejudicadas por enfermidade; ix) o exercício da direção de serviços médicos; x) o planejamento, execução, controle, supervisão e auditoria de serviços médico-sanitários oficiais ou privados; xi) ensinar as disciplinas médicas ou outras matérias relacionadas com sua atividade profissional.

---

<sup>156</sup> Existe um Projeto de Lei do Senado, o de nº 25, de 2002, conhecido como projeto de lei do ato médico, que define como ato privativo do médico a formulação do diagnóstico e a prescrição terapêutica das doenças. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=49554](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=49554)>. Acesso em: 2 fev. 2010.

<sup>157</sup> “Art. 1º - Definir o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado e dirigido para: a promoção da saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária); a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária); a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária). § 1º - As atividades de prevenção secundária, bem como as atividades de prevenção primária e terciária que envolvam procedimentos diagnósticos de enfermidades ou impliquem em indicação terapêutica (prevenção secundária), são atos privativos do profissional médico. § 2º - As atividades de prevenção primária e terciária que não impliquem na execução de procedimentos diagnósticos e terapêuticos podem ser atos profissionais compartilhados com outros profissionais da área da saúde, dentro dos limites impostos pela legislação pertinente”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1.627/2001. Define o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627\\_2001.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

A doutrina vem buscando uma definição, cabendo trazer à baila a conceituação feita por Nelson Grisard,<sup>158</sup> segundo o qual ato médico é aquele ato praticado pontualmente pelo profissional graduado em curso de medicina aprovado e reconhecido no Brasil, exercido de acordo como o saber médico cientificamente construído, devendo o médico ser registrado no Conselho Federal de Medicina do Estado em que atua e seguir os princípios do Código de Ética Médica vigente, cujos principais objetivos são a prevenção, o diagnóstico, o tratamento e a cura de enfermidade.

O serviço ora analisado é o privativo do médico, cuja atividade inclui serviços de diagnóstico,<sup>159</sup> terapêuticos, cirúrgicos, de prevenção, dependendo da necessidade e escolha feita pelo paciente.

O ato médico se concretiza na relação médico-paciente e cabe ao médico assumir as responsabilidades civil, ética e penal dele decorrente. O médico não pode garantir a cura, mas deve utilizar tratamentos que possuam maior probabilidade de sucesso, dirigir a prestação de seus serviços para a cura.

O exercício da Medicina apresenta algumas limitações e todos devem ter consciência delas, pois mesmo com os constantes avanços do conhecimento, da tecnologia, que modificam substancialmente as condições de vida individual e em coletividade, fazendo com que se exija maiores garantias de sucesso nas intervenções médicas, ainda hoje não é possível garantir o êxito, ir contra os limites da saúde e da própria vida.

O risco concernente ao procedimento médico é inerente, envolve a probabilidade de perigo, a possibilidade de perda, de ocorrer dano, mas não há como quantificar esses riscos, pois o paciente está sujeito a diversas intercorrências que podem, inclusive, acarretar sua morte.

Irany Novah Moraes<sup>160</sup> aborda três aspectos a serem ponderados para definir o risco: i) os decorrentes da doença, o perigo de vida que a doença representa e a urgência do tratamento que se impõe; ii) o estado de saúde do paciente no momento, considerando a idade e a maior vulnerabilidade do paciente (por exemplo, criança, idoso, determinadas moléstias); e iii) habilidade do profissional médico, sua qualificação técnica e maturidade.

---

<sup>158</sup> *Apud* PINHEIRO. Antônio Gonçalves. O ato médico e os conselhos de medicina: considerações históricas, práticas e administrativas. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 46.

<sup>159</sup> No que tange ao serviço de diagnóstico, Irany Novah Moraes indica três tipos: i) etiológico, que indica a causa da doença, o agente animado, físico ou químico responsável; ii) anatômico, também denominado topográfico, refere-se ao local, tecido, órgão ou segmento atingido; e iii) funcional, referente às alterações da função em consequência da doença. E, ressalta que há hipóteses em que não é possível definir a causa da doença, é o chamado diagnóstico nosológico, só indicando a doença. MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 163.

<sup>160</sup> MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 163.

Os riscos variam de acordo com o tratamento médico e podem ser: i) quanto à possibilidade de conhecimento de sua ocorrência: previsíveis ou não; ii) quanto à frequência de verificação: comum ou raro (baixa, média, alta, altíssima); e iii) quanto à gravidade: leve, grave, gravíssima, letal.

Caberá ao médico informar ao paciente sobre o serviço prestado, os riscos a que estará sujeito a fim de que possa aceitar ou recusar o tratamento, o que será mais bem abordado no segundo capítulo.

O objeto da prestação de serviços médicos deve ser lícito, ou seja, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

A licitude não se limita ao plano da pura legalidade, do direito positivo, mas é sinônimo de conformidade com o ordenamento jurídico (sistemático<sup>161</sup>, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado), suas normas jurídicas, regras e princípios, valores, com os bons costumes e a ordem pública.<sup>162</sup>

Esses serviços devem ser lícitos, ou seja, a lei ou disposições administrativas e éticas que regulam a prática da medicina e disciplinam o relacionamento com o paciente devem permitir o tratamento, a intervenção cirúrgica.

Além da licitude, o objeto deve ser possível não só no que diz respeito ao aspecto físico, como ao jurídico e deve observar a forma determinada em lei.

Como observa Rui Stoco,<sup>163</sup> seria impossível um contrato escrito firmado pelo médico em que este promete a cura da síndrome da insuficiência imunológica adquirida (AIDS) ou a sobrevida do paciente por até 150, pois a medicina ainda não alcançou tal resultado.

Os serviços prestados pelo médico ganha preocupação do ordenamento jurídico em razão das garantias individuais que todo ser humano possui, tais como liberdade, dignidade da

---

<sup>161</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1996.

<sup>162</sup> A delimitação de ordem pública é um desafio à argúcia e sagacidade dos juristas, pois goza de alto teor valorativo e se caracteriza de acordo com uma dada sociedade em um determinado momento. Para Gustavo Tepedino há um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana, o qual orientará as relações jurídicas de direito privado ora interpretadas à luz da Constituição. TEPEDINO, Gustavo. *Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas*. *Boletim Científico*. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília / DF, ano 4, n. 17, out./dez. 2005, p. 234. “Na acepção sistêmica, a ordem pública é o pré-requisito de funcionamento do sistema de convivência pública. Não só ele contém no polissistema social como é imprescindível a seu funcionamento, uma vez que viver em sociedade importa, necessariamente, em conviver publicamente. [...] No sentido material, ou descritivo, a ordem pública é uma situação de fato, ocorrente numa sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um. No sentido formal, ou normativo, a ordem pública é um conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende devam ser observados numa sociedade, impondo uma disposição ideal dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública: uma revisão sistêmica*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p. 142.

<sup>163</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 468.

pessoa humana, vida, saúde, capacidade de autoafirmação, mas que, muitas vezes, sofre ingerência estatal, que ora visa proteger o próprio indivíduo tornando indisponíveis certos direitos atinentes à personalidade humana (vida, saúde), ora busca o interesse coletivo.

No caso do paciente a questão versa sobre o direito à integridade psicofísica e refere-se à proteção jurídica do corpo humano, incluindo o corpo vivo ou morto.

Por essa razão, encontram-se normas proibitivas de condutas e outras permissivas, como a do artigo 13 do Código Civil que, ao mesmo tempo em que proíbe a pessoa de sofrer intervenção médica que lhe acarrete diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, autoriza a doação de órgão que, por sua vez, sofrerá restrição legal (artigo 13 do Código Civil e Lei nº 9.434/97).

Ademais, em algumas hipóteses, a lei ou resoluções estabelecerão a necessidade de manifestação de vontade expressa e por escrito do paciente para seu consentimento informado. A forma, *in casu*, será da substância do negócio jurídico e sua finalidade é documentar o ato jurídico, dar mais certeza sobre a vontade manifestada e credibilidade ao seu conteúdo, servindo de prova, conforme será mais bem analisado no capítulo item 3.1.2 e quarto.

Portanto, para que o contrato de prestação de serviços médico seja válido, seu objeto deve ser lícito determinado ou determinável, possível, e quando a lei exigir determinada forma, formal (artigo 104, c/c artigo 166, ambos do Código Civil).

### 1.3.3 O vínculo jurídico: obrigação de meio e de resultado

Na relação obrigacional além dos elementos subjetivo (sujeito) e objetivo (a prestação), há o vínculo que perfaz o liame entre os polos subjetivos.

Dentre as várias classificações das obrigações, que também vêm sofrendo profundas transformações, destaca-se a referente ao conteúdo: se obrigação de meio, de resultado,<sup>164</sup> ou de garantia. Essa classificação não está prevista no Código Civil, mas é adotada pela doutrina<sup>165</sup> e jurisprudência.

---

<sup>164</sup>Hoje, muito se discute se ainda persiste essa dicotomia entre obrigação de meio e resultado, valendo citar o posicionamento de Paulo Luis Netto Lobo para quem não mais existe razão para fazer essa distinção. Responsabilidade civil do advogado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=663>>. Acesso em: 10 maio 2010.

<sup>165</sup>Caio Mario da Silva Pereira ao abordar as classificações das obrigações ressalta que a distinção entre obrigação de meio e resultado traz à vista o problema da apuração da responsabilidade civil, mas não vê razão para constituir uma classificação

Essa classificação, no entanto, tem recebido diversas críticas da doutrina<sup>166</sup> por se ater ao exame do objeto e não da função das relações, prejudicando a interpretação e a aplicação de outras normas para disciplinar a relação obrigacional, interferindo na configuração do adimplemento da obrigação e responsabilidade do devedor, o que será enfrentado após melhor compreender a distinção entre obrigação de meio e de resultado no contrato médico.

Na obrigação de meio o contratado se compromete tão somente a realizar sua atividade e na de resultado a alcançar um determinado fim. É o que ocorre, por exemplo, na locação de serviço em que o conteúdo da obrigação do locador é pura e simplesmente a atividade em benefício do locatário. Em contraposição, na empreitada o que importa é o resultado da atividade, o *opus*, e não o seu desenvolvimento em si.

Na obrigação de garantia o conteúdo é a eliminação pelo contratado do risco que pesa sobre o contratante, o objetivo é reparar as consequências do risco consumado como, por exemplo, o contrato de seguro, contrato de fiança.

O tipo de obrigação decorrente do contrato médico, tradicionalmente, tem sido classificado em duas categorias em função do compromisso firmado pelo profissional médico, que são: obrigação de meio e obrigação de resultado.

Essa classificação foi sistematizada por René Demogue em sua obra *Traité des obligations en général*, ao cuidar da questão do ônus da prova da inexecução nas obrigações contratuais e obrigações delituais. Todavia, segundo Miguel Kfoury Neto,<sup>167</sup> Domat e Planiol (França), e Bernhoff e Fischer (Alemanha) já asseveravam esses conceitos, além de existir no direito romano.

A “teoria do resultado” segundo Rui Stoco<sup>168</sup> e Luiz Roldão de Freitas,<sup>169</sup> é inerente à responsabilidade contratual, típica das atividades exercidas por profissionais liberais e outros prestadores de serviços, podendo emergir do contrato obrigação de meio ou obrigação de resultado.

genérica sobre esta temática. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Teoria geral das obrigações*. v. II. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 34.

<sup>166</sup> Cf. RENTERÍA, Pablo Valdemar. *A atual relevância da distinção entre obrigação de meios e de resultado no direito brasileiro*. (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Cf. SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.8, n.32, p.03-27, out./dez. 2007. Cf. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*. Rio de Janeiro, ano 01, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.

<sup>167</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 226-227.

<sup>168</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>169</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Fábio Konder Comparato,<sup>170</sup> contudo, defende que nas obrigações extracontratuais também é possível verificar se o dever geral determina ser a obrigação de meio ou de resultado, pelo que é possível falar em obrigações extracontratuais de meios e obrigações extracontratuais de resultado. No primeiro caso, cita como exemplo o dever geral imposto a todos os seres humanos de não matar, respeitar a integridade física de outrem, e no segundo a própria maneira de agir em determinadas situações como não prejudicar o sossego dos moradores do prédio vizinho ou exercer concorrência desleal no comércio ou na indústria.

Independentemente da divergência quanto à aplicação dessa classificação no âmbito contratual ou delitual, como a hipótese em testilha é de relação contratual a análise cinge-se à essa esfera.

A distinção entre obrigação de meio e resultado, segundo Pablo Valdemar Rentería,<sup>171</sup> possui duas ordens de utilidade: i) descritiva, que auxilia o intérprete a delinear o conteúdo da obrigação de forma a auxiliar a configuração do descumprimento contratual; e ii) normativa, na medida em que cada categoria de obrigação estaria submetida à disciplina jurídica distinta, o que auxiliaria na distribuição da carga probatória.

Na obrigação de meio a prestação se limita ao exercício de uma atividade diligente e prudente em benefício do credor, não se espera um resultado, pois configura adimplemento o mero empenhar-se, a presteza, eficiência, zelo com o emprego da técnica que a atividade necessita, ao devedor impõe-se, apenas, a *obligatio ad diligentiam*.

Na obrigação de resultado, por sua vez, o objeto do contrato é o alcance da prestação pactuada, ou seja, um determinado fim, sob pena de configurar inadimplemento. Não basta a presteza, a diligência na execução, é necessária a entrega do resultado prometido.

A doutrina trata como contratos típicos de obrigação de meio os celebrados por médicos, advogados, publicitários, entre outros, e obrigação de resultado os contratos de transporte (artigo 734 do Código Civil), de empreitada, elaboração de projeto etc.

No que tange à carga probatória, a preocupação doutrinária inicial era definir a quem caberá provar o dever do profissional de indenizar por eventual inadimplemento contratual, e que depois foi passando para a análise da distribuição do ônus da prova da culpa.

Nas obrigações de meio, haverá a necessidade de o contratante-prejudicado demonstrar a culpa do obrigado na execução da atividade do contratado, ou seja, mostrar que

---

<sup>170</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 532-533.

<sup>171</sup> RENTERÍA, Pablo Valdemar. *A atual relevância da distinção entre obrigação de meios e de resultado no direito brasileiro*. (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 57-68.



este não desempenhou satisfatoriamente a atividade a que se propôs, a fim de que reste caracterizado o inadimplemento e o dever de indenizar.

De forma diversa, na obrigação de resultado, como o adimplemento da obrigação está diretamente ligado ao alcance do resultado prometido, basta a negativa deste para que o credor tenha direito à indenização, cabendo ao obrigado provar que o inadimplemento não decorreu de sua culpa para se eximir da responsabilidade.

O contrato de prestação de serviços médicos, em regra, gera obrigação de meio, posto que o médico não assume o compromisso de curar o paciente, mas de prestar-lhe assistência, cuidados conscienciosos e adequados ao seu estado.<sup>172</sup>

O compromisso do médico é apenas o de aplicar todo o seu empenho no tratamento, agir com diligência, cuidado, atenção, correção, utilizando todos os meios científicos, tecnológicos e conhecimentos pessoais para alcançar o pleno restabelecimento do bem-estar físico, psíquico e social do paciente. O objeto do contrato é apenas agir com todo zelo no desenvolvimento de seu mister. Não é imposta ao médico a obrigação de curar o paciente, de obter o resultado.

Todavia, em algumas hipóteses, a obrigação do médico é considerada de resultado, já que o profissional promete, além de usar todos os meios necessários ao tratamento do paciente, alcançar determinado resultado, o que lhe impõe maiores ônus.

Como consequência dessa distinção, se a obrigação é de meio, caberá ao paciente provar que o médico agiu com culpa, do contrário o médico que teria o dever processual de provar que não agiu com culpa, pois basta que o paciente demonstre que o resultado esperado não foi atingido para nascer o dever de indenizar. A culpa do médico seria presumida na obrigação de resultado, embora haja quem defenda que a responsabilidade seria objetiva quando assumido esse tipo de obrigação, o que será mais bem tratado no capítulo quarto.

A “teoria do resultado” não afasta, contudo, a “teoria da culpa” estabelecida para responsabilizar determinadas pessoas pela prática de atos ilícitos, nem mesmo com o advento do Código de Defesa do Consumidor (artigo 14, § 4º), o que também será analisado no quarto capítulo.

Tem prevalecido na doutrina e jurisprudência que a obrigação do médico (clínico, cirurgião geral, cirurgião plástico reparador ou reconstrutor, entre outras especialidades) é de

---

<sup>172</sup> O Código de Ética Médica prevê em seu Capítulo I, inciso II, que: “O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.246/1988: Código de Ética Médica. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246\\_1988.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm)> Acesso em: 14 maio 2009.

meio,<sup>173</sup> já que não é seu dever a cura de determinada doença, restituir a saúde a um paciente, mas tão somente de agir de forma ética, zelar pela saúde de seu paciente, informá-lo de todo o tratamento, riscos, utilizar todos os meios, técnicas e avanços tecnológicos.

Desta forma, os deveres impostos aos profissionais da área médica nem sempre são de resultado,<sup>174</sup> pois apenas se compromete a utilizar todos meios possíveis para chegar, tanto quanto possível, ao resultado esperado.

Por outro lado, para algumas espécies de atividade médica a obrigação tem sido interpretada como de resultado. São exemplos: a cirurgia estética,<sup>175</sup> a realização de exames laboratoriais<sup>176</sup> e de raio-x,<sup>177</sup> a transfusão de sangue,<sup>178</sup> e a anestesia.

A cirurgia de esterilização é objeto de controvérsia, havendo julgados no sentido de ser obrigação de resultado,<sup>179</sup> e outros no sentido de ser de meio,<sup>180</sup> dependendo da informação prestada pelo profissional médico ao paciente e da técnica por ele utilizada.

<sup>173</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 54-55.

<sup>174</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade médica. Obrigação de meio. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 256174/DF. Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão julgador: Quarta Turma. Julgamento: 04/11/2004. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 8)

<sup>175</sup> “À guisa de mero argumento, colocar todos os cirurgões plásticos estéticos (que se encontram no centro dessa discussão acerca de a responsabilidade ser de meios ou resultados) na vala comum do sistema da culpa objetiva é admitir que esses médicos tenham prerrogativas de deuses, capazes de prever situações e reações físicas, orgânicas, fisiológicas, metabólicas e subjetivas não previsíveis, como, por exemplo: cicatrizes hipertróficas, quelóides, alergias; isso tudo sem contar com fatos relacionados ao não-cumprimento, por parte de alguns pacientes, de orientações e prescrições pré e pós-operatórias. É também desprezar a assertiva de que os pacientes usuários desses serviços possam ter capacidade e o entendimento, aceitável e presumível para um homem ou mulher medianamente esclarecidos, de que procedimentos (invasivos ou não) no corpo humano sempre ensejam riscos”. EMETZ, Luiz Carlos e Aline Dalmarco. A responsabilidade civil dos anestesiolistas nos casos de acusação de má prática profissional. In: *Estudos e pareceres de direito médico e da saúde*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 151.

<sup>176</sup> Cf. KFOURI NETO, Miguel. Resultado falso negativo. In: V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 271-301.

<sup>177</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade por erro de diagnóstico. Recurso Especial nº 594962/RJ. Relator: Exmo. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento 09/11/2004. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 9)

<sup>178</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Transfusão de sangue em hospital público. Contaminação vírus HIV. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1178960/RJ. Relator: Exmo. Ministro Hamilton Carvalhido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 27/04/2010; Doação de sangue. Exames equivocados que atribuíram à doadora doença inexistente. Recurso Especial nº 540922 / PR. Relator: Exmo. Ministro Aldir Passarinho Junior. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 15/09/2009. Disponíveis em: < [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 10, 11)

<sup>179</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Indenização. Cirurgia de vasectomia. Obrigação de resultado. Apelação Cível nº 992060064985. Relatora: Exma. Des. Christine Santini. Julgamento: 31/03/2010. Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Privado. Publicação: 12/04/2010. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 02 maio 2010. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0000747-70.2007.8.19.0075. Relator: Exma. Des. Denise Levy Tredler. Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível. Julgamento: 07/04/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 12, 13)

<sup>180</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Indenização. Cirurgia de laqueadura tubária. Obrigação de meio. Apelação Cível nº. 477821 SC 2006.047782-1. Relator: Exmo. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil. Julgamento: 27/11/2009. Disponível em: < <http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Indenização. Cirurgia de laqueadura tubária. Obrigação de meio. Apelação Cível n.º 990100422472. Relator: Exmo. Des. Francisco Vicente Rossi. Órgão Julgador: Décima Primeira Câmara de Direito Público. Julgamento: 15/03/2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Indenização. Cirurgia de vasectomia. Obrigação de meio. Recurso Especial nº 1051674/RS. Relator: Exmo. Ministro Massami Uyeda. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento 03/02/2009. Disponível em:<[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.) (ANEXO I, nº 14, 15, 16)

Os tratamentos dermatológicos estéticos, da mesma forma que a cirurgia plástica estética, têm sido considerados como obrigação de resultado. Nesse sentido é o posicionamento da recente jurisprudência que apreciou o insucesso dos procedimentos de *peeling*,<sup>181</sup> depilação a laser,<sup>182</sup> entre outros.

No contrato de prestação de serviço médico de inseminação artificial, Fernando David de Melo Gonçalves<sup>183</sup> defende haver, implicitamente, uma obrigação de resultado a ser perseguida, consubstanciada na manutenção da incolumidade física do paciente, e uma obrigação de meio como a seleção de gametas e o êxito da inseminação artificial em si.

Embora o objeto deste trabalho circunscreva-se à relação médico-paciente em geral, sem adentrar em uma determinada especialidade, duas delas merecem detença: cirurgia plástica e anestesiologia. Não só porque ambas têm considerável grau de insucessos apreciados pelo Poder Judiciário, como pela natureza da obrigação decorrente desses contratos de prestação de serviço médico.

Entre as diversas especialidades médicas oficialmente reconhecidas destaca-se a cirurgia plástica,<sup>184</sup> subespecialidade de cirurgia geral, que tem por finalidade modificar, reconstruir, ou embelezar a parte externa do corpo. Seu surgimento decorreu da necessidade de reconstruir determinadas partes do corpo que foram mutiladas em razão de acidentes sofridos pelos pacientes, como nos casos de guerras. Ao longo dos séculos, essa prática médica foi ganhando avanço e passou a ser utilizada também para melhorar ou embelezar o corpo.

A cirurgia plástica abrange duas atividades fundamentalmente diferentes: a reparadora e a estética (cosmetológico ou embelezador). A primeira tem a finalidade de corrigir uma deformidade física congênita ou traumática, decorrente de ferimentos, contusões, queimaduras etc., já a segunda pretende corrigir alguma imperfeição física, referindo-se à modificações da aparência.

---

<sup>181</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil decorrente de procedimento estético (*peeling*). Obrigação de resultado e dever de informar. Apelação Cível n.º 70023388671. Relator: Exmo. Des. Odone Sanguiné. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 18/06/2008. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> >. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 17)

<sup>182</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil médica. Procedimento estético de depilação a laser. Obrigação de resultado. Apelação Cível n.º 0059566-96.2005.8.19.0001, Relatora: Exma. Des. Cristina Tereza Gaulia. Quinta Câmara Cível. Julgamento: 30/03/2010. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/Index.jsp>>. Acesso em: 8 abr. 2010. (ANEXO I, n.º 18)

<sup>183</sup> GONÇALVES, Fernando David de Melo. Responsabilidade civil do médico e dos bancos de sêmen na Inseminação artificial. *Consulex: revista jurídica*, v. 13, n. 292, p. 44-46, mar. 2009.

<sup>184</sup> “A palavra plástica tem origem no grego “*plastikos*”, que significa forma. Cirurgia plástica, então, designaria a cirurgia que muda os contornos do corpo humano, transferindo partes do tecido de um local para outro do corpo”. FREIRE, Paula Ariane. Bioética e responsabilidade civil do cirurgião plástico. *Revista nacional de direito e jurisprudência*, v.8, n.89, maio 2007, p. 60.

A cirurgia plástica estética<sup>185</sup> no início de seu desenvolvimento foi objeto de severas críticas sob a alegação de ser desnecessária, pois o paciente não era doente e acabava colocando sua vida em risco, além de ser tida como de mera vaidade ou luxo.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>186</sup> aponta três fases sobre a posição da doutrina, com reflexo na jurisprudência, acerca da cirurgia estética. Na primeira fase, chamada por ele de rejeição, como o procedimento não estava destinado a curar uma doença, mas corrigir uma imperfeição física, o médico era sempre responsável pelo insucesso da cirurgia; na segunda, a resistência foi atenuada, aceitando a cirurgia, já que não era proibida em lei, e imputando responsabilidade ao médico, apenas se provada sua culpa. E, na última e atual fase, a cirurgia estética é admitida como atividade normal e cotidiana, cabendo ao médico os deveres de aconselhar, informar, assistir o paciente no pré e pós-operatório, estando sujeito aos princípios gerais da responsabilidade civil, além de sua obrigação ser considerada de resultado e não de meio como a cirurgia plástica reparadora.

Hodiernamente, a cirurgia plástica estética é vista como uma forma de garantir o bem-estar físico, psíquico, moral ou social do paciente, já que a saúde<sup>187</sup> engloba esses dois aspectos, o que demonstra o caráter também terapêutico do procedimento, tornando tal prática lícita. Enfermidade não é tratada apenas como o processo patológico de degeneração orgânica ou física, abrange uma série de moléstias mentais e de perturbações psíquicas.

Quanto ao risco do procedimento cirúrgico, é inegável o fator aleatório de qualquer intervenção médica, já que está sujeito a complicações, seja em virtude do ato do cirurgião ou de sua equipe, do próprio método, ou do paciente, que pode ter indesejáveis intercorrências, reações individuais do organismo (hematoma, infecção, problemas na cicatrização).

Em razão dessa rejeição inicial, doutrina<sup>188</sup> e jurisprudência<sup>189</sup> têm conferido caráter de obrigação de resultado à cirurgia plástica estética. Isso porque esse tipo de procedimento

<sup>185</sup> A cirurgia plástica é uma especialidade regulamentada por diversas resoluções dos Conselhos Federais e Regionais de Medicina como: Resolução nº 81/97, do Cremesp, Resolução nº 1621 / 2001 do CFM, Resolução nº 24 / 2001 do CRMCE, Resolução nº 95 / 1998 do CRMPB, Resolução nº 153 / 2007 do CRMPR, Resolução nº 87 / 2000 do CRMPR, Resolução nº 48 / 1999 do CRMSC, Resolução nº 81 / 1997 do CRMSP, e Resolução nº 1711 / 2003 do CFM.

<sup>186</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade médica. *ADV Seleções jurídicas*, São Paulo, v. 2, p. 5-10, jun. 1994, p. 9-10.

<sup>187</sup> “Não seria a saúde o bem-estar físico, mental e social do indivíduo? Como já demonstramos, a saúde engloba todas as dimensões do ser humano, sendo um equilíbrio dinâmico de todas as dimensões. Equilíbrio dinâmico porque não há perfeição e não há um padrão ideal como referência, mas sim um mínimo de bem-estar que pode variar de um indivíduo para outro. A harmonia das formas também é um direito de personalidade, como já demonstrado também.” FREIRE, Paula Ariane. Bioética e responsabilidade civil do cirurgião plástico. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 8, n. 89, p.53-72, maio 2007, p. 70.

<sup>188</sup> No sentido de imputar aos cirurgiões plásticos obrigação de resultado, destaca-se o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves, Yussef Said Cahali, Caio Mario da Silva Pereira, Rui Stoco e Sergio Cavalieri Filho que conclui: “Em conclusão, no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fatores imponderáveis capaz de afastar o seu

deve ser apreciado com mais rigor, já que o médico está lidando com pessoa em perfeito estado de saúde e que apenas deseja melhorar sua aparência, aumentando sua vinculação com o resultado esperado pelo paciente.

A consequência de enquadrar a obrigação médica como de resultado, como já dito, implica em imputar o ônus da prova a esse tipo de cirurgião plástico, ou seja, caberá ao profissional médico provar que não agiu de forma culposa.

Desse entendimento, difere parte da notável doutrina,<sup>190</sup> como Ruy Rosado de Aguiar Júnior,<sup>191</sup> Carlos Alberto Menezes Direito,<sup>192</sup> que se inclinam pela unificação do tipo de obrigação e defendem, ainda que de forma minoritária, que a obrigação assumida pelo profissional médico é de meio, independentemente do procedimento médico, pois também está sujeito a álea e o resultado pode depender do comportamento do paciente.

Como observaram Ruy Rosado Aguiar e Carlos Alberto Menezes Direito, a cirurgia plástica estética é um ramo da cirurgia geral, e está sujeita aos mesmos imprevistos e insucessos daquela, pelo que não é possível punir mais severamente o cirurgião plástico do que o cirurgião geral, haja vista pertencerem à mesma área. Afirmam que o corpo humano possui características diferenciadas para cada tipo de pessoa, não sendo possível ao médico comprometer-se a resultados diante da diversidade de organismos, reações e complexidade da fisiologia humana. Contudo, condenam os médicos que prometem resultados aos pacientes, já que não podem garantir elasticidade da pele, cicatrização, fatores hereditários, repouso, alimentação, pós-operatório, etc. Ademais, aduzem que o que é diferente na cirurgia estética

dever de indenizar”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/search/index.php>>. Acesso em: 08 mar. 2009.

<sup>189</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Recurso Especial nº 236.708/MG. Relator: Exmo. Ministro Carlos Fernando Mathias. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 10/02/2009; Agravo Regimental no Recurso Especial nº 256174 DF (2000/0039468-8). Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 04/11/2004. Disponíveis em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 105250100152670021. Relator: Exmo. Des. Alvimar de Ávila. Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara Cível. Julgamento: 10/02/2010. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 19, 20, 21)

<sup>190</sup> Cf. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008. Cf. OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues. *Responsabilidade civil dos médicos: repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica e seus reflexos em relação ao ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2008. Cf. SÁ, Maria de Fátima Freire de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade médica e objeção de consciências religiosas. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v. 6, n. 21, p. 121-139, jan./mar. 2005.

<sup>191</sup> AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995.

<sup>192</sup> O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito em voto proferido no recurso especial n.º 81.101/PR, apesar de restar vencido em seus argumentos, bem analisou o avanço na interpretação da obrigação médica asseverando que a orientação, hoje, vigente na França é de não submeter o cirurgião plástico a regime diverso dos demais cirurgiões, pois ambos correm os mesmos riscos inerentes da álea, logo a obrigação em ambos os casos é de meio. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Cirurgia Estética. Obrigação de Resultado. Recurso Especial nº 81.101/PR, Relator: Exmo. Ministro Waldemar Zveiter. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 13/04/1999; Recurso Especial n.º 10.536/RJ. Cirurgia estética. Obrigação de Resultado Relator: Exmo. Ministro Dias Trindade. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 21/06/1991. Disponíveis em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010). (ANEXO I, nº 22, 23)

*strictu sensu* é o dever de informação que deve ser exaustivo e obter o consentimento informado do paciente.

No mesmo sentido, Rosana Jane Magrini<sup>193</sup> sustenta ser a cirurgia plástica estética sempre uma obrigação de meio, de diligência e prudência e não de fim ou resultado, independentemente dos profissionais que prometem corpos esculturais, rejuvenescimento pleno etc, já que esse procedimento está sujeito aos mesmos problemas, intercorrências e complicações indesejáveis das cirurgias plásticas reparadoras.

Não há um padrão de resultado uniforme, em toda subespecialidade cirúrgica exige-se que o profissional médico atue com perícia, prudência e diligência em todas as etapas de sua atuação. A subjetividade do ser humano, a complexidade de seu organismo, a dependência da participação do paciente contribuem para o êxito do tratamento e constituem fatores que afastam a obrigação de resultado. Isso porque cada paciente pode ter uma reação ao tratamento, alergia, dificuldade de cicatrização, sequelas, que resultam de fatores ligados ao psiquismo individual, às condições ambientais e familiares, além de em muitos casos não observar as prescrições médicas.

Hidegard Taggesell Giostre,<sup>194</sup> contudo, ressalta que, em alguns casos excepcionais, a obrigação do médico pode ser considerada de resultado, dependendo das circunstâncias fáticas, da presença da vontade das partes, da natureza da prestação, do fator álea, da co-participação do interessado, da noção de equidade, ou por força de lei. Isso ocorre quando a vontade das partes for nesse sentido, o médico se compromete a executar certo ato em um determinado momento ou, pessoalmente, e que terá um resultado certo e determinado.

Da mesma forma, Luciana Mendes Pereira Roberto<sup>195</sup> defende que há atividades realizadas pelos profissionais de saúde que podem ser consideradas de resultado sob enfoques diversos. Por determinação legal, como por exemplo, o dever de sigilo profissional, ou pela vontade das partes quando o profissional promete o resultado e pela não ocorrência de álea no procedimento.

A Resolução n.º 81/97 do Cremesp<sup>196</sup> estabelece em seu artigo 4º: “Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, o médico não deve prometer resultado ou garantia

---

<sup>193</sup> MAGRINI, Rosana Jane. Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. Revista dos Tribunais, v. 92, n. 809, p. 137-163, mar. 2003.

<sup>194</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 93-94.

<sup>195</sup> ROBERTO, Luciana Mendes Pereira Roberto. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 210.

<sup>196</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Brasil). Resolução Cremesp n.º 81/97. Trata da conduta ética do médico especialista em cirurgia plástica. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CRMSP/resolucoes/1997/81\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CRMSP/resolucoes/1997/81_1997.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

do tratamento. O médico deverá informar ao paciente, de forma clara, sobre os benefícios e riscos do procedimento.”, e no artigo 5º: “O objetivo do ato médico, na Cirurgia Plástica, como em toda a prática médica, constitui obrigação de meio e não obrigação de fim ou de resultado.” No mesmo sentido a artigo 4º da Resolução n.º 1.621/2001 do Conselho Federal de Medicina.<sup>197</sup>

A particularidade da cirurgia estética reside no recrudescimento do dever de informar, e de obter consentimento livre e esclarecido, vinculando o médico à informação por ele prestada ao paciente. Cabe ao médico além do dever de informar o paciente a respeito do diagnóstico, do preparo pré-operatório, da intervenção cirúrgica propriamente dita, do pós-operatório e reabilitação, esclarecê-lo sobre o resultado esperado, advertindo de todos os riscos e as possíveis vantagens.

A extensão da informação é feita em razão inversa da utilidade ou da urgência do tratamento médico e em razão direta do risco que ele comporta. Quanto maior o risco do procedimento, maior o dever de informar.

Nesse caso, será o dever de informação o fator preponderante para respaldar a responsabilidade médica, pois a falta de esclarecimento preciso sobre os riscos e a não obtenção de consentimento informado resulta em descumprimento culposo da obrigação.

Outra atividade médica alvo de preocupações é a anestésica. A anestesia, inicialmente, era praticada pelo próprio cirurgião, ou por um assistente, mas, recentemente, por volta da segunda metade da década de 1950, virou uma especialidade médica indispensável nos procedimentos cirúrgicos. Sua finalidade é propiciar, por meio de aparelhos e medicamentos, condições favoráveis para o ato cirúrgico, mantendo o paciente em analgesia e com sinais vitais em níveis considerados ideais.

Os anesthesiologistas passaram a utilizar aparelhagem sofisticada e técnica altamente desenvolvida, mas o exercício dessa especialidade causa grande repercussão, pois envolve fatores humanos e tecnológicos, o que fez com que sua prática resultasse em uma maior responsabilização. A atividade anestésica é regulada, atualmente, na Resolução nº 1.802/06, do CFM,<sup>198</sup> a qual estabelecerá os procedimentos médicos necessários para anestesia.

---

<sup>197</sup> O artigo 4º da Resolução nº 1.621/2001 do Conselho Federal de Medicina dispõe que “O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1.621/2001. Define que a cirurgia plástica é especialidade única, indivisível e como tal deve ser exercida por médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente. Disponível em: < [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621\\_2001.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm) >. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>198</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1.802/06. Dispõe sobre a prática do ato anestésico. Revoga a Resolução CFM nº 1.363/1993. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/200/1802\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/200/1802_2006.htm) >. Acesso em: 02 fev. 2010.

A anestesiologia apresenta alto risco se sobrepondo, muitas vezes, às demais especialidades médicas, o que impõe ao profissional vigilância absoluta e autorização do paciente ou de seu responsável.

Muitos acidentes com os pacientes que necessitam de anestesia decorrem de deficiência técnica, descuidos do profissional, capazes de acarretar descerebração do paciente por parada cardíaca, sequelas irreversíveis ou até a morte, ou por fatores imprevisíveis, que também podem ocasionar reação anafilática, acabando por provocar diversos problemas que são muitas vezes submetidos ao Poder Judiciário.

Todos os momentos da anestesia são críticos, desde a fase pré-anestésica, que demanda do profissional médico fazer adequada avaliação do paciente, a anamnese, ou seja, uma pesquisa prévia<sup>199</sup> sobre as condições do paciente, existência de problemas pré-existentes, alergia a algum produto ou medicamento; na fase de indução anestésica, em que há alta concentração dos anestésicos, expondo o paciente aos medicamentos, até a fase de recuperação anestésica, pós-anestésico, em que o paciente vai readquirindo seus reflexos.

Por isso, o papel do anestesiolegista não se resume apenas à sua atuação durante o ato cirúrgico, vai além da avaliação pré-operatória, motivo pelo qual há quem considere sua obrigação como de resultado.

Nesse diapasão, há o entendimento de Vanderby Lacerda Panasco,<sup>200</sup> que afirma que a anestesia encerra uma obrigação de resultado.

O anestesiolegista tem um alto dever de cuidado e seu dever de informar, da mesma forma que do cirurgião plástico estético, deve ser mais abrangente. No entanto, de antemão, definir sua obrigação como de resultado dependerá das circunstâncias do caso concreto.

A distinção entre obrigação de meio e de resultado está sofrendo um abrandamento, e vários argumentos são utilizados para justificar a desnecessidade de classificar de início a obrigação como de meio ou de resultado.

O primeiro argumento é o de que o conteúdo da obrigação é definido pelas partes, tendo em vista o princípio da autonomia, segundo o qual as partes definem a espécie contratual, não podendo ser previamente taxada de obrigação de meio ou de resultado, pois dependerá do tipo de obrigação assumida pelo facultativo com o cliente.

---

<sup>199</sup> A inobservância pelo anestesista das condições prévias do paciente pode dar ensejo a responsabilidade médica, consoante o seguinte julgado: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Número do processo: 1.0024.97.027207-6/001(1). Numeração Única: 0272076-37.1997.8.13.0024 Relator: Exmo. Des. Fabio Maia Viani. Órgão Julgador: Julgamento: 16/09/2008. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/> >. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 24)

<sup>200</sup> PANASCO, Vanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.



O segundo é o de que as obrigações são iluminadas pelos princípios da boa-fé objetiva,<sup>201</sup> da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, por isso, tanto o credor como o devedor são incumbidos de cumprir e de facilitar o cumprimento das obrigações. Assim, os resultados das obrigações de meio não podem ser alheios ao devedor, da mesma forma, que o insucesso nas obrigações de resultado não pode acarretar a responsabilidade *tourt court* do devedor, desconsiderando outros fatores supervenientes que podem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu descumprimento para o devedor.<sup>202</sup>

O enquadramento rígido e genérico de um modelo para prestação obrigacional tem sido criticado por alguns juristas,<sup>203</sup> pois existe uma grande diversidade de obrigações que não podem ser tratadas de forma abrangente; na verdade, não haveria uma diferença de caráter ontológico entre obrigação de meio e de resultado, já que em ambos os tipos de obrigação o seu descumprimento implica em responsabilidade.

Não há procedimento profissional médico isento de riscos. O organismo humano apresenta um equilíbrio funcional extremamente complexo, que se agrava com a presença da doença. Um procedimento médico com vistas a aliviar a dor do paciente ou mesmo a preservar a saúde pode, eventualmente, levar o paciente à morte, o que nem sempre decorre de erro médico, mas dos segredos da vida ainda não desvendados pelo homem.

Entretanto, o progresso nos conhecimentos tem diminuído a incidência de riscos, aumentando a segurança do tratamento; por isso, apenas no caso concreto será possível avaliar a espécie obrigacional assumida pelo profissional médico, o que está diretamente relacionado com a informação prestada ao paciente.

O que classifica uma determinada obrigação como de meio ou resultado não é, portanto, o conteúdo da prestação, se serviço médico, advocatício, ou sua respectiva

---

<sup>201</sup> TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 01, v. 2, abr./jun. 2000, p. 89.

<sup>202</sup> “Nas obrigações de resultado, a não-obtenção do resultado configura já o inadimplente, a atrair a responsabilidade do devedor. Nas obrigações de meio, ao contrário, a não obtenção do resultado não configura inadimplente, que depende de falta de diligência e empenho do devedor nos esforços empreendidos. [...] O equívoco dessa classificação *in abstracto* é evidente. Se, por exemplo, se atribui ao médico o caráter de obrigação de meio em plano teórico, beneficia-se, com isto, o charlatão, que embora prometa em concreto o resultado que não obtém, tem seu vínculo com o paciente considerado limitado aos seus melhores esforços, contrariamente ao que restou pactuado ou prometido no caso concreto. Da mesma forma, se a obrigação do cirurgião plástico vem tida como de resultado, em abstrato, desestimula-se a conduta do bom profissional que informa o paciente dos riscos e da imprevisibilidade do procedimento, mas acaba, nada obstante, respondendo pela não obtenção de um resultado que nunca prometeu”. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplente antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.8, n.32, p.03-27, out./dez., 2007.

<sup>203</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica, *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 2, v. 5, p. 101-116, jan./mar. 2001.

especialidade, mas a análise concreta da declaração da vontade das partes na formação da relação jurídica e o tipo de informação prestada ao contratante.

Uma intervenção médica pode ver transformada a sua natureza jurídica de obrigação de meio em de resultado conforme o esclarecimento sobre seus fins; tudo dependerá do compromisso assumido pelo profissional de saúde e de seu paciente, os interesses envolvidos e o modo particular de desenvolvimento do programa contratual, e da maneira como foi exercido o dever de informar, que só pode ser avaliado no caso concreto.

A informação e a correlata vinculação do médico a ela têm importância não só para se estabelecer o tipo de obrigação do médico, se de meio ou de resultado, mas também possibilita ao paciente avaliar melhor a decisão para intervenção médica.

A ausência de informação adequada, principalmente, sobre os riscos, levaria, conforme Marcelo Benacchio,<sup>204</sup> a classificar a obrigação do médico como de resultado, mas se o médico esclarecer o paciente sobre os riscos acerca do tratamento médico a obrigação será de meio.

A distinção entre obrigação de meio e de resultado é útil na seara da responsabilidade civil do profissional de saúde, em especial no que tange ao inadimplemento da obrigação, como bem assevera Ricardo Pereira Lira:<sup>205</sup> “O que se pode afirmar, em conclusão, é que a responsabilidade médica é fortemente casuística, e há de ser apreciada em função, sobretudo, do tipo de relação que a atividade profissional engendra.”

O insucesso de uma intervenção médica, seja proveniente de uma obrigação de meio ou de resultado, apenas enseja responsabilidade do médico e consequente dever de indenizar quando ele agir com negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro devidamente comprovado. E isso a despeito da responsabilidade pelo descumprimento de outros deveres extrapatrimoniais derivados do contrato, como o de informar, como se verificará no quarto capítulo.

---

<sup>204</sup> BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009, p. 320-349.

<sup>205</sup> LIRA, Ricardo Pereira. Obrigação de meios e obrigação de resultado a pretexto da responsabilidade médica: análise dogmática. Disponível em : <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628014.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

## 2 DIREITOS E DEVERES NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O contrato de serviços médicos é instrumental para a realização de determinados interesses existenciais, é um contrato meio, cujo principal objetivo é zelar pela saúde do paciente, sua integridade psicofísica. Por isso, sua análise não pode estar adstrita aos aspectos patrimoniais, já que envolve o poder de disposição sobre situações existenciais, merecendo regime especial por meio do qual se garantirá a igualdade substancial entre as partes contratantes e a dignidade da pessoa humana.

Esta peculiaridade contratual faz com que surjam direitos e deveres extrapatrimoniais essenciais à natureza da avença.

A relação médico-paciente é uma relação obrigacional complexa, que cria vários poderes e deveres para ambas as partes que, sob o influxo do princípio da boa-fé, da confiança, da equidade, vão-se constituindo ao longo da relação, de modo a assegurar por meio da cooperação o regular cumprimento da prestação principal. Dessa forma, assim como existem direitos há deveres correlatos, que constituem uma via de mão dupla são interesses protegidos e que se substanciam no adimplemento da obrigação.

O paciente é a parte mais vulnerável da relação e tem recebido especial atenção do Estado que não só deve garantir a saúde, direito fundamental (artigo 6º, 196 e 197, todos da CF/88), como editar normas de proteção e regulação.

O contrato médico, além de prevalecer o caráter existencial, se enquadra, em regra, como contrato de consumo, o que implica, como já visto no primeiro capítulo, a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, além de guardar estrita ligação com a ética, imputando ao profissional médico a observância de normas deontológicas, Código de Ética Médica, Resoluções do Conselho Federal e Regional de Medicina e princípios da bioética.

Da relação médico-paciente nascem, portanto, diversos direitos e deveres para ambas as partes, que se fundam em vários princípios como o da boa-fé contratual, da transparência, da autonomia privada, reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Para Maria Helena Diniz<sup>206</sup> os direitos do paciente constituem uma extensão dos direitos da personalidade, acompanhados pelo princípio do respeito à dignidade da pessoa humana de forma a possibilitar uma participação mais ativa em sua assistência médica.

---

<sup>206</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Os principais direitos dos pacientes, também chamados por Heloisa Helena Barboza de direitos humanos,<sup>207</sup> podem ser resumidos em: i) direito ao sigilo, direito de confidencialidade, direito à informação e discrição absoluta sobre seu tratamento, direito à verdade; ii) direito de decidir sobre seu tratamento e sua vida; iii) direito de não ter seu tratamento complicado; iv) direito de escolher o profissional médico que lhe prestará o serviço médico; direito de dispensar os serviços de um médico e contratar outro, ou ouvir a opinião de outro profissional;<sup>208</sup> v) direito de ser tratado com dignidade; vi) direito de ser informado, passo a passo, dos procedimentos médicos aos quais será submetido; vii) direito de conhecer os serviços de saúde existentes, dar seu consentimento informado antes de qualquer procedimento de diagnóstico ou de terapia; e viii) direito de recusar tratamento ou não-aceitação da continuidade terapêutica nos casos incuráveis ou de sofrimento atroz.

Os deveres dos pacientes são menos explorados pelos doutrinadores do que seus direitos, pois a análise da relação médico-paciente sempre se ateve à responsabilização do médico pelos danos causados ao paciente ao infringir seus direitos.

No entanto, cabe acentuar que o paciente também deve observar determinados comportamentos decorrentes do princípio da boa-fé e necessários para o desenvolvimento da relação e até mesmo para o sucesso do tratamento médico. O paciente tem o dever de colaborar para o êxito do procedimento atendo-se ao recomendado pelo profissional.

Dentre os deveres do paciente, há o de relatar ao médico todos os aspectos de sua vida e de seus parentes que tenham interesse propedêutico; atentar para as recomendações feitas pelo médico, seguir as prescrições e os conselhos médicos; realizar o tratamento indicado, fazer uso dos medicamentos, obedecendo aos horários, seguir as orientações de evitar determinadas condutas, tais como o fumo, o consumo de determinados produtos que comprometem sua saúde (como é o caso dos diabéticos), caso contrário, comunicar o médico.

Quando o paciente não cumpre seu dever, dependendo da situação, é possível até mesmo excluir a responsabilidade do profissional médico por eventual dano decorrente do tratamento médico.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 1, n. 2, p. 05-14, jul./dez. 2004.

<sup>208</sup> O Código de Ética Médica veda ao médico, artigo 39: "Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal." CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

<sup>209</sup> Acerca da exclusão da responsabilidade médica pela falta de informação do paciente, Rui Stoco assim se expressa: "Significa, ainda no campo dos exemplos, que se o paciente era portador de qualquer doença como diabetes, insuficiência renal, cardiopatia grave, propenso a vômitos constantes, alérgico ou sensível a algum medicamento e esconde do médico essa circunstância preexistente, evidentemente que se ocorrer algum problema durante o ato cirúrgico em decorrência dessa

Ao lado do paciente que goza de direitos e contrai obrigações está o médico que, além de ter conhecimentos e habilidades especiais, tem de envidar esforços para não praticar erro no desenvolvimento do seu exercício profissional, com consciência de seus deveres éticos e jurídicos, que visam proteger os direitos do paciente, oriundos da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma que os deveres do paciente não são objetos de estudo profundo, ocorre com os direitos do médico, na verdade, muito se exige do médico, mas pouco é referido acerca de suas garantias.

O Código de Ética Médica<sup>210</sup> prevê em seu capítulo II os seguintes direitos do médico: i) direito a não ser discriminado; ii) direito de indicar ao paciente o tratamento; iii) direito de apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros; iv) direito de recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada na qual as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais; v) direito de suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência; vi) direito de internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos, com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico; vii) direito de requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão; viii) direito de decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo; ix) direito de recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência; e x) direito de estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

Dentre o mais elementar direito do médico está o de exercer com liberdade sua profissão (capítulo I, inciso VII, e VIII do CEM<sup>211</sup>). A liberdade do médico de diagnosticar e

---

insuficiência, ou mal de que padecia o paciente, então não se pode afirmar a responsabilidade do profissional.” STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 536

<sup>210</sup> Código de Ética Médica. Resolução CFM n.º 1931/2009, de 24 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em < [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm).>. Acesso em: 20 jan. 2010.

<sup>211</sup> “VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.” “VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho”. Código de Ética Médica. Resolução CFM n.º

tratar do paciente sofrerá, contudo, limitação pelo próprio paciente, que deve anuir ao tratamento, tendo todo o direito de aceitar ou não o que lhe é proposto.

Em contrapartida, os médicos também são incumbidos de diversos deveres, que ajustam a conduta médica às normas éticas e jurídicas e aos princípios norteadores da relação médico-paciente (princípio da beneficência, da não maleficência, da justiça, da autonomia, da dignidade da pessoa humana), os quais se enquadram basicamente, segundo Gustavo Tepedino, em três categorias: i) dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; ii) o emprego de todas as técnicas disponíveis para recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; iii) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.<sup>212</sup>

Ricardo Pereira Lira,<sup>213</sup> com base na lição de José de Aguiar Dias,<sup>214</sup> e de outros doutrinadores, aduz que são obrigações implícitas no contrato de prestação de serviços médicos:

- (a) dever de instruir o cliente, ou seus representantes legais se for o caso, relativamente aos riscos do procedimento, e relativamente a todas as precauções requeridas pelo estado do paciente;
- (b) dever de cuidar;
- (c) para qualquer tratamento arriscado ou operação de qualquer natureza, obter a aquiescência livre e clara do cliente;
- (d) abstenção de abuso ou desvio de poder; o médico não deve praticar experiências médicas sobre o corpo do cliente.

O dever de conselho abrange a orientação, a instrução ao enfermo acerca do tratamento médico proposto, restando ao paciente, que goza de autonomia, fazer sua escolha livre, não deve o médico impor sua própria vontade, ao revés, deve respeitar a decisão.

Carla Mesquita Patussi<sup>215</sup> ressalta que o médico deve observar determinadas posturas em relação ao seu paciente como: dedicação, paciência, discrição e prudência, caridade, autoridade e sigilo. Caberá ao médico cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina para prestar assistência e, quanto maior for a situação de riscos, aumenta o dever do médico de preparar o paciente.

Também constituem deveres do médico o de vigilância, o de efetuar qualquer procedimento com o devido esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu

1931/2009, de 24 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

<sup>212</sup> TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil* – RTDC, Rio de Janeiro, ano 01, v. 02, abr./jun. 2000, p. 46-47.

<sup>213</sup> LIRA, Ricardo Pereira. Obrigação de Meios e Obrigação de Resultado a Pretexto da Responsabilidade Médica. Análise Dogmática. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628014.htm>> Acesso em: 10 mar. 2010.

<sup>214</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 11 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 337.

<sup>215</sup> PATUSSI, Carla Mesquita. O direito fundamental à informação do paciente. *Justiça do Direito*. Passo Fundo, v. 15, n. 2, nov./dez. 2002, p. 459.

responsável legal, mediante autorização e o de respeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo iminente perigo de vida (artigo 31 do CEM) ou impossibilidade do paciente consentir, hipótese em que obterá anuência de seu representante, se possível; o de não exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar (artigo 24 do CEM); salvo em caso de iminente perigo de vida.

Todavia, o médico poderá não agir por razões éticas, que lhe permite valer-se da denominada “cláusula de consciência”, opondo-se aos desejos do paciente de realizar certos procedimentos, tais como técnicas de reprodução assistida, aborto, ainda que exista amparo legal ou deontológico para tais ações.

Além disso, o médico tem o dever de abster-se do abuso ou do desvio de poder, o que implica em não fazer experiências sobre o corpo humano, a não ser nos casos admitidos como o de experimentação (Resolução nº 196/96 do CNS e Resolução nº 251/97 do CNS), observado o protocolo, os limites contratuais, o direito do paciente à confidência, isto é, preservar sigilosamente as informações prestadas pelo paciente e dizer a verdade.

A medicina não pode ser usada contra a dignidade do paciente, aproveitando sua fragilidade, dificuldade financeira, nem de forma discriminatória, dando preferência aos que tem melhores condições sociais e econômicas.

Outro dever do médico diz respeito ao atestado, que tem de traduzir a verdade sobre o paciente (artigos 11, 81, 83 do Código de Ética Médica), e ao prontuário<sup>216</sup> clínico de seus pacientes, que deve conter todas as informações atinentes aos dados clínicos necessários à boa condução do caso, de forma legível, ao qual o paciente tem direito de acesso (artigos 85 a 90 do Código de Ética Médica).

Esses deveres dos médicos estão atrelados a diversos direitos dos pacientes, os quais guardam um paralelo com o direito a cuidados adequados e respeitosos, o direito de obter ou não informações, direito ao sigilo profissional, entre outros.

O médico possui o dever de respeitar os valores inerentes à personalidade do homem, assegurar a preservação da vida e da saúde, por isso, o dever de informar ganha relevo. É por meio da informação que se concretiza o princípio da boa-fé e da transparência, permitindo ao

---

<sup>216</sup>“O prontuário é um arquivo médico, em papel ou informatizado, contendo toda a documentação sobre os dados biomédicos, a prescrição terapêutica, os relatórios da enfermagem, da anestesia e da cirurgia e os resultados de exames do paciente, tendo por objetivo facilitar a manutenção e o acesso às Informações durante o atendimento ou tratamento.” DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 630.

paciente contratar de forma livre, escolher o médico, o tratamento, o tempo e o modo da prestação, ter livre acesso aos documentos médicos, exames etc.

O médico assume papel de grande relevo social, de consultor, conselheiro, guardião de interesses e direitos do paciente.

A relação médico-paciente deve ocorrer mediante um processo cooperativo e dialógico, com troca de informações a respeito dos dados de suas condições de saúde e o tratamento proposto.

Os direitos do paciente e deveres do médico, ora abordados, estão diretamente relacionados à vontade do paciente que deve ser observada pelo médico, não só por força do contrato firmado, mas, acima de tudo, pelo direito do paciente se autodeterminar e ver salvaguardada sua dignidade humana. Para isso é indispensável assegurar os direitos atrelados à informação.

E, como o objeto do presente trabalho é a autonomia do paciente no contrato de prestação de serviço médico e a responsabilidade médica pelo descumprimento do seu dever de informar, destaca-se o direito do paciente e o dever do médico de informar, o direito do paciente de recusar informação e o tratamento médico proposto e, por último, mas não menos importante, o direito e o dever ao sigilo.

## **2.1 A informação e a não informação como garantidores da autonomia do paciente**

O direito à informação<sup>217</sup> é um direito subjetivo que integra o rol de direitos fundamentais da pessoa, respaldado no princípio do livre desenvolvimento da personalidade, podendo ser exercido não só em face do Estado como do particular. Tem previsão na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e decorre de princípios jurídicos e deontológicos.

Esse direito é fundamental para o paciente, pois tem a função instrumental de concretizar a autodeterminação pessoal, já que a toda a pessoa deve ser assegurado o poder decidir, livremente, sobre si próprio, seu corpo. O paciente só pode emitir seu consentimento

---

<sup>217</sup> Segundo Cláudia Lima Marques informação é “ao mesmo tempo, um estado subjetivo, é o saber ou o não saber, informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação (tornar comum); informação é o conteúdo, são os dados, saberes, conhecimento, imagens, sons, formas, palavras, símbolos ou (in) formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito!” BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 10-11.



sobre o tratamento e intervenção médica se o fizer de forma livre, consciente acerca dos riscos, e poder até mesmo evitá-los ou minimizá-los.

A relação médico-paciente vem evoluindo e aumentando a participação do paciente na atividade médica, cresce cada vez mais a preocupação com o desenvolvimento dos direitos da personalidade, com a garantia da autonomia privada nas situações existenciais. Por isso, o paciente, juntamente com o médico, intervém nas decisões relativas à escolha terapêutica indicada, mas para isso precisam ser informados.

O direito do paciente de ser informado, também chamado por Roberto Adorno<sup>218</sup> de *derecho a saber*, é consequência lógica da condição de pessoa do paciente, de sua dignidade e autonomia.

O paciente tem o direito de saber acerca de seu estado de saúde e o tratamento a ser seguido, seu diagnóstico, a finalidade dos materiais coletados para exames, terapias, benefícios e riscos provenientes dos exames e dos tratamentos propostos, do maior ou menor risco de um tratamento, as reações porventura decorrentes do medicamento indicado, as vantagens e desvantagens de uma eventual necessidade de intervenção cirúrgica, tudo de forma clara e precisa a fim de possibilitar sua tomada de decisão, o seu consentimento livre e esclarecido, pois não compete ao médico decidir pelo paciente.

Quanto maior o número de informações e mais abrangente for a orientação, mais condições o paciente terá de escolher, até porque não cabe ao médico decidir sobre qualquer tratamento sem receber do paciente o consentimento voluntário, e caso este não possa, de seus familiares.

Não mais vigora a relação médico-paciente fundada em um modelo paternalista segundo o qual o médico estava habilitado para decidir de forma unilateral sobre o tratamento a seguir, sob o argumento de que entendia ser mais benéfico ao paciente, independentemente de sua opinião. A relação é alicerçada em um processo dialógico, em que há um intercâmbio mútuo de informação essencial para o paciente decidir.

Entretanto, há casos em que as informações não poderão ser passadas diretamente para o paciente, por não terem condições físicas, ou até mesmo psicológicas de recebê-las<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> ANDORNO, Roberto N. Buena fe en la relación médico-paciente: el derecho del paciente a saber y el derecho a no saber. In: CÓRDOBA, Marcos M.; et al. *Tratado de la buena fe en el derecho*. 1. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: La Ley, 2005.

<sup>219</sup> “Artigo 14 - Os pacientes psiquiátricos têm direito de acesso às informações a si concernentes, inclusive as do prontuário, desde que tal fato não cause dano a si próprio ou a outrem”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.598/2000: Código de Ética Médica. Dispõe sobre o dever do médico assegurar a cada paciente psiquiátrico seu direito de usufruir dos melhores meios diagnósticos cientificamente reconhecidos e dos recursos profiláticos, terapêuticos e de reabilitação mais adequados para sua situação clínica. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2000/1598\\_2000.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2000/1598_2000.htm)> Acesso em: 14 mai. 2009.

(informar é mais nocivo do que não informar) ocasião em que os médicos informam aos familiares ou responsáveis,<sup>220</sup> os quais acabam decidindo pelo paciente que tratamentos serão seguidos.

A hipótese é tratada como privilégio terapêutico, prevista no Código de Ética Médica (artigo 34, *in fine*<sup>221</sup>), ou seja, a possibilidade de o médico não divulgar ao paciente certas informações que poderiam constituir uma ameaça ao seu bem estar físico ou psicológico ou um dano à sua saúde, conduta que estaria legitimada pela aplicação dos princípios da beneficência e da não-maleficência, os quais só poderão ser aplicados caso na ponderação não seja violada a autonomia do paciente. Nesse caso, o médico deve informar à família, entendida como o cônjuge ou companheiro, os filhos, os pais, parentes próximos ou mais distantes, ou representante legal (tutor ou curador) do paciente, a fim de obter o consentimento esclarecido. Se o paciente tiver condições psicológicas para suportar a notícia o médico deverá prestar informação verdadeira, mas sempre de forma a não traumatizá-lo e suficiente para compreensão do diagnóstico e prognóstico.

Nos casos em que o paciente não tem condições de receber informações, surge a controvérsia acerca de quem poderia concluir por essa impossibilidade, se o médico ou os familiares, bem como o limite de exposição de suas condições de saúde para seus familiares, pessoas próximas, sem que isso afete sua intimidade.

Ao lado do direito do paciente à informação está o direito do paciente de não ser informado, ou seja, de renunciar à informação biomédica, à informação acerca de seu diagnóstico, do tratamento mais eficaz para combater a enfermidade, os prováveis riscos do ato médico que o habilitaria a dar seu consentimento informado.

O paciente pode eleger as informações que lhe devem ser prestadas, repudiando as desnecessárias. Esse direito do paciente de escolher o que lhe será informado ganhou relevo com as recentes descobertas sobre o mapeamento genético do genoma humano, em que pessoas saudáveis preferem ignorar seus dados genéticos, as enfermidades a que pode ser acometidas.

Além disso, pode o paciente declarar ao médico que aceitará tudo o que ele sugerir ou que, simplesmente, prefere não tomar conhecimento da gravidade da sua situação, nem se

---

<sup>220</sup> Na ausência de familiares ou de qualquer responsável submete a questão à Comissão de Ética Médica. PATUSSI, Carla Mesquita Patussi. O direito fundamental à informação do paciente. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 15, n. 2, p.457-66. nov./dez. 2002.

<sup>221</sup> “Artigo 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM n.º 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

tratar, é o direito de não saber. Esse direito também resulta da capacidade do paciente se autodeterminar.<sup>222</sup> O paciente pode decidir não ser informado, pois, dependendo da informação, lhe acarretará maiores danos como, por exemplo, uma grande depressão com consequências em sua vida familiar e social.

O direito do paciente de não ser informado, de “não saber”, como bem analisado por Roberto Adorno<sup>223</sup> foi objeto de crítica por alguns autores que afirmaram: i) ser contraditório, pois para optar por não receber determinada informação o indivíduo deve contar com ela; ii) o direito à ignorância é incompatível com a noção de direito de informação; iii) incompatível com a evolução da relação médico-paciente, que insiste no dever do médico de dizer a verdade ao paciente, pelo que o direito de não saber significaria um retorno à atividade paternalista dado o estado de ignorância em que ficariam os pacientes, comprometendo uma autonomia que depende da informação para ser exercida; iv) pode comprometer o interesse dos familiares que, conhecendo as predisposições genéticas passíveis de transmissão, poderiam prevenir enfermidades.

No entanto, tem prevalecido o direito de não ser informado, previsto não só nos documentos internacionais como a Convenção Européia de Direitos Humanos e Biomedicina (Convenção de Oviedo – artigo 10, 39),<sup>224</sup> a Declaração da UNESCO sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (artigo 5º), a Declaração de Direitos dos pacientes da Associação Médica Mundial (AMM – artigo 7º e 40), na lei da França, Holanda, Espanha, Inglaterra, dentre outros países, como no Código de Ética Médica brasileiro e em Resoluções dos Conselhos de Medicina.

O direito de não ser informado tem fundamento no próprio princípio da autonomia, na autodeterminação do paciente, que lhe permite decidir acerca das informações sobre si mesmo, cabendo ao paciente a escolha e não ao médico. Dessa forma, o dever de informar do médico não é absoluto, pois depende da vontade do paciente sobre o que quer ou não saber.

O direito do paciente de ser ou não informado passa por várias discussões que muitas vezes conflita com outros direitos fundamentais também assegurados pela Constituição

---

<sup>222</sup> Decisão proferida pelo juízo da 14ª Vara Federal/DF nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face do Conselho Federal de Medicina (proc. nº 2007.34.00.014809-3) Disponível em: <<http://processualdf.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecaopro.php?SECAO=DF&proc=200734000148093>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

<sup>223</sup> ANDORNO, Roberto N. Buena fe en la relación médico-paciente: el derecho del paciente a saber y el derecho a no saber. In: CORDOBA, Marcos M.; et al. *Tratado de la buena fe en el derecho*. 1. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 193-194.

<sup>224</sup> Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, artigo 10: “Qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Contudo, a vontade da pessoa em não ser informada deverá ser respeitada.”

Federal como preservação da vida, a integridade psicofísica do paciente, a autonomia privada (artigo 5º da Constituição Federal) e a intimidade (artigo 5º, X, da Constituição Federal).<sup>225</sup>

A questão é complexa e será resolvida pela aplicação dos princípios éticos (beneficência, não maleficência e autonomia) e jurídicos (dignidade da pessoa humana, autonomia privada).

Um problema decorrente do direito do paciente de não ser informado é quando a informação diz respeito não só ao indivíduo, mas a sua família como, por exemplo, informações genéticas. Essa hipótese traduz um conflito de interesses, pois a decisão de não saber pode acarretar sérios riscos não só à sua própria vida como à de terceiros, principalmente quando existe um tratamento, medidas preventivas, terapêuticas para evitar maiores complicações. Mas como comunicar terceiros sem violar o dever de confidencialidade, de privacidade?

Nesses casos, aplica-se a ponderação de interesses recomendando a oitiva do Comitê de Ética Médica, mas há quem defenda que o direito do paciente de não saber sucumbe quando a indicar perigo a para saúde de terceiros ou para a saúde pública, é o exemplo de diagnóstico de doenças infecto-contagiosas, pois, nesses casos, entre o direito de autodeterminação do paciente e o dever de preservação da saúde de terceiros, este último prevalece, até porque seria responsabilidade do médico comunicar.

Como via de mão dupla ao direito do paciente de saber está o dever do médico de informar.

O dever de informar tem fundamento primeiro na Constituição Federal (artigo 5º, XIV, XXXIII, LXXII, CF/88), constituindo direito fundamental assentado no respeito à liberdade, à autonomia, à dignidade da pessoa humana (direito geral da personalidade); depois nos diplomas legais que contemplam o dever de informar, seja por regras expressas ou pelos princípios deles extraídos como o princípio da boa-fé objetiva, da transparência, da equidade contratual que fazem nascer o direito dos contratantes à informação.

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor atribui ao consumidor, sujeito especial, vulnerável, e digno de proteção, diversos direitos básicos, alguns elencados no artigo 6º, além de outros decorrentes dos princípios e diretrizes que orientam a Política Nacional de Relações de Consumo (artigo 4º).

---

<sup>225</sup> Natureza principiológica dos direitos fundamentais, possibilidade de conflitos. Métodos tradicionais de solução são insuficientes, utiliza-se a técnica da ponderação. Cabe ao intérprete-aplicador fazer essa ponderação. Cf. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

Ao lado de um dos mais importantes direitos que é a proteção da vida, da saúde e segurança (artigo 6º, I, do CDC), está o direito de informação (artigo 6º, III, do CDC), atrelado ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da necessidade de garantir efetiva liberdade de contratar, de escolher o parceiro com quem quer se relacionar e, acima de tudo, decidir o que é melhor para si.

O Código de Defesa do Consumidor prevê as obrigações de informar em diversos dispositivos: i) artigo 4º, IV, 8º, e 9º; ii) regras informativas da responsabilidade civil (artigo 12, 14, 20); iii) regras vinculativas da informação como integrantes do contrato (artigo 30, 31, 36, 37 e 38); iv) regra assecuratória do princípio da cognoscibilidade (artigo 46).

Os artigos 8º e 9º do CDC dispõem sobre o dever de prestar informações necessárias, adequadas, e ostensivas, ou seja, de forma apropriada, completa, clara e compreensível, principalmente quando se tratar de produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos à saúde ou à segurança.

Esse dever gera, em contrapartida, o direito de informação, corolário ao princípio da transparência<sup>226</sup> e da boa-fé objetiva (artigo 6º, IV, do CDC), que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade, lisura, honestidade, sem frustrar a confiança legítima da outra parte.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho,<sup>227</sup> o dever de informar é cumprido quando preenche três requisitos principais: i) adequação, ou seja, os meios de informação são compatíveis com os riscos do produto ou serviço; ii) suficiência, quando a informação for completa e integral; iii) veracidade, informação verdadeira, real. Logo, quando a informação for adequada, suficiente e verdadeira, o consumidor poderá escolher de forma consciente o serviço ou produto.

O dever de informação<sup>228</sup> decorrente da boa-fé objetiva constitui, nas relações jurídicas, um dever acessório, lateral do contrato, e independe da vontade das partes. É agir com cuidado em relação ao outro contratante, informar é cooperar com o outro, se abstendo

---

<sup>226</sup> “O princípio da transparência, expresso no caput do artigo 4º do CDC, se traduz na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos e, também, gerará no contrato a obrigação de propiciar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo. O princípio da transparência será complementado pelo princípio do dever de informar, previsto no inciso III do artigo 6º, e a obrigação de apresentar previamente o conteúdo do contrato está regrada no artigo 46”. NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

<sup>227</sup> A boa-fé objetiva é vista como uma regra ou padrão de conduta, que irá “exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional”. TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32.

<sup>228</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83-84.

de abuso ou desvio de poder. E como *standards* de conduta deve estar presente durante toda a fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

No entanto, o dever de informar pode estar diretamente relacionado com o núcleo da obrigação principal da relação jurídica ganhando *status* de dever principal, que transcende até mesmo ao princípio da boa-fé objetiva, da transparência.

Fernanda Nunes Barbosa<sup>229</sup> ao tratar do direito e do dever de informar nas relações de consumo, defende que a informação pode constituir tanto um dever principal, fonte imediata do contrato, quando o instrumento contratual assim a qualifica, delimitando os limites e alcance desse dever, como um dever acessório ou anexo, que pode ser decorrente tanto do contrato quanto da lei ou exclusivamente do dever de obrar de boa-fé que compete a todos os que convivem em sociedade.<sup>230</sup>

Na relação médico-paciente, pelo seu caráter predominantemente existencial, a informação é essencial para que o paciente exerça sua autonomia e decida acerca do destino de seu próprio corpo, sua vida. A informação dos riscos e possibilidade de erros faz parte da prestação do serviço médico, seja qual for a atividade contratada (serviços de diagnóstico, terapêuticos, cirúrgicos, de prevenção, pesquisa em seres humanos, dentre outros).<sup>231</sup>

Dessa forma, ganha o dever de informar do médico o caráter de dever principal cujo descumprimento gera inexecução contratual<sup>232</sup> com possível responsabilidade por parte do

<sup>229</sup> BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 106.

<sup>230</sup> “Diversos tipos de contrato podem ter como resultado o surgimento de deveres de informação, sejam eles baseados: num acordo expresso (exemplo: contrato de prestação de serviços advocatícios, objetivando a confecção de um parecer jurídico); numa interpretação contratual integradora; ou ainda, numa norma legal, especialmente oriundos do princípio da boa-fé, capitulado no artigo 242 do BGB. Deveres desse tipo estão fixados legalmente para uma série de contratos, como, por exemplo: o do vendedor, que tem de informar ao comprador sobre as relações jurídicas a respeito do objeto vendido ou o do tomador de seguro, que deve informar ao segurador todas as circunstâncias relevantes para a verificação do evento ou âmbito do dever de prestação.” MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Coleção Teses, Editora Almedina, 1989, p. 15.

<sup>231</sup> “A exigência do consentimento informado corresponde a uma projeção especial do princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes envolvidas não só uma perspectiva de confiança como uma obrigação de lealdade recíproca, além de deveres anexos, com o dever de informar. Na prestação de serviços médicos, em que o paciente entrega seu bem-estar, saúde e mesmo a vida aos cuidados do profissional, tem tal importância este princípio que substitui o modelo de sujeitos antagônicos do sinalagma contratual (liberal) por um dever de cooperação mútua, ao trocar o paradigma do indivíduo em sua autonomia privada pelo dever de solidariedade contratual. (Teresa Negreiros, *Fundamentos*, pp. 225-257.)” BARBOZA, Heloisa Helena, et al. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações* (artigos 1º a 420). v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42-43. “*La buena fe, entendida como actitud leal y espíritu de colaboración entre las partes, constituye un principio general toda relación contractual, especialmente de aquellas que por su propia naturaleza suponen una sólida base de confianza entre las partes, como es la relación médico-paciente. Entre los deberes que resultan de esta relación de confianza se destaca el deber del médico de informar adecuadamente al paciente acerca de su estado de salud, de la naturaleza y riesgos del tratamiento que propone, y una vez terminado éste, de sus resultados.*” ANDORNO, Roberto N. Buena fe en la relación médico-paciente: el derecho del paciente a saber y el derecho a no saber. In CÓRDOBA, Marcos M.; et al. *Tratado de la buena fe en el derecho*. 1. ed. 1. reimpr. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 199.

<sup>232</sup> Cf. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 157-162. Cf. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, p. 03-27, out./dez. 2007.

médico que o violou, o que será abordado no quarto capítulo. Contudo, parte da doutrina e até mesmo a jurisprudência trata como dever acessório, anexo, cuja inobservância implica em violação positiva do contrato, conforme decisão proferida pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>233</sup> ao apreciar a responsabilidade da casa de saúde e clínica de radiologia pela falta de informação sobre o exame de ressonância magnética realizado em criança.

De acordo com Fernanda Barbosa,<sup>234</sup> em se tratando de serviços médicos prestados por meio de consultas periódicas os médicos devem averiguar o estado de saúde do paciente-consumidor. O paciente, em um primeiro momento, busca saber sobre sua situação, objeto principal, para depois obter um conselho, o que seria secundário. Da mesma forma, os laboratórios, ao celebrarem contrato com o paciente, estabelecem a informação acerca das condições pessoais ou estado de saúde do consumidor como principal objeto da prestação, o que também não afasta os deveres anexos como o de informar a possibilidade de erro no resultado do exame.

Para Judith Martins-Costa<sup>235</sup> os deveres de informação se espalham em duas grandes direções, uma ligada ao dever geral de diligência, que consiste no dever do médico de informar o paciente sobre suas condições particulares, a completa anamnese, bem como sobre os progressos da ciência médica, estar atento às publicações especializadas, os resultados de pesquisas, ou seja, se atualizar; e outra que diz respeito ao dever do médico de informar ao paciente e/ou seus familiares, baseado no dever geral de boa-fé e lealdade.

O dever de informar dos profissionais médicos pode ser extraído dos dispositivos supra mencionados (artigos 4º, 6º, III, 7º, 14, 20, 30 e 31 do CDC), dos artigos 421 e 422 do CC, e do Código de Ética Médica (artigos 31, 34, 88, 90, 91, 101), e decorre dos conhecimentos que eles possuem, bem como da confiança neles depositada pelo paciente. A falta de informação acarreta maior debilidade do consumidor diante do fornecedor.

Esse dever perpassa toda espécie de relação, seja contratual ou extracontratual, tanto os da área pública quanto da privada, ou seja, mesmo não havendo vínculo contratual entre médico e paciente, aquele deve informar ao enfermo sobre os serviços prestados, embora o

---

<sup>233</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Exame de ressonância magnética. Dano moral. Inobservância do dever de informação. Apelação Cível nº 0189437-77.2008.8.19.0001. Relator: Exmo. Des. Cherubin Helcias Schwartz. Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara Cível. Julgamento: 27/04/2010. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 maio 2010. (ANEXO I, nº 25)

<sup>234</sup> BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107.

<sup>235</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 831, jan. 2005, p. 116-117.

caso ora enfrentado seja de profissionais liberais contratados pelo paciente. É dever do médico, do hospital, de todos os que interferem na relação, informar ao consumidor-paciente. A diferença estará no regime jurídico aplicado à responsabilidade civil dessas pessoas.

O estudo do dever de informar é necessário em razão dos interesses jurídicos tutelados pelo ordenamento, dignidade e autonomia do paciente e para fundamentar, posteriormente, a responsabilidade civil do médico quando descumprir esse dever.

A informação, além de um direito fundamental do paciente-consumidor é parte componente das declarações de vontade e um instrumento de prevenção de danos, seja contratual ou extracontratual, a fim de evitar a lesão moral e o abuso por falta ou omissão de informação.

O dever de informar do médico existe antes mesmo da celebração do contrato de prestação de serviços, independe deste para se configurar. A informação prévia é decisiva para a própria formação do contrato, já que é com base nela que o paciente tomará sua decisão.

A informação permite o exercício da liberdade do paciente contratar, escolher o médico, o tratamento, o tempo e o modo da prestação do serviço e o acesso aos documentos médicos e aos exames.

Além disso, mesmo após a prestação do serviço médico, da intervenção médica, o médico tem o dever de esclarecer o paciente, já que a informação não se esgota no âmbito dos limites temporais da relação profissional com o paciente, mas se estende para além da relação terapêutica. A informação pós-contratual é importante para orientar o paciente para o prosseguimento das intervenções que serão posteriormente necessárias.

Dessa forma, em todas as fases do contrato de prestação de serviço médico há a presença do dever de informar. Esse dever vai além do dever de esclarecimento e abrange o dever de conselho ou de aconselhamento e de advertência, sendo que este último é tratado por Fernanda Nunes Barbosa<sup>236</sup> como dever anexo, secundário.

Existem, portanto, três tipos de deveres de informação: i) dever de conselho,<sup>237</sup> ou seja, de aconselhamento sobre as possibilidades e opções disponíveis; ii) dever de esclarecimento simples, de informar sobre a forma de utilização e a qualidade dos serviços, o

---

<sup>236</sup> BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>237</sup> “Informação, em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma dada situação de facto, verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação. Diferentemente do conselho e da recomendação, a pura informação esgota-se na comunicação de factos objetivos, estando ausente uma (expressa ou tácita) “proposta de conduta”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Coleção Teses, Editora Almedina, 1989, p. 15.



plano, o contrato, o preço, o objeto do serviço etc.; iii) dever de advertência quanto aos riscos possíveis.

O dever de informação, segundo Octávio Luiz Motta Ferraz,<sup>238</sup> tem três principais funções: i) a garantia de liberdade de escolha do paciente-consumidor; ii) a proteção dos interesses econômicos do paciente-consumidor; e iii) segurança. Classificando-se em três subclasses: i) obrigação de informar *strictu sensu*, que diz respeito ao alcance do compromisso que se poderá assumir no futuro (informação pré-consentimento – artigos 31, II, 6º, III, 36 a 38, 39, IV, VI, 40, 46, 52, 54, § 3º e 4º, todos do CDC); ii) deveres de conselho, orientam a atuação do consumidor na utilização do bem ou serviço adquirido (proteção dos interesses econômicos – informação-uso – artigo 50, do CDC); iii) deveres de advertência, referente a um risco, jurídico ou material compreendido no contrato (proteção de segurança – informação-uso).

Todavia, dois fatores afetam a maneira como os profissionais médicos prestam informação ao paciente: i) perfil hipocrático da relação; e ii) massificação da prestação do serviço médico.

Na medicina grega, conforme abordado no primeiro capítulo, a relação médico-paciente era personalíssima, mas o paciente não tinha qualquer participação no processo de decisão quanto ao tratamento médico, já que era o médico o detentor do conhecimento técnico-científico e sabia o que era melhor para ele. Vigorava o paternalismo hipocrático, segundo o qual o paciente não tinha condições de decidir não só pela sua incapacidade de entender as peculiaridades do tratamento médico, seu diagnóstico, já que não detinha a *lex artis*, como pela sua condição débil em razão da doença. O paciente era o sujeito passivo, subordinado, que apenas recebia o bem que o médico lhe proporcionava.

Mas, hoje, supera-se esse paradigma, pois os fatores que indicam a vulnerabilidade do paciente não afastam o seu direito de exercer o consentimento informado, ao revés, aumenta o dever do médico de informar, de esclarecer o paciente de seu estado e dos tratamentos e em linguagem de fácil compreensão, observadas as peculiaridades de cada paciente. O paciente passa a ser partícipe por meio de um vínculo marcado pelo consenso, pelo diálogo através de uma ampla comunicação.

No entanto, o caráter personalíssimo da relação médico-paciente vem sendo eliminado na sociedade pós-moderna, marcada pelo processo de massificação da produção e dos

---

<sup>238</sup>FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

serviços, e maior impessoalidade das relações. O uso de tecnologias, a introdução de terceiros na prestação de serviços, a falta de tempo para atendimento, a divisão da medicina em áreas especializadas, e o surgimento de planos de saúde, foram afastando a figura do médico de família.

Por esses motivos há, hoje, um forte distanciamento entre os médicos e pacientes, não há troca de informações, o que impõe a necessidade de maior diálogo, tanto por parte do paciente, que deve esclarecer suas condições pessoais, seu histórico, como do médico, que deve informar o diagnóstico, prognóstico, profilaxia, risco da doença e a forma de tratamento.

Somente as informações corretas, claras e adequadas permitem aos pacientes influenciar e interferir nos tratamentos médicos, o seu consentimento informado para os tratamentos, inclusive os de risco, o que o aproxima da posição de igualdade, reequilibrando a relação.

O paciente deposita no médico, diante das informações por ele prestadas, suas expectativas legítimas, até porque não tem conhecimento técnico em relação ao resultado, aos riscos a que está sujeito, confiante plenamente no profissional por ele eleito.

Mas como determinar o conteúdo da informação que deve ser prestada pelo médico, a maneira como deverá ser prestada, o local, a forma? Deve o médico informar todos os tratamentos possíveis? Quais riscos merecem ser anunciados ao paciente?

Como essa informação constitui dever do médico, que detém o conhecimento técnico e científico, grassam diversas divergências a respeito de a quem compete selecionar o que será informado ao paciente, o limite e a quantidade de informação, se todos os tipos de riscos devem ser informados, incluindo os menores e os mais raros. Qual será o critério a ser adotado? A escolha é exclusivamente do médico, ou do paciente, ou deve haver a participação de ambos?

A hiperinformação nem sempre é vantajosa para o paciente, pois muitas vezes informar acerca dos riscos excepcionais ou todos os tratamentos possíveis pode criar uma situação de angústia com pouca utilidade, cabendo muitas vezes fazer uma análise dos custos-benefícios.

Vera Lúcia de Barros e Paulo Antonio de Carvalho Fortes<sup>239</sup> apontam três critérios: i) critério da prática profissional, pelo qual o médico decide; ii) critério da pessoa razoável (*the reasonable person standard*), em que a informação é prestada de acordo com o que a pessoa

---

<sup>239</sup> BARROS, Vera Lúcia; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. A informação esclarecedora e o consentimento esclarecido: um desafio ao programa de saúde da família na garantia dos direitos do paciente. *O Mundo da Saúde*, São Paulo, v.27, n.2. p.280-91. abr./jun. 2003.

mediana necessitaria saber sobre os procedimentos, riscos, alternativas, acabando por deixar na mão do médico a decisão; e iii) padrão subjetivo, orientado ao paciente (*patient oriented standard* ou *subjective standard*), nesse a informação é prestada de forma apropriada a cada indivíduo, observando suas expectativas e valores, já que os pacientes são únicos, não-padronizáveis, a escolha é feita de acordo com o que for melhor para aquele determinado paciente e não pela ótica científica ou tecnológica.<sup>240</sup>

A aplicação do primeiro critério reflete uma visão institucional sobre os direitos do paciente e acaba por colocá-los em xeque, afastando o respeito à autonomia do paciente. Surge, então, um outro critério, o da pessoa razoável, em que o médico fornece informação de forma genérica, de acordo com o que a pessoa precisa e deseja saber, o que não se afasta muito do paternalismo, já que continuará nas mãos do médico o que o paciente deverá saber, de acordo com suas condições.

O critério do homem médio, *in casu*, paciente abstrato, tem sofrido severas críticas da doutrina, e a própria jurisprudência tem-se afastado dessa concepção, pois não atende à necessidade fática e concreta, por isso avalia conforme as peculiaridades apresentadas<sup>241</sup> do caso concreto.

Prevalece, portanto, a ideia de que o médico deve prestar as informações pelo padrão subjetivo,<sup>242</sup> e não de modo *stantard*, tendo em conta o paciente médio, o padrão objetivo de comportamento.

O olhar deve ser para a pessoa que se encontra por trás do paciente, sujeito de direito, seus interesses existenciais, observá-lo pelos filtros de pluralização da subjetividade jurídica.

A informação deve ser feita segundo o estado de saúde de seu paciente, suas necessidades, especificidades e características, de forma individual, a fim de preservar a autonomia, considerando o paciente real.

Além disso, o médico deve informar em linguagem acessível, preferencialmente usando termos leigos e segundo a capacidade de entendimento do paciente, seu nível escolar, a fim de possibilitar decisão fundamentada e autônoma.

---

<sup>240</sup> FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. O consentimento informado na atividade médica e a resposta dos tribunais. *Justiça e Democracia*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 185-97, jul/dez. 1996.

<sup>241</sup> O afastamento do critério do homem médio (*homo medius*), de um padrão abstrato, tem sido contemplado na verificação do erro escusável para caracterizar o vício de consentimento capaz de anular o negócio jurídico, a despeito do previsto no artigo 138 do Código Civil, pois a jurisprudência já tem utilizado o critério do caso concreto, as condições pessoais de quem alega o erro (desenvolvimento mental, cultura, profissional etc.). Enunciado 12 do Conselho de Justiça Federal. “12 – Art. 138: na sistemática do artigo 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança.” Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso: em 02 fev. 2010.

<sup>242</sup> Segundo André Gonçalo Dias Pereira o modelo subjetivo tem sido aplicado na Alemanha e EUA. PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade civil médica na Europa: objectivação da responsabilidade e consentimento informado. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 125.

Para Octávio Luiz Motta Ferraz,<sup>243</sup> em razão da natureza dos serviços médicos deve-se utilizar um modelo misto baseado na razoabilidade pois, se por um lado é inviável obrigar o fornecedor a prestar informação individualizada a cada paciente que procura seus serviços, há situações em que as características do paciente real exigem do prestador uma informação mais enfática e precisa a respeito de determinadas características e riscos do tratamento proposto.

Haveria um núcleo básico de informações passíveis de padronização, tais como: o tempo de duração do tratamento, prováveis efeitos colaterais, certos riscos normalmente verificados, e outras. Todavia, há condições particulares que demandam uma informação individualizada. O médico deve abrir oportunidade para que o paciente possa esclarecer os pontos de seu interesse a respeito do procedimento indicado.

É por meio do diálogo, da comunicação, que o paciente pode encontrar o que é bom para, sua própria atividade interna e decidir de acordo com seus valores e convicções. Por isso, o médico deve conduzir a conversação de forma a observar os aspectos da personalidade de cada paciente, sua capacidade de compreensão, suas concepções éticas, morais, religiosas, culturais e filosóficas.

O princípio da autodeterminação do paciente impede que o médico decida por si só o que deve informar, devendo ser transmitida ao paciente toda informação que possa interferir na sua decisão, pois ele necessita compreender a natureza e significância do tratamento a que irá se submeter.

A informação deve ser passada não só de forma a esclarecer o paciente acerca de seu estado de saúde, dos riscos do tratamento e das técnicas a serem utilizadas, mas de maneira a não desestruturar o paciente. No entanto, em muitos casos é difícil estabelecer a forma como o médico deve informar os critérios que deve usar considerando a receptividade do paciente para receber as informações devidas, sua capacidade.

A verificação pelo médico da capacidade do paciente de receber informações deve levar em consideração o seu estado psicológico empírico, sua identidade individual, suas reações ao recebê-las, sua autonomia, sua capacidade racional de tomar decisões, o que pode ser mais bem esclarecido com o auxílio dos familiares.

O profissional precisa agir sempre com muita cautela e ponderação, até mesmo ao passar as informações necessárias ao consentimento.

---

<sup>243</sup> FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

O dever de informar está intrinsecamente ligado ao cuidado, na medida em que, quando há valorização da vontade, observa-se a presença da responsabilidade, da atenção e da solidariedade.

A lei estadual paulista, Lei nº 10.241/1999, em seu artigo 2º, inciso VI, relaciona algumas informações que devem ser prestadas ao paciente, tais como: i) hipóteses diagnósticas, diagnósticos realizados, exames solicitados, ações terapêuticas, riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas; ii) duração prevista do tratamento proposto; iii) a necessidade de anestesia para determinados tratamentos e os riscos e efeitos colaterais; iv) exames e consultas a que será submetido; v) a finalidade dos materiais coletados para exame; vi) alternativas de diagnósticos e terapêuticas existentes, no serviço de atendimento ou em outros serviços etc.

O médico deve informar o diagnóstico, ou seja, o mal que atinge o paciente, o tratamento proposto, as medidas terapêuticas disponíveis, o resultado que se pode esperar com o tratamento proposto.

O dever de informar do médico observará várias etapas, que vai desde o esclarecimento do diagnóstico, fornecido a partir do histórico e padecimentos informados pelo paciente; o prognóstico; as alternativas terapêuticas existentes; o tratamento aplicado, seu tempo de duração; os meios e os fins dos tratamentos; a natureza dos procedimentos; os efeitos secundários; os objetivos terapêuticos; os riscos e benefícios do tratamento; a urgência da intervenção e o risco da demora no tratamento; os prejuízos; as informações posteriores à execução do tratamento; os efeitos do tratamento etc.

Além disso, os médicos devem esclarecer ao paciente as técnicas utilizadas, os procedimentos, a época ideal para realizá-los, as consequências e opções que podem ser adotadas, os custos, as vantagens e desvantagens da terapia, e as consequências decorrentes da recusa do tratamento.

Cabe ao médico informar de forma ostensiva e adequada sobre a periculosidade, isto é, os danos que o paciente porventura possa sofrer, os perigos à saúde, sob pena de responder civilmente.

No tocante aos riscos, estes podem ser inerentes tanto às ciências da saúde, seus recursos, como aos pacientes e aos profissionais. O risco é intrínseco à atividade médica, pois cada organismo humano reage de uma maneira, dependendo da pessoa que a recebe, suas condições pessoais (ânimo, resistência, recursos para tratamento) e gravidade da doença, podendo ser evitável ou não. Além disso, o profissional médico é falível: sua eficácia depende de sua experiência e condições pessoais.

Como referido no primeiro capítulo, item 1.3.2, classificam-se os riscos de diversas formas: i) quanto a previsibilidade: previsíveis e não previsíveis; ii) quanto à frequência: comum ou rara (baixa, média, alta, altíssima); iii) quanto ao grau: leve, grave, gravíssimo e letal.

Os riscos podem ser previsíveis ou não, o que também interfere no dever do médico de informar ao paciente. Isso porque, quando as intercorrências são previsíveis, o médico não responde pelos riscos inerentes,<sup>244</sup> mas tem o dever profissional de tomar medidas preventivas e prevenir o paciente. Caso o médico não informe, pode ser responsabilizado pela falta de informação. Quando os riscos forem imprevisíveis ou não existirem medidas eficazes para preveni-los, cabe ao médico utilizar a melhor técnica existente e esclarecer o paciente.

Toda ação médica, seja terapêutica ou cirúrgica, pode causar danos ao paciente, sejam eles psíquicos, farmacológicos ou instrumentais, os quais podem decorrer até mesmo de um ato realizado dentro das normas recomendáveis, sem qualquer culpa do médico (negligência, imprudência, imperícia). É o que a doutrina denomina de iatrogenia<sup>245</sup> em sentido estrito.

O médico tem o dever de informar os possíveis danos iatrogênicos<sup>246</sup> e, caso não os informe, poderá ser responsabilizado por ter sido negligente não quanto ao ato médico propriamente, mas quanto ao aspecto da informação que deveria ter sido prestada, configurando serviço defeituoso, ou seja, violação de obrigação contratual.<sup>247</sup>

O paciente tem o direito de saber dos riscos a que está sujeito a fim de que possa fazer sua escolha, mesmo que esses riscos sejam inerentes ao ato médico, inevitáveis, como a

<sup>244</sup> “Risco inerente, como o próprio nome diz, é aquele que faz parte da própria coisa, do próprio produto ou do próprio serviço. [...] O fornecedor só eventualmente responderá pelo risco inerente se não Informar, se não orientar adequadamente o consumidor sobre como usar, como se valer daquele produto ou daquele serviço. Aí haverá um defeito de informação. Mas por aquele risco que faz parte da própria coisa e sobre o qual o consumidor foi devidamente orientado, não tem porque responder. Em suma, normalidade e previsibilidade são as características do risco inerente, pelo qual não responde o fornecedor por não ser defeituoso um bem ou serviço nessas condições. Cabe-lhe apenas informar ao consumidor a respeito desses riscos Inevitáveis, podendo por eles responder caso não se desincumba desse dever, hipótese em que poderá resultar configurado o defeito de comercialização por informação deficiente quanto à periculosidade do produto ou serviço, ou quanto ao modo de utilizá-lo.” CAVALIERI FILHO, SERGIO. A responsabilidade médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/search/index.php>>. Acesso em: 08 mar. 2009.

<sup>245</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 6.

<sup>246</sup> “A toda evidência, podemos concluir que o fato de existir uma lesão ou seqüela num paciente após ter se submetido a um tratamento médico, terapêutico ou cirúrgico, não significa que tal lesão seja oriunda de falha do profissional médico. Ao revés, inúmeras ocorrências totalmente indesejáveis e inevitáveis podem acontecer, sendo que extraímos também o ensinamento de que o profissional da saúde deve informar ao paciente sobre todas as possibilidades plausíveis de riscos para que este – o paciente – possa decidir o que melhor lhe aprouver, ou seja, tentar se curar ou atingir um determinado objetivo estético, ou simplesmente não se tratar.” SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 36.

<sup>247</sup> Acerca do dever de informar os riscos inerentes merece conferir os seguintes julgados: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Cirurgia oftalmológica. Falta de informação adequada. Apelação Cível n.º 2008.001.22543. Relator: Exmo. Des. Nametala Machado Jorge. Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível. Julgamento: 20/08/2008; Responsabilidade civil. Erro médico. Falta de informação. Apelação Cível n.º 0007644-83.2003.8.19.0066. Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 30/06/2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 26, 27)

amputação de uma perna em razão de diabetes, extirpação de mama (mastectomia) para salvar ou prolongar a vida da mulher acometida de câncer, gastrectomias, colecistectomias, apendicectomias, reações alérgicas decorrentes de contrastes radiológicos, cicatrizes pós-operatórias. Nessas situações o paciente poderá decidir não tratar, não se submeter a essas sequelas.

Cabe ressaltar que o risco deve ser previsível no momento em que será realizado o procedimento médico, não podendo ser projetado para o futuro, até mesmo em razão dos constantes avanços biotecnológicos, que permitem devidos aos progressos da medicina, de novos estudos, que sejam previstas possíveis reações do misterioso e complexo organismo humano, já que ele comporta resultados imprevisíveis, nunca antes verificados. Por isso, para José Carlos Maldonado de Carvalho,<sup>248</sup> não se pode exigir do médico o saber absoluto, a previsibilidade deve ser aferida em função do homem médio colocado nas condições concretas em que o fato ocorreu. Na verdade, o melhor é analisar o médico *in concreto*, as condições de seu trabalho, de seu atuar, a fim de evitar a injustiça.

O risco da atividade médica é a pedra de toque na seara do dever de informar, e dependerá da doença apresentada pelo paciente, do tipo de enfermidade, das condições orgânicas do paciente, dos recursos à disposição do facultativo no momento do atendimento.

O conhecimento por parte do paciente dos riscos da atividade médica a qual se submete também é importantíssimo para que possa decidir sobre a fruição do serviço.

Certo é que praticamente todos os procedimentos médicos apresentam riscos, os quais são muitas vezes indetermináveis, até mesmo em razão do caráter idiossincrático do organismo humano, em que é praticamente impossível prever com precisão todos os riscos associados a determinado tratamento.

Por isso, muito se discute acerca dos riscos que devem ser informados ao paciente.

O já citado Octávio Luiz Motta Ferraz<sup>249</sup> elenca alguns critérios adotados para definir o conteúdo do dever de informar no que diz respeito aos riscos do tratamento médico. São eles o critério da relevância do risco (*material or significant risks*), adotado no direito anglo-americano, que pode ser analisado tanto da perspectiva do médico (*professional standard* – visão paternalista entende que, apenas o médico tem condições de definir quais informações seriam relevantes ao paciente), quanto da do paciente (*patient standard*); o critério da

---

<sup>248</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 6.

<sup>249</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

probabilidade do risco, pelo qual apenas os riscos normais e previsíveis devem ser informados, o que também encontra controvérsia em relação à forma de como definir a normalidade ou excepcionalidade de um risco, o que dependerá do próprio paciente pois, para alguns deles a informação do risco excepcional pode ser essencial.

A Corte de Cassação Francesa costumava decidir que apenas os riscos normais e previsíveis deveriam ser comunicados ao paciente, mas esse posicionamento foi sofrendo alterações, passando a exigir que os riscos graves, ainda que excepcionais, também sejam informados.

Há quem se posicione<sup>250</sup> a favor da ideia de que nem todas as consequências raras e hipotéticas do ato médico precisam ser informadas, que apenas os riscos frequentes ou graves devem ser esclarecidos, deixando os riscos muito graves e de improvável manifestação, ou até mesmo menores, ou seja, que não causarão ao paciente substancial perigo, dor ou desconforto, sujeito à solicitação do paciente.

Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza<sup>251</sup> defendem que apenas os riscos plausíveis, razoáveis, normais, rotineiros, potenciais para o caso concreto do paciente devem ser informados pelo médico.

O médico, antes de informar ao paciente sobre os riscos, segundo André Gonçalo Dias Pereira,<sup>252</sup> deve analisar quatro fatores:

1) necessidade terapêutica da intervenção, a incluir a urgência do tratamento, a necessidade do tratamento, a perigosidade do tratamento, a novidade do tratamento, a gravidade da doença, o facto de a intervenção ser meramente diagnóstica ou ser terapêutica; 2) a frequência da verificação dos riscos – sendo que mais importante que o critério estatístico é o da verificação dos riscos no grupo de pacientes a que pertence o doente: os chamados “riscos especializados”; entendo que o médico de informar os *riscos raros*, quando, no caso de estes se verificarem, a vida do paciente resultar gravemente prejudicada e apesar de raros, serem *específicos daquela concreta intervenção*; 3) *A gravidade dos riscos* – a impor que quando mais grave for o risco, mais se deve estender o dever de os revelar; 4) E, finalmente, o *comportamento do paciente* – tópico que conduz a que a informação seja adequada ao paciente concreto, isto é, tenha em conta a específica actividade profissional do paciente ou o tipo físico-patológico em que o doente se insere (obeso, fumador, grávida etc.).

A informação acerca dos riscos, portanto, varia conforme o saber do médico e a pessoa do paciente, sua personalidade, condições físicas e psíquicas, pois o que pode ser desprezível para um determinado paciente, para o outro não é. Portanto, aplica-se o modelo deliberativo na relação médico-paciente.

---

<sup>250</sup> Ruy Rosado de Aguiar “Em se tratando de risco terapêutico, o médico deve advertir dos riscos previsíveis e comuns; os excepcionais podem ficar na sombra.” AGUIAR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 84, n. 718, ago. 1995. p. 36.

<sup>251</sup> SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 43.

<sup>252</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Responsabilidade civil médica na Europa: objectivação da responsabilidade e consentimento informado*. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 122.



Além de outros deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva como o de lealdade e cooperação dos fornecedores de serviços e produtos médicos, independentemente dos direitos atribuídos aos médicos, estes têm o dever de dar prévio conhecimento das condições contratuais; em contrapartida o consumidor-aderente deve ter prévio conhecimento do conteúdo do contrato, esclarecendo sua situação pessoal.

Cabe ao médico garantir ao paciente-consumidor meios disponíveis e necessários ao tratamento e regularidade da conduta profissional, conscientizando-o de seus direitos.

Do artigo 34 do atual Código de Ética se extrai que é dever do médico informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, e caberá ao paciente decidir sobre o tratamento recomendado ou cirurgia proposta (artigo 22 e 31 do CEM<sup>253</sup>).

Além disso, o Código de Ética Médica prevê que o prontuário, os laudos médicos, receitas prescritas devem estar escritos de forma legível, sob pena de responsabilizar o profissional médico (artigo 11).<sup>254</sup>

O paciente tem o direito de ter acesso às informações existentes em prontuários,<sup>255</sup> fichas clínicas, aos dados dos serviços médicos a que fora submetido,<sup>256</sup> e até mesmo do

<sup>253</sup> “É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente. § 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina. § 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da Instituição que assiste o paciente.” “É vedado ao médico: Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.”

<sup>254</sup> “É vedado ao médico: Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.”

<sup>255</sup> “O prontuário médico é o conjunto de documentos padronizados e ordenados, onde devem ser registrados todos os cuidados profissionais prestados aos pacientes e que atesta o atendimento médico a uma pessoa numa instituição de assistência médica ou num consultório médico. É também o documento repositório do segredo médico do paciente. É constituído por: Ficha clínica com as seções: identificação, anamnese (queixas, antecedentes, história mórbida pregressa e história da doença atual), exame físico, hipótese(s) diagnóstica(s) e plano terapêutico; Exames complementares: laboratoriais, exames anatomopatológicos, exames radiológicos, ultra-sonográficos, etc.; Folha de evolução clínica; Folha de pedido de parecer (que também podem ser feitos na folha de prescrição e respondidos na de evolução clínica); Folha de prescrição médica, que no prontuário em uso está logo após o quadro TPR (temperatura, pulso, respiração), podendo conter relatório de enfermagem ou este ser feito em folha separada, Quadro TPR (temperatura - pulso - respiração) é a primeira folha do prontuário quando em uso, e Resumo de alta / óbito.” Manual de Orientação ética e disciplinar. v. 1, 2 ed. rev. e atual. Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos. Florianópolis, mar., 2000. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/Regional/crm-sc/manual/parte3b.htm>> Acesso em 28.06.2010. A Resolução n.º 1.638/2002 do CFM define prontuário médico e torna obrigatória a criação da Comissão de Revisão de Prontuários nas Instituições de saúde.

<sup>256</sup> Portaria n.º 3, de 15.03.2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.fecombustiveis.org.br/concorrenca-portarias/sde/portaria-n-3-de-15.03.2001-dou-17.03.2001.html>>. Acesso em 02 fev. 2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hospital. Acesso a documentos médicos. Recurso Especial n.º 540048 / RS (2003/0061038-6). Relatora: Exma. Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 02/12/2003. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 28)

sigilo médico,<sup>257</sup> de não ter revelado os fatos que afetem a sua esfera privada, seu estado de saúde, o que se depreende do artigo 73 a 77, todos do Código de Ética Médica,<sup>258</sup> e artigo 43 e 72, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

É, portanto, direito do paciente ser informado por meio de documentação médica, do prontuário médico, da ficha de evolução clínica, dos laudos de exames laboratoriais, nas folhas do raio-x, nos relatórios dos anestesistas e de enfermagem.

O paciente tem o direito de ter acesso à documentação,<sup>259</sup> o que assegura sua autonomia informativa durante e após o tratamento, o controle das atividades do médico e até mesmo auxilia os outros profissionais que intervirão no tratamento.

A documentação da informação ganha relevo na seara da responsabilidade civil, pois constitui meio de prova de eventual erro médico ou até mesmo descumprimento de dever médico. Por isso, precisa ser corretamente preenchida, de forma clara, e por completo, permitindo, inclusive, a interpretação por outros profissionais médicos que por ventura substituam o médico contratado ou outro que prossiga o tratamento (por exemplo, um especialista ou outro médico contratado).

Christoph Fabian<sup>260</sup> adverte para a controvérsia sobre a abrangência do direito de se informar na documentação, que contém tanto fatos objetivos quanto subjetivos. Para ele os fatos subjetivos seriam restritos ao médico, já que, como não importa ao paciente, ele não precisaria saber.

<sup>257</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sigilo profissional. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14134/CE. Relatora: Exma. Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 16/9/2002. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 29)

<sup>258</sup> Resolução CFM n.º 1931/2009. “É vedado ao médico: Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal. Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente. Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente. Art. 76. Revelar Informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de Instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade. Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal.”

<sup>259</sup> Questão relevante é o prazo que os prontuários médicos devem ser guardados a fim de que os pacientes tenham acesso, pois não há norma geral expressa sobre o tema, mas algumas leis e normas deontológicas dispõem acerca do prontuário como: Lei nº 8.069/90 (artigo 10, I e II – prazo de 18 anos); Lei nº 9.434/97 (artigo 3º, § 1º - prazo 5 anos), Resolução nº 1.821/2007 do CFM, que dispõe sobre as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde, prevendo prazo de 20 (vinte) anos, a partir do último registro, para a preservação dos prontuários dos pacientes em suporte de papel, que não foram arquivados eletronicamente em meio óptico, microfilmado ou digitalizado.

<sup>260</sup> FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 92.

O dever de informar do médico diz respeito exclusivamente ao paciente, pois só a ele cabe saber sobre sua saúde; os familiares ou outras pessoas só terão acesso à informação caso o paciente permita, ou caso haja necessidade. Quando o paciente for incapaz (idade, discernimento, condição transitória), o médico poderá, ou melhor, deverá informar à família, exceção ao direito de sigilo do paciente, de confidencialidade, de respeito à sua privacidade.

Todavia, quando o paciente, mesmo sendo incapaz nos termos da lei civil, tiver discernimento e se manifestar pelo sigilo, o médico poderá manter o segredo, observados os princípios éticos e jurídicos que envolvem a questão.

O dever de informar vai além da morte, pois há casos em que determinadas informações precisarão ser reveladas, como ocorre, por exemplo, nos casos em que os herdeiros pretendem instaurar um processo de responsabilidade civil contra o médico.

A informação, geralmente, é prestada de forma verbal, mas em determinados casos recomenda-se que seja por escrito, principalmente quando envolve intervenções com risco elevado de incapacidade grave ou morte do paciente.

O médico, por precaução, deve formar um processo clínico do paciente, no qual registrará todas as informações prestadas.

A quem caberá provar que a informação foi prestada? Como é feita a prova de que o procedimento médico foi precedido de informação?

O dever de informar é do profissional médico, mas não há lei que estabeleça que as informações devam ser prestadas por escrito, o que torna a questão complexa para definir e que guarda relação com o ônus da prova para as ações de responsabilidade civil médica pelo descumprimento do dever de informar (capítulo quarto).

Outro questionamento que pode ser feito é sobre que médico tem o dever de esclarecer o paciente quando o tratamento envolve a atuação de mais de um profissional, como, por exemplo, nos procedimentos cirúrgicos, o cirurgião chefe, o auxiliar, o anestesista, ou quando há a presença de um especialista.

O dever de informar é de todas as pessoas envolvidas no tratamento do paciente, e cada uma a prestará de acordo com sua atuação e especialização, ressalvando a importância e a maior responsabilidade do cirurgião chefe em caso de tratamento cirúrgico.

Em algumas espécies de tratamento e procedimento médico como a cirurgia estética e a anestesia, doutrina e jurisprudência defendem que o dever de informar é mais exaustivo, mais amplo, consoante exposto no primeiro capítulo (item 1.3.3).

No caso da cirurgia estética, o dever de informar aumenta, pois o paciente não busca um tratamento terapêutico, mas o melhoramento de sua aparência, não havendo necessidade

nem urgência da medida, o que impõe ao médico esclarecer sobre as vantagens e desvantagens da cirurgia, bem como os riscos e consequências mais raras e a possibilidade de não conseguir o resultado esperado.

A atividade anestésica, tendo em vista seu elevado potencial de danos ao paciente, também exige do profissional médico maior esforço no que tange ao seu dever de informar e até mesmo a um maior diálogo com o paciente, já que o ato anestésico comporta três fases, a pré-anestésica, na qual o médico coletará informações sobre as condições clínicas do paciente, a fim de permitir melhor decisão acerca da conveniência ou não da prática do ato, a anestésica, e a pós-anestésica, no período de recuperação.

A informação garante, portanto, maior autonomia ao paciente, que ficará consciente dos riscos envolvidos em procedimentos médicos.

Essa autonomia do paciente vai além da autonomia da vontade típica das relações patrimoniais,<sup>261</sup> fundada na livre iniciativa, na liberdade de escolha do profissional médico, pois traduz a autonomia privada existencial,<sup>262</sup> que predomina na relação médico-paciente.

Na autonomia privada existencial seu fundamento está na proteção dos atributos da personalidade, que estão abrigados na tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>263</sup> À pessoa é conferido o poder de autodeterminação, sendo direito personalíssimo do paciente de na sua autonomia, decidir de forma informada, esclarecida e livre acerca de sua integridade psicofísica.

O dever de informar está diretamente relacionado à busca do consentimento do paciente, por isso, a informação equivocada ou deficiente acarreta a invalidade do consentimento. O consentimento pressupõe o conhecimento.

<sup>261</sup> “Mas a autonomia privada não está limitada às situações subjetivas de interesse patrimonial, deve-se analisar se as situações existenciais podem ser reguladas pelo mesmo esquema das situações patrimoniais. [...] Constitucionalmente, a autonomia privada encontra guarida na livre iniciativa, funcionalizada à igual dignidade social, nos termos do art. 170. Desse modo, as relações patrimoniais não podem escapar do mandamento constitucional, desconsiderando seus valores e princípios básicos. [...] As situações existenciais visam a tutelar interesses não patrimoniais, que digam respeito à pessoa enquanto tal. Sendo a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), valor fundante do ordenamento jurídico brasileiro, tanto as situações existenciais quanto as patrimoniais devem estar em harmonia com ele.” MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 25, jan./mar. 2006, p. 221-239, passim.

<sup>262</sup> “Querendo tentar uma definição inicial e considerando-a como mero ponto de partida para os sucessivos desenvolvimentos críticos, pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. [...] Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contraste com a segurança, a liberdade e a dignidade humana (art. 41, § 2º, Const.) PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17-9.

<sup>263</sup> “A negociação que tem por objeto situações subjetivas não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana (artigo 2º Const.)” *Ibidem*, p. 18.

Quando cumprido pelo profissional médico o dever de informação, o paciente pode consentir de forma esclarecida com o tratamento ao qual irá se submeter, fazer boas escolhas.

Para o médico obter o consentimento do paciente para o tratamento deve cumprir antes seu dever de informar.

O consentimento informado é reflexo da autonomia existencial do paciente, e pressupõe o conhecimento prévio.

O dever de informar do médico pode ser excepcionado dependendo da circunstância, da mesma forma que ocorre em relação à obtenção pelo médico do consentimento livre e esclarecido do paciente. É o caso de interesse público, emergências de saúde pública, situações de urgência ou emergência médicas, paciente incapaz; paciente que abdica deste direito; privilégio terapêutico, o que será enfrentado no terceiro capítulo.

## 2.2 A possibilidade de o paciente recusar tratamento e intervenção médica

O tratamento médico consiste no cuidado clínico ou psiquiátrico do paciente, utilizando procedimentos de todo tipo (higiênicos, terapêuticos, cirúrgicos) para a cura ou melhora de uma moléstia ou estado patológico.

No entanto, pode o paciente, após devidamente informado, se recusar ao tratamento em duas situações: i) o tratamento seria de risco e colocaria em xeque a vida do paciente; ii) o tratamento não colocaria em risco a vida do paciente, ao revés, seria uma chance de cura, de prolongar a vida, pelo que o não tratamento ameaçaria sua saúde, sua integridade física.

Em relação ao tratamento que expõe o paciente a risco de vida, haveria a permissão legal de recusa prevista no artigo 15 do Código Civil,<sup>264</sup> restando o questionamento para a segunda hipótese em que o paciente coloca em risco sua própria vida ao recusar o tratamento.

A vontade do indivíduo manifestada a fim de recusar tratamento, exercer seu direito de autodeterminação, muitas vezes, conflita com o dever do Estado de proteção da vida,<sup>265</sup> com interesses de terceiros e o dever do médico de prestar assistência.

---

<sup>264</sup> A legislação francesa disciplina o direito de recusa do paciente no Code de la Santé Publique, artigo 1111-4.

<sup>265</sup> Alexandre de Moraes salienta que “o Estado, principalmente por situações fáticas não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do paciente. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir a própria morte, no sentido de mobilizar o Poder Público para garanti-la por meio, por exemplo, de legislação que permita a eutanásia, ou ainda a prática de suicídios” MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 91.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber<sup>266</sup> atribuem ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, superioridade axiológica-normativa diante de outros interesses reconhecidos no próprio Texto Maior como merecedores de tutela como a vida humana. A vida não é indisponível, mas a dignidade humana sim, por isso, o respeito à opção do paciente acerca do tratamento médico ordinário, mesmo que gere risco de vida. Reconhece a tutela à autodeterminação do paciente, o respeito à sua capacidade de decidir, de fazer suas escolhas por tratamentos menos invasivos, menos dolorosos ou mesmo sua opção consciente de recusar qualquer tratamento, não estando o paciente sujeito a qualquer tipo de avaliação do médico ou da sociedade. Ao médico cabe tão somente a mais completa informação acerca das opções possíveis e de suas consequências.

Existem várias razões para a recusa do tratamento médico: moral, científica, prática ou religiosa, mas que pertencem à própria esfera do paciente, sua liberdade de autodeterminação.

Dois casos têm sido enfrentados pela doutrina e jurisprudência: i) recusa a realização de exame de DNA; e ii) recusa de tratamento por motivos religiosos.

Em se tratando da recusa à realização do exame de DNA,<sup>267</sup> a jurisprudência<sup>268</sup> já tem enfrentado o tema, principalmente, quando relacionado com ação de investigação de paternidade, pois de um lado há o direito à identidade biológica da criança e à sua dignidade, e de outro o direito individual do investigado à sua intimidade, à sua integridade física, que impede a imposição de submissão a método invasivo.

O artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 8.560/1992, recentemente alterado pela Lei nº 12.004/2009, embora não impeça a recusa ao exame de DNA, gera a presunção da paternidade, o que está em consonância com o disposto nos artigos 231 e 232, ambos do Código Civil.

A motivação de recusa de tratamento com fundamento em crença religiosa, bem discutida em todas as esferas, jurídica e bioética, refere-se aos adeptos e seguidores da

---

<sup>266</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O Extremo da Vida Eutanásia, accanimento terapeutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 10, p. 3-17, jul./set. 2009.

<sup>267</sup> Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. (Org.). *Novas perspectivas do direito Internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1043-1070.

<sup>268</sup> Súmula n.º 301 do Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.” Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Investigação de Paternidade. Exame de DNA. Recurso Especial n.º 71373/RS. Relator: Exmo. Ministro Francisco Rezek. Relator p/ Acórdão: Exmo. Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento 10/11/1994; Recurso Especial n.º 1046105/SE. Relatora: Exma. Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento 01/09/2009. Disponíveis em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 30, 31)

religião Testemunha de Jeová e da seita Christian Science,<sup>269</sup> que são até mais extensos em sua objeção de consciência ao tratamento médico

Os testemunhas de Jeová, com base na interpretação de passagens bíblicas (Gênesis 9:3-4,<sup>270</sup> Levítico 17:10<sup>271</sup>), não admitem o recebimento de transfusões de sangue em tratamentos médicos ou cirúrgicos, recusando-se à terapia hematológica mesmo que isso possa levá-los à morte.

Esse caso envolve conflito entre o direito à manutenção da vida (artigo 5º, X, da CF) e à liberdade de crença (artigo 5º, VI, da CF). A vida poderia ser considerada um bem disponível perante a liberdade de crença?

Na posição contrária à transfusão de sangue encontra-se o Dr. Volnei Garrafa,<sup>272</sup> pós-doutorado em Bioética pela Universidade de Roma, professor titular e coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília que defende:

Casos, como o de uma Testemunha de Jeová que não deseja que lhe seja administrado sangue sob qualquer hipótese, devem ser considerados a partir do princípio bioético da autonomia do paciente sobre seu corpo e sua integridade moral, e não a partir da fórmula de que a “preservação da vida é bem jurídico maior do que a liberdade da própria pessoa”. É aí, exatamente, onde reside a modernidade e o espírito democrático da bioética – livre de paternalismos que se confundem com a beneficência. Para a bioética, o que é ‘bem’ para uma comunidade moral não necessariamente significa “bem” para outra, já que suas moralidades podem ser diversas.

Silvia Mota,<sup>273</sup> Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber,<sup>274</sup> Maria de Fátima de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira,<sup>275</sup> ainda nesta linha de raciocínio, sustentam que cada ser humano tem o direito de determinar seu próprio destino vital e pessoal com respeito às suas valorações e à sua visão de mundo.

---

<sup>269</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade médica e objeção de consciências religiosa. *Revista Trimestral de Direito Civil* - RTDC, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p. 121-139, jan./mar. 2005.

<sup>270</sup> “3. Tudo quanto se move, que é vivente será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde. 4. A carne, porém, com vida, isto é, com seu sangue, não comereis.” BÍBLIA. Português. *Bíblia de Estudo Pentecostal*. Trad. João Ferreira de Almeida. Flórida: CPAD, 1995, p. 151.

<sup>271</sup> “10. E qualquer homem da casa de Israel ou dos estrangeiros que peregrinam entre vós que comer algum sangue, contra aquela alma que comer sangue eu porei a minha face e a extirparei do seu povo.” BÍBLIA. Português. *Bíblia de Estudo Pentecostal*. Trad. por João Ferreira de Almeida. Flórida: CPAD, 1995, p. 151.

<sup>272</sup> *Apud* MARINI, Bruno. O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6641>>. Acesso em: 24 abr. 2009.

<sup>273</sup> MOTA, Sílvia. Testemunhas de Jeová e as transfusões de sangue: tradução ético-jurídica. In: GUERRA, Arthur Margno e Silva (coord). *Biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 355.

<sup>274</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O Extremo da Vida Eutanásia, accanimento terapeutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil* - RTDC, Rio de Janeiro, v. 39, n. 10, p. 3-17, jul./set. 2009.

<sup>275</sup> *Ibidem*.

Cláudio da Silva Leira<sup>276</sup> também defende ser legítima a recusa das Testemunhas de Jeová em se submeter a tratamentos médicos e cirurgias que envolvam a administração de sangue em seus derivados, mesmo em casos de risco iminente de vida, até porque a questão não configuraria colisão de direitos fundamentais (direito à vida versus direito de liberdade religiosa), mas sim concorrência de direitos fundamentais em um só e mesmo titular (direito à liberdade religiosa, direito à privacidade, dignidade da pessoa humana).

Ao paciente é assegurada a liberdade de religião que abrange não só a liberdade de crença, de culto, como de organização religiosa, permitindo que faça suas escolhas de acordo com sua ideologia, seus dogmas e prescrições, com amparo no artigo 5º, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal. Além desse direito, a Constituição Federal garante a privacidade (artigo 5º, X), que engloba o direito do paciente de evitar a divulgação de questões pessoais (sigilo), e de tomar livremente decisões acerca de seu próprio corpo, concepção e contracepção, tratamentos médicos e estilos de vida, e a dignidade da pessoa humana por meio da proteção da igualdade e liberdade, pelo que impor o tratamento seria fazer tábula rasa à dignidade humana, ápice do sistema jurídico.

Outro argumento utilizado por Cláudio da Silva Leira<sup>277</sup> é o de que à recusa a transfusão de sangue estaria amparada na Constituição Federal e no permissivo legal do artigo 15 do Código Civil, pois, independentemente do aspecto religioso, é uma intervenção médica de risco de vida, já que os testes realizados pelos bancos de sangue não geram segurança quanto à ausência de contaminação.<sup>278</sup>

A solução seria o uso de tratamentos alternativos à transfusão de sangue como dispositivos cirúrgicos para minimizar a perda sanguínea e expansores de volume, desenvolvidos nos últimos 30 anos.<sup>279</sup>

Mariana Fernanda Santos Siqueira,<sup>280</sup> ao revés, defende que, mesmo que o paciente se oponha à intervenção, prevalece a preservação do bem maior, a vida, que se sobrepõe até mesmo à autonomia da vontade, à liberdade religiosa, ou à disposição sobre o próprio corpo, pois caberá ao médico executar todos os atos necessários para salvar a vida do paciente.

<sup>276</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová : uma gravíssima violação de direitos humanos. *Revista Forense*, v. 105, n. 402, p. 47-84, mar./abr. 2009.

<sup>277</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová : uma gravíssima violação de direitos humanos. *Revista Forense*, v. 105, n. 402, p. 47-84, mar./abr. 2009.

<sup>278</sup> Na Islandia há uma lei, Lei n.º 74/97, que entrou em vigor em 01.07.1997, e constitui um marco legislativo na temática dos direitos do paciente de recusar tratamentos médicos como a transfusão de sangue. Disponível em: <<http://eng.heilbrigdisraduneyti.is/laws-and-regulations/nr/34>>. Acesso em: 10 de maio 2010.

<sup>279</sup> LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. *Revista Forense*, v. 105, n. 402, mar./abr. 2009, p. 51.

<sup>280</sup> SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: o direito do paciente à informação e o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. *Revista da Esmape*, v. 13, n. 27, p. 377-410, jan./jun. 2008.



O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.021/1980<sup>281</sup> e há a previsão do artigo 31 do Código de Ética Médica,<sup>282</sup> autorizando os médicos a praticarem a transfusão de sangue em seus pacientes, independentemente de consentimento, se houver iminente perigo de vida. Caso contrário, preponderará a vontade do indivíduo.

Para Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber<sup>283</sup> a norma deontológica da comunidade médica não pode contrariar a Constituição Federal, violar o direito de autodeterminação do paciente, por isso, estampa inconstitucionalidade ao impor tratamento compulsório consubstanciado na transfusão de sangue aos adeptos da religião Testemunha de Jeová,

A jurisprudência pátria não é unânime. Existem decisões que, ao ponderar o direito à vida e à liberdade religiosa, ora determinam a transfusão de sangue,<sup>284</sup> independente da vontade individual da pessoa, ora faz prevalecer a liberdade de consciência e de crença.<sup>285</sup>

Outra hipótese que temos verificado no dia a dia diz respeito ao caso oncológico, em que pessoas acometidas de tumores malignos recusam tratamento médico ou intervenção cirúrgica, pois estão cientes de haver pouca chance de cura e/ou de que o tratamento é doloroso e sem muita chance de êxito.

A respeito desse tema, cabe trazer à baila algumas considerações feitas por Juan Cabrera Trigo<sup>286</sup> sobre o consentimento e a recusa em caso clínico oncológico, do ponto de vista do médico e do paciente:

*La conducta médica debe ajustarse a los siguientes puntos:*

*a) Información plena e inteligible; b) valoración precisa de la biología celular e inmunotumoral, con argumentos adecuados para obtener el consentimiento; c) enfatizar el valor vital más que el funcional en el tratamiento elegido, independientemente, del consentimiento válido, ya que si no hay acuerdo en este sentido, el paciente o el médico, se*

<sup>281</sup> CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (Brasil) Resolução CFM n.º 1.021/1980. Adota os fundamentos do parecer no processo CFM n.º 21/80, como Interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021\\_1980.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>282</sup> “Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.”

<sup>283</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O Extremo da Vida Eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil* - RTDC, Rio de Janeiro, v. 39, n. 10, p. 3-17, jul./set. 2009.

<sup>284</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. Transfusão de sangue. Testemunha de Jeová. Apelação Cível n.º 70020868162. Relator: Exmo. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Julgado em 22/08/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 2 fev. 2010; BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Fornecimento de medicamentos para tratamento oncológico. Testemunha de Jeová. Agravo de Instrumento n.º 200504010474582. Relator: Exmo. Luiz Carlos de Castro Lugon. Órgão Julgador: Primeira Turma Suplementar. Julgamento: 25/04/2006. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 2 fev. 2010. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Agravo de Instrumento n.º 2004.002.13229. Relator: Exmo. Des. Carlos Eduardo Passos. Órgão Julgador: Décima Oitava Câmara Cível. Julgamento: 05/10/2004. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 32, 33, 34)

<sup>285</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Direito à vida. Agravo de Instrumento n.º 1.0701.07.191519-6/001. Relator: Exmo. Des. Alberto Vilas Boas. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Julgamento: 14/08/2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 35)

<sup>286</sup> TRIGO, Juan Cabrera. El Consentimiento y el rechazo en un caso clínico oncológico. *Bioética*, Brasília, v. 6, n. 2, 1998, p. 140.

*apartará; d) la autonomía del paciente no debe inducir la complacencia del médico, en términos de decisiones no ortodoxas del tratamiento oncológico; e) el paternalismo leve debe justificarse, en los estadios puntuales del tumor, que corresponden a etapas de no retorno en el curso de la enfermedad, en aquellos pacientes minusválidos e irracionales; f) la autonomía del paciente que permite rechazar el planteamiento médico, libera al profesional de su responsabilidad ética y jurídica y lo aparta del asunto.*

*La conducta del paciente debe apuntar a las siguientes consideraciones:*

*a) El paciente racional debe exigir información plena del problema, con todas sus implicancias para dar su consentimiento válido; b) la decisión para cada estadio de la enfermedad, es única e irrepetible; c) la autonomía debe actuar impulsando la acción de buenos diagnósticos, con buenos equipos médicos, en instituciones de complejidades técnicas adecuadas; d) los estados de incompetencias parciales por coerción, justifican la acción paternalista del médico, en los estados de grave evolución sin llegar a la etapa del tratamiento desproporcionado o encamizado; e) las respuestas relacionadas con la racionalidad o irracionalidad del paciente, con respecto al tratamiento oncológico, deben ser debidamente consideradas a través de la autonomía plena o de la debida subrogancia correspondiente; f) los compromisos del médico y de las instituciones, cesan en virtud de la decisión del paciente, en poder de su autonomía.*

Situação que também enseja controvérsia, mas cuja extensão foge aos limites do presente trabalho, é o da recusa prévia<sup>287</sup> a certos tratamentos voltados ao prolongamento temporário da existência biológica (eutanásia, ortotanásia, distanásia<sup>288</sup>).

Esse tema é objeto de regulação no capítulo V, artigo 41 do Código de Ética Médica<sup>289</sup> e Resolução n.º 1805/06 do CFM<sup>290</sup>, que se encontra suspensa por decisão judicial,<sup>291</sup> e pela Lei n.º 10.241/1999 (artigo 2º<sup>292</sup>), que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no estado de São Paulo.

<sup>287</sup> A manifestação antecipada da pessoa acerca da recusa a certos tratamentos pode ser feita por meio dos chamados “testamento biológico” ou “testamento vital” (*living will*), não regulado no Brasil, mas que já tem previsão específica em alguns países como os Estados Unidos.

<sup>288</sup> A distanásia, que equivale ao “encarniçamento terapêutico” (expressão italiana emblemática: *accanimento terapeutico*), retarda, mas não afasta o percurso anunciado da morte; significa, portanto, o prolongamento exagerado da morte de um paciente. Difere da distanásia a eutanásia e a ortotanásia. A eutanásia é a forma ativa de provocar a morte, seria um “suicídio assistido”. Divide-se em eutanásia a pedido, que seria exercício de autodeterminação do paciente e a eutanásia por iniciativa alheia (se o doente está inconsciente). Ambas as formas são proibidas pelo ordenamento. A ortotanásia (ou eutanásia passiva) ocorre quando se interrompem os tratamentos extraordinários, destinados a prolongar a vida do doente terminal. A consequência natural dessa omissão é a morte do paciente, de uma forma natural e menos dolorosa. Contudo, são mantidos os procedimentos secundários, como a alimentação e os cuidados paliativos – contra a dor, por exemplo –, para melhorar a qualidade de vida do doente terminal. No entanto, ainda se discute se a ortotanásia está compreendida na previsão do homicídio, que pode ser praticado por ação ou omissão.

<sup>289</sup> “É vedado ao médico: Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

<sup>290</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM nº 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: < [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm) >. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>291</sup> Resolução suspensa por decisão liminar do M. Juíz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n.º 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal.

<sup>292</sup> “Art. 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo [...] XXIII – recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida.”

O direito de recusa ao tratamento médico decorre do princípio da autonomia e da inexistência da obrigação jurídica de viver, cabendo à própria pessoa decidir, individualmente, seja por razões morais, filosóficas ou religiosas, o destino de sua vida. Não caberia ao Estado intervir na liberdade do cidadão, mormente, quando esta não afeta direito de terceiros.

Cabe ressaltar que o exercício de eventual direito de recusa deve ser precedido de um entendimento aprofundado pelo paciente dos riscos do ato médico proposto, ou seja, ele deve ter sido devidamente informado, salvo se se recusar a ser informado, exercendo seu direito de não saber, como asseverado no item 2.1.1. Além disso, deve ocorrer de forma livre, voluntária, sem qualquer influência e a pessoa deve ser capaz e ter autonomia, inclusive em relação aos menores e doentes que gozem de discernimento.

O respeito do médico à vontade do paciente de rejeitar tratamento afasta sua responsabilidade civil, pois age em conformidade com a decisão do paciente.

### **2.3 O sigilo médico para preservação da confidencialidade e da privacidade do paciente**

O médico, ao colar grau, pronuncia, solenemente, o juramento de Hipócrates,<sup>293</sup> e promete conservar como segredo o que, no exercício da medicina, vier a ver ou ouvir, conferindo ao paciente o direito ao sigilo médico.

O paciente tem o direito de que seus informes médicos sejam tratados com confidencialidade pelo médico, com total sigilo profissional sobre suas condições, seus dados pessoais e alternativas de tratamento, o que não cessa mesmo que o fato seja de conhecimento público ou após a morte do paciente.

O direito ao sigilo, ao segredo, está diretamente relacionado com os princípios constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana, da tutela da honra, da imagem e da vida privada que conferem ao paciente o direito fundamental à intimidade, à privacidade.

Ao lado desse direito ao sigilo, tem o médico o dever de guardar segredo acerca dos fatos dos quais teve ciência em razão de sua atividade profissional, dos dados pessoais do

---

<sup>293</sup> “Juro por Apolo, médico, por Asclépio, Hygéia e Panacéia, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, conforme o meu poder e a minha razão, o juramento cujo texto é este: [...] o que, no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida, eu vir ou ouvir, que não seja necessário revelar, conservarei em segredo. [...]” LEOCIR, Pessini, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 8 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008, p. 623-624.

paciente, dos resultados de exames realizados com finalidade terapêutica, diagnóstica ou prognóstica, os dados contidos no prontuário, arquivo ou boletim médico, o dever de se abster de abusos, já que a relação médico-paciente está fundada na confiança, no respeito mútuo, na discrição e na reserva.

Apenas o paciente, ou seu representante legal, poderá ter acesso ao prontuário médico e fazer uso de suas informações, pois tem o direito de saber sobre seu estado de saúde, salvo seu consentimento ou permissão legal.

O direito de sigilo integra os direitos da personalidade e são intransmissíveis, irrenunciáveis e extensivo além da morte, por isso, mesmo após a morte do paciente mantém-se o direito. Os herdeiros não podem ter acesso ao prontuário, salvo determinação judicial, ou requisição do CFM e CRM (artigo 6º da Resolução n.º 1.605/2000<sup>294</sup>). Esse tem sido o posicionamento do Conselho Federal de Medicina acerca do tema, nos termos do parecer n.º 6/2001, do CFM.<sup>295</sup>

A proteção ao sigilo exige do médico o compromisso de garantir a inviolabilidade das informações obtidas, tais como as relativas ao estado clínico do paciente, e impedir que outras pessoas tenham acesso, preservando, assim, a intimidade.

A intimidade, a honra, a vida privada dos pacientes, seus direitos à personalidade são resguardados pela Constituição Federal e por outros diplomas legais.

Em primeiro lugar, há a tutela constitucional da intimidade, artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988; em segundo lugar a imputação de crime à quebra de sigilo, salvo justa causa, artigos 153, 154, 325, todos do Código Penal, e, em terceiro lugar, por meio de regras processuais atinentes aos depoimentos prestados em ações penais e civis, artigo 207 do Código de Processo Penal e artigo 406 do Código de Processo Civil, o quarto no artigo 205 da Lei n.º 8.112/90, e o último o artigo 229, inciso, I, do Código Civil.

A garantia da preservação do sigilo médico, em respeito à confidencialidade do paciente, além de encontrar amparo no ordenamento jurídico é observada pela ética médica. O atual Código de Ética Médica (Resolução n.º 1931/2009)<sup>296</sup> estabelece como princípio fundamental a autonomia, ao que está atrelado o direito à confidencialidade do paciente, conforme se extrai do capítulo I, inciso XI: “O médico guardará sigilo a respeito das

---

<sup>294</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM nº 1.605/2000. Dispõe sobre a proibição do médico revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica sem o consentimento do paciente,. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2000/1605\\_2000.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2000/1605_2000.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>295</sup> Disponível em: <<http://www.cremerj.org.br/legislacao/detalhes.php?id=765&item=2>> Acesso em: 28 jun. 2010.

<sup>296</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei” e do capítulo IX, artigos 73 a 79.

Este dever também abrange as informações atinentes aos incapazes, aos menores, já que estes também gozam de autonomia; é a noção de “maioridade sanitária” consagrada, inclusive, pelo Código de Ética Médica (artigo 74)<sup>297</sup> que permite aos profissionais ocultarem informações a respeito de seus pacientes menores de idade, a seus pais ou responsáveis legais, quando julgarem que os adolescentes têm competência para decidir a partir de uma avaliação adequada de seus problemas de saúde, salvo quando a ocultação possa causar danos ao paciente.<sup>298</sup>

A revelação de informações aos representantes legais, aos pais, ocorrerá quando imprescindível, pois o compartilhar indevido acarretará a quebra da confidencialidade, a responsabilidade do profissional médico.

A Resolução nº 1.605/2000, do CFM,<sup>299</sup> dispõe sobre o dever de sigilo médico, da mesma forma que a Resolução n.º 148/2006 do CRM-PR,<sup>300</sup> mas esta se refere às filmagens ou documentações fotográficas do paciente, que devem seguir os princípios de preservação da integridade e do pudor dos pacientes, tomando o cuidado de não expor a sua identidade.

O sigilo profissional também se aplica aos casos de paciente portadores de AIDS (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida). Todavia, se permite a quebra do sigilo por autorização do próprio paciente ou dever legal ou justa causa, o que está regulado na Resolução nº 1.665/2003 do CFM (artigos 9º e 10º<sup>301</sup>).

<sup>297</sup> “É vedado ao médico: Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.”

<sup>298</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Poder familiar em face das práticas médicas. *Revista do Advogado*. v. 24, n. 76, p. 40-46, jun. 2004, p. 45.

<sup>299</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM n.º 1.605/2000. Dispõe sobre a proibição do médico revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica sem o consentimento do paciente,. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2000/1605\\_2000.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2000/1605_2000.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>300</sup> CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO PARANÁ (Brasil) Resolução CRM-PR n.º 148/2006. Divulgação de imagens ou documentações fotográficas devem seguir os princípios de preservação da integridade e do pudor dos pacientes. Sigilo Médico. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CRM/PR/resolucoes/2006/148\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CRM/PR/resolucoes/2006/148_2006.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>301</sup> “Art. 9º - O sigilo profissional que liga os médicos entre si e cada médico a seu paciente deve ser absoluto, nos termos da lei, e notadamente resguardado em relação aos empregadores e aos serviços públicos. Parágrafo único - O médico não poderá transmitir informações sobre a condição do portador do vírus da SIDA (AIDS), mesmo quando submetido a normas de trabalho em serviço público ou privado, salvo nos casos previstos em lei, especialmente quando disto resultar a proibição da internação, a interrupção ou limitação do tratamento ou a transferência dos custos para o paciente ou sua família.” “Art. 10 - O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS), salvo nos casos determinados por lei, por justa causa ou por autorização expressa do paciente”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM n.º 1.665/2003. Dispõe o atendimento profissional a portadores do vírus da imunodeficiência humana é um imperativo moral da profissão médica e nenhum médico pode recusá-lo. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1665\\_2003.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1665_2003.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

A Resolução nº 1.642/2002, do CFM<sup>302</sup> é dirigida às empresas que atuam sob a forma de prestação direta ou intermediação de serviços médicos (empresas de seguro-saúde, de medicina de grupo, cooperativas de trabalho médico, empresas de autogestão ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares), as quais também devem respeitar o sigilo profissional, sendo vedado estabelecerem qualquer exigência que implique na revelação de diagnósticos e fatos de que o médico tenha conhecimento devido ao exercício profissional (artigo 1º alínea “g”).

Por fim, a Resolução nº 1.819/2007 do CFM,<sup>303</sup> que proíbe a colocação do diagnóstico codificado (CID) ou tempo de doença no preenchimento das guias da TISS de consulta e solicitação de exames de seguradoras e operadoras de planos de saúde concomitantemente com a identificação do paciente.

Ademais, não pode o médico fazer a indevida exibição do caso do paciente na busca de notoriedade profissional, usar o paciente como objeto de pesquisa, sem receber seu consentimento informado.

A violação desses direitos configura falta ética grave, responsabilidade penal e civil do médico, com o conseqüente dever de indenizar pelos prejuízos causados, inclusive, extrapatrimoniais.

Os dados relativos à saúde do paciente são dados sensíveis<sup>304</sup> e, como tal, merecem proteção. São exemplos de dados sensíveis os dados genéticos da pessoa.

As informações genéticas podem ser obtidas a partir de amostras biológicas de uma pessoa, de uma família, ou grupo de pessoas (por exemplo: pele, sangue, células ósseas ou plasma sanguíneo), se caracterizam por serem hereditárias e únicas. A facilidade de sua obtenção e sua grande utilidade para diversos fins tais como testes pré-nupciais (prevenção de prole defeituosa), pré-natais (diagnósticos de doenças do embrião), preventivos (logo após o

---

<sup>302</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM n.º 1.819/2007. Dispõe sobre o dever de sigilo médico das empresas que atuam sob a forma de prestação direta ou intermediação de serviços médicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1642\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1642_2002.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>303</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM n.º 1.642/2000. Proíbe a colocação do diagnóstico codificado (CID) ou tempo de doença no preenchimento das guias da TISS de consulta e solicitação de exames de seguradoras e operadoras de planos de saúde concomitantemente com a identificação do paciente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1819\\_2007.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1819_2007.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>304</sup> Sobre os dados biométricos [uso de características biológicas em mecanismos de identificação, entre essas características tem-se a íris (parte colorida do olho), a retina (membrana interna do globo ocular), a impressão digital, a voz, o formato do rosto e a geometria da mão, o DNA (Deoxyribonucleic Acid) e odores do corpo], e o de dados genéticos, que revelam Informações tanto da pessoa de quem provém quanto de seus consanguíneos, contidas em seus genes. Cf. RODOTÁ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil* - RTDC, Rio de Janeiro, v. 19, jul./set. 2004, p. 91-107.

nascimento, para detecção e tratamento de doenças), rastreamento de doenças etc., evidencia a necessidade de sua proteção.<sup>305</sup>

O conhecimento desses dados genéticos pode influenciar na celebração ou não de determinados contratos, tais como os de seguro de vida ou saúde, de trabalho, participação em concursos públicos, admissão em escola, dando margem à discriminação, colocando o indivíduo mais vulnerável. Por isso, é necessário restringir o acesso a fim de garantir a dignidade humana, a proteção dos dados pessoais, a privacidade, a liberdade pessoal, o respeito à integridade física e psíquica.

O dever do médico de sigilo e a necessidade de proteger esses dados no campo jurídico<sup>306</sup> implicam no tratamento jurídico diferenciado em virtude dos interesses envolvidos, inclusive no tocante à sua disposição, eis que reflete direito da personalidade e interesse público.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997,<sup>307</sup> com o escopo de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, estabeleceu nos artigos 7º e 9º o sigilo dos dados genéticos associados a uma pessoa identificável, armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade, não podendo haver discriminação por força de informação sobre seu código genético.

O médico que presta serviço de inseminação artificial, ao coletar o material genético, tem obrigação de manter sigilo sobre essas informações, sob pena de responsabilidade.

Todas as informações do paciente lhe são exclusivas, o médico seria na visão de Maria Helena Diniz<sup>308</sup> apenas depositário, responsável pela sua preservação por dever de ofício.

No entanto, o direito ao sigilo e o dever do médico de guardar segredo podem ser excepcionados, sem que haja ilícito civil, ou crime, afastando o dever de indenizar por eventuais danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Isso ocorre quando há um interesse de ordem pública, por imposição legal ou justa causa. São exceções a esse dever: i) autorização expressa do paciente, ou de seu representante legal; ii) privilégio terapêutico; iii) tratar-se de doença endêmica, ou altamente contagiosa, desde que garantido o uso adequado das informações; iv) declarações de nascimento e óbito; v) em causa própria, na defesa de seus interesses legítimos; vi) comunicação da ocorrência de sevícias ou maus-tratos em crianças ou

---

<sup>305</sup> A Resolução nº 340, de 08.07.2004, do Conselho Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde, fixa diretrizes para análise ética e tramitação dos projetos de pesquisa da área temática especial de genética humana.

<sup>306</sup> Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos. Disponível em: <<http://www.portal.unesco.org>> Acesso em: 5 maio 2010.

<sup>307</sup> Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/dechumana.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm)> . Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>308</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

adolescentes (Lei n.º 8.069/90, artigos 2º e 13), entre outros casos previstos em lei ou autorização judicial.

O direito ao sigilo pode restar ameaçado quando em algumas circunstâncias que envolvem prognósticos graves, fatais, o médico deixa de informar os riscos excepcionais ao paciente e revela com circunspeção ao responsável. É o caso do privilégio terapêutico, exceção ao dever de informar e que encontra respaldo no Código de Ética Médica.

Um critério para permitir o desvelamento de aspectos da intimidade de alguém é a utilidade da informação.

A regra é que o médico mantenha segredo, principalmente, quando há determinação expressa do paciente. Todavia, o sigilo poderá ser quebrado se houver a incapacidade de manifestação do paciente, ou se ele permitir que terceiros tenham conhecimento.

Existem hipóteses de que os médicos dizem muito mais aos familiares acerca do estado de saúde do paciente do que a ele próprio, havendo casos em que os parentes, quando tomam conhecimento antes do paciente de uma doença grave da qual ele está acometido, pedem ou até mesmo insistem para que o diagnóstico não seja revelado ao paciente (por exemplo, câncer em pessoa idosa).

Mas como compatibilizar?

Cada paciente tem sua peculiaridade, apresenta características próprias e reações diferentes diante de uma doença.

Nessas hipóteses de exceção ao dever de sigilo, devidamente fundamentada e com amparo ético e legal, poderá restar afastada a responsabilidade civil do médico por violar a intimidade do paciente.



### 3 CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

#### 3.1 Conceito, forma e validade do consentimento livre e esclarecido

O consentimento do paciente na esfera médica, chamado de consentimento informado, consentimento pós-informado, consentimento livre e esclarecido, sofreu uma verdadeira evolução no cenário mundial.

Apesar das várias denominações, prefere-se o termo “consentimento livre e esclarecido”, que melhor se adéqua ao princípio da autonomia que o norteia, permitindo ao paciente, livremente, decidir acerca de seu próprio corpo, sua vida, o que só será possível após devidamente esclarecido sobre todos os fatores atinentes à sua saúde, ao tratamento, o que ultrapassa a mera informação fornecida sem a devida compreensão e apreensão do significado pelo paciente. Essa expressão é a utilizada pela Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos e a define em seu inciso II.11:

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

O consentimento decorreu da percepção da insuficiência das referências éticas tradicionais, as quais os médicos apenas informavam ao doente aquilo que seria feito e este não tinha alternativas. Tratava-se de uma ética paternalista.

A ética do consentimento se desenvolveu, historicamente, em dois contextos distintos, mas interligados: no âmbito terapêutico, no qual há um relacionamento entre o médico e o paciente e na esfera de pesquisas em seres humanos doentes e saudáveis.

A intenção de regular o consentimento livre e esclarecido nos experimentos científicos em seres humanos partiu, inicialmente, segundo José Roberto Goldim,<sup>309</sup> no ano de 1900, pelo Senador Jacob H. Gallinger que presidiu a comissão do Senado dos Estados Unidos,

---

<sup>309</sup> GOLDIM, José Roberto. CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando. Um breve histórico do consentimento informado. *O Mundo da Saúde*. São Paulo, v. 26, n. 1, p. 71-84, jan./mar. 2002.

tendo proposto uma lei para ser aplicada no Distrito de Colúmbia, mas que não chegou a ser aceita. Todavia, essa proposta foi incorporada, em 1989, no documento que estabeleceu as Boas Práticas Clínicas para as pesquisas farmacológicas propostas pela Comunidade Europeia.

Em 1901, foi aprovado o primeiro documento legal sobre a utilização do consentimento em pesquisa: “Instruções sobre Intervenções Médicas com Objetivos Outros que Não Diagnósticos, Terapêutica ou Imunização”, elaborada pelo Ministério para Assuntos Religiosos, Educacionais e Médicos da Prússia e só tinha validade na Prússia, e não nas demais regiões da Alemanha que continuavam a realizar pesquisas abusivas. Essas instruções tiveram como base o episódio envolvendo o médico alemão Albert Neisser que, no ano de 1866 fez pesquisa imunizando com plasma de pacientes com sífilis três meninas e cinco prostitutas.

Em 1931, na Alemanha, em virtude do Desastre de Lübeck, em que foi feita pesquisa de uma vacina em 100 crianças na cidade de Lübeck sem o consentimento dos pais, foram criadas Diretrizes para Novas Terapêuticas e Pesquisas em seres humanos, com abrangência nacional, mas sem cunho de lei.

As experiências totalitárias e o impacto resultante das diversas atrocidades cometidas no século XX durante as guerras mundiais, principalmente, pelos nazistas no uso de experimentação médica, deram origem, em 1947, ao Código de Nuremberg, que estabelecia a responsabilidade do pesquisador de obter pessoalmente o consentimento dos participantes do projeto, sendo seu dever assegurar o acesso às informações e garantir que não houvesse nenhuma restrição à voluntariedade do participante. Não havia menção, contudo, sobre a necessidade de esse consentimento ser escrito.

O Código de Nuremberg tinha o escopo de responsabilizar os médicos do holocausto pelos exageros de seus métodos utilizados durante as pesquisas científicas com seres humanos.

A Associação Médica Mundial, em 1954, estabeleceu os “Princípios para Aqueles em Pesquisa ou Experimentação”, que se resumiam em cinco regras que os médicos deveriam seguir quando realizassem experimentos em seres humanos, das quais três se referiam ao consentimento dito informado.

Em 1964, na Finlândia, foi aprovada pela Associação Médica Mundial a Declaração de Helsinque I, que estabelecia em seus artigos II.1 e III.3, que o consentimento informado é uma condição indispensável para a realização da pesquisa clínica, devendo ser feito por escrito e por procuração em caso de pessoa considerada legalmente incapaz.

Posteriormente, em 1975, foi proposta, em Tóquio, Japão, pela 29<sup>a</sup> Assembleia Geral de Associação Médica Mundial, a Declaração de Helsinque II, documento de referência internacional e que ampliou as questões atinentes ao uso do consentimento informado, não eximindo o pesquisador de sua responsabilidade para com o paciente. Em 1983, na Itália, foi aprovada pela 35<sup>a</sup> Assembleia Geral de Associação Médica Mundial, a Declaração de Helsinque III, que manteve as propostas anteriores da sua segunda versão e acrescentou a possibilidade da criança, participante da pesquisa, e juntamente com seu guardião, dar seu consentimento caso tenha desenvolvimento moral. Já as Declarações de Helsinque IV e V, de 1989 e 1996, em Hong Kong e África do Sul, respectivamente, não introduziram nenhuma alteração referente ao consentimento informado.

A Comunidade Europeia, em 1989, estabeleceu as Normas da Boa Prática Clínica ou *Good Clinical Practice* (GCP), entre as quais se destaca a relativa à responsabilidade do pesquisador e do patrocinador da pesquisa em seu artigo 48,<sup>310</sup> que dispõe sobre a não exclusão da responsabilidade por negligência pela obtenção do consentimento informado e eventuais exclusões.

A CIOMS – *Council for International Organizations of Medical Sciences*, em 1991, publicou as Diretrizes para a Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos, trazendo a possibilidade de consentimento coletivo, preservando o direito da pessoa de se recusar. E, em 1993, foram incluídas novas questões relativas ao consentimento informado como a possibilidade de crianças recusarem sua participação, assim como pessoas portadoras de distúrbios mentais (diretrizes 5 e 6).

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 2005, ressalta a necessidade de consentimento informado em seu artigo 6<sup>o</sup>, item I,<sup>311</sup> que:

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

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina adotou como guia a ser seguido, por meio da Resolução n.º 671, de 1975,<sup>312</sup> as orientações da Declaração de Helsinque I, de 1964, e em

---

<sup>310</sup> *None of the oral and written information concerning the trial, including the written informed consent form, should contain any language that causes the subject or the subject's legally acceptable representative to waive any legal rights, or that releases or appears to release the investigator, the institution, the sponsor, or their agents from liability for negligence.*

<sup>311</sup> Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>> Acesso em: 15 maio 2010.

<sup>312</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM n.º 1.098/1983. Considera a Declaração de Helsinque adotada pela Associação Médica Mundial como guia a ser seguido pela classe médica em matéria referente a pesquisa clínica

1983, pela Resolução n.º 1.098,<sup>313</sup> acatou a Declaração de Helsinque II. Foi por meio da Resolução n.º 01/88, do Conselho Nacional de Saúde que se utilizou o consentimento informado para pesquisas com seres humanos, chamado do Consentimento Pós-Informado, destacando a necessidade de a informação ser anterior à concessão do consentimento, ressaltando a participação dos menores.

Posteriormente, a já citada Resolução n.º 196/96 do CNS elegeu o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) como instrumento de manutenção da autonomia do paciente, mas apenas em 1997, com a Resolução n.º 251/97 do Conselho Nacional de Saúde do Brasil, referente às Normas de Pesquisas com Novos Fármacos, Medicamentos, Vacinas e Testes Diagnósticos Envolvendo Seres Humanos, que foi incluída a questão do consentimento informado por idosos e doentes mentais.

Na relação médico-paciente a obtenção do consentimento livre e esclarecido constitui obrigação ética e jurídica do médico, cujos pilares são o princípio da autonomia e da dignidade humana, guardando também conexão com os princípios da bioética como o da beneficência.

O consentimento livre e esclarecido é um tema interdisciplinar, relacionado a várias ciências do saber como o Direito, a Medicina, a Bioética, a Filosofia, por isso, no presente trabalho, além das questões atinentes à ciência jurídica, não há como se furtar dos aspectos éticos envolvidos e do tratamento pelo biodireito.

O consentimento livre e esclarecido, também chamado de vontade qualificada, constitui elemento essencial na relação médico-paciente,<sup>314</sup> é um ato de decisão voluntária e consciente do paciente, livre de qualquer vício,<sup>315</sup> que ocorre quando este, após devidamente informado e orientado pelo médico, é capaz de decidir acerca do tratamento médico, aceitando ou recusando a indicação médica.

---

e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1983/1098\\_1983.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1983/1098_1983.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>313</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM n.º 1.098/1983. Adota novo texto da Declaração de Helsinque (Helsinque II). Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1983/1098\\_1983.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1983/1098_1983.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>314</sup> Para André Gonçalves Dias Pereira o consentimento Informado é, tecnicamente, uma causa de justificação de ilicitude. Responsabilidade civil médica na Europa: objectivação da responsabilidade e consentimento informado. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 128.

<sup>315</sup> “E, ao decidir, o paciente, em relação aos rumos de seu tratamento, não se pode falar em decisão consciente e voluntária quando a vontade está eivada de um vício como a ignorância. Em caso de ignorância há ausência de conhecimento sobre o objeto da decisão que o paciente vai tomar. O consentimento pode ser considerado inválido pela existência deste erro substancial desconhecimento sobre o qual vai decidir que consiste em uma declaração de vontade viciada, por insuficiente, e até incorreta, noção sobre as características da investigação, diagnóstico, tratamento e prognóstico de sua doença.” SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Erro médico e consentimento informado. *Revista de Direito Médico e Saúde*, n. 2. abr. 2005, p. 96.

A doutrina, segundo Luciana Mendes Pereira Roberto, ainda diverge quanto à natureza jurídica do consentimento informado. Há os que defendem ser um negócio jurídico, pelo qual o consentimento seria a “obrigação de aceitar a intervenção sobre o seu corpo ou mente por parte do profissional de saúde e, por parte deste, a prática de um ato consentido, o que exclui sua antijuridicidade.”<sup>316</sup>

A teoria do negócio jurídico é objeto de crítica por se referir à disponibilidade ou indisponibilidade de bens jurídicos, quando os direitos da personalidade são indisponíveis. Por isso, Luciana Mendes<sup>317</sup> conclui que o consentimento informado não é um contrato de prestação de serviços, é um ato jurídico voluntário com consequências provenientes da própria lei (direito à autodeterminação, direito à disposição do próprio corpo, artigos 13 e 15 do CC) e que apenas terá os efeitos pretendidos em função da relação estabelecida de prestação de serviços de saúde.

Certo é que não há um consenso sobre o tema, apenas há o de que o consentimento informado é imprescindível para legitimar a intervenção médica. No entanto, apesar da definição da natureza jurídica do consentimento livre e esclarecido não ser o objeto principal do presente trabalho, já que demandaria maiores estudos, é possível enquadrá-lo, na perspectiva da teoria do fato jurídico, como autorização, como uma declaração unilateral de vontade, um negócio jurídico unilateral, cujos efeitos são o querido pelo próprio paciente que autoriza a intervenção médica, a prescrição de tratamento, dentre outros, acabando por integrar o contrato de prestação de serviços médicos quando existente. O consentimento *in casu* ganha conotação diferenciada da expressão “consentir” típica das relações patrimoniais, que na seara da contratação é o acordo de vontades para se alcançar um objetivo comum, uma projeção da vontade sujeita a requisitos formais. O consentimento na esfera do biodireito é o assentimento ao tratamento de saúde, após devidamente informado, que representa um direito fundamental do paciente, o respeito à sua autonomia, à sua integridade pessoal e que coloca os interesses da pessoa em lugar de destaque.

A obtenção do consentimento livre e esclarecido demanda sérias cautelas, pois trata de aspectos peculiares do ser, típico da relação médico-paciente e do objeto da relação (tratamento médico ou experimentação científica), devendo os serviços médicos se moldar à decisão individual, à concretização da dignidade da pessoa humana, afetando a forma e o conteúdo do consentimento.

---

<sup>316</sup> ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>317</sup> *Ibidem*.

O paciente tem direito de se recusar a dar seu consentimento ou, até mesmo, de revogá-lo para determinada intervenção,<sup>318</sup> a qualquer momento, mas desde que antes do procedimento cirúrgico, ou se iniciado puder ser interrompido, o que não afetará a esfera do médico.

Pelo consentimento livre e esclarecido há a exteriorização do exercício da autonomia privada e a garantia da preservação da dignidade da pessoa humana, já que o paciente pode de forma livre se autodeterminar, tomar decisões acerca de sua integridade psicofísica. Além disso, permite o equilíbrio entre a liberdade individual e o desenvolvimento da biologia e da medicina na prática médica, além de conferir maior personalização à relação médico-paciente.

Para que o paciente se submeta a qualquer tratamento médico ou intervenção médica é necessário esse consentimento especial e isso tanto para os procedimentos que envolvem técnica simples e menor risco, quanto nos mais complexos que podem culminar em sua morte.

O consentimento esclarecido permite o diálogo e a colaboração entre o paciente e o médico, acabando por garantir o paciente-vulnerável, a prevalência de sua vontade, e a legalidade e legitimidade do ato médico.

O paciente é um vulnerável especial, leigo e enfermo, e para alcançar seu consentimento livre e esclarecido o médico deve respeitar sua autonomia e dignidade prestando informação clara, suficiente e leal.

O artigo 22 do atual Código de Ética Médica<sup>319</sup> proíbe o médico de efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal.

Na definição de José Carlos Maldonado de Carvalho,<sup>320</sup> o princípio do consentimento esclarecido significa que:

O médico deve dar ao doente suficiente informação – de modo compreensível e leal – sobre o tratamento proposto, quais as probabilidades de êxito, quais os riscos e os efeitos colaterais daí resultantes, quais as alternativas disponíveis, o porquê do tratamento escolhido, e, por fim, quais os riscos pelo fato de não ser efetuado qualquer tratamento.

---

<sup>318</sup> “A disposição de um valor existencial não pode ser colocada no mesmo plano do ato de disposição de uma situação patrimonial. As diferenças são substanciais: o consentimento não pode se presumido, mas deve ser efetivo e pessoal, espontâneo e consciente; o *ius poenitendi*, como expressão de uma revocabilidade sem limites, é inato às situações existenciais, e, por conseguinte, irrenunciável.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 814.

<sup>319</sup> “Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.”

<sup>320</sup> CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 84.

Beauchamp e Faden<sup>321</sup> estabeleceram que o consentimento informado é um processo composto por três etapas que envolvem sete diferentes elementos. A primeira é a etapa das condições, incluindo a capacidade para entender e decidir e a voluntariedade no processo de tomada de decisão. A segunda compreende os elementos da informação, ou seja, a explicação sobre os riscos, benefícios e alternativas e sua respectiva compreensão. A terceira é a dos elementos de consentimento propriamente ditos, na qual a pessoa decide em favor de uma opção e autoriza a realização dos procedimentos propostos.

O consentimento esclarecido não se refere à prática de um ato formal isolado, nem pode se limitar a receber do paciente um documento escrito, geralmente, um formulário ou termo de consentimento padronizado; ele é obtido por meio de um processo de diálogo a ser desenvolvido entre o médico e o paciente durante todo o tratamento ou intervenção. Em vários momentos o paciente ou seu representante manifestará sua vontade. Haverá um diálogo de valor informativo, terapêutico, decisório.

A decisão do paciente quanto ao procedimento médico a ser adotado, como amplamente demonstrado, depende do paciente ter recebido por parte do médico informação suficiente e adequada, sendo esta o supedâneo do consentimento obtido pelo profissional médico para legitimar o procedimento terapêutico, cirúrgico ou experimental. No entanto, o consentimento apenas será válido, ou seja, estará em consonância com o ordenamento jurídico, quando feito de maneira autêntica, livre e esclarecido, e observado a forma prescrita quando houver previsão, o que constitui pressupostos de validade.

O consentimento deve estar revestido de alguns elementos, pressupostos ou requisitos<sup>322</sup> para ter existência, validade, e produzir efeitos. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo<sup>323</sup> defende que o consentimento informado não prescinde de três requisitos básicos: i) capacidade (ou competência);<sup>324</sup> ii) informação;<sup>325</sup> e iii) voluntariedade<sup>326</sup>.

---

<sup>321</sup> Apud RAYMUNDO, Marcia Mocellin, e GODIM, José Roberto. Do consentimento por procuração à autorização por representação. *Bioética*, Brasília, v.15, n.1, 2007, p. 85.

<sup>322</sup> Antônio Junqueira de Azevedo diferencia elemento de requisito e fatores. Elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe, requisitos são condições, exigências, que devem se satisfazer para preencher certos fins, enquanto fatores é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte. Por isso, elementos faz parte do plano de existência, requisitos, validade e fatores eficácia. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29-30.

<sup>323</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Os requisitos e limites do consentimento informado. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 145-170.

<sup>324</sup> “Desta forma, embora possam ter relevantes pontos de intersecção, o fato é que os dois conceitos não se confundem. A capacidade legal de praticar atos jurídicos não se relaciona à competência para tomar decisões médicas. Ao paciente devem ser concedidas todas as oportunidades possíveis de tomar decisões médicas a seu próprio respeito. Aliás, se deve inclusive preservar o direito de os pacientes incompetentes receberem informações sobre a sua condição médica e opções, o que os possibilita influir, na medida do possível, em eventuais decisões quanto a alternativas de tratamento.” Ibidem, p. 149.

<sup>325</sup> “Para tornar o consentimento válido, o pilar básico das informações indispensáveis seriam o diagnóstico, o tratamento, as alternativas e os riscos.” Ibidem, p. 149.

A validade do consentimento livre e esclarecido no que diz respeito à capacidade do agente à aptidão para realizar ato com valor jurídico, como já abordado no primeiro capítulo, por se tratar de situação jurídica predominantemente existencial, sua leitura não pode ser feita considerando a *ratio* patrimonialista e individualista típica dos atos jurídicos patrimoniais da qual o código não se afastou por completo, a despeito dos diversos avanços na preocupação com a dignidade da pessoa humana.

Para se obter um consentimento válido é preciso que o paciente tenha capacidade de permitir as intervenções médicas, sob pena de nulidade ou anulabilidade (artigos 166, I e 171, I, 172, todos do Código Civil), mas essa capacidade vai além da capacidade de fato que estabelece o artigo 104, inciso I, do CC, pois em alguns casos ultrapassa o próprio requisito legal. É uma capacidade especial porque também é intelectual, envolve emoção e valores pessoais. Isso porque os critérios de capacidade estabelecidos pelo Código Civil, quando se trata de decisões médicas, existenciais, não são soberanos, consoante exposto no item 1.3.1 do primeiro capítulo.

O paciente deve ter a capacidade para compreender seu estado de saúde, independentemente de sua idade ou eventuais transtornos mentais ou enfermidade, a fim de poder decidir sobre os valores (custo-benefício do tratamento), os fatos, as alternativas (consequências e riscos) após devidamente informado. O paciente pode, em várias situações, apesar de incapaz para os termos da lei civil, expressar sua vontade, e, em outras, ser capaz, mas sem condições de decidir.

Os pacientes incapazes e com capacidade diminuída necessitam de representante para dar seu consentimento.

A falta de informação individualizada, verdadeira, clara e suficiente sobre a natureza e propósito do exame ou tratamento proposto, a descrição dos riscos e benefícios prováveis do exame ou tratamento, a explanação de exames ou tratamentos alternativos, entre outros, pode acarretar o vício do consentimento informado, pois o paciente não pôde, de forma livre e esclarecida, decidir<sup>327</sup> sobre a disposição de seu próprio corpo, sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, comprometendo sua autonomia, seu direito de autodeterminação. Além disso, existem ocasiões em que a vontade do paciente é manipulada, pois muitas vezes, ele é persuadido, coagido, para realizar o tratamento cirúrgico ou terapêutico.

---

<sup>326</sup> “No processo decisório médico, a vontade do paciente é soberana e deve estar livre de qualquer manipulação, refletindo exatamente as suas razões e emoções pessoais, sem que o consentimento é considerado inválido.” *Ibidem*, p. 152.

<sup>327</sup> O fornecimento de informação incorreta pode comprometer o tratamento como, por exemplo, um erro de diagnóstico, o que se insere no erro médico caso decorrente de negligência, imprudência ou imperícia do profissional médico.



Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo<sup>328</sup> defende que o vício de vontade do paciente está sujeito à aplicação do disposto nos artigos 138 e 139 do Código Civil, sendo que apenas os erros substanciais estão sujeitos a invalidar o consentimento informado. A anulação do consentimento esclarecido ocorrerá quando verificado o vício de consentimento previsto no Código Civil (artigo 171, II), desde que compatível com esta espécie de negócio jurídico unilateral.

Não existe, em regra, uma forma por meio da qual deve se realizar o consentimento esclarecido, pois vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio da liberdade de forma (artigo 107 do Código Civil). Contudo, há hipóteses em que a manifestação volitiva demanda documento escrito por força de lei (por exemplo, Lei de Transplante de Órgãos) ou norma deontológica. Nesse caso, a inobservância da forma prescrita em lei acarreta nulidade (artigo 166, IV, do Código Civil).

O consentimento esclarecido pode ser expresso/explicito, ou tácito/implícito. O consentimento é explícito quando o paciente de forma expressa manifesta sua vontade, verbalmente ou por escrito, já o consentimento implícito decorre do comportamento do paciente que indica sua concordância com a atividade médica.

A forma como o paciente dará seu consentimento pode variar conforme a determinação legal, mas quanto maior for o risco do ato médico, como por exemplo, em caso de sequelas graves ou até morte, deve-se primar pela forma escrita.<sup>329</sup>

A forma escrita é um importante instrumento tanto para o paciente quanto para o profissional de saúde. O consentimento esclarecido do paciente é imbuído de relevante valor probatório, cabendo ao médico o ônus de se documentar.

A utilização de formulários padronizados sobre os procedimentos a serem realizados em determinados tratamentos, exames, tem sido objeto de crítica pela doutrina,<sup>330</sup> que recomenda a formulação de um termo individualizado adaptado às peculiaridades do caso concreto, a fim de permitir a emissão de um consentimento efetivamente esclarecido. Isso porque muitas vezes o paciente e sua família, que estão em situação de vulnerabilidade, se submetem a contratos de adesão e a condições gerais contratuais sem terem consciência do

---

<sup>328</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Os requisitos e limites do consentimento informado. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 145-170.

<sup>329</sup> Neri Tadeu Camara Souza defende que o consentimento informado deve ser documentado, e se possível, com a participação de duas testemunhas. SOUZA, Neri Tadeu Camara. Erro médico e consentimento informado. *Revista de Direito Médico e Saúde*, n. 2, p. 91-100, abr. 2005.

<sup>330</sup> Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias. Formulários para prestação do consentimento: uma proposta para o seu controle jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, Porto Alegre, v. 3, p. 65-90, 2001.

ato médico, o que não permite o acesso às informações médicas e o consentimento livre e esclarecido.

Mas qual seria a forma adequada?

O documento deve ser claro contendo informações precisas, certas, que permitam a compreensão por qualquer pessoa. Não será válido se, apesar de demasiadamente rígido, apresentar permissões ou recusas em bloco, informações deficientes, unilaterais.

Outro aspecto observado por Luciana Mendes Pereira Roberto<sup>331</sup> é que o consentimento informado será nulo quando a disposição do corpo for atentatória à ordem pública, aos bons costumes, nos termos dos artigos 13 c/c artigo 166, II, e III, ambos do Código Civil, citando como exemplo a cirurgia de doação de coração de pessoa viva.

Da mesma forma, questiona-se a validade do consentimento para atos de disposição de parte do corpo que não impliquem em tratamento da saúde, ao revés, a coloca em risco ou a debilita, é exemplo o caso polêmico dos *wannabes*, expressão derivada da língua inglesa (“*want to be*”, que significa “querer ser”), que representa a pessoa que tem incontrolável compulsão pela amputação de um membro específico de seu corpo, possuindo um desejo intenso em ser deficiente físico, embora não estejam fisicamente doentes.<sup>332</sup>

Esses indivíduos relatam uma sensação de extremo desconforto com a situação em que se encontram, como se estivessem presos a um corpo que não corresponde à sua verdadeira identidade.<sup>333</sup> Por isso, querem se tornar um ser amputado, mas certamente sem razão médica. Dessa forma, não possuem autorização para a realização da cirurgia, por força do disposto no artigo 13 do Código Civil, o que faz com que muitos recorram ao mercado negro de amputações, gerando consequências ainda mais graves.

Para os defensores da possibilidade da automutilação, o consentimento é válido, desde que não vise a produzir uma diminuição permanente da própria integridade física e que não seja contrário à lei e aos bons costumes, o que não seria o caso dos *wannabes*.

---

<sup>331</sup> ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 141.

<sup>332</sup> Maria Celina Bodin de Moraes: “conhecidos vulgarmente por ‘amputados por escolha’ (amputees by choice), os wannabes, embora não estejam fisicamente doentes, desejam ter (às vezes violentamente) um de seus membros amputado”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 129.

<sup>333</sup> KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil* - RTDC, Rio de Janeiro, ano 4, v. 15, jul./ set. 2003, p. 65.

### 3.2 Previsão normativa do consentimento livre e esclarecido

Qualquer intervenção médica carece de um prévio consentimento esclarecido e livre do paciente, o qual será obtido após reflexão adequada diante das informações que recebeu do médico.

O embasamento jurídico do consentimento informado está no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da autonomia privada (artigos 5º, II, XIV, e 1º, III, da CF/88), no dever do médico informar e no direito fundamental do paciente à informação (artigos 6º, III, 8º, 39, do CDC), em normas jurídicas específicas como o artigo 15 do Código Civil. E, no princípio bioético da autonomia, que melhor representa o instituto do consentimento esclarecido, além de normas deontológicas como as previstas nos artigos 22, 73, 101, 102, todos do Código de Ética Médica, e nas Resoluções n.ºs 1.081/82, do CFM, n.º 196/96 e 251/97 do CNS, n.º 1.711/2003, do CFM.

As normas referentes ao consentimento informado em seu aspecto axiológico pretendem garantir o respeito à liberdade de autodeterminação das pessoas e, no seu aspecto prescritivo determinam a forma que deve observar o consentimento. Todavia, nem sempre a observância da forma prescrita implica em cumprimento da finalidade da norma.

Por isso, deve o intérprete-aplicador e os participantes das atividades médicas, antes de se ater à forma, aprimorar e assegurar o processo discursivo que leva à obtenção do consentimento.

O poder de disposição no exercício das situações existenciais vai além do poder de criar, modificar ou extinguir de uma relação patrimonial. Isso porque, além de permitir a autodeterminação do sujeito, sua liberdade jurídica de realizar negócios jurídicos, certos direitos de personalidade, que integram as situações existenciais (vida, saúde, liberdade, igualdade, integridade física e psicológica), gozam de algumas características como a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a ausência de limitação voluntária, salvo previsão legal (artigo 11 do Código Civil).

Por isso, o poder de disposição nas situações existenciais receberá uma tutela qualitativamente diversa da patrimonial, necessária para garantir a dignidade da pessoa humana.

Em se tratando dos atos de disposição do próprio corpo,<sup>334</sup> o fundamento está nos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito à integridade física.

O artigo 15 do Código Civil dispõe que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Esse artigo se refere à disposição do corpo com a intervenção direta do médico, que tratará do paciente, mas para que isso ocorra precisa do consentimento esclarecido, que decorre da autonomia do paciente, sua liberdade de decidir após ter sido devidamente informado e esclarecido pelo médico sobre os riscos e benefícios do tratamento, o que melhor atenderá aos seus interesses.

A redação do artigo 15 do Código Civil apresenta ambiguidade e imprecisão, pois uma leitura literal e *a contrario sensu* desse dispositivo, levaria à compreensão de que, sem risco de vida, seria lícito constranger o paciente a se submeter a procedimentos médicos, excetuando apenas os que implicassem risco de vida. Todavia, esse entendimento é contrário ao ordenamento jurídico, pelo que deve ser feita uma interpretação sistêmica do texto legal. Logo, mesmo não havendo risco de vida, prevalece a vontade do paciente, desde que em condições de manifestá-la, o que lhe possibilita o exercício de sua autodeterminação, além de legitimar o ato médico.

Houve por parte do legislador uma preocupação de evitar que o paciente sofra constrangimento, se submeta a tratamento com risco sem ser suficientemente informado, comprometendo sua liberdade de escolha. Mas também ocorrem situações em que o paciente, apesar de devidamente informado e ciente de seu estado de saúde e das consequências, opta por não se submeter ao tratamento médico, seja cirúrgico ou terapêutico, conforme referido no capítulo anterior (item 2.1.2).

Contudo, quando há risco de vida indaga-se se prevalecerá o direito à liberdade do paciente em recusar o tratamento,<sup>335</sup> seja ela por escolha individual, por liberdade religiosa, ou por direito à vida.

---

<sup>334</sup> Antonio Chaves faz alguns apontamentos sobre a disponibilidade corporal estabelecendo alguns requisitos: “Encarecem que a disponibilidade corporal merece especial atenção do Direito nas disposições que a pessoa realiza, em três eventualidades: 1. Em seu próprio benefício, com vistas à recuperação ou melhoria de sua saúde e equilíbrio psicofísico. 2. Em benefício de terceiras pessoas determinadas, por meio das denominadas técnicas de transplante. 3. Em benefício próprio ou de terceiras pessoas indeterminadas, na hipótese de experimentação científica.” CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 87.

<sup>335</sup> “Na linha de proteção à integridade física, inscreve-se o direito de recusar tratamento médico ou Intervenção cirúrgica. A justificativa reside na existência de risco de vida. Não cabe opor-se a certa terapêutica por capricho, ou propósito de auto-extermínio, ou motivos ideológicos. É, contudo, muito relativo o conceito de risco de vida, o que pode levar a que se desrespeite a vontade do paciente, quando a negativa não tem base científica. Reversamente, ainda que o médico entenda inócuo o tratamento, é de se acatar a recusa do paciente, fundada em razões plausíveis.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao direito civil*: teoria geral do direito civil. v. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 216.

O consentimento esclarecido é destacado em algumas áreas específicas de atuação médica, como nos atos que envolvem a disposição do próprio corpo (realização de transplantes, transfusão de sangue, reprodução assistida, pesquisa), trazendo certas peculiaridades regidas pelo biodireito, o que merece análise destacada.

Essas áreas médicas, apesar de não garantirem, ainda, a total observância da autonomia privada e respeito à dignidade da pessoa humana, já encontram regulamentação acerca do consentimento livre e informado, até mesmo com referência à sua forma, como ocorre em alguns casos de disposição do corpo vivo: i) consentimento para a realização de transplantes, doação de órgãos; ii) consentimento para gestação de substituição; iii) consentimento para pesquisa e experimentação, e iv) consentimento para reprodução assistida.

Por isso, a fim de demonstrar possíveis implicações jurídicas da manifestação de vontade do paciente em determinados atos médicos, serão feitas breves considerações acerca do consentimento livre e esclarecido nessas áreas.

### 3.2.1 Doação de órgãos de pessoa viva

A doação de órgãos envolve a liberdade jurídica, a indisponibilidade da vida e da saúde, e a solidariedade social, fazendo com que o Estado interfira não só para a tutela do interesse individual como pelo interesse coletivo de pretender órgãos e tecidos.

O ordenamento jurídico pátrio vem evoluindo acerca da disposição de órgãos de parte do corpo humano vivo e morto. A primeira lei a regular a disposição de órgãos e partes do corpo humano morto foi a Lei nº 4.280/1963, que nesse caso impôs a necessidade de autorização escrita do *de cujos* ou a não oposição do cônjuge ou parentes até o segundo grau, ou corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos.

Posteriormente, a Lei nº 5.479/1968, que permitia à pessoa absolutamente capaz a disposição de tecidos e de órgãos, inclusive do corpo vivo.

Em 1988, o tema passou a ser tratado pela Constituição Federal (artigo 199, § 4º), ganhando, portanto, maior importância e vinculando os demais Poderes da República no que tange à disciplina da remoção de órgãos, tecidos, pesquisa sem seres humanos, com a

expressa proibição da comercialização de órgãos, tecidos.<sup>336</sup> Esse dispositivo impõe a observância do princípio da gratuidade em qualquer ato de disposição de órgãos e tecidos humanos.

Após a disciplina constitucional foi promulgada a Lei n.º 8.489/92, regulamentada pelo Decreto n.º 879/93, que dispôs sobre a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e outras providências, que foi sucedida pela Lei n.º 9.434/97, hoje vigente, alterada pela Lei n.º 10.211/2001, e regulamentada pelo Decreto n.º 2.268/97.

O Código Civil de 2002 também regula essa matéria no artigo 13 e no artigo 14, pois o primeiro dispositivo proíbe o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, salvo por exigência médica, e em caso de transplante, na forma estabelecida em lei especial; e o segundo é expresso quanto à validade, com objetivo científico, ou altruístico, da disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, ressalvando a possibilidade de ser livremente revogado a qualquer tempo.

A Lei n.º 9.434/97 é composta de 25 artigos divididos em 7 capítulos: I) Das disposições gerais; II) Da disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante; III) Da disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo para fins de transplante ou tratamento; IV) Das disposições complementares; V) Das sanções penais e administrativas; VI) Das disposições finais.

A principal característica da disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo, seja vivo ou morto, é a sua gratuidade (artigo 199, § 4º, CF, artigo 1º, da Lei n.º 9.434/97), pois integram a personalidade humana, não sendo passível de aferição econômica, em razão da extrapatrimonialidade das situações existenciais e para alguns doutrinadores por se caracterizarem como coisa *extra commercium* sendo vedado ato de disposição oneroso.<sup>337</sup>

A venda de partes do corpo humano poderia gerar alguns problemas, tais como: i) disposição por pessoas menos favorecidas financeiramente para manter o sustento de sua família; ii) busca de doadores com características genéticas mais favoráveis; iii) comércio de

---

<sup>336</sup> O atual Código de Ética Médica em seu artigo 46 veda ao médico participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou tecidos humanos.

<sup>337</sup> A Lei n.º 11.105/05, em seu artigo 5º, veda a comercialização células-tronco embrionárias. “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: [...] § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no artigo 15 da Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”.

órgãos em instituições públicas e privadas de forma desordenada; iv) criação de um mercado de órgãos, em razão da existência de uma escassez de órgãos e sua consequente valorização.

Como o presente trabalho tem por objetivo analisar os aspectos específicos do consentimento informado do paciente na realização de transplante, que implica na disposição do corpo vivo, apenas será abordada a doação de órgãos de pessoa viva, apesar da Lei nº 9.394/97 disciplinar de maneira diferenciada o transplante de doador vivo e morto. No entanto, mesmo havendo esta distinção, há certas disposições comuns às duas modalidades de transplantes sobre a necessidade da transmissão de informações, tanto à pessoa que doará, como àquela que receberá o órgão ou tecido.

O artigo 9º da Lei nº 9.434/97, dispõe sobre a disposição de tecidos, órgão e partes do corpo humano vivo para fins de transplante ou tratamento, e faz algumas restrições e exigências.

A retirada de órgãos e partes do corpo vivo só é admitida: i) para fins terapêuticos indispensáveis e inadiáveis do receptor, o que deve ser comprovado; ii) se os órgãos forem duplos, ou que sua retirada não cause ao doador o comprometimento de suas funções vitais e aptidões físicas ou mentais, nem lhe provoquem deformação; e iii) autorização do doador.

Em se tratando de gestante só é possível doar tecido que pode ser utilizado em transplante de medula óssea, da mesma forma que pessoa menor, devendo em ambos os casos verificar se há riscos para a saúde da gestante, do feto e do menor.

Quando for autotransplante, para sua realização bastará o consentimento do próprio indivíduo, registrado no respectivo prontuário médico e, se for incapaz, os pais ou responsáveis legais devem consentir.

Além disso, a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo deve ser precedida de comprovação de comunicação ao Ministério Público e da verificação das condições de saúde do doador, para avaliação das consequências do ato cirúrgico (artigo 20 do Decreto n.º 2.268/97).

O artigo 10, *caput*, da Lei nº 9.347/97, comum ao transplante de órgãos por doador vivo ou morto, dispõe ser obrigatório para realização do ato de transplantar, o consentimento expresso do seu receptor, após ter sido devidamente aconselhado sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

O consentimento livre e esclarecido em se tratando de doação de órgãos e tecidos por pessoa viva consiste na autorização expressa e por escrito, para retirada, e diante de duas testemunhas, conforme artigo 9º, § 4º, da Lei nº 9.434/97, e artigo 15, § 4º, do Decreto nº 2.268/97.

Da mesma forma, o receptor do órgão, tecido ou parte do corpo, deve consentir expressamente, após aconselhamento médico sobre a excepcionalidade e riscos do procedimento (artigo 10 da Lei nº 9.473/97, artigo 22, § 3º, do Decreto nº 2.268/97).

Em se tratando de incapaz ou mesmo de pessoa cujas condições impeçam a manifestação de vontade, a lei estabelece que o consentimento para a realização do transplante será dado por um dos pais ou responsável legal e, na ausência desses, a decisão caberá ao médico assistente, se não for possível, por outro modo, manter o paciente vivo (artigo 10, § 1º, da Lei nº 9.437/97 e artigo 22, § 1º, do Decreto nº 2.268/97).

Para haver o consentimento é indispensável e imprescindível que antes o doador e o receptor tenham conhecimento das implicações, seus aspectos técnicos, as vantagens, os riscos e prejuízos que o tratamento pode acarretar. Contudo, a informação deve ser acessível à cultura e ao estado psicofísico do paciente.

Dessa forma, para intervenção médico-cirúrgica impõe-se o direito à verdade e à informação (artigo 44 do CME<sup>338</sup>), a fim de evitar o comprometimento da autonomia, manter a intangibilidade da pessoa, eis que sua manifestação de vontade deve ser livre e séria, legitimando a atuação médica nesse ato de disposição sobre o próprio corpo.

A necessidade de consentimento e respeito à autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana é tão importante que se admite a possibilidade de revogação do ato de disposição por parte do doador, conforme artigo 15, § 7º, do Decreto nº 2.268/97.

A lei tem como objetivo priorizar a promoção da saúde, garantir a espontaneidade, evitar coerção indireta da liberdade de autodeterminação em ordem da própria integridade. Por isso, a preocupação com a comprovação da debilidade da saúde ou comprometimento do doador, que só pode doar se continuar vivendo sem risco para sua integridade, impedindo a mutilação, ou prejuízo à saúde. Dessa forma, acaba por restringir o campo de liberdade do indivíduo, mas garantindo sua integridade, a gratuidade do ato.

Ressalte-se que, a Lei nº 9.434/97 não se aplica, pelo disposto em seu artigo 1º, à doação de sangue (regenerável), de esperma e de óvulos.

### 3.2.2 Técnicas de reprodução assistida

---

<sup>338</sup>“É vedado ao médico: Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.”



A infertilidade humana tornou-se um problema de saúde, trazendo implicações de ordem médica e psíquica para os casais ou pessoas inférteis e de ordem ética e social.

O avanço científico-tecnológico tem possibilitado a superação desse problema por meio da técnica de procriação humana mediante reprodução assistida, mas diversos questionamentos surgem, tais como: i) a possibilidade de venda de materiais genéticos; ii) os casos em que se permitem o uso da técnica; a manipulação genética; iii) o consentimento para o ato; iv) a possibilidade de revogação do consentimento; v) o anonimato do doador do material, dentre outros que fogem aos limites do presente trabalho.

O ordenamento jurídico brasileiro não regula a matéria, apenas existe a Resolução nº 1.358/1992 do CFM,<sup>339</sup> que estabelece normas éticas para realização de técnicas de reprodução assistida,<sup>340</sup> limitando o uso da técnica e norteada por princípios bioéticos preceitua o consentimento informado, a gratuidade, a proibição de seleção de sexo ou outra característica biológica do embrião, exceto quando relativa à doença ligada ao sexo, o intuito da procriação deve ser único e exclusivamente de procriação; não pode exceder ao número máximo de quatro embriões a serem transferidos para o útero da mãe, e se houver gravidez múltipla, não poderá ser realizada a redução embrionária; o sigilo quanto à identidade dos doadores e receptores; e a responsabilidade dos estabelecimentos.

Na reprodução assistida é fundamental o consentimento livre e esclarecido para permitir a intervenção no corpo da pessoa, o que se dará mediante suficiente informação, e na forma escrita, formulário especial, que será assinado pelo casal pois, em caso de paciente casado ou em união estável o cônjuge ou companheiro também devem consentir; em caso de pessoa solteira o formulário será assinado por ela e pelo doador.

Ao médico caberá, antes de qualquer intervenção, esclarecer o paciente, em linguagem compreensível, já que o procedimento é estranho ao seu conhecimento, com uso de expressões não corriqueiras (gameta, embrião, óvulo, RA, implantação, eugenia, criopreservar), acerca das técnicas utilizadas, as alternativas de tratamento, as limitações da técnica utilizada, os exames necessários, as possíveis reações do organismo, os riscos, a possibilidade de sequelas, as probabilidades de sucesso e insucesso, a possibilidade de

---

<sup>339</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM n.º 1.358/1992. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: < [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

<sup>340</sup> Luciana Mendes Pereira Roberto afirma que a Resolução n.º 1.358/1992, apesar de sua intenção, não tem força coercitiva, pelo que sua inobservância não importaria aplicação de penalidades, já que se restringe a esfera ética. ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 156.

gravidez múltipla, a criopreservação dos pré-embriões excedentes, os custos da reprodução assistida, os medicamentos necessários, entre outros aspectos.

É importante que o paciente, após devidamente informado e esclarecido, ou seja, após ter absorvido e compreendido as informações prestadas, possa decidir de forma livre e consciente a submeter-se a reprodução assistida, exercendo seu poder de autodeterminação, sua autonomia, em respeito à dignidade humana.

O consentimento livre e esclarecido obtido do paciente por escrito, em formulário especial, ocorrerá, apesar da forma prevista na Resolução nº 1.358/1992, por meio de um processo, do diálogo entre o médico e o paciente, que tornará lícita e legítima a intervenção médica, que invade a integridade física, psíquica e moral do paciente. Todavia, continua o médico obrigado a agir com diligência, a empregar todos os seus conhecimentos e utilizar a máxima diligência no decorrer do tratamento.

Questão relevante é se caberia retratação após outorgado o consentimento, o que é objeto de polêmica. Pietro Perlingieri<sup>341</sup> defende que o consentimento pode ser revogado pelo casal, ou individualmente até o momento da fecundação, mas há quem defenda que não cabe, o que constituiria exceção ao princípio da revogabilidade, normalmente, intrínseco ao instituto do consentimento informado.

O fornecimento de gametas, espermatozoides, por não serem regidos pela Lei nº 9.437/97 geraria a indagação se poderia ser objeto de comercialização, já que em relação ao sangue há expressa vedação constitucional.<sup>342</sup>

No entanto, a Resolução nº 1.358/1992 do CFM aplica o princípio da gratuidade, estabelecendo em seu capítulo IV, que os gametas apenas sejam objeto de doação, realizada de maneira altruísta, com a proibição de qualquer forma de comercialização, de fornecimento de gametas ou pré-embriões em caráter lucrativo ou comercial, pois apesar de não haver vedação legal expressa há norma deontológica, que melhor se coadunaria com o disposto no artigo 199, § 4º, da Constituição Federal.

A doação ocorrerá quando há ausência de formação de gametas, tanto por parte masculina (azoospermia), quanto feminina (falência ovariana), além dos casos em que há risco de transmissão de doenças genéticas.

---

<sup>341</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 824.

<sup>342</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Garantia de meia entrada aos doadores regulares de sangue. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.512-6-/ES. Relator: Exmo. Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 15/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/prIncipal/prIncipal.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 36)

A disposição de gametas humanos, segundo Heloisa Helena Barboza,<sup>343</sup> não causa nenhum prejuízo ao organismo, eis que renovável, mas pondera que em se tratando de sêmen, por ser mais fácil de obtenção, deve ser tratado de forma diferente, já que faz nascer uma nova vida. A obtenção de óvulos, por sua vez, é mais difícil, pois depende da superestimulação ovariana, por meio do uso de drogas e captação dos óvulos, procedimento invasivo, que precisa de anestesia, existindo maior risco para a doadora.

Os efeitos da doação de gametas não se esgotam no receptor, e quando utilizados para reprodução assistida, uma série de intrincadas relações se estabelece, gerando múltiplas consequências jurídicas como a questão da paternidade<sup>344</sup> e da necessidade do anonimato.<sup>345</sup>

A gestação de substituição<sup>346</sup> conhecida como barriga de aluguel, útero de aluguel, mãe de aluguel, mãe de empréstimo, mãe por procuração, maternidade substituta está inserida no campo da reprodução humana e também envolve a disposição de parte do corpo vivo em razão da “cessão do útero”. Diversos questionamentos surgem acerca de sua admissibilidade legal, suas consequências como a possibilidade de mercantilização da capacidade reprodutiva<sup>347</sup> e da obrigação de entregar a criança.<sup>348</sup>

No Brasil, a maternidade por substituição está regulada na já referida Resolução nº 1.358/1992 do CFM, não havendo regras jurídicas sobre o assunto.<sup>349</sup>

<sup>343</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Direito ao Corpo e doação de gametas. In: Paulo Becker. (Org.). *Bioética no Brasil*. v. 1. 1 ed. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo Ltda., 1999, p. 41-52.

<sup>344</sup> No tocante à paternidade, esta não poderá ser atribuída aos doadores, eis que esta é imposta àquele que empreendeu o projeto parental, como bem preceitua o professor Guilherme Calmon, “a informação genética não pode ter, por si, qualquer relevância para estabelecimento de vínculo de parentesco, ainda mais quando dissociada de qualquer fato jurídico de índole sexual”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil. Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 353.

<sup>345</sup> O anonimato do doador será garantido, embora seja necessária a preservação das informações, pois pode haver casos de doenças genéticas, o direito do nascido em ter conhecimento de sua ascendência biológica, mesmo sem qualquer responsabilização para o doador, permitir a observância das restrições no tocante à prática de alguns atos da vida civil, como a constituição de união sexual, impossibilidade de adotá-lo etc. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida. Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.533. “Nos parece que na doação de gametas o anonimato e a gratuidade favoreçam os aspectos éticos deste ato. O anonimato evita possíveis discussões futuras, sobretudo do ponto de vista legal. Já a gratuidade garante que a doação seja um ato generoso, altruísta.” PETRACCO, Alvaro. *Bioética e Reprodução assistida*. In: *Grandes temas da atualidade. Bioética e biodireito*. ARENT, Adriana Cristine, et al. v. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

<sup>346</sup> A gestação de substituição é uma técnica de reprodução artificial que consiste na implantação de um óvulo fecundado *in vitro* no útero de outra mulher, para que o embrião aí se desenvolva, durante toda a gravidez, cabendo a mãe hospedeira, ao final da gravidez, entregar a criança para a pessoa ou casal que teve esse desejo. Essa gestação pode ocorrer tanto com a transferência de embriões ao útero de uma mulher que o alugue ou empreste, ou através de uma inseminação artificial ou FIV em que a mulher ofereça além do útero o óvulo.

<sup>347</sup> Apesar da proibição da comercialização verifica-se uma remuneração indireta quando há auxílio à mãe gestacional por meios indiretos como, por exemplo, ajuda material para alimentação, roupa, tratamentos médicos e estéticos, dentre outras despesas relacionadas à gestação.

<sup>348</sup> Maria Helena Diniz sugere que se crie a obrigação de entregar a criança, após o parto, à mãe legalmente habilitada, sob pena de prisão e de pagar uma indenização. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 492.

<sup>349</sup> Deborah Ciocci Oliveira e Edson Borges Jr. defendem que a gestação de substituição é regida fundamentalmente pelo ordenamento existente, e enquanto não houver lei a respeito, são impostos controles informais, pela própria sociedade, inspiradas nas normas bioéticas. OLIVEIRA, Neiva Flávia de. A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família: limites bioéticos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 777, jul. 2000, p. 48.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

A prática da maternidade substituta sofre restrições, já que está vinculada ao princípio da gratuidade, sendo vedada a locação do útero, o que tem amparo não só na referida resolução do CFM, como, por extensão, no disposto no artigo 199, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

O consentimento informado é requisito da gestação por substituição, os envolvidos têm ciência das responsabilidades futuras, e só pode ceder o útero se existir laços familiares entre a mãe hospedeira e a mãe biológica, parentesco de até 2º grau, e a limitação da procura de mães substitutas pela mulher acometida por infertilidade que a impeça ou contra indique a gestação, afastando, com isso, as pessoas que podem se valer das vias normais de procriação.

Na gestação de substituição também é indispensável o consentimento informado para as pacientes submetidas a programas de substituição, consoante artigo 3º da Resolução 1.358/92 do CFM, que dispõe:

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

Assim, tanto deve haver o consentimento da mãe substituta, que carregará no seu ventre o filho de outrem, como da paciente estéril em conjunto com o pai que doou seu material genético, cabendo ao médico informar sobre o ato e as consequências, além de ser valiosa a devida comunicação dos casos ao Comitê de Ética da Instituição e ao Conselho Regional de Medicina antes da execução do ato de transferência do pré-embrião.

Ressalte-se que não basta o mero consentimento, mas a concreta ciência dos envolvidos sobre suas responsabilidades futuras quando do nascimento da criança.

### 3.2.3 Disposição do corpo para pesquisa e experimentação

A pesquisa e a experimentação em seres humanos, apesar de não se enquadrar na relação médico-paciente em apreço, restrita aos contratos *intuitu personae* celebrados mediante remuneração entre médico e paciente tem, conforme relatado (item 3.1.1) relevância histórica no desenvolvimento do consentimento informado e o regula de forma expressa, por isso sua breve referência.

A pessoa humana pode submeter seu próprio corpo à pesquisa e à experimentação científica, mas para isso faz-se necessário o consentimento livre e esclarecido prestado por pessoa maior e capaz.

Alguns casos especiais que envolvem pessoas vulneráveis, quer por serem legalmente incapazes em razão da idade ou condição física decorrente até mesmo da doença,<sup>350</sup> e até mesmo por situações socioeconômicas ou culturais, como minorias raciais e os institucionalizados, merecem maior atenção pois, em razão de suas condições, essas pessoas acabam por ter a voluntariedade limitada.<sup>351</sup>

A disposição do corpo humano para pesquisa só será válida quando o conhecimento científico que se pretende não puder ser obtido por outro meio, quando os riscos da experimentação forem controlados e calculados. Isso porque, antes de haver testes em seres humanos, as pesquisas são exaustivamente testadas e passam por um comitê de pesquisa que as aprovam por meio de protocolo do respectivo experimento, além de haver o consentimento livre e esclarecido daquele que será “objeto” de pesquisa.

Ademais, deve-se verificar se os resultados das pesquisas são benéficos para a saúde humana, considerando os princípios bioéticos como o da beneficência, o da não-maleficência, além do princípio da autonomia do paciente voluntário.

Outra questão a ser abordada é que a experimentação deve ocorrer em pessoa doente, que necessite de tratamento terapêutico, e não em pessoa sadia, podendo separar o que é experimentação terapêutica da experimentação não terapêutica, esta última rejeitada por alguns.

---

<sup>350</sup> “Lembremos que o consentimento não será válido se a pessoa for considerada vulnerável. Há muita polêmica sobre a experimentação com pessoas ou grupos vulneráveis, como crianças, deficientes mentais, presos, militares, indígenas, dentre outros. No campo da bioética, não se admite que as pessoas possam validamente consentir para se submeter a experimentação, mesmo que nem todas estejam inseridas nas causas de incapacidade dos artigos 3º e 4º do Código Civil.” BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 210.

<sup>351</sup> LORENZO, Cláudio. O consentimento livre e esclarecido e a realidade do analfabetismo funcional no Brasil: uma abordagem para a norma e para além da norma. *Bioética*, Brasília, v.15, n.2, p. 268-282, 2007.

As regras pertinentes às pesquisas biomédicas estão previstas na Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, inspirado de certa forma no Código de Nuremberg, elaborado em 1947, para proteção das pessoas nos procedimentos de experimentação médica.

É na relação médico-paciente que se desenvolve as ações de assistência e pesquisa, que são reguladas, há séculos, por normas éticas e códigos deontológicos, que servem para legitimar tais ações.

Inicialmente, nos tempos de Hipócrates e, de certa forma, até hoje, o bem do paciente sob o ponto de vista médico era definido pelo médico que sabia o que era melhor para ele, em uma visão paternalista. Contudo, hoje, busca-se observar a autonomia da pessoa, garantir sua dignidade humana.

O consentimento livre e esclarecido para as pesquisas que envolvem seres humanos é uma forma de garantir a sua dignidade e autonomia, além da defesa e proteção de sua vulnerabilidade.

O consentimento deve ser obtido após a pessoa ter sido devidamente informada, esclarecida acerca dos resultados esperados, das ações alternativas, dos desconfortos, efeitos adversos, riscos desconhecidos, custos, e sem sofrer qualquer interferência em sua liberdade ou medo de represálias capaz de afetar sua autonomia, como nos casos dos sujeitos incapazes, ou daqueles que, apesar de adultos e capazes, possam estar expostos à influência de autoridades, à pressão física, psicológica ou econômica. Tudo para que a pessoa decida segundo suas próprias convicções pessoais, exercendo sua autonomia.<sup>352</sup>

Em nome das pesquisas, dos testes experimentais, diversos exageros foram cometidos pelos cientistas-médicos contra os pacientes-participantes na área médica.

A relação médico-paciente, verdadeira relação de assistência, compreendendo diagnóstico, exames, tratamento para as pessoas que apresentavam problemas de saúde, durante muito tempo foi marcada por sua natureza paternalista, em que o médico sempre sabia o que era melhor para o paciente mas, desde 1917, na Inglaterra, e no início do século XIX, começou a nascer a preocupação de obter dos pacientes o consentimento.

O consentimento informado do participante de pesquisas clínicas com seres humanos tornou-se obrigatório. Os pacientes submetidos a pesquisas devem ter conhecimento do

---

<sup>352</sup> Cláudio Lorenzo destaca, em seu artigo sobre o consentimento informado na área de pesquisa, o problema que o Brasil enfrenta com a realidade do analfabetismo funcional, o qual acaba contaminando as escolhas dos indivíduos ao se submeterem às pesquisas, não sendo as normas, hoje existentes, apesar de prescritivas de certas formalidades para o consentimento informado suficientes para garantir sua finalidade, preservar a autodeterminação do indivíduo, especialmente, os sujeitos vulneráveis. LORENZO, Cláudio. O consentimento livre e esclarecido e a realidade do analfabetismo funcional no Brasil: uma abordagem para a norma e para além da norma. *Bioética*, Brasília, v.15, n.2, p. 268-282, 2007.

assunto em estudo para tomarem uma decisão e poder discernir de forma suficiente para autorizarem a intervenção.<sup>353</sup>

No caso das pesquisas com seres humanos, embora haja um constante crescimento das garantias fundamentais dos direitos do cidadão participante de pesquisas clínicas; ainda hoje, na prática, a realidade é que existe uma escassez legislativa em relação às pesquisas médicas.

Não há um controle efetivo do que ocorre no meio médico; os esclarecimentos são poucos e as garantias dos benefícios desproporcionais em relação aos prejuízos destas pesquisas clínicas, e muitas vezes o consentimento não é livre e esclarecido, não só por falta de devida informação como pela sujeição de determinadas pessoas vulneráveis.

A exigência desse consentimento decorre da observância dos parâmetros éticos na pesquisa com seres humanos, ditados não só pelo Código de Nuremberg (1947), mas também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelos Códigos Deontológicos e de Ética Médica, pelas Diretrizes Internacionais propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos (1985) e, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina.

O médico ou pesquisador deve atuar com imparcialidade, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos, financeiros ou outros interfiram na relação médico-paciente. Os recursos devem ser equilibradamente distribuídos, com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas.

É exatamente em função do incondicional respeito aos parâmetros éticos que as pesquisas envolvendo seres humanos demandam toda uma estruturação, sendo esta objeto de regulação e fiscalização pelo Estado.

No Brasil o consentimento informado é previsto expressamente no artigo 101 do Código de Ética Médica, nas Resoluções do CNS nº 196/96 e nº 251/97, e em outras resoluções de temáticas específicas que se lhe seguem e que contemplam também as diretrizes internacionais.

---

<sup>353</sup> Em se tratando de pesquisas com criança, de acordo com as Resoluções do Conselho Nacional da Saúde nº 196/96 e nº 251/97, para que ela faça parte de uma pesquisa clínica, esta deve ter a finalidade terapêutica e o responsável legal deverá autorizar a participação desse indivíduo relativamente incapaz. No entanto, é importante ressaltar que a vontade da criança deve ser respeitada, conforme sua capacidade de discernimento. De acordo com a Declaração de Helsínki, de 1989, da Associação Médica Mundial, “sempre que a criança for de fato capaz de dar seu consentimento, este deve ser obtido em acréscimo àquele fornecido por seu guardião legal”. Em 1993 as Diretrizes Internacionais do CIOMS (Council for International Organizations of Medical Sciences) apresentou um item específico para pesquisa em crianças, dispendo: “os pais ou representantes legais devem dar um consentimento por procuração; - o consentimento de cada criança deve ser obtido na medida de sua capacidade; a recusa da criança em participar na pesquisa deve sempre ser respeitada, a menos que, de acordo com o protocolo de pesquisa, a terapia que a criança receberá não tenha qualquer alternativa medicamente aceitável”. Em outubro de 1995 o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), do Ministério da Justiça, estabeleceu os Direitos da Criança e do Adolescente Hospitalizados, através da Resolução nº 041/95, que, em seu artigo 12, estabelece: “Direito de não ser objeto de ensaio clínico, provas diagnósticas e terapêuticas, sem consentimento informado de seus pais ou responsáveis e o seu próprio, quando tiver discernimento para tal”.

A Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) nº 196/96 prevê os princípios que orientam a bioética; exige a ponderação entre riscos e benefícios atuais e potenciais, individuais e coletivos, e o comprometimento máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos (beneficência), sempre se evitando o mal (não maleficência) e diz ser importante a relevância social da pesquisa e a minimização dos ônus para os sujeitos vulneráveis, demonstrando acolhida ao princípio da justiça; além de exigir o respeito à autonomia do ser humano que se dará com a obtenção do consentimento livre e esclarecido.

O quarto capítulo da Resolução nº 196/96 se dedica ao consentimento livre e esclarecido e exige que o esclarecimento se faça em linguagem acessível e descreve nove tipos de informação que devem ser transmitidas ao sujeito. Além disso, estabelece que o termo de consentimento tenha a forma escrita, podendo, inclusive, haver identificação por impressão dactiloscópica, para o caso daqueles que não podem assinar o nome. E faz referência à garantia da liberdade de determinadas pessoas que podem ter sua manifestação acerca de sua participação na pesquisa comprometida (adultos e capazes expostos a influências).

Trata-se o consentimento livre e esclarecido, portanto, de uma decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou à experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos. E constitui dever do médico obtê-lo.

Além disso, é preciso que o indivíduo compreenda as informações relevantes, as possíveis consequências de suas decisões e que comunique de forma clara e reiterada sua decisão.

O consentimento deve ser anterior ou concomitante à intervenção médica e seu descumprimento ou o cumprimento defeituoso podem acarretar responsabilidade civil do médico.

Na verdade, não existe uma forma predeterminada para o consentimento, mas, em geral, é por escrito, podendo, no entanto, ser verbal. Em se tratando de pesquisa, deve ser firmado um termo. O documento é escrito e contém todos os esclarecimentos acerca da pesquisa e dos procedimentos previstos além da autorização do paciente à sua participação.

Insta acentuar, que há casos em que os sujeitos da pesquisa não podem exercer sua autonomia. São os que apresentam diminuição transitória de sua autonomia, sem esperanças de que possam recuperá-la, mas se conhece suas preferências e os que nunca foram autônomos ou não se conhece as escalas de valores, pelo que só poderá ser realizada a pesquisa se trazer algum benefício com o mínimo de danos para o sujeito da pesquisa.



Quando o consentimento for documentado e registrado, pode o profissional provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo, fato que também poderá reduzir em consequências gravosas, no âmbito da responsabilidade civil.

Se o médico age sem atender à autonomia privada do paciente, arcará sozinho com todo o ônus de sua intervenção.<sup>354</sup> Isso porque, ao consentir com o tratamento sugerido, o paciente está apenas autorizando a aplicação dos meios indicados, mantendo o direito de exigir que o profissional tenha diligência. No âmbito biomédico, a exigência de consentimento informado se coaduna com a proteção integral da pessoa, propugnada pela ordem jurídica constitucional.

Logo, o consentimento informado é pedra angular na apuração da responsabilidade do fornecedor pois, embora alguns médicos, em princípio, não respondem pelos riscos inerentes à atividade que exercem, podem em algumas situações ter de reparar os danos sofridos pelo paciente em razão da inobservância do dever de informar sobre as consequências do tratamento, da pesquisa.

### 3.3 Dispensa do consentimento livre e esclarecido

A autonomia da vontade nas relações médicas não é absoluta, havendo situações que dispensam o médico de obter o consentimento livre e esclarecido do paciente.<sup>355</sup>

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo<sup>356</sup> disserta sobre cinco hipóteses: i) grave perigo para a saúde pública (por exemplo, artigo 14, parágrafo único, do ECA; artigo 11, 12 e 13, Lei nº 6.259/75, artigo 6º, III, e 9º, Lei nº 10.216/2001); ii) emergências<sup>357</sup> (artigo 146, § 3º, do CP); iii) privilégio terapêutico, quando as informações podem gerar danos ao paciente (artigo 34, CEM); iv) direito de recusa do paciente baseado em seu poder de autodeterminação,

---

<sup>354</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). *Bioética e Responsabilidade*. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

<sup>355</sup> Ana Cláudia Pirajá expõe sobre alguns casos que comportam exceção à necessidade de consentimento do paciente como quando a intervenção médica for de urgência, em casos de tratamentos médicos obrigatórios e nas hipóteses em que os atos médicos são contrários à vontade do paciente. BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no Transplante de Órgãos à luz da Lei n.º 9.434/97, com alterações posteriores*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 120-121.

<sup>356</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>357</sup> SOUZA, Néri Tadeu Câmara. O consentimento informado na Atividade Médica e a Autonomia do Paciente. São Paulo. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/47/22/472/> . Acesso em: 23 mar. 2009.

consoante artigo 15 do Código Civil, que permite a recusa desde que não haja risco de vida;<sup>358</sup> v) direito do paciente de não receber informações.

A primeira hipótese que dispensa o consentimento informado é a presença de grave risco para a saúde coletiva pois, nesses casos, a intervenção médica é obrigatória (artigos 268 e 269 do Código Penal) e independe da autorização do paciente ou de seu representante legal. É o tratamento compulsório que coloca a saúde e o bem-estar sociais e comunitários em posição de superioridade em relação aos valores individuais das pessoas como a liberdade e autodeterminação, o que é passível de grandes debates.

É o caso típico de vacinação como prevê o artigo 14 do ECA, e artigos 11 a 13 da Lei nº 6.259/75, que dispõem sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações e estabelecem normas relativas à notificação compulsória de doenças. Além disso, a Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, também prevê a internação compulsória (artigo 6º, inciso III, e 9º).<sup>359</sup> Há o tratamento compulsório de determinadas doenças, tais como cólera, coqueluche, febre amarela, dengue, difteria, doença meningocócica, meningite, dentre outras previstas na Portaria nº 1.943, de 18 de outubro de 2001, do Ministério da Saúde.

Todavia, boa parte da doutrina entende que não seria propriamente uma exceção ao consentimento informado, pois antes concede o direito de informação ao paciente

Também constitui exceção ao direito de obtenção do consentimento informado quando o paciente está em iminente perigo de vida, de grave lesão ou morte, casos de urgência e emergência,<sup>360</sup> em que não há tempo para informar, nem mesmo para obter seu

---

<sup>358</sup> “A regra do art. 15, segundo o qual “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, tem gerado alguns mal-entendidos. Antes do Código Civil, regulava o assunto o Código de Ética Médica, o qual vedava ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente a que práticas terapêuticas se submeter, “salvo em caso de iminente perigo de vida”. A expressão atual “com risco de vida”, portanto, interpretada sistematicamente, altera a regra anterior, atribuindo agora ao paciente, desde que lúcido e consciente, a completa autodeterminação. Isto vale, evidentemente, para cirurgias e tratamentos programados; em situações de emergência, em que há risco de vida do paciente, o médico procederá ao tratamento, não apenas pelo consentimento presumido implícito, mas pela ausência, neste caso, de qualquer forma de “constrangimento”. MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas. (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

<sup>359</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM n.º 1.407/94. Adota os princípios para a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e para a melhoria da assistência à saúde mental. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1994/1407\\_1994.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1994/1407_1994.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

<sup>360</sup> A Resolução nº 1.451/95 do CFM traz em seu artigo 1º a definição de emergência e urgência: “Artigo 1º - Os estabelecimentos de Prontos Socorros Públicos e Privados deverão ser estruturados para prestar atendimento a situações de urgência-emergência, devendo garantir todas as manobras de sustentação da vida e com condições de dar continuidade à assistência no local ou em outro nível de atendimento referenciado. Parágrafo Primeiro - Define-se por URGÊNCIA a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata. Parágrafo Segundo - Define-se por EMERGÊNCIA a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo portanto, tratamento médico imediato”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1.451/95. Estabelece estruturas para prestar atendimento nas

consentimento, e, em certos casos, nem o consentimento de seus familiares, o que seria suficiente para legitimar o ato médico. É o que ocorre, por exemplo, quando em meio à intervenção cirúrgica o cirurgião descobre a existência de uma lesão mais grave ou diferente da prevista e não pode suspender o procedimento para obter o consentimento do paciente ou de familiares.

Nessas hipóteses, o profissional médico fica isento de responsabilidade, tanto civil quanto criminal (artigo 146 do Código Penal), pois constitui seu dever cuidar do paciente, zelar por sua saúde, sob pena de omissão de socorro (artigos 13, § 2º, e 135, ambos do Código Penal)

A doutrina defende que se trata de consentimento presumido, já que o paciente concordaria com o tratamento se estivesse em condições de outorgá-lo.

Quanto ao privilégio terapêutico, este, de acordo com o explicitado no capítulo segundo, item 2.1.1, ocorre quando o médico omite informação que entende excessiva a respeito do diagnóstico ou prognóstico grave do paciente pois, segundo ele, pode ser prejudicial à comunicação, causar danos à sua saúde (psicológicos ou não) ou atrapalhar o andamento do tratamento. Isso lhe permite substituir o juízo do paciente pelo dele próprio no processo de tomada de decisão.

O privilégio terapêutico permite que o médico retenha informações tem amparo na segunda parte do artigo 34 do Código de Ética Médica. Essa decisão está fundamentada no princípio da beneficência, que faz prevalecer na ponderação entre a autonomia do paciente e a proteção de sua saúde esta última por atender ao melhor interesse do paciente.

Nesse caso, o médico realiza o tratamento sem obter o consentimento do paciente, no entanto, não se descumpra dos seus deveres de cuidado e de informar aquilo que não lhe causar danos, persistindo o dever de informar à família.

O exercício do consentimento ou até mesmo as hipóteses que o dispensam por dizer respeito ao direito à vida, à saúde, traz várias questões passíveis de discussões doutrinárias e que perpassam pela seara do biodireito, da bioética, especialmente devido aos avanços tecnológicos, ao uso de tratamentos experimentais, pesquisas.

---

situações de urgência-emergência, nos Pronto-Socorros Públicos e Privados. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451\\_1995.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451_1995.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2010. Da mesma forma, a Lei n.º 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde: “Artigo 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; e II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional”.

A prática do privilégio terapêutico coloca diversos pontos em questionamento, até mesmo por ser uma conduta que se aproxima de uma ética paternalista da qual a doutrina moderna tem-se afastado.

Destacam-se os seguintes questionamentos: Poderia o médico fazer análise acerca das consequências decorrentes da informação? Teria ele condições de prever as reações psicológicas do paciente? Seria o privilégio terapêutico um escudo para o médico se livrar do dever de informar? Qual princípio deve prevalecer, o da autonomia ou o da integridade psicofísica se ambos são substratos da dignidade da pessoa humana? Os familiares podem solicitar ao médico para não informar ao paciente seu verdadeiro estado de saúde sob o argumento de que a informação agravaria seu quadro clínico?

Essas controvérsias remetem à aplicação de princípios da bioética (beneficência, autonomia) e do biodireito (dignidade da pessoa humana, autonomia privada), pois é o médico quem acaba decidindo não informar o paciente, ou informar de forma incompleta, o que afeta o conhecimento pelo paciente de determinadas circunstâncias que poderiam colocar em risco sua vida ou causar grave dano à saúde, física ou psíquica.

Diante desses desafios, a bioética e o biodireito têm a finalidade de assegurar mais humanismo nas ações do cotidiano das práticas médicas e nas experimentações científicas que utilizam seres humanos.

O privilégio terapêutico não pode ser usado como um salvo conduto para o médico, nem mesmo a beneficência se transmutar em paternalismo; ao revés, este deverá justificar de forma comprovada o porquê de seu paciente não poder ser informado e, por isso, não conceder seu consentimento, sob pena de configurar um retrocesso no progresso da relação médico-paciente de um perfil lógico-autoritário, para o atual perfil dialógico-consensual.

O direito de recusa a procedimento médico afasta a indagação a respeito do consentimento informado, pois em observância, justamente, à autonomia do paciente, ele não autoriza a intervenção médica.

A recusa livre e consciente do paciente não afasta o dever de informar do médico, salvo se este não quiser ser informado, pois o paciente só pode decidir pela não submissão ao tratamento médico depois de devidamente esclarecido.

A recusa à informação, também fundamentada no poder de autodeterminação do paciente, compromete o consentimento informado, pois, uma vez ausente a informação, não há como o paciente consentir.

O consentimento livre e esclarecido confere licitude e legitima a intervenção médica sobre o corpo do paciente.

No entanto, o tratamento médico devidamente consentido pelo paciente não excluirá sua responsabilidade se agir com dolo ou culpa e lhe causar danos; logo, ele não o exime de empregar todos os seus conhecimentos e utilizar diligência no seu ato. Todavia, se eximirá da responsabilidade sobre os riscos devidamente informados, e por eventual violação da liberdade de escolha e autodeterminação do paciente, já que este pôde consentir de forma e livre e consciente.

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR

### 4.1 A responsabilidade civil decorrente da relação médico-paciente

A conduta médica que causa danos aos pacientes se insere dentro do conceito de ato ilícito,<sup>361</sup> que pode ser ilícito contratual ou extracontratual, dependendo da relação jurídica estabelecida.

O ato ilícito tem como efeito o dever de reparar os danos sofridos. Essa consequência do ilícito é amplamente tratada pelo instituto da responsabilidade civil cuja função é garantir a reparação integral do dano ao mesmo tempo em que prevenir comportamentos antissociais, antijurídicos, desestimular as condutas potencialmente danosas (reparação e prevenção).

A responsabilidade civil<sup>362</sup> constitui, portanto, efeito do ato ilícito e não causa, podendo existir ilícitos que não produzem o dever de indenizar.<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> Não há na doutrina uma unanimidade quanto ao conceito de ilícito civil. Alguns juristas, como Orlando Gomes, definem ato ilícito pelos seus elementos, pelo que seria ato ilícito a “ação ou omissão culposa com a qual se infringe direta e imediatamente um preceito jurídico do direito privado, causando-se dano a outrem”. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 314. Por outro lado, há também os que definem a ilicitude pelo sentido. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, ato ilícito em sentido amplo constitui fatos do homem atitantes com a lei, ocorre sempre que alguém se afasta, por ato voluntário, do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo. Enquanto ato ilícito em sentido estrito significa comportamento injurídico do agente que acarreta resultado danoso para outrem (ilegalidade do comportamento humano + dano Injusto). THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: Livro III - Dos fatos jurídicos*: do negócio jurídico: v. III, t. 1 (Artigos 138 a 184); TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>362</sup>“Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.” CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003. p. 17.

<sup>363</sup> Na tentativa de se estabelecer uma nova teoria dos atos ilícitos, alguns doutrinadores, como Judith Martins-Costa e Felipe Peixoto Braga Neto propõem uma nova perspectiva metodológica à luz de novos paradigmas conceituais, valores, princípios e normas constitucionais, prestigiando, especialmente, os valores que protejam a pessoa humana em suas múltiplas dimensões. Essa nova concepção abrangeria espécies de ilícitos não compreendidos na sistemática teórica prática. Os ilícitos apresentam-se abertos, funcionalizados, heterogêneos e múltiplos, sem exigir previsão específica e literal, incorporando violações a princípios, valores, ou normas pertinentes à sistemática do direito civil. Essa nova perspectiva se contraporía aos aspectos patrimoniais dominante entre os oitocentistas e absorvidos pelo Código Civil de 1916, em que o ato ilícito era encarado dentro de uma tipologia fechada, resultado apenas de previsão legal, associado à culpa, ao dano e ao dever de indenizar, e para alguns à consciência de sua prática. Isso porque essa visão de ato ilícito não abarca todas as possíveis feições do fenômeno, deixando descobertas condutas cuja inserção só pode ser feita entre atos ilícitos, numa perspectiva meramente repressiva, posterior à lesão ocorrida. Quando o ilícito civil deve ser tratado pela sua dimensão prospectiva. O principal argumento desses doutrinadores é que pode haver ilicitude sem dano indenizável da mesma forma que indenização sem a presença de ato ilícito. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Estruturas e rupturas em torno do artigo 187. Disponível: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4229>> Acesso em: 22 ago. 2007. Cf. BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A consequência jurídica do ato ilícito é o dever de indenizar quando acarretar dano, embora também seja possível haver o dever de indenizar por ato lícito nos casos previstos em lei, como exemplo os artigos 929 e 930, ambos do Código Civil<sup>364</sup> e a responsabilidade civil objetiva do Estado por ato lícito.<sup>365</sup>

A responsabilidade civil distribui os custos da inserção em sociedade pelos seus diversos membros por meio da imposição de um dever de indenizar. Responsabilizar significa imputar a alguém a obrigação de reparar ou ressarcir o dano em razão da ofensa ou violação de um direito, consubstanciado no dever de indenizar.

O instituto da responsabilidade civil vem ganhando novos contornos resumidos por Heloisa Helena Barboza:<sup>366</sup> i) a perda da nitidez da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual; ii) o aumento dos casos de responsabilidade objetiva (sem culpa); e iii) a sedimentação do dano moral, que serão analisados nessa ordem.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil era dividida em responsabilidade civil extracontratual decorrente da prática de ato ilícito previsto no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 159 do Código Civil de 1916, atual artigo 186 do Código Civil de 2002, e responsabilidade contratual quando o ilícito decorria de descumprimento de obrigação, artigos 962 e 1.056, ambos do Código Civil de 1916, correspondente, respectivamente, aos artigos 398 e 389, ambos do Código Civil de 2002.

A distinção ocorria levando em consideração três elementos: i) fonte de que promanam a obrigação; ii) o ônus da prova; e iii) capacidade do agente causador do dano.

Se preexistisse um vínculo obrigacional e o dever de indenizar decorresse do inadimplemento, falta do cumprimento de qualquer obrigação ou de um dever derivado de um negócio jurídico, violação de direito subjetivo relativo, a responsabilidade era chamada de

<sup>364</sup> “Em princípio toda ação ou omissão voluntária que viola dever jurídico e causa dano a outrem – em sua pessoa ou bens – é contrária ao Direito e, portanto, ilícita. Do ato ilícito (ou melhor, do dano injusto) deflui, como consequência, a responsabilidade civil; significa dizer que aquele que praticou o ato tem, em regra, o dever de reparar o dano causado, recompondo o prejuízo do lesado. Ocorre que, por exceção, em razão de certas circunstâncias especiais, como o perigo iminente, o legislador justifica a ação ou omissão, considerando-as lícitas. São as chamadas “causas de justificação”, que excluem a antijuridicidade da conduta do agente, razão pela qual são também conhecidas como “excludentes de ilicitude”, termo de uso mais corrente no Direito brasileiro. [...] Desta forma, os atos praticados, desde que sem excessos, em legítima defesa, no exercício regular de um direito e em estado de necessidade não constituem crime e, igualmente, não configuram, na esfera cível, ato ilícito. Nada obstante, o ato lícito pode ensejar obrigação de indenizar – dever jurídico primário -, mas ao contrário do ato ilícito, não é fonte direta de responsabilidade civil – dever jurídico sucessivo”. CRUZ, Gisela Sampaio da. As excludentes de ilicitude no Novo Código Civil. In: *Parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 397, 398 e 425.

<sup>365</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil do Estado. Bala perdida. Teoria do Risco Administrativo. Apelação Cível n.º 2007.001.32436. Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 04/09/2007. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 37)

<sup>366</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil Médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 49-64, jul./set. 2004.

contratual ou ilícito contratual ou relativo. A responsabilidade contratual serve à tutela das expectativas ligadas à prestação. Quando o dever surge em virtude de lesão a um direito subjetivo absoluto (exemplo: direitos reais e direitos da personalidade), que configura violação de um dever genérico de abstenção ou dever jurídico geral de convivência social (*neminem laedere*), sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica, a responsabilidade é chamada de extracontratual, responsabilidade de ilícito aquiliano ou absoluto. A responsabilidade aquiliana visa proteger esferas individuais contra terceiros, salvaguardar uma ordem geral de convivência social, a paz jurídica.

A função da responsabilidade civil baseada no *neminem laedere*, segundo André Tunc,<sup>367</sup> é garantir a manutenção de um equilíbrio entre a liberdade do homem e seus poderes e deveres sociais, aplicável quando ocorre a inobservância do dever de comportar-se como um membro de uma sociedade de iguais.

Fábio Konder Comparato<sup>368</sup> resume dois tipos de deveres previstos no ordenamento jurídico: “o dever geral imposto a todos no interesse da coletividade, e que constitui a contrapartida exata dos direitos absolutos: *neminem laedere, suum cuique tribuere*”, e o dever especial imposto a uma determinada pessoa relacionada com outra por determinado período.

A responsabilidade civil extracontratual decorre da inobservância do dever geral de não causar prejuízo a outrem, que dará ensejo a uma obrigação delitual de reparação, da mesma forma que a responsabilidade contratual decorrente de um descumprimento de dever especial, proveniente de um negócio jurídico unilateral ou bilateral ou da própria lei (por exemplo: obrigação de alimentos), gerará o dever de indenizar. Em ambos os casos o dever de indenizar será em relação a uma determinada pessoa que sofreu o dano, mas por fundamentos legais diversos.

Outro aspecto diferenciador da responsabilidade contratual da extracontratual além das fontes de que promanam diz respeito à inversão do ônus da prova. Se a responsabilidade é contratual, o credor só estará obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida, cabendo ao devedor para se eximir da responsabilidade provar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Já se a responsabilidade for extracontratual caberá a vítima provar que o fato se deu por culpa do agente.

---

<sup>367</sup> Apud FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2009.

<sup>368</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro : Forense, 1978, p. 532.



O último elemento diferenciador apontado por Josserand<sup>369</sup> refere-se à capacidade do agente causador do dano, pois a responsabilidade no âmbito extracontratual é mais ampla (artigo 928 do Código Civil), já que independe da capacidade do agente, o que é exigido no contrato.

Essa distinção é moldada pela teoria dualista da responsabilidade, que se difere da teoria monista ou unitária. Carlos Roberto Gonçalves<sup>370</sup> aduz que, segundo a teoria monista, não importa distinguir as espécies de responsabilidade civil no cenário jurídico, pois são uniformes os seus efeitos, ou seja, em ambos os casos para configurar a responsabilidade deve haver a presença de três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos.

Na atualidade, essa distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, para a maioria dos doutrinadores, tem sido feita mais por zelo didático pedagógico do que um efeito jurídico necessário.

Manuel A. Carneiro da Frada<sup>371</sup> aborda a insuficiência da construção dualista da responsabilidade a partir do contrato e do delito em razão das novas exigências decorrentes de uma larga franja de situações emergentes da crescente complexidade e interdependência das sociedades modernas, não mais fincadas na tradição do jus-liberalismo e de sua ordem jurídica alicerçada na conexão entre autodeterminação (autonomia privada e autovinculação negocial) e autorresponsabilização (proteção contra intromissões danosas). Por isso, haveria uma terceira via de responsabilização intercalada nas anteriores, que supriria lacunas deixadas pela responsabilidade negocial ou delitual como, por exemplo, a responsabilidade decorrente da violação dos deveres de proteção.

A doutrina brasileira atribui, principalmente às novas regras de responsabilidade civil<sup>372</sup> introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor a quebra dessa *summa divisio*.

A lei consumerista teria superado essa divisão clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual no que diz respeito à responsabilidade do fornecedor de produtos

---

<sup>369</sup> Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9 ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>370</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9 ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>371</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1994.

<sup>372</sup> “Em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual. Os adeptos da teoria unitária, ou monista, criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os seus efeitos são uniformes. Contudo, nos códigos dos países em geral, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

e serviços. Isso porque consagrou a responsabilidade civil objetiva de todos os participantes do ciclo de produção e distribuição (artigo 12 do CDC) e ampliou o rol dos consumidores, incluindo todos aqueles que forem vítimas do acidente de consumo, sendo indiferente haver relação direta, vínculo com o fornecedor (artigo 17 do CDC).<sup>373</sup> O fundamento da responsabilidade passou a ser o dever de segurança<sup>374</sup> e não o vínculo entre as partes.

Além disso, previu a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor uma vez presentes os pressupostos da hipossuficiência ou verossimilhança das alegações, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC. A inversão independe da natureza contratual ou extracontratual da relação subjacente, bem como se a responsabilidade é ou não subjetiva.

A despeito dessa tendência unificadora da responsabilidade civil, que, inclusive, vem adquirindo nas legislações modernas a previsão de um regime uniforme com aspectos comuns a ambas as responsabilidades (exemplo: disposições de caráter geral como no Código alemão e exemplo: Código brasileiro – Capítulo I e II, do Título IX – da obrigação de indenizar e da indenização), permanecem aspectos peculiares, como a culpa, que merecem consideração.

Ao lado da responsabilidade por ato ilícito, há a responsabilidade que decorre de imposição legal como no caso do dever de indenizar quando a simples atividade do agente for capaz de gerar dano, denominada responsabilidade objetiva.

O atual Código Civil vigente, assim como fazia o Código Civil de 1916, conceitua o ato ilícito em sua parte geral e, na parte especial, apresenta normas relativas à responsabilidade civil (Título IX do Livro I), incluindo as hipóteses de responsabilidade em que não há verificação de um ato ilícito. É o caso da responsabilidade civil decorrente do risco da atividade expressamente consagrada no artigo 927, parágrafo único, do diploma civil. Surgem, portanto, duas cláusulas gerais de responsabilidade civil, a objetiva, e a subjetiva.

A responsabilidade por ato ilícito é subjetiva e o fundamento está no dever de agir com diligência ou cautela para não lesar ninguém (*neminem laedere*) e cumprir a obrigação avençada. A inobservância desses deveres caracteriza a culpa presente no ato ilícito *strictu sensu*.

---

<sup>373</sup>“No direito brasileiro, a superação da summa divisio entre responsabilidade contratual e extracontratual pela Lei n.º 8.078/90 ficou expressa na regra do art. 17 do CDC, que, claramente, equiparou aos consumidores todas as vítimas de acidente de consumo.” SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190.

<sup>374</sup> Antônio Herman V. Benjamin ao dissertar acerca da responsabilidade civil nas relações de consumo pelo fato do produto e do serviço abordou a superação da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual nos seguintes termos: “O tratamento que o Código dá a esta matéria teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não. BENJAMIN, Antônio Herman V. et. al. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 113.

A responsabilidade objetiva, sem análise de culpa, pode ocorrer tanto em sede contratual quanto extracontratual e pretende socializar os riscos da vida comunitária, a lei impõe o ônus de assumir os riscos da própria atividade e independe de culpa do agente, basta a causalidade entre o ato e o dano para dar ensejo à reparação. O que motiva a reparação é a solidariedade com a vítima do dano, baseada no princípio da justiça distributiva, repartindo os ônus dos danos inerentes à determinada atividade legal e socialmente útil.

No Código Civil de 1916, o dever de indenizar era baseado na conduta culposa do agente causador do dano, inspirado no Código Civil de Napoleão, cuja responsabilidade era quase que exclusivamente fundada no ato ilícito, que tinha como elemento central a culpa *lato sensu*.

Todavia, esse mecanismo foi objeto de diversas críticas pela doutrina, inclusive francesa, já que em determinados casos o subjetivismo, ou seja, a necessidade de a vítima provar a culpa, acabava por gerar a irressarcibilidade do ofendido, mormente diante da complexidade das práticas industriais e do progressivo aumento dos riscos de acidentes.

Essa transformação social fez com que a teoria da responsabilidade civil passasse por uma evolução, partindo da teoria da culpa, para culpa presumida relativa ou absoluta, até a teoria do risco, em que não mais se leva em conta a culpabilidade do agente, mas o risco da atividade por ele desenvolvida, passando à responsabilidade objetiva.

Ao lado da cláusula geral de responsabilidade subjetiva prevista no artigo 159 do CC de 1916, foram surgindo leis extravagantes que consagravam a responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva,<sup>375</sup> como, por exemplo, no caso de estradas de ferro (Decreto nº 2.681/12), de acidentes de trabalho (Lei nº 8.213/91), de mineração (Decreto-Lei nº 227/77), de atividades lesivas ao meio ambiente (Lei nº 6.938/81), de transporte aéreo (Lei nº 7.565/86) e de relação de consumo (artigos 12 e 14 do CDC,).

A Constituição Federal de 1988 também atribuiu responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado que prestam serviços públicos (artigo 37, § 6º) e àqueles que explorem energia nuclear (artigo 21, XXIII, “c”).

A responsabilidade objetiva, no entanto, não substitui, nem elimina a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa e decorrente de ato ilícito.<sup>376</sup> O risco e a culpa decorrente do ato ilícito são duas fontes de responsabilidade que, apesar de distintas, convivem com harmonia.

---

<sup>375</sup> Para Roberto de Abreu e Silva a regra hodierna é a responsabilidade objetiva, sendo a exigência de culpa exceção. SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, 2006, p. 25.

<sup>376</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 177 e 178.

O Código Civil de 2002 consagrou duas cláusulas gerais de responsabilidade,<sup>377</sup> a da responsabilidade objetiva, prevista no artigo 927, § único, e da responsabilidade subjetiva, artigo 186. Contudo, há quem sustente como Rui Stoco<sup>378</sup> e Fávio Tartuce,<sup>379</sup> que persiste apenas uma cláusula geral, a da responsabilidade subjetiva, tendo em vista que o parágrafo único do artigo 927 traz exceção e não regra geral, sendo as hipóteses de responsabilidade objetiva taxativas, *numerus clausus*.

A despeito dessa alteração, o legislador do Código Civil de 2002 não afastou a culpa como elemento fundamental, pressuposto do ato ilícito e um dos elementos básicos da responsabilidade civil.

Todavia, admite-se a tendência da despatrimonialização do Código Civil e o abandono da culpabilidade como elemento único e indispensável para que nasça a obrigação de reparar, de modo a caminhar mais rapidamente para a verdadeira socialização dos encargos.

A obrigação de indenizar deve ter como antecedente os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil, ou seja, os elementos formadores daquela obrigação: um comportamento (ação ou omissão) do agente, o elemento subjetivo (dolo ou culpa), o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e a ocorrência de um dano efetivo, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (moral). Na hipótese de responsabilidade objetiva é que se pode prescindir do elemento subjetivo.

Mudou-se o foco da noção de identificar e responsabilizar o culpado para o amplo ressarcimento da vítima, para sua reparação, distribuindo os prejuízos experimentados pela pessoa para a sociedade, já que o risco aparentemente assumido pelo empreendedor é repassado para os destinatários finais por meio da reavaliação dos custos do empreendimento.

A teoria do risco busca beneficiar a vítima, sendo mais humano e ligado ao sentimento de solidariedade, repartindo com maior dose de equidade, principalmente diante da vida em sociedade que se tornou mais complexa.

A responsabilidade civil, diferentemente da penal e administrativa, que visam punir o agente por condutas ilícitas, numa nova interpretação, preocupa-se tão somente com a reparação do dano causado a outrem.

---

<sup>377</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. O artigo 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 6, v. 21, jan./mar. 2005, p. 53-93.

<sup>378</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>379</sup> “Por tais razões, entendemos que a nova codificação continua adotando como regra geral a necessidade do elemento culpa para fazer surgir a responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar. Isso, ao nosso ver, vai inclusive vai de acordo com o Princípio da Socialidade, pelo caos que poderia gerar a adoção de teoria ao contrário.” TARTUCE, Flávio. A Responsabilidade Civil Subjetiva como regra geral no Novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em 10 de maio de 2010.

A responsabilidade civil tem a finalidade primordial de ressarcir os danos patrimoniais ou extrapatrimoniais causados pela infração de determinados deveres de conduta.

A atenção volta-se para a vítima do dano injusto<sup>380</sup> e não para o agente, por isso também que o direito civil abandonou há muito tempo a distinção entre culpa leve, grave, e vem aumentando as hipóteses de responsabilidade objetiva, que se fundamente na solidariedade.

O fim da responsabilidade civil é, portanto, a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano. Indenizar significa tornar indene a vítima, reparar todo o dano por ela sofrido.

No entanto, persiste a responsabilidade subjetiva nas relações interindividuais, deixando a responsabilidade objetiva para as hipóteses especificadas em lei, quando houver desequilíbrio entre as partes e a atividade desenvolvida for de elevado potencial lesivo.

Outro avanço na seara da responsabilidade civil foi a preocupação com a vítima, em ressarcir toda espécie de dano sofrido, englobando o dano moral, que tem como fundamento a cláusula de proteção da pessoa humana, não admitindo violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade, o dano informacional, dano institucional, o dano pela perda de uma chance, dentre outros.

Ademais, a responsabilidade civil também tem passado pelo fenômeno da despatrimonialização, não só por ressarcir a vítima em aspectos existenciais e não patrimoniais, mas por haver outros meios que não a indenização para reparar a vítima ou até mesmo evitar o dano, o que se dá através de tutelas preventivas.<sup>381</sup>

A responsabilidade civil do médico, como bem definido por Judith Martins-Costa,<sup>382</sup> “é efeito de um ato ilícito e culposo, praticado no exercício de suas atividades profissionais, do qual, por uma relação de causalidade, resulta um dano injusto ao paciente.”

O ordenamento jurídico tutela a vida humana, que engloba o direito à integridade física e psíquica, e o faz tanto na esfera cível como penal por meio da responsabilidade médica pelo dano injusto causado.

---

<sup>380</sup> Orlando Gomes há mais de duas décadas apontou para a girada do ato ilícito para o dano injusto, que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980.

<sup>381</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica. A tutela antecipatória na ação de reparação. Seleções jurídicas ADV, abr./04. Disponível em: <[http://www.coad.com.br/index.php?class=interface\\_frontend\\_busca&method=show\\_detalhe&id\\_registro=88&id\\_tipo=42](http://www.coad.com.br/index.php?class=interface_frontend_busca&method=show_detalhe&id_registro=88&id_tipo=42)>. Acesso em: 10 de maio de 2010.

<sup>382</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 831, p. 106-131, jan. 2005.

A vida humana é intangível e seu valor insuscetível de mensuração, por isso, em determinadas relações jurídicas em que prepondera o caráter existencial o instituto da responsabilidade civil ganha maior destaque, imputando às partes deveres e direitos a fim de garantir a preservação da dignidade da pessoa humana.

O instituto da responsabilidade civil deve ser lido à luz da Constituição Federal, de seus princípios, com ênfase no aspecto existencial pois, apesar de, inicialmente, construído para reparar os danos patrimoniais, seu centro de referência é o ser humano, a vítima de um dano não só patrimonial, mas também de danos não patrimoniais como o dano moral.

Na relação médico-paciente a conduta médica é revestida de mais deveres, pois tem o médico o *munus* de zelar pela dignidade do paciente, parte mais frágil, em todos os seus substratos, especialmente, zelar por sua integridade psicofísica, prestando informações a respeito de sua saúde e tratamentos disponíveis.

A inobservância pelo médico de seus deveres no desenvolver de sua atividade pode acarretar prejuízos ao paciente de ordem material ou moral e que serão objeto de reparação.

Definir a responsabilidade civil do médico tem sido uma difícil tarefa para os operadores do direito, não só pela evolução do instituto e rediscussão quanto às classificações doutrinárias e conceitos jurídicos, como pela progressiva massificação, socialização, proletarização dos serviços médicos, sua inserção no mercado de consumo, e diversos avanços científicos que demandam profundos questionamentos que o Direito não é capaz de regular e que envolvem questões éticas. Por isso, a importância do Biodireito.

O médico, no desempenho de suas funções, mantém diversas espécies de relações jurídicas e contatos com categorias de pessoas distintas, ora com o paciente, ora com hospital, plano de saúde, ora com a equipe médica, o que interfere diretamente na responsabilidade civil decorrente do ato médico propriamente dito (diagnóstico, indicação terapêutica, cirurgia, prognóstico).

A responsabilidade civil por ato médico pode ser apreciada em quatro direções: i) a responsabilidade civil dos médicos por ato próprio; ii) responsabilidade civil das entidades de saúde, públicas ou privadas (clínicas, casas de saúde, hospitais) pelos atos dos médicos, servidor público, empregados, ou contratados; iii) responsabilidade do médico por fato de *outrem*; e iv) responsabilidade do médico por fato das coisas.

O presente trabalho se limitou à relação contratual direta entre o paciente e o médico e a responsabilidade civil deste quando descumpre seu dever de informar acarretando dano ao paciente, conforme previamente delimitado no primeiro capítulo.

O objetivo não é dissertar sobre as hipóteses em que o médico não celebrou contrato com o paciente, e que exerce sua atividade por força de vínculo contratual ou estatutário com hospitais, casas de saúde, clínicas privadas ou entidades semelhantes, planos de saúde, cooperativas, ou ente público, nem mesmo de danos reflexos sofridos por familiares, ou praticados por outros profissionais, ou defeito de produto.

Entretanto, não se pode deixar de ressaltar que as entidades de saúde também têm o dever de reparar caso ocorra erro médico ou descumprimento de dever de conduta médica, inclusive, o atinente à informação.

Essa ressalva é necessária, pela concentração da prestação de serviços médicos por hospitais por meio de planos de saúde em razão da insuficiência do serviço público de saúde, sendo a responsabilidade desses entes contratual e submetida à disciplina do direito civil e consumerista. Enquanto isso, nos serviços prestados pela rede pública de saúde, a responsabilidade é estatal e extracontratual, por força de disposição constitucional que aplica a teoria do risco administrativo, no qual o Estado indenizará quem sofrer danos decorrentes de atos de agentes a serviço da Administração Pública (artigo 37, § 6º da Constituição Federal, artigo 43 do Código Civil). Ao Estado resguarda-se o direito de regresso contra o efetivo causador do dano, se provar dolo ou culpa do agente.

O termo hospital é definido por Ruy Rosado de Aguiar Jr.<sup>383</sup> como universalidade de fato formada por um “conjunto de instalações, aparelhos e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados a tratamento da saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza ato médico”. Da mesma forma são tratados os prontos-socorros, sanatórios, clínicas, e casas de saúde, ante a identidade jurídica de tais estabelecimentos que fornecem os mesmos serviços.

Na prática, essas expressões, hospitais, clínicas etc., são utilizadas para designar as pessoas jurídicas que mantêm esses estabelecimentos que tanto podem assumir a forma de associação, fundação ou sociedade (artigos 44, incisos I, II, e III, 53 a 69, e 981, todos do Código Civil).

Quando o serviço médico é prestado em clínicas e hospitais privados apresentam-se três espécies de relações, cuja análise influencia diretamente na responsabilidade civil: i) contrato entre o médico e o paciente que utiliza as dependências do hospital para realizar o procedimento médico, sem ter o médico qualquer relação com o hospital, o que lhe é

---

<sup>383</sup> AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 84, n. 718, ago. 1995, p. 41.

assegurado pela Resolução nº 1.231/1986<sup>384</sup> do CFM e pelo Código de Ética,<sup>385</sup> ii) o contrato entre o paciente e a clínica médica, que além de utilizar o serviço de hotelaria se submete a tratamento médico por profissional empregado da clínica com registro e carteira de trabalho ou contratado pelo hospital; e iii) contrato entre o paciente e o plano de saúde.

A atividade hospitalar privada abrange dois tipos de prestação de serviços, o de hotelaria<sup>386</sup> atinentes aos exames, à enfermaria, aos aparelhos e à estrutura de apoio ambulatorial, a guarda da pessoa e dos bens do paciente, alimentação, alojamento, guarda dos prontuários, fichas ou similares, e o serviço médico propriamente dito, ou seja, os que consubstanciam no ato médico, na atividade desenvolvida pelo profissional de medicina (diagnóstico, indicação terapêutica, cirurgia e prognóstico).

Por isso, o contrato celebrado entre o paciente e o hospital particular é complexo, acarretando consequências jurídicas relevantes na seara da responsabilidade civil.<sup>387</sup>

Toda atividade hospitalar, embora não se confunda com a atividade médica propriamente dita, já que desenvolve serviços de hospedagens e paramédicos, tem o objetivo de preservar, manter e recuperar a saúde, direito personalíssimo e que tem fundamento na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF).

Pelos danos decorrentes de serviços hospitalares de hospedagem, atividade inserida no mercado de consumo (artigo 2º e 3º do CDC), a responsabilidade do nosocômio é indiscutivelmente objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, e abrange tanto o funcionamento defeituoso de equipamentos (bisturis, fórceps, aparelhos diversos), como falha dos prepostos (pessoal paramédico e auxiliares), cabendo à clínica ou hospital o direito de regresso (artigo 934 do CC).

---

<sup>384</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM nº 1.231/1986. Assegura ao médico o direito de internar e assistir seus pacientes em hospital público ou privado, mesmo não fazendo parte do seu corpo clínico. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1986/1231\\_1986.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1986/1231_1986.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010

<sup>385</sup> Capítulo II, Inciso VI: “Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.” CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 1.931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

<sup>386</sup> Álvaro Henrique Teixeira de Almeida prefere utilizar a expressão serviço de internação em vez de serviço de hospedagens, pois este tem algumas peculiaridades diferentes, já que são prestados por hotéis e congêneres. ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. Responsabilidade dos hospitais. In: V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 303-329.

<sup>387</sup> Recentemente, devido às mudanças na ciência médica, os avanços tecnológicos, tem-se discutido acerca da responsabilidade civil dos médicos e bancos de sêmen na inseminação artificial podendo utilizar a mesma regra atinente à responsabilidade das clínicas e hospitais dependendo do serviço em apreço, se médico propriamente dito, ou outro relacionado com o condicionamento de gametas e embriões, por exemplo. Cf. GONÇALVES, Fernando David de Melo. Responsabilidade civil do médico e dos bancos de sêmen na inseminação artificial. *Consulex: revista jurídica*, v. 13, n. 292, p. 44-46, mar. 2009.



No que tange aos danos decorrentes do ato médico, a clínica ou hospital poderá ser responsabilizada solidariamente com o médico se este profissional integra seu corpo médico, como empregado ou prestador de serviços (artigo 14 do CDC, artigo 932, III, 933 do CC), restando as seguintes *vexatas quaestio*: i) responsabilidade da clínica ou hospital ser ou não objetiva, já que a responsabilidade do médico é subjetiva; ii) responsabilidade da clínica ou hospital quando o médico não tem qualquer vínculo; e iii) a possibilidade de a instituição denunciar à lide o médico,<sup>388</sup> atinente ao direito processual.

A maioria da doutrina defende tratar-se de responsabilidade objetiva,<sup>389</sup> porém há importantes vozes como a de Gustavo Tepedino,<sup>390</sup> Domingos Afonso Kriger Filho,<sup>391</sup> Ruy Rosado,<sup>392</sup> Heloisa Helena Barboza,<sup>393</sup> para os quais é subjetiva a responsabilidade hospitalar por ato médico.

A propósito da responsabilidade hospitalar por erro médico e não por serviço de hotelaria, o Superior Tribunal de Justiça situa-se em posição oscilante, ora estabelecendo ser a responsabilidade objetiva<sup>394</sup> sob o fundamento de que responde pelo risco do empreendimento, ora subjetiva,<sup>395</sup> em razão da exceção legal para os atos praticados por profissional médico (artigo 14, § 4º, do CDC e artigo 951 do CC).

<sup>388</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Denúnciação da lide ao médico. Impossibilidade. Recurso Especial n.º 883685/DF. Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 05/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Indenização. Erro médico. Denúnciação à lide. Agravo de Instrumento n.º 0016174-36.2010.8.19.0000. Relator: Exmo. Des. Marco Aurelio Froes. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 04/05/2010; Responsabilidade civil hospitalar. Denúnciação à lide. Apelação Cível n.º 0016021-69.1999.8.19.0038. Relator: Exmo. Des. Roberto de Almeida Ribeiro. Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível. Julgamento: 12/01/2010. Disponíveis em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 38, 39, 40)

<sup>389</sup> Neste sentido é o pensamento de Antônio de Vasconcellos e Benjamin: “O Código é claro ao asseverar que só a “responsabilidade pessoal” dos profissionais liberais, é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar em hospital responderá apenas culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente.” BENJAMIN, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137. E de Luiz Antonio Rizzatto Nunes “Se um hospital explora tipicamente o mercado, oferecendo serviços de massa, servindo-se da saúde como mercadoria e explorando sua atividade dentro das características típicas de risco/custo/benefício, ele é responsável objetivamente pelos danos causados por seus serviços, independentemente de quem os executa.” NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 358.

<sup>390</sup> TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 01, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.

<sup>391</sup> KRIGER FILHO, Domingos Afonso. A responsabilidade civil médica frente ao ordenamento jurídico atual. *Revista Forense*, v. 380, jul./ago. 2005, p. 33-46.

<sup>392</sup> AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995.

<sup>393</sup> BARBOZA, Heloisa Helena, Responsabilidade Civil Médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 49-64, jul./set. 2004, p. 58-59.

<sup>394</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 696284/RJ. Relator: Exmo. Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 03/12/2009. Disponível em:

<[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 42)

<sup>395</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 721956/PR. Relator: Exmo. Ministro Carlos Fernando Mathias. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 07/08/200; Recurso Especial n.º 908359/SC. Relatora: Exma. Ministra Nancy Andrighi. Relator p/ Acórdão: Exmo. Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Segunda Seção. Julgamento: 27/08/2008; Recurso Especial n.º 351178/SP. Relator: Exmo. Ministro Massami Uyeda. Relator p/ Acórdão: Exmo. Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento 24/06/2008; Recurso Especial n.º 258389/SP. Relator: Exmo. Ministro. Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento:

Em se tratando de médico estranho aos quadros do hospital e que só utiliza as dependências da clínica como estrutura para o exercício de suas atividades profissionais, doutrina<sup>396</sup> e jurisprudência<sup>397</sup> já se pronunciaram afirmando que o hospital não responde por eventuais danos, sendo, inclusive, parte ilegítima para figurar no polo passivo da demandada. No entanto, há também posicionamento contrário, que entende responder o hospital de forma objetiva em razão de o ato ter ocorrido dentro de suas dependências e haver auferição de lucro.<sup>398</sup>

Além da responsabilidade dos profissionais médicos e dos hospitais, os planos de saúde<sup>399</sup> ou cooperativas<sup>400</sup> também respondem pelos danos causados aos seus beneficiários e associados.<sup>401</sup>

A responsabilidade civil do Estado por ato médico praticado por seu empregado ou servidor público ou contratado, gera alguns questionamentos: i) quais seriam as normas aplicáveis (direito público ou direito privado ou ambas), e se seria relação de consumo;<sup>402</sup> ii)

16/06/2005. Disponíveis em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010 (ANEXO I, n.º 43, 44, 45, 46). No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.22543, Relator: Exmo. Des. Nametala Machado Jorge. Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível. Julgamento: 20/08/2008; Apelação Cível n.º 2009.001.39813. Relator: Des. Jose Carlos Paes. Órgão Julgador: Décima Quarta Câmara Cível. Julgamento: 16/07/2009. Disponíveis em: <<http://www.tjrij.jus.br/>>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 41, 47)

<sup>396</sup> Nesse sentido é o posicionamento de Ruy Rosado de Aguiar: AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 84, n. 718, ago. 1995, p. 41.

<sup>397</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 764001/PR. Relator: Exmo. Ministro Aldir Passarinho Junior. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 04/02/2010. Disponível em:

<[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 48)

<sup>398</sup> Segundo Grácia Cristina Moreira do Rosário, as clínicas e hospitais particulares respondem de forma objetiva pelo risco do empreendimento em qualquer hipótese de relação jurídica com o médico, seja ele empregado, prestador de serviço terceirizado, que aluga juntamente com sua equipe as dependências da clínica para prestação de eventos cirúrgicos e que presta serviços como profissional liberal, eventualmente, e *a posterior*, poderá propor ação de regresso contra o médico se restar evidenciada a culpa do médico. ROSÁRIO, Grácia Moreira do. *A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 110-111. Cf. SÁ, Maria de Fátima Freire de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade médica e objeção de consciências religiosa. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p.121-139, jan./mar. 2005., p. 129.

<sup>399</sup> FREIRE, Henrique. A responsabilidade civil das empresas operadoras no Superior Tribunal de Justiça: efeitos das decisões. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171-195.

<sup>400</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Cooperativa. Erro do médico cooperativado. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 495306/DF. Relator: Exmo. Ministro Humberto Gomes de Barros. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 25/05/2004. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 49)

<sup>401</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Plano de saúde. Recurso Especial n.º 164084/SP. Relator: Exmo. Ministro Aldir Passarinho Junior. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 17/02/2000. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 50)

<sup>402</sup> Questão abordada na nota de rodapé n.º 22 do primeiro capítulo.

possibilidade do Estado denunciar à lide o médico;<sup>403</sup> iii) possibilidade de acionar diretamente o servidor público.<sup>404</sup>

Contudo, a responsabilidade pessoal do médico por seus próprios atos não será afastada em nenhum desses casos, e será subjetiva, ou seja, dependerá da prova de culpa no desenvolver de sua atividade. E, caso não tenha participado da ação judicial, seja por decisão do próprio lesado ou falta ou impedimento da denúncia à lide,<sup>405</sup> poderá a entidade hospitalar ou o Estado exercer o direito de regresso (artigo 934 do Código Civil, artigo 13, parágrafo único do CDC, por analogia, e artigo 37, § 6º, *in fine*, da Constituição Federal).

Além de o médico ser responsabilizado por ato próprio, também responde por fato das coisas<sup>406</sup> que usa a seu serviço, e por ato de outrem, como ocorre quando transfere a prática de sua atividade médica a outrem,<sup>407</sup> ou quando responsável pela equipe<sup>408</sup> ou pessoal auxiliar<sup>409</sup> que com ele atua no procedimento médico (artigo 933 do Código Civil).

<sup>403</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade objetiva do Estado. Morte decorrente de erro médico. Denúnciação à lide. Não Obrigatoriedade. Recurso Especial nº 1089955/RJ. Relatora: Exma. Ministra Denise Arruda. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 03/11/2009. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 51)

<sup>404</sup> No caso de erro médico praticado por servidor público aplica-se o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a responsabilidade civil do Estado por danos causados pelos agentes públicos. No entanto, há controvérsias acerca da possibilidade da vítima do dano poder propor ação de reparação de dano diretamente contra o agente público. A respeito do assunto, cabe trazer a baila posição recente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser facultade do autor promover a demanda em face do servidor, do Estado ou de ambos. (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Especial nº 731746/SE. Relator: Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 05/08/2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 2 fev. 2010.) Em sentido contrário: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 327904/SP. Relator: Exmo. Ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 15.8.2006. Disponíveis em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2010.) (ANEXO I, n.º 52, 53)

<sup>405</sup> É controverso o cabimento de denúncia à lide do médico quando a ação é proposta contra a entidade hospitalar, como se verifica das seguintes decisões: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0016021-69.1999.8.19.0038. Relator: Exmo. Des. Roberto de Almeida Ribeiro. Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível. Julgamento: 12/01/2010; Agravo de Instrumento nº 0016174-36.2010.8.19.0000. Relator: Exmo. Des. Marco Aurélio Froes. Julgamento: 04/05/2010. Disponíveis em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 54, 55)

<sup>406</sup> A responsabilidade do médico pelo fato do produto está vinculada ao uso pelo médico de produto defeituoso ou na sua má utilização que acarretam danos ao paciente, acidentes de consumo (por exemplo: uso de bisturis, tesouras, instrumentos ortopédicos e cirúrgicos, bombas de cobalto, medicamentos, etc.). Quando o dano é causado pelo próprio aparelho ou medicamento, sem qualquer falha do profissional aplica-se o artigo 12 do CDC, responsabilidade do fabricante, restando a controvérsia sobre a solidariedade do médico em razão do disposto no artigo 934 do Código Civil e artigo 13 do CDC, que garantem o direito de regresso. V. SOUZA, Neri Tadeu Câmara. In: V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 375-381.

<sup>407</sup> O médico é responsável quando se faz substituir por outro profissional que executará total ou parcialmente o serviço, sob sua direção, salvo se a substituição decorre de contratação direta pelo paciente. Cf. GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45-46. Cf. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>408</sup> “Tem ensejado divergência a responsabilidade médica no caso de equipe cirúrgica. Se o paciente, por exemplo, durante a cirurgia, vem a falecer em razão de erro anestésico, quem deverá ser responsabilizado? A equipe toda, o médico-chefe ou apenas o anestesista? Tudo dependerá, em meu entender, do tipo de relação jurídica que há entre eles. Se a equipe é formada por escolha do médico-chefe e atua sob sua orientação, ele terá responsabilidade solidária com o anestesista por estar no comando da equipe. Os outros médicos são seus auxiliares e executam atos sob suas ordens, necessárias ao bom desempenho da intervenção. Mas, se atuam como profissionais autônomos – o que não é do nosso costume –, cada qual em sua especialidade, a responsabilidade será individualizada, cada um respondendo pelos seus próprios atos, de acordo com as regras que disciplinam o nexo de causalidade. A responsabilidade será daquele membro da equipe que deu causa ao evento. Em outras palavras, embora a equipe médica atue em conjunto, não há, só por isso, solidariedade entre todos os que a integram. As múltiplas especialidades da medicina e o aprimoramento das técnicas cirúrgicas permitem fazer nítida divisão de tarefas entre os vários médicos que atuam em uma mesma cirurgia.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade

Ultrapassadas essas hipóteses, cabe adentrar na responsabilidade civil do médico por ato próprio na relação direta com o paciente.

A relação estabelecida entre médico e paciente na hipótese em apreço reveste-se de caráter contratual e de natureza consumerista, pelo que a responsabilidade civil do médico será regulada tanto no Código Civil, como no Código de Defesa do Consumidor, além do Código de Ética Médica, no que não for contrário à lei nem à Constituição Federal. Todos esses códigos disciplinam a responsabilidade dos profissionais médicos como subjetiva (artigo 951 do CC, artigo 14, § 4, do CDC, e artigo 1º, do CEM) fugindo a tendência atual de objetivar a responsabilidade daqueles que exercem atividade de risco.

O Código de Ética Médica também deixa patente em diversos dispositivos a responsabilidade do médico no desenvolvimento de seu mister<sup>410</sup> e é expresso no capítulo I, inciso XIX, atinente aos direitos fundamentais, e artigo 1º, do capítulo III, referente à responsabilidade profissional, que o médico é responsável, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

A consequência da inobservância pelo médico dos preceitos éticos é a submissão, após passar por processo disciplinar regulado na Resolução nº 1.897/2009 do CFM,<sup>411</sup> às penalidades previstas como censura confidencial, censura pública, suspensão e cassação do exercício profissional, previstas no artigo 22 da Lei nº 3.268/57.

Na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina divergia acerca do tipo de responsabilidade civil imputada ao médico, se contratual ou extracontratual, já que o artigo 1.545 do referido diploma legal, previa o dever de reparar do médico em capítulo atinente à responsabilidade extracontratual, apesar do caráter contratual da relação médico-paciente. Já o

médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/search/index.php>> acesso em: 08 mar. 2009.

<sup>409</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Erro médico. Cirurgia estética. Culpa do anestesista. Responsabilidade solidária do chefe da equipe e da clínica. Recurso Especial nº 605435/RJ. Relator: Exmo. Ministro João Otávio de Noronha. Relator p/ Acórdão: Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. (ANEXO I, nº 56). Julgamento: 22/09/2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010. Em posição contrária: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Erro médico. Operação ginecológica. Responsabilidade exclusiva do anestesista. Recurso Especial nº 880349/MG. Relator: Exmo. Ministro Castro Filho. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 26/06/2007. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 57)

<sup>410</sup> Cf. OLIVEIRA, Marcos Inácio Araújo e. Responsabilidade civil na ótica do Código de Ética Médica: conseqüências judiciais. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85-97.

<sup>411</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil) Resolução CFM n.º 1.897/2009. Aprova as normas processuais que regulamentam as Sindicâncias, Processos Ético-profissionais e o Rito dos Julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1897\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1897_2009.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2010.

Código Civil de 2002 fez menção à responsabilidade civil dos profissionais no capítulo atinente à indenização (artigo 951).

A despeito do enquadramento legal da matéria, prevaleceu a orientação de que a responsabilidade do médico, no atendimento privado, até mesmo para melhor proteger a vítima do dano, é contratual, derivada de um acordo estabelecido entre o médico e o paciente, sendo o profissional livremente escolhido e devidamente remunerado.

Contudo, não restou excluída a responsabilidade delitual do médico para as hipóteses em que o dano era praticado por médicos que exerciam suas atividades sem vínculo contratual com o paciente como é o caso do médico servidor público, médico empregado de clínica privada não escolhido pelo paciente, médico cooperado, médico que atende em situação de emergência, inconsciência do paciente, ou prestação de assistência médica para pessoas fora da órbita do contrato etc.

Figure-se, por exemplo, um acidentado, acolhido em um hospital de pronto-socorro, em que o médico assistente, sem consulta ao paciente ou a qualquer parente, diagnostica erradamente o caso e realiza intervenção por sua conta e risco e de maneira culposa acarreta a morte do assistido. Nessa hipótese, a responsabilidade será extracontratual.

Adotou-se, portanto, o sistema dualista da responsabilidade civil na análise da responsabilidade médica.

A diferença entre essas duas modalidades de responsabilidade, já destacada acima, pode ser analisada pela carga da prova atribuída às partes. Isso porque na responsabilidade extracontratual a doutrina estabelece que pela regra geral incumbe à vítima o ônus da prova, ou seja, a demonstração de culpa do agente causador do dano, em qualquer de suas modalidades: imprudência, negligência, imperícia, diferentemente da responsabilidade negocial em que ao credor cabe apenas provar a existência do vínculo contratual e a inocorrência do resultado esperado, pois o descumprimento da obrigação por si só cria a presunção de responsabilidade do devedor, a quem caberá o ônus de provar a ausência de culpa no inadimplemento, que o dano decorreu de causa estranha a ele.

Uma vez estabelecido estar diante de responsabilidade decorrente do vínculo contratual existente entre as partes, surge nova controvérsia, agora, acerca da “teoria do resultado”, inerente à responsabilidade contratual, que indaga se o vínculo obrigacional estabelecido na prestação de serviço médico constitui obrigação de meio ou resultado, o que foi abordado no primeiro capítulo (item 1.3.3).

A distinção entre obrigação de meio e de resultado também reflete no problema da repartição do ônus da prova em matéria de obrigações, pois para obrigação de meio o paciente

deverá provar a conduta ilícita do médico, que ele não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato. Na obrigação de resultado, basta ao paciente demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido, restando ao médico provar o caso fortuito ou força maior para se exonerar da responsabilidade.

O entendimento que prevaleceu em relação à atividade médica é o de que se trata, em regra, de obrigação de meio, já que o médico-devedor, não pode garantir a obtenção de resultado útil em favor do paciente-credor, se obrigar a curar, mas tão somente se comprometer a prestar seus serviços com as regras e os métodos da profissão, empregar diligência, atenção, cautela, cuidado, conselhos, aplicando seu conhecimento técnico, de acordo com o título e alcance do desenvolvimento da ciência médica com vistas a curá-lo. Todavia, não se afastaria a classificação da obrigação assumida pelo médico como de resultado dependendo do compromisso assumido, das informações prestadas.

O principal questionamento em todas essas discussões acerca do tipo de responsabilidade e vínculo obrigacional teve como uma das molas propulsoras a carga probatória atribuída às partes.

Segundo Mariana Massara Rodrigues de Oliveira<sup>412</sup> e Gustavo Tepedino,<sup>413</sup> na atividade médica a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual também perdeu o valor, pois seu principal critério diferenciador foi a carga probatória. E, com o tratamento da obrigação do médico como de meio ou resultado, não tem sentido fazer essa diferenciação, já que caberá ao paciente provar a culpa do profissional médico.

Independentemente da classificação da responsabilidade civil médica, se contratual ou extracontratual, de meio ou de resultado, certo é que em todos os casos, a responsabilidade do médico é subjetiva, baseada na culpa.<sup>414</sup>

---

<sup>412</sup> “Registre-se, ainda, que o valor da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual perde muita importância em matéria de atividade médica. A distinção informada por inúmeros critérios adquire relevo especialmente no tocante à carga probatória. Na responsabilidade extracontratual incumbe à vítima a demonstração de culpa (negligência, imperícia, ou imprudência) do agente causador do dano, ao contrário da responsabilidade negocial, em que o descumprimento por si, cria a presunção de responsabilidade do devedor, a quem (diante de mera existência da relação contratual descumprida, fato que opera a favor do credor) cabe o ônus de provar a ausência de culpa para o inadimplemento, como exposto no item 2.2 deste estudo. Todavia, na prática, em se tratando de atividade médica, essa discussão só tem significado com outra distinção que se faz entre obrigação de meio e obrigação de resultado (a qual será travada com detalhes em tópico subsequente), eis que, em regra, os profissionais da saúde encontram-se vinculados às chamadas obrigações de meio, e não às obrigações de resultado.” OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos: repensando a natureza da relação médico-paciente em cirurgia estética e seus reflexos em relação ao ônus da prova*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 52-53.

<sup>413</sup> TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*. Rio de Janeiro, ano 01, v. 02, p. 41-54, abr./jun. 2000.

<sup>414</sup> “Certo setor doutrinário acena para uma particularidade muito sutil, sustentando que nos contratos de resultado – em que a remuneração do profissional fica condicionada a determinado resultado favorável ao cliente, em contraposição aos contratos de meio – deve ser aplicada, excepcionalmente, a regra da responsabilidade objetiva, e não subjetiva. Não se pode compartilhar esse ponto de vista, pois a natureza do contrato (de resultado ou de meio) não tem nada a ver com a natureza *intuitu personae* da responsabilidade do profissional liberal.” DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de consumidor: comentado pelos autores do*

A “teoria do resultado”, não afasta a “teoria da culpa” estabelecida para responsabilizar determinadas pessoas pela prática de atos ilícitos, nem mesmo com o advento do Código de Defesa do Consumidor (artigo 14, § 4º).

Em se tratando de prestação de serviços médicos, Sérgio Cavalieri Filho,<sup>415</sup> é claro ao definir que, independentemente do alcance da obrigação, de meio ou de resultado, em ambos os casos, a responsabilidade é subjetiva. A diferença é que na obrigação de resultado a culpa é presumida e na de meio não há presunção, o que não foi afetado com o Código de Defesa do Consumidor, o qual estabeleceu exceção à regra de responsabilidade objetiva por ele consagrada (artigo 14, § 4º).

Gustavo Tepedino<sup>416</sup> adverte que embora haja assimilação entre os efeitos da culpa presumida e da responsabilidade civil objetiva, a primeira tem por fundamento o ato ilícito, diferentemente da segunda, que tem como fonte de obrigação a própria lei.

No entanto, há quem defenda que na obrigação de resultado se está diante de responsabilidade objetiva, que dispensa a apuração do elemento culpa.<sup>417</sup>

A responsabilização do médico resulta da prática de ato médico com violação de um dever médico imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato decorrente de conduta culposa.

De acordo com o artigo 951 do Código Civil, que, segundo a doutrina, é específico para regramento indenizatório atinente ao exercício da profissão de saúde, responde o profissional no desempenho de atividade de atendimento à saúde, pela morte do paciente, sua lesão ou por deixá-lo inabilitado para o trabalho, quando age com negligência, imprudência, ou imperícia.

anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 206. Há, no entanto, quem defenda que na obrigação de resultado a culpa é presumida.

<sup>415</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262.

<sup>416</sup> TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 201.

<sup>417</sup> “As obrigações de resultado não cumpridas sujeitam o devedor a ressarcimento com aplicação dos princípios da responsabilidade objetiva. No campo da prova, distinguem-se das obrigações de meios, porque é o devedor que tem o ônus de provar que não cumpriu por impossibilidade objetiva. Nas obrigações de meios, cabe ao credor provar que o devedor foi negligente, pois a diligência constitui e exaure o objeto mesmo da obrigação” GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24-25.

“A responsabilidade do cirurgião plástico, profissional liberal, é subjetiva, mas a ela se aplicam as consequências da responsabilidade objetiva, no momento em que se estabelece a inversão do ônus da prova e somente se admite a exoneração do dever de indenizar se o cirurgião plástico, em intervenções de natureza estética, prova a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, ou outra circunstância que elimine o nexo de causalidade.” KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 237.

Dentre os profissionais da área da saúde está o médico, cujo ato, como esclarecido no primeiro capítulo, diz respeito aos serviços de diagnóstico, terapêuticos, cirúrgicos, preventivos, dependendo do objeto do contrato.

Um dos deveres do médico é agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, respeitando as normas éticas estabelecidas no Código de Ética Médica.

A doutrina tradicional ainda faz a distinção entre as três formas de culpa: negligência, imprudência e imperícia.

A negligência médica decorre de ato omissivo, da desídia, da falta de diligência, de cuidado, da inércia do profissional médico que provoca dano ao paciente; a imprudência, por sua vez, resulta de uma conduta comissiva sem a devida cautela necessária, ocasionando prejuízos ao paciente, enquanto que a imperícia é a falta de habilidade, a insuficiência de conhecimentos técnicos e científicos, inaptidão para o exercício do ato profissional, deficiência de preparo ou habilidade e, que também resulta em desvantagens para o paciente.

A lei consumerista, nos termos do artigo 14, *caput* e § 4º, mantém a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, mas como exceção à regra da responsabilidade objetiva por ele consagrada.<sup>418</sup> Esses profissionais respondem pelos defeitos relativos à prestação dos serviços,<sup>419</sup> nos quais se englobam as informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Os profissionais liberais são aqueles que possuem conhecimentos técnicos e científicos e estão habilitados para o desenvolvimento de seu mister. A execução dos serviços é feita de forma autônoma, sem subordinação a outrem, por conta e risco próprio. Eles se diferem dos empresários, que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, nos termos do artigo 966 do Código Civil.

---

<sup>418</sup> “Ainda que inexistisse a disposição legal antes referida, mostra-se inviável a responsabilização objetiva do profissional liberal pelo caráter científico de suas atividades e pela antes referida necessidade de organizar, habitualmente, a atividade de tantos outros profissionais autônomos. Assim, não se aplica ao profissional liberal a regra geral do Direito do Consumidor de que a responsabilidade do fornecedor do serviço se qualifica como objetiva, o que dispensaria em cada caso a perquirição do elemento da culpa para a sua caracterização.” FILHO SLAIB, Nagib. A obrigação de diligência e a responsabilidade civil do profissional liberal. Disponível em:

<[http://www.coad.com.br/index.php?class=interface\\_frontend\\_busca&method=show\\_detalhe&id\\_registro=683&id\\_tipo=42](http://www.coad.com.br/index.php?class=interface_frontend_busca&method=show_detalhe&id_registro=683&id_tipo=42)> Acesso em: 08 abr. 2010.

<sup>419</sup> “A responsabilidade do profissional liberal em caso de defeito ou de vício da prestação de seu serviço será apurada mediante culpa, sendo que isso: a) independe do fato de o serviço ser prestado efetivamente com a característica *intuitu personae*, firmado na confiança pessoal ou não; b) também independe de a atividade ser de meio ou de fim; c) ainda independe de o profissional liberal ter ou não constituído sociedade profissional. O que descaracteriza a atividade não é a pessoa jurídica em si, mas a atividade, que em alguns casos pode ser típica de massa; d) acresça-se que o profissional liberal deve ser caracterizado pela atividade que exerce e, ainda, que a prerrogativa estabelecida no CDC é pessoal, não gerando o mesmo benefício e oferta de massa etc., elementos típicos do explorador do mercado de consumo.” NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360-361.



O tratamento diferenciado da responsabilidade dos profissionais liberais, conforme reconhece Paulo de Tarso Sanseverino,<sup>420</sup> decorre da natureza das atividades por eles exercidas, que se diferem das prestadas pelos demais fornecedores de serviços.

A essência da atividade impõe ao profissional liberal envidar todos os esforços e conhecimentos para a execução do serviço, além de contribuir para sua proteção, considerando a nobreza da atividade. Dessa forma, responde caso não sejam utilizados os meios adequados, configurando culpa profissional.

As atividades prestadas pelos médicos se caracterizam por serem serviços técnicos ou científicos especializados, sem subordinação, que se dá pelo vínculo de confiança com o cliente (*intuitu personae*), embora isso esteja diminuindo com a massificação dos serviços (planos de saúde).<sup>421</sup>

A atividade desenvolvida pelos médicos ganha especial atenção por lidar com a saúde humana, em que o paciente vulnerável merece especial atenção, até porque uma falha médica pode ter consequências irreversíveis.

A atividade médica apresenta alto grau de periculosidade a ela inerente, um risco intrínseco capaz de gerar acidentes, danos ao paciente, pois trata da vida, da saúde, o que faz com que as obrigações a serem observadas pelo profissional médico ganhem diferentes contornos, com efeitos extrapatrimoniais, e sua violação implica no dever de reparar o dano.

Os profissionais liberais, principalmente, os médicos, apesar de desenvolverem atividades que podem ser enquadradas como de risco à saúde e à vida do paciente, ainda, por opção do legislador, respondem apenas se comprovada culpa, afastando a incidência do artigo 927, parágrafo único do Código Civil,<sup>422</sup> a teoria do risco.

---

<sup>420</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181-183.

<sup>421</sup> “[...] A atividade dos profissionais liberais é exercida pessoalmente, a determinadas pessoas (clientes), *intuitu personae*, na maioria das vezes com base na confiança recíproca. Trata-se, portanto, de serviços negociados, e não contratos de adesão. Sendo assim, não seria razoável submeter os profissionais liberais à mesma responsabilidade dos prestadores de serviço em massa, empresarialmente, mediante planejamento e fornecimento em série. Em suma, não se fazem presentes na atividade do profissional liberal os motivos que justificam a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços em massa.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 261-262.

<sup>422</sup> A respeito do tema cabe transcrever os comentários de Claudio Luiz Bueno de Godoy: “Quanto aos profissionais liberais, mesmo os que exercem atividade de especial risco, para quem o Código de Defesa do Consumidor estatuiu uma responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4º), sustenta Ruy Rosado Aguiar Júnior que superada a regra pelo dispositivo em tela do Código Civil de 2002 (“Projeto do CC – Obrigações e contratos”, RT 775/18), malgrado não sem oposição, fundada na especialidade da norma relativa ao consumo e na obrigação subjacente que é de meio (v.g., GLAGIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo, Saraiva, 2003, v.III, p. 232), sem contar, ainda, a disposição do artigo 951, a cujo comentário se remete o leitor, acerca especificamente dos profissionais da saúde. Ressalvam-se apenas, mesmo admitida a prevalência da regra especial, e como já era da interpretação do artigo citado, do CDC, as contratações de profissional liberal de maneira não negociada, em que não avulte o fator confiança, base da previsão normativa específica, tal qual nas hipóteses das lides coletivas, para a situação exemplificativa do advogado, ou quando a prestação do serviço se dê de maneira impessoal, por empresário que explora a atividade, como o hospital, por exemplo (ver a respeito: DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7 ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 175-7). Ressalvam-se, também, os casos de atividades médicas, mesmo prestadas

Marcelo Benacchio<sup>423</sup> salienta que predomina o entendimento de que seria incabível a aplicação da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco no âmbito da relação médico-paciente, pois a atuação do médico não cria risco ao paciente, ao revés, visa afastar o risco de agravamento de seu estado de saúde propiciando melhora ou cura total, além de previsões expressas acerca da culpa como pressuposto da responsabilidade (artigo 14, § 4º do CDC e artigo 951 do Código Civil). A despeito do posicionamento majoritário, propõe a ponderação do interesse do profissional liberal médico com a proteção do interesse existencial, não econômico do paciente, o que significa dizer que a responsabilidade subjetiva do médico não é absoluta, sendo cabível, com base no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil e no artigo 7º, *caput*, do CDC, no interesse do paciente, sua dignidade humana, a aplicação da responsabilidade objetiva do médico.<sup>424</sup>

E conclui que a responsabilidade do médico será subjetiva quando se utilizar de mera técnica, como exames físicos, diagnósticos e procedimentos cirúrgicos básicos, e objetiva quando houver utilização de alta tecnologia, como exames complexos, utilização de tecnologia em desenvolvimento, procedimentos e cirurgias que envolvam equipamentos de elevada carga tecnológica por haver a presença de risco criado pela atividade médica.

Para caracterizar o dever de indenizar por eventuais danos provocados por sua conduta cabe a prova dos três elementos que compõem o dever de indenizar: a conduta culposa, o dano, e o nexo de causalidade.

Entretanto, esses três pilares (culpa, dano e o nexo) em que sempre se ancorou o sistema da responsabilidade civil tem sofrido transformações que acabaram por facilitar a

pelo profissional pessoa natural, mas que ensejam obrigação de resultado, que não integram tratamento, propriamente, e desde que induzam especial risco.” PELUSO, Cesar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência: lei nº 10.406, de 10.01.2002* : contém o código civil de 1916. 2 ed. rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2008, p. 859.

No mesmo sentido Sérgio Cavalieri Filho: “Aos profissionais que exercem atividade de risco no mercado de consumo não se aplica o parágrafo único do artigo 927 do novo Código Civil, por força do § 4º do artigo 14 do CDC, que lhes estabelece responsabilidade subjetiva, norma que continua em vigor, não só por sua especialidade, mas também em razão de expressa ressalva feita pelo novo Código. O mesmo ocorre com os profissionais da área médica, uma vez que o artigo 951 [...] refere-se expressamente à negligência, à imprudência, à imperícia, que são elementos da culpa.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XIII. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 156.

<sup>423</sup> BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: NERY, Rosa Maria de Andrade, DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 340.

<sup>424</sup> Insta pontuar que a jurisprudência enquadrando algumas atividades médicas no rol da responsabilidade objetiva, aquela em que o médico está obrigado a um resultado esperado, sob pena de ser impelido a indenizar o paciente. A teoria do risco se encaixa com mais evidência no cotidiano forense nos casos de cirurgia estética, quando o médico se propõe a realizar uma intervenção visando exclusivamente a melhorar a aparência física do paciente, assumindo o resultado positivo. E não atingido o êxito esperado ou piorando a feição estética, salvo culpa do paciente ou fato imprevisível (aqui caberá ao médico o ônus de provar estas circunstâncias excludentes de responsabilidade), responderá o profissional de forma objetiva pelo risco de sua atuação.” LOPES, Rénan Kfuri. *A responsabilidade civil do médico, do anestesista, do hospital (privado e público) e da equipe médica*. Disponível em: < [http://www.coad.com.br/index.php?class=interface\\_frontend\\_busca&method=show\\_detalle&id\\_registro=23&id\\_tipo=42](http://www.coad.com.br/index.php?class=interface_frontend_busca&method=show_detalle&id_registro=23&id_tipo=42)> . Acesso em: 8 abr. 2010.

vítima do dano, ao mesmo tempo que acarretou o aumento do fluxo de demandas judiciais visando a reparação de danos.<sup>425</sup>

A conduta do profissional de saúde que significa infração de dever contratual pode ser omissiva ou comissiva e deve ser culposa (artigo 951 do CC e artigo 14, § 4º, do CDC).

A culpa,<sup>426</sup> como já dito, restará caracterizada quando o profissional médico não cumprir seu dever de bom atendimento, dentre outros que lhes são impostos, ou quando age de forma defeituosa, em desacordo com a técnica e ciência médica.

No entanto, a culpa médica tem de ser auferida de acordo com as condições do caso concreto; ela não será analisada considerando um modelo de conduta genérico, mas por meio de parâmetros específicos e diferenciados para as diversas situações, quais sejam: os procedimentos médicos habituais, a especialidade do profissional, o Código de Ética Médica e as condições do paciente no momento do tratamento.

Segundo Anderson Schreiber<sup>427</sup> mesmo no campo ainda reservado para a responsabilidade subjetiva, o elemento culpa sofreu alterações passando da noção de culpa psicológica, relacionada ao aspecto moral e pela desconformidade com um modelo abstrato de conduta, para a prova da culpa concreta do sujeito que está mais baseada na conduta do *bonus pater familias* além de permitir avaliar o grau de desvio da conduta, que possibilita melhor individualização da sanção e permite ao juiz reduzir equitativamente o valor da indenização conforme a gravidade da culpa e do dano (artigo 944, parágrafo único do Código Civil).

O elemento dano também tem sofrido mudanças, pois houve uma verdadeira expansão do dano ressarcível, sobretudo dos danos de natureza existencial que passaram a ser merecedores de tutela.

O dano sofrido pelo paciente pode ser lesão a bem jurídico patrimonial, que consiste na diminuição ou subtração de um bem jurídico economicamente apreciável, e engloba os

---

<sup>425</sup> Anderson Schreiber atento para as transformações da responsabilidade civil faz uma reflexão acerca de algumas tendências da responsabilidade civil a partir da observação da atividade jurisprudencial e dos estudos doutrinários: i) erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil (culpa e nexos de causalidade); ii) coletivização das ações de responsabilização; iii) a expansão dos danos ressarcíveis e a necessidade de sua seleção; iv) a despatrimonialização não já do dano, mas da reparação; e iv) a perda da exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos. SCHREIBER, Anderson. *Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

<sup>426</sup> Caio Mário Pereira da Silva diferencia dolo de culpa, o primeiro como infração consciente do dever preexistente ou infração da norma com consciência do resultado, a segunda como violação de um dever sem a consciência de causar dano. A culpa pode ser vista de forma graduada, culpa grave, leve e levíssima. O direito brasileiro abandonou essa diferenciação por ser na prática inútil, fixando-se na idéia de ato ilícito como transgressão de um dever, atentando apenas para o caráter antijurídico da conduta e seu resultado danoso, fundindo a idéia de dolo e culpa. Todavia, o primado da reparação está na culpa, mas esta vista no sentido amplo, abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao direito, seja intencional ou não, porém imputável a qualquer causador do dano. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. v. I 23 ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009.

<sup>427</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

danos emergentes e lucros cessantes. Ou dano extrapatrimonial (dano moral), que não guarda correspondência pecuniária, pois está ligado à violação de direitos da personalidade como a honra, intimidade, vida privada, “projeto de vida”, imagem, liberdade, saúde física e psíquica, integridade corporal, estética, dentre outros.

Os danos materiais, suscetíveis de avaliação pecuniária, são de mais fácil apuração, pois, a despeito da liquidação que na prática pode ser objeto de alguma dificuldade, teoricamente, a indenização por perdas e danos mede-se exatamente pelo montante dos prejuízos e podem ser matematicamente reduzidos, englobando juros legais e correção monetária (artigo 944 do CC).

Os prejuízos sofridos de ordem material (artigo 402 do Código Civil) abrangem os danos emergentes, também chamados por Sérgio Cavalieri Filho<sup>428</sup> de dano positivo, e para garantir ampla reparação inclui os lucros cessantes.<sup>429</sup> Aqueles se referem à efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima, dano presente, e os lucros cessantes englobam aquilo que se deixou de ganhar pelo evento danoso, que no dizer de Cavalieri é o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, a perda de um ganho esperável, uma frustração e conseqüentemente também diminuição do patrimônio, mas em potencial. No entanto, se exige para os lucros cessantes uma probabilidade objetiva, já que não basta lucro imaginário, hipotético ou remoto.

A indenização por danos morais, fundada na proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88), constitui direito fundamental (artigo 5º, inciso V e X, da CF/88) e encontra previsão expressa de reparação no artigo 186 do Código Civil.

Doutrina e jurisprudência vêm enfrentando duas grandes dificuldades acerca do dano moral: i) identificação das hipóteses de configuração do dano moral, já que não existe um conceito único acerca da configuração dessa espécie de dano; ii) falta de critério de aferição do *quantum debeatur*, ou seja, a quantificação dos danos extrapatrimoniais.

O conceito de dano moral há muito vem sendo discutido, e ultrapassada a fase de sua negação, vislumbra-se algumas correntes. A corrente subjetiva, que o define como efeito da lesão a um interesse juridicamente protegido, normalmente traduzido na consagrada expressão: dor, tristeza, vexame, humilhação; a corrente objetiva, que prefere definir como a

---

<sup>428</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.

<sup>429</sup> O Código Civil disciplina essa matéria no artigo 402 que dispõe: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

lesão aos direitos da personalidade, e uma terceira corrente, mais moderna, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana.<sup>430</sup>

No tocante aos critérios de quantificação do dano moral, Anderson Schreiber<sup>431</sup> os resume de maneira objetiva em quatro, devendo o julgador utilizá-los para definir o *quantum* indenizatório: (i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima; e, (iv) a capacidade econômica do ofensor.

Além desses critérios, a jurisprudência tem utilizado os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, chamados por Humberto Ávila de postulados,<sup>432</sup> para arbitrar o valor do dano moral de forma a garantir a compensação da vítima sem que a indenização seja fonte de enriquecimento sem causa.

Outro dano a que pode ser acometido o paciente é o dano estético considerado por alguns juristas como espécie autônoma de dano, e para outros como integrante do dano moral. O dano estético está ligado às deformidades físicas, que provocam aleijão, além de outros defeitos físicos que causem a vítima desgosto ou diminuição como cicatriz, marcas, uma lesão à integridade física e até psíquica.

Segundo Teresa Ancona Lopez,<sup>433</sup> dano estético é “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral.”

O médico ao agir com negligência, imprudência ou imperícia, pode acarretar a morte do paciente, hipótese em que ficará obrigado ao pagamento das despesas havidas com o

<sup>430</sup> “Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.” MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327.

<sup>431</sup> “À falta de critérios definidos no Código de 1916 e no novo Código Civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, na esteira de antigas leis especiais como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) e a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), vêm empregando, no arbitramento do dano moral, quatro critérios principais, quais sejam: (i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima; e, (iv) a capacidade econômica do ofensor”. SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 3, v.12, p. 03-24, out./dez. 2002, p. 10.

<sup>432</sup> “O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito”. “O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente ente a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 131.

<sup>433</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3 ed. rev. amp. atual. com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46.

tratamento do paciente, seu funeral, o luto da família, a prestação de alimentos às pessoas a quem o falecido os devia (artigo 948 do Código Civil), e indenização por danos morais dos entes queridos do paciente; ou acarretar lesão ou ofensa à saúde do paciente, devendo indenizá-lo das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até a convalescença, além de reparar qualquer outro prejuízo sofrido, nos termos do artigo 949 e 950, ambos do Código Civil.

Os danos sofridos pelo paciente não se resumem ao dano patrimonial e dano moral, hoje, doutrina e jurisprudência, influenciadas pela experiência francesa que desenvolveu na década de 1960, a teoria: “*la perte d'une chance de survie ou guérison*”, vem aplicando a responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance, apesar dessa teoria ser utilizada também em outras esferas.<sup>434</sup>

Hoje, com a evolução da noção de ato ilícito para dano injusto,<sup>435</sup> sendo este um conceito mais amplo, permite-se que a perda de uma chance,<sup>436</sup> ou seja, a perda de uma oportunidade de obter determinada vantagem ou, então, de evitar um prejuízo, configure dano passível de indenização. E isso também com base no próprio princípio da reparação integral do dano (artigo 944 do Código Civil).

O ilícito decorre do fato do médico não oferecer ao paciente todas as oportunidades que deveria no intuito de curá-lo, privando-o de perseguir a melhora de sua saúde. São exemplos de perda de uma chance os relacionados ao erro de diagnóstico<sup>437</sup> (exemplo:

<sup>434</sup> No Brasil, percebe-se que há um crescimento do número de julgados sobre esse tema. Constitui exemplo da perda de uma chance: i) a inegável perda do direito do cliente pela desídia decorrente da inércia do advogado que impediu que a causa fosse examinada pelo órgão jurisdicional competente; ii) a perda do paciente com câncer ou outra doença grave que tem seu tratamento retardado pelo médico que não o diagnostica corretamente; iii) a perda do concursando que deixa de prestar a prova porque o sistema de transporte contratado falhou. São exemplos de casos em que se aplicou a teoria da perda de uma chance: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. Recurso Especial nº 1079185/MG. Relatora: Exma. Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 11/11/2008.); Responsabilidade civil referente à programa de televisão. Recurso Especial nº 788459/BA. Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 08/11/2005. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.); Responsabilidade ambiental. Recurso Especial nº 745363/PR. Relator: Exmo. Ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 20/09/2007. Disponíveis em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 58, 59, 60)

<sup>435</sup> Importante destacar que o termo dano injusto surgiu na Itália, com a entrada do novo Código no artigo 2.043, o qual dispõe que qualquer fato doloso ou culposos que cause a outros um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano. A responsabilidade civil fundada no dano injusto permite que as situações subjetivas sejam analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da Constituição.

<sup>436</sup> A teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance surgiu na França, trazendo uma nova concepção de dano, em meados de 1965, quando da verificação da responsabilidade civil do médico pela perda da chance de cura ou de sobrevivência do paciente. Cf. SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo : Atlas, 2006.

<sup>437</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico. Embargos infringentes nº 2008.005.00432. Relator: Exmo. Des. Mauro Dickstein. Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível. Julgamento: 17/02/2009; Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico. Apelação Cível n.º 2007.001.32061. Relator: Exmo. Des. Azevedo Pinto. Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível. Julgamento: 03/10/2007; Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico. Apelação Cível nº 2005.001.44557. Relator: Des. Edson Vasconcelos. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Julgamento: 29/03/2006. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 61, 62, 63)

médico não diagnostica a existência de um câncer ou o faz tardiamente<sup>438</sup>), a ausência de exames pré-operatórios, de falta de cuidados médicos, de informação e de obtenção de aceitação do tratamento indicado, ausência de anestesista qualificado,<sup>439</sup> dentre outros,<sup>440</sup> tudo comprometendo as chances de cura, de sucesso do tratamento.

A perda de uma chance segundo Grácia Cristina Moreira Rosário<sup>441</sup>:

Constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável que integra as faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar duvidoso estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes existe uma consequência atual e certa.

O fundamento da responsabilidade civil pela perda de uma chance está no comprometimento da integridade psicofísica do paciente, sua saúde e à necessidade de tutela da vida humana digna. A função do médico é zelar pela conservação da vida humana, assistir o enfermo e empregar todas suas habilidades técnicas e científicas para melhorar o estado de saúde do paciente, e não impedir que o paciente alcance a melhora em seu quadro clínico por um falta de aconselhamento, de diligência ou prudência sua.

A conduta do médico pode, portanto, ocasionar ao paciente a perda da chance de cura em decorrência da falta de diligência, negligência ou prudência na realização do ato médico, mas qual seria essa espécie de dano?

O problema é como enquadrar esse dano já que está arraigada a noção de que somente danos reais podem dar origem ao dever de indenizar e não “danos hipotéticos”, decorrentes de presunções ou probabilidades. Seria lucro cessante,<sup>442</sup> um dano futuro, ou dano moral?

---

<sup>438</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico. Apelação Cível n.º 0010941-64.2006.8.19.0205. Relator: Des. Norma Suely. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Julgamento: 02/02/2010. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 64)

<sup>439</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Responsabilidade médico-hospitalar. Ato do anestesista. Apelação Cível n.º 1.0024.97.027207-6/001. (Numeração única: 0272076-37.1997.8.13.0024). Relator: Exmo. Des. Fabio Maia Viani. Órgão Julgador: Décima Oitava Câmara Cível. Julgamento: 16/09/2008. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/> >. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 65)

<sup>440</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Responsabilidade. Perda de uma chance de sobrevivência. Apelação Cível n.º 994.09.272165-3. Relator: Exmo. Des. Ênio Santarelli Zuliani. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Privado. Julgamento: 13/01/2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 66)

<sup>441</sup>ROSÁRIO, Grácia Moreira do. *A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

<sup>442</sup> Segundo Sergio Cavalieri Filho “a teoria da perda de uma chance (*perdre dune chance*) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.” CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003. p. 74.

Para os adeptos da corrente tradicional, como inexistente possibilidade de se determinar qual seria o resultado final, não se cogita em dano pela perda da chance, pois esta recairia na seara do dano hipotético, eventual. De acordo com esta corrente, a indenização deste prejuízo “eventual” configuraria um enriquecimento sem causa.

A jurisprudência oscila, ora define o dano decorrente da perda de uma chance como dano moral,<sup>443</sup> ora como lucro cessante.<sup>444</sup>

Doutrina mais moderna sobre o tema caracteriza a perda de uma chance não como dano futuro, mas um dano em si mesmo, um dano presente, pois a chance é perdida no momento em que ocorre o fato lesivo, embora seja de difícil avaliação, já que não é mais possível a recolocação da vítima na mesma situação em que se encontrava.

Não há dúvida acerca do dano, este é certo e há forte vínculo causal com ele e o fato que o gerou, não é a simples perda de esperança.

A perda de uma chance ocorre em situações em que há um processo em andamento que propicia a chance de obter o resultado almejado e que é rompido pela ação ou omissão do agente. Se não fosse o ofensor, a vítima teria uma chance séria e real de conseguir o resultado esperado.

Logo, não há que equiparar a perda de uma chance aos lucros cessantes, pois naquela não se sabe efetivamente se a vítima iria adquirir o benefício. Em outras palavras, a diferença entre eles é que nos lucros cessantes há certeza de um dano, do que se deixou de ganhar, podendo ser este valor apurado e determinado. Outra diferença é que a perda de uma chance decorre de uma violação a um mero interesse de fato. Enquanto o lucro cessante deriva de uma lesão a um direito subjetivo.

Para Sérgio Savi,<sup>445</sup> o dano da perda de uma chance deve ser qualificado como uma subespécie de dano emergente e não como lucro cessante. Entende o autor que ao fazer esta consideração supera-se o problema da certeza do dano, tornando cabível a indenização da chance perdida por si só considerada, desde que seja séria e real. Tratar-se-ia da perda da chance da vitória e não da perda da vitória.<sup>446</sup>

---

<sup>443</sup> Em muitos casos, a jurisprudência considera a perda de uma chance como um fator do dano moral, ignorando o dano material dela decorrente: BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apelação Cível c/ Rev. nº 688.509-00/9. Relator: Juiz Jayme Queiroz Lopes. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 18/11/2004. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 67)

<sup>444</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 788. 459/BA. Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 08/11/2005. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 68)

<sup>445</sup> SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

<sup>446</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Erro médico. Perda de uma chance. Apelação Cível nº 70020554275. Relator: Exm. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Julgamento: 07/11/2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 69)



Mas há quem defenda que a perda de uma chance é uma espécie de dano moral.

Grácia Cristina Moreira do Rosário<sup>447</sup> ao enfrentar o tema da perda da chance de cura sustenta que a indenização se dará exclusivamente no campo do dano moral, já que a perda da oportunidade de cura, da sobrevivência do enfermo, causa sofrimento, inquietações graves que ultrapassam os aborrecimentos ocorridos no cotidiano. E a mensuração desse dano se dará de acordo com a situação da vítima, levando em conta o grau da álea, o grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoque sua frustração, devendo o valor da indenização ser inferior ao que corresponderia no caso da certeza do dano.

Roberto de Abreu e Silva<sup>448</sup> também defende a quantificação minorada da indenização ou reparação pela perda de uma chance, aplicando o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

Certo é que a responsabilidade civil pela perda de uma chance protege a vítima que não deixará de ser ressarcida pelos danos sofridos.

Para configurar a responsabilidade médica não basta, contudo, a presença do dano; este deve ser consequência direta de um ato ilícito e culposo, ou seja, ter relação de causalidade, ser o dano resultado da atividade comissiva ou omissiva do médico.

O nexo de causalidade ou liame causal é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.

A verificação do fato determinante do prejuízo experimentado pela vítima, apesar do surgimento de inúmeras teorias, e que conferem maior discricionariedade ao juiz ao apreciar a relação de causalidade, é procedida, basicamente, por três critérios: i) o da equivalência das condições (*conditio sine qua non*); ii) o da causalidade adequada; e iii) o da causalidade direta e imediata.

A teoria da equivalência das condições considera como causa do dano qualquer evento considerado, por si só, capaz de gerá-lo; portanto, havendo mais de uma causa possível qualquer delas é eficiente para gerar o dever de indenizar.

Já a teoria da causalidade adequada busca identificar, na presença de mais de uma possível causa, qual aquela que tem potencial para produzir os efeitos danosos,

---

<sup>447</sup> ROSÁRIO, Grácia Moreira do. *A perda de uma chance na responsabilidade civil médica*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

<sup>448</sup> SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, p. 24-49, 2006.

independentemente das demais circunstâncias que, no caso em concreto, operam em favor de determinado resultado.

Pelo critério da causalidade imediata, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal, considera-se causa do dano o fato de que deriva mais proximamente.

Segundo alguns doutrinadores, inclusive o Supremo Tribunal Federal,<sup>449</sup> o Código Civil teria adotado essa última teoria em razão do disposto no antigo artigo 1.060 do Código Civil de 1916, atual artigo 403 do Código Civil, devido à expressão “efeito direto e imediato”.

Outros, por sua vez, sustentam que o nosso Direito Civil acolheu a teoria da causalidade adequada, definindo causa como o antecedente, não só necessário, mas também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento.

Gustavo Tepedino<sup>450</sup> adverte que a interpretação literal do citado dispositivo legal excluiria qualquer hipótese de dano indireto no direito brasileiro. Por esse motivo, adota a teoria da necessariedade causa, decorrente da construção evolutiva da teoria da causa imediata, segundo a qual o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa. Dessa forma, é possível verificar, na mesma série causal, danos indiretos passíveis de ressarcimento, desde que consequência direta.

A perda da chance de um resultado favorável no tratamento médico também passa pela análise do nexo de causalidade, mas nessa hipótese a relação de causalidade estabelecida entre a culpa do médico e o dano do paciente não é natural, mas estritamente jurídica, já que não há um dano na acepção hodierna, mas sim a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem em virtude da conduta de outrem.

Na responsabilidade civil médica sua culpa pode advir da transgressão de um dever geral de conduta, imposto a todos os que vivem em sociedade (*neminem laedere*) ou na violação de dever específico em relação ao paciente.

A culpa do médico, tendo em vista seus deveres profissionais e pelo disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, não se resume as hipóteses de danos provenientes de erro médico, mas atinge a esfera do descumprimento do dever de informar ao paciente acerca dos possíveis riscos e consequências que podem se concretizar em razão de seu estado de saúde e procedimento médico a ser adotado.

---

<sup>449</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade civil das pessoas públicas. Recurso Extraordinário nº 369820/RS. Relator: Exmo. Ministro Carlos Velloso. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 4/11/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 70)

<sup>450</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Pode haver uma correta prática médica, mas mesmo assim restar configurada a responsabilidade civil do médico por ausência ou déficit no dever de informar, da mesma forma que responsabilidade por má prática médica.<sup>451</sup>

As ações de responsabilidade civil médica, apesar de em sua maioria ter como causa de pedir o erro médico, vem apresentando nova roupagem para incluir outras causas capazes de conduzir à obrigação de indenizar.

Rui Stoco<sup>452</sup> resume em oito as hipóteses de responsabilidade civil médica: i) a violação da lei ou do regulamento e o abuso de poder; ii) a prática de experiências médicas com técnicas não aceitas; iii) deixar de informar e aconselhar adequadamente o paciente; iv) o erro grosseiro de diagnóstico, como causa do insucesso no procedimento médico; v) a quebra do sigilo médico; vi) exorbitar dos limites estabelecidos no contrato; vii) a violação do consentimento do paciente; e viii) omitir ou negar socorro em caso de iminente perigo de vida ou de urgência.

As falhas médicas podem ser divididas, portanto, em duas classes: i) falhas de natureza técnica (erro de diagnóstico, faltas relativas ao tratamento, faltas ligadas a uma operação ou intervenção, erro de prognóstico, falta de higiene); ii) falhas decorrentes de determinados deveres médicos.

No presente trabalho a atenção volta-se para a responsabilidade civil do médico pela infringência do dever de informar adequadamente o paciente e da violação do consentimento informado, que contraria a lei e os preceitos éticos, sem adentrar, contudo, nas demais hipóteses de responsabilidade acima elencadas como a de erro médico.

#### 4.2 A responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar

O médico, além do dever de agir segundo a *lexis artis*, de organizar o processo clínico e de observar sigilo, deve respeitar o paciente na consecução do tratamento, o que se desdobra no dever de informar, de confirmar o esclarecimento e obter o consentimento informado, ou seja, a autorização consciente do paciente para o ato médico.

---

<sup>451</sup> Cf. GARAY, Oscar E. *Derechos fundamentales de los pacientes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 414.

<sup>452</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 531.

Os deveres instrumentais do médico foram estudados no terceiro capítulo e com maior ênfase no dever de informar clara e suficientemente o paciente dos aspectos principais do serviço médico, o esclarecendo sobre seu diagnóstico, seu estado de saúde, seu histórico clínico, a evolução da enfermidade, as alternativas de tratamento, os riscos e benefícios, as possíveis sequelas, a maneira como é efetivado o tratamento, os medicamentos que faz uso, dentre outros fatores relevantes para a adequada prescrição médica.

Ao lado do dever de informar do médico previsto no Código de Ética Médica (artigo 13 e 22, 31, 34, 88, 90, 101) e no Código de Defesa do Consumidor (artigos 8º, 9º, 30, 31, 37, 38, 46), já que a relação contratual médico-paciente em apreço é de consumo, está o direito fundamental do paciente-consumidor de ser informado (artigo 5º, XIV, XXXIII, LXXII, CF/88, artigos 4º, IV, 6º, inciso, III, 7º, todos do CDC) tanto na fase pré-contratual, contratual, como pós-contratual sobre os serviços e os riscos que apresentam.

O paciente-consumidor é parte vulnerável técnica e informativa, mas de forma especial, pois além de leigo apresenta quadro de fragilidade por ser enfermo. Esse fato avulta cada vez mais o dever de informar a cargo do médico, detentor do poder de informação e, por isso, deve manter o paciente completamente esclarecido.

A informação prestada pelo fornecedor de serviço é capaz de neutralizar a vulnerabilidade de conhecimentos do paciente frente ao médico, tornando possível maior discernimento e diminui a desigualdade da relação. Além disso, garante a sua liberdade individual, o livre desenvolvimento de sua personalidade em questões atinentes ao seu próprio corpo, sua vida.

A ausência de informação suficiente e de esclarecimento adequado e alerta sobre os riscos da intervenção médica impedem o consentimento livre e esclarecido do paciente, já que impossibilita que ele decida sobre sua saúde, avalie os riscos do procedimento médico a fim de aceitá-lo ou não.

A obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente se dá depois que ele é devidamente informado, orientado a respeito de sua saúde, riscos, e tratamento. Há uma correlação obrigatória entre informação e consentimento, já que apenas após devidamente esclarecido o paciente poderá autorizar a intervenção médica de forma legítima e válida.

O consentimento livre e esclarecido, além de legitimar o tratamento de saúde, exonera o médico de certas responsabilidades, já que informa o paciente sobre os riscos e possibilita o exercício da autonomia de vontade do paciente, sua capacidade de se autodeterminar. Por isso, a intervenção médica sem o consentimento informado pode gerar a responsabilidade civil do médico até mesmo pelos riscos normais e previsíveis.

Muitos profissionais médicos influenciados pelo modelo paternalista/autoritário, ainda vigente, não esclarecem de forma clara e precisa os pacientes sobre as características, objetivos e riscos dos procedimentos que irão realizar.

Essa omissão afetará diretamente a autonomia existencial humana, já que o consentimento pressupõe informação anterior eficaz, ferindo o direito fundamental do paciente de decidir sobre sua submissão a procedimentos de saúde.

A responsabilidade do profissional médico, exclusivamente, pela omissão do dever de informar o paciente e falta de consentimento livre e esclarecido vem ganhando importância no direito brasileiro, haja vista que constitui violação de direitos de personalidade, do direito à autodeterminação dos cuidados de saúde e, também, do direito à integridade psicofísica, integrantes da dignidade humana do paciente.

Não há uma sistematização dessa responsabilidade, pelo que fica a cargo do intérprete e aplicador do direito, com base nos princípios e regras que orientam a relação médico-paciente e estudados nos capítulos anteriores, estabelecer as normas aplicáveis, os critérios de aferição da responsabilidade e ressarcibilidade dos danos eventualmente sofridos pelo paciente em decorrência da violação pelo médico de seu dever contratual extrapatrimonial – o de informar.

Inicialmente, é importante definir a espécie de dever em que se enquadra o de informar, para depois adentrar na seara da responsabilidade diante da obrigação assumida pelo médico.

O direito do paciente-consumidor ser informado exige do médico-fornecedor agir de boa-fé com probidade e lealdade informando de forma clara, adequada e compreensível acerca do serviço ministrado e das condições de saúde em que se encontra o paciente.

O princípio da boa-fé objetiva é fonte do dever de informação, de cooperação e cuidado de um parceiro para com o outro, mas em matéria de serviços médicos o dever do médico de informar ao paciente sobre seu estado de saúde, os riscos do procedimento médico, entre outros fatores, transcende esse princípio e ganha *status* de dever principal, que integra essa relação complexa predominantemente existencial.<sup>453</sup>

A importância da saúde humana faz com que as atividades médicas tenham a informação como objeto principal e não meramente acessório ao contrato de prestação de serviços médicos.

---

<sup>453</sup> Ao lado dos deveres principais ou primários, que visam alcançar o fim determinante da constituição do vínculo obrigacional estão os deveres acessórios da prestação principal. Cf. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1994.

Fernanda Nunes Barbosa,<sup>454</sup> seguindo a lição de Manuel A. Carneiro da Frada, que enquadra os deveres de proteção em relação própria e afasta o enquadramento da responsabilidade por quebra desses deveres da tradicional bipartição da responsabilidade em contratual ou delitual, defende que o dever de informar decorrente do dever positivo de colaboração entre as partes quando violado enseja nova espécie de responsabilidade, uma terceira via a impor responsabilidade às partes, cuja fonte e fundamento é a boa-fé, permanecendo, contudo, a classificação da obrigação como de meio ou de resultado.

Para ela, quando o dever de informar for objeto principal da relação obrigacional traduzirá uma obrigação de resultado, enquanto que se for dever acessório, como um dever de conselho, por exemplo, a obrigação será de meio. Os exemplos citados são, justamente, os da consulta médica e dos resultados de exames laboratoriais; em ambos a informação sobre o estado de saúde do paciente é um dever principal, uma obrigação de resultado.

O dever do médico de informar, de alertar, de conselho e esclarecimento para alcançar o consentimento informado, segundo Cláudia Lima Marques<sup>455</sup> baseada nas lições de Ricardo Lorenzetti, mesmo se a obrigação médica principal for de meio, constitui obrigação de resultado por uma interpretação mais favorável ao consumidor (artigo 47 do CDC).

A relação médico-paciente em apreço é a derivada de contrato de prestação de serviço médico prestado por profissional liberal escolhido e remunerado pelo paciente, pelo que a responsabilidade civil do médico por descumprimento contratual será regida pela lei civil e pela lei consumerista, principalmente por esta que regula expressamente o direito, o dever de informar e as consequências de sua inobservância.

O fundamento da responsabilidade civil do médico pelo dever de informar encontra-se no princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia existencial, no princípio básico da boa-fé, da transparência, da equidade, dentre outros.

A responsabilidade do médico nesta hipótese independe de haver erro médico ou imperícia médica (falha técnica) e pode decorrer de fato ou vício do serviço (artigo 14 e 20, ambos do CDC), e por se tratar de responsabilidade de profissional liberal dependerá da verificação de culpa própria, nos termos do artigo 14, § 4º, do CDC.

---

<sup>454</sup> BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>455</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.93, n.827, p.11-48, set. 2004. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Indenização - Danos materiais decorrentes de intervenção cirúrgica. Apelação Cível c/ Revisão n.º 2960124500. Relator: Exmo. Des. Santi Ribeiro. Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Privado. Julgamento: 04/11/2008. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>> . Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 71)

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor divide a responsabilidade civil do fornecedor de produto e prestador de serviço em: a) responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (artigos 12 a 14); b) responsabilidade por vício do produto ou serviço (artigos 18 a 20).

O regime de responsabilidade civil previsto no Código de Defesa do Consumidor dependerá do objeto tutelado, da espécie de dever jurídico violado pelo fornecedor, e das consequências do ato.

Octávio Luiz Motta Ferraz<sup>456</sup> divide em duas categorias de deveres impostos aos fornecedores: dever de segurança dos produtos e serviços (artigo 8º do CDC), que visa proteger a vida, a saúde, e a propriedade do consumidor e de terceiros, e o dever de prestabilidade, que busca garantir os interesses puramente econômicos do consumidor em relação ao produto ou serviço utilizado, diz respeito à eficiência do produto ou serviço para o fim a que se destinam (Título I, Capítulo IV, Seção III). Além disso, destaca o dever de informar que, para efeitos de responsabilidade civil, tanto pode ser subespécie de dever de segurança ou de dever de prestabilidade.

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço<sup>457</sup> ocorre quando há defeito do produto ou serviço, cuja gravidade é tão grande que provoca acidente de consumo atingindo o consumidor. Há uma falha de segurança decorrente de fato próprio (regra geral), de fato de outrem (artigos 932 a 934, do CC), ou, ainda, de fato causado por animais (artigo 936 do CC), que causam dano à integridade psicofísica do consumidor ou de sua propriedade (dano moral ou patrimonial), e que passaram a ser regulados em regime especial pelo Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade pelo vício do produto ou serviço decorre do defeito, mas que não é tão grave, ele é circunscrito ao produto ou serviço em si, um defeito que lhe é inerente ou intrínseco, que apenas causa o seu mau funcionamento ou não funcionamento, e está atrelado à falha de prestabilidade. O vício torna o produto ou serviço impróprios ou inadequados ao consumo ou lhes diminuem o valor, afetando os interesses econômicos (artigo 18, § 6º, do CDC).<sup>458</sup>

---

<sup>456</sup> FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2009.

<sup>457</sup> O conceito de serviço está previsto no artigo 3º, § 2º, do CDC que dispõe: “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.”

<sup>458</sup> O direito do consumidor de reclamar danos decorrente do fato do produto ou serviço está sujeito a prazo prescricional (artigo 27 do CDC), e o decorrente de vício a prazo decadencial (artigo 26 do CDC).

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço gera o dever do fornecedor de reparação do dano (artigos 12 e 14 do CDC). Enquanto que a responsabilidade civil pelo vício de adequação abre para o consumidor o direito de abatimento proporcional do preço, substituição do produto ou reexecução dos serviços (artigo 18, § 1º, II e artigo 19, IV, 20, todos do CDC), ou a restituição da quantia paga. Além disso, permite a resolução do contrato, nos termos do artigo 475 do Código Civil.

A segurança do produto ou serviço está atrelada ao que deles se pode esperar dependendo da espécie de produto ou serviço, pois há aqueles que têm risco inerente, de alto grau de nocividade e periculosidade à saúde. É a ideia de risco, a probabilidade de um serviço ou produto acarretar dano à saúde humana.

Antônio Herman V. Benjamin,<sup>459</sup> no que diz respeito à qualidade dos produtos e serviço, ela pode ser maculada de duas formas: i) vícios de qualidade por inadequação; e ii) vícios de qualidade por insegurança. A insegurança resulta da desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo.

A expectativa do consumidor está diretamente relacionada com a normalidade (traço objetivo) e previsibilidade do risco (traço subjetivo). Os produtos e serviços podem apresentar periculosidade inerente (latente), ou adquirida em razão de um defeito, e até mesmo a periculosidade exagerada.

A periculosidade inerente, normal e previsível dos produtos e serviços, em decorrência de sua natureza e fruição, está em sintonia com as legítimas expectativas do consumidor, o que não afasta o dever de informar do fornecedor, de advertir os consumidores dos riscos inevitáveis. Já a periculosidade adquirida tem como característica a imprevisibilidade para o consumidor (defeito de fabricação, de concepção ou de comercialização), e a periculosidade exagerada que por seu potencial danoso por mais que informados seu riscos estão fora do mercado de consumo, eis que os riscos não compensam os benefícios.

O defeito do produto ou serviço ocorre quando não apresenta a segurança que deles legitimamente se espera dentro dos padrões de expectativa legítima dos consumidores. Esse defeito pode ser de fabricação ou prestação, quando configura um desvio de padrão de qualidade fixado antecipadamente; de concepção, que surge na própria formulação do produto

---

<sup>459</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



ou serviço, na escolha de seus métodos e na fixação de seu conteúdo; ou de comercialização, que decorre de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O vício de inadequação, de qualidade ou quantidade, são os que tornam o produto ou serviço impróprios para o consumo, uma impropriedade normativa determinada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor (artigos 18, § 6º e 20, § 2º), ou que lhes diminuam o valor, ou que estejam em desacordo com as características constantes da oferta ou mensagem publicitária.

Os vícios abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor são os aparentes e de fácil constatação, de quantidade e qualidade no caso de produtos e de qualidade e funcionalidade para os serviços, e apesar de não acarretar danos gera responsabilidade.

O dever de informar é cumprido *a priori*, antes da colocação do produto ou serviço no mercado de consumo, o que não impede o fornecedor, após comercialização, informar *a posteriori*. O descumprimento desse dever pode gerar a responsabilidade até mesmo dos riscos inerentes, que se transformam em periculosidade adquirida, além de comprometer a adequação da prestação do serviço.

Em se tratando de serviços médicos pode-se analisar a responsabilidade civil dos profissionais médicos pelo descumprimento do dever de informar que tanto pode decorrer de fato ou vício de informação relativo à atividade médica contratada. É da natureza do serviço médico a álea, o que por si só não afasta a responsabilidade, dependendo do caso concreto.

A configuração do vício ou fato do serviço médico depende do resultado e segurança legitimamente esperados do serviço, o que guarda relação com a álea inerente aos métodos disponíveis.

A ausência de informação clara e suficiente sobre os riscos da atividade médica, os aspectos principais do contrato médico, compromete a liberdade do paciente, sua autonomia, o consentimento livre e racional do paciente-consumidor,<sup>460</sup> sendo conduta contrária à boa-fé, configurando verdadeiro inadimplemento de um dever básico do médico que afronta o direito fundamental do consumidor.

É por meio da informação que o paciente-consumidor se torna capaz de decidir livremente sobre o serviço médico contratado e obter maior proveito do serviço eleito com

---

<sup>460</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Responsabilidade Civil. Médico. Consentimento informado. Apelação Cível nº 2008 01 1 064065-9 (0064065-54.2008.807.0001) Registro do Acórdão nº 367968. Relator: Exmo. Des. Sérgio Bittencourt. Julgamento: 22/07/2009. Órgão Julgador: 4ª Turma Cível. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 72)

mais segurança, de acordo com as expectativas corretamente depositadas no profissional médico.

O descumprimento do dever de informar do médico-fornecedor pode tornar o serviço defeituoso, inseguro, se tratar de informação sobre um risco, ou viciado, se tratar de informação sobre a adequada e eficiente utilização do serviço médico.

A informação influenciará no regime da responsabilidade imputada ao médico-fornecedor, que tem obrigação de divulgar todas as características e aspectos que envolvem o serviço médico, e que auxiliarão na formação pelo paciente-consumidor da segurança e prestabilidade esperada.

A informação é um dever não só dos médicos, mas também dos demais fornecedores de serviços de saúde, dentre os quais se incluem os hospitais, as clínicas e os planos de saúde,<sup>461</sup> que respondem não só pelo descumprimento do dever principal como o dever de informar sobre os riscos inerentes<sup>462</sup> aos serviços.

A responsabilidade pode ser solidária pelo ato médico, ou por dever próprio, observados os apontamentos acima sobre a responsabilidade desses entes (item 4.1).

Se configurada falha informativa, sem a presença de dano ressarcível, ocorre o chamado vício do serviço (artigo 20 do CDC), mas se ocorrer defeito informativo, que acarreta danos passíveis de restituição ou compensação, há fato do serviço (artigo 14 do CDC).

O vício de informação de serviços médicos, apesar de não gerar diretamente dano patrimonial ou extrapatrimonial reparável, gera a responsabilidade civil do médico e confere, consoante interpretação do artigo 20 do CDC, à luz do caso em comento, o direito do paciente de compelir o médico a prestar a informação correta, clara e adequada, ou devolver o valor pago a título de remuneração pelo serviço prestado, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, abatimento do preço, ou até mesmo a rescisão do contrato de prestação de serviços médicos.

Em relação ao reconhecimento da jurisprudência da responsabilidade por vício do serviço, merece citar decisão proferida pela Terceira Turma Recursal Cível do Estado do Rio

---

<sup>461</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil solidária. Plano de saúde. Ausência de informação. Apelação Cível n.º 2007.001.51219 (0007310-71.2004.8.19.0209). Relator: Exmo. Des. Marcos Alcino A. Torres. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Julgamento: 29/01/2008. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 73)

<sup>462</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Triagem de doares em banco de sangue. HIV e hepatite. Obrigação de informar. Recurso Especial n.º 1071969/PE. Relator: Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 02/02/2010; Responsabilidade laboratorial. Exame HIV falso positivo. Recurso Especial n.º 707541/RJ. Relator: Exmo. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 12/12/2006. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.) (ANEXO I, n.º 74, 75)

Grande do Sul,<sup>463</sup> que em ação de responsabilidade civil por danos morais e materiais condenou o hospital, com base no artigo 20 do CDC, tão somente a restituir à autora-paciente as despesas que teve ao ser atendida em outro estabelecimento hospitalar em razão de sua demora no atendimento.

O médico responde quando ocorre defeito consubstanciado em informações insuficientes, inadequadas a respeito da fruição e riscos dos serviços médicos, ou até mesmo excessivo, e que coloca em xeque a legítima expectativa do consumidor em relação ao serviço, lhe acarretando danos (artigo 14, § 1º, I a III, do CDC).

A responsabilidade civil que decorre do descumprimento do dever de informar configurada no fato do serviço (artigo 14, § 4º, do CDC) tem como pressupostos: i) a existência de uma conduta omissiva voluntária; ii) dolo ou culpa; iii) o dano injusto sofrido pelo paciente, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; e iv) o nexo de causalidade entre o dano e a informação defeituosa.

Essa omissão do médico, dentre as três modalidades de culpa *strictu sensu*, de acordo com a doutrina e jurisprudência,<sup>464</sup> configura negligência, uma vez que o médico descumpriu seu dever profissional de informar, agindo de forma negativa. A omissão médica não permitiu que o paciente expressasse sua vontade de forma esclarecida, podendo ensejar sua responsabilidade civil.

Independentemente de a obrigação médica ser, em regra geral, de meio, e de ter o médico empregado todas as técnicas possíveis, agido com diligência, perícia e haver risco inerente ao tratamento, a falta de informação ao paciente sobre todos os aspectos da intervenção médica pode gerar sua responsabilidade em razão das consequências sofridas pelo paciente sem que este as conhecesse.

Os riscos normais, inerentes e previsíveis, em regra, não geram responsabilidade do prestador de serviço, já que não constitui um defeito do serviço. No entanto, é obrigação do fornecedor adotar todas as medidas disponíveis para minimizar esses riscos e, principalmente, informar o consumidor a respeito deles, sob pena de restar caracterizado serviço defeituoso pela omissão das informações e passível de responsabilização.

---

<sup>463</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Demora atendimento. Vício do serviço. Recurso Cível nº 71001246073, Relator: Exmo. Des. Eugênio Facchini Neto, Órgão Julgador: Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais. Julgamento: 21/08/2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 76)

<sup>464</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Violação do dever de informar. Apelação Cível nº 0013271-89. Relator: Exmo. Des. Sergio Cavalieri Filho. Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível. Julgamento: 05/11/2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 78)

Sergio Cavalieri Filho<sup>465</sup> ao tratar da responsabilidade civil médica pelo descumprimento de seu principal dever, hoje, o de informar, aduz sobre a possibilidade do médico e hospital responderem até mesmo pelo risco inerente da atividade, que, em princípio, não decorre de defeito de serviço, nem do insucesso do tratamento, mas pelo defeito de informação consubstanciado na omissão em esclarecer o paciente dos reais riscos do tratamento, já que apenas com seu consentimento informado os riscos são compartilhados.

Em abono a sua tese, Cavalieri cita julgado da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>466</sup> em que o médico foi responsabilizado, independentemente de defeito do serviço, por não informar ao paciente acerca dos riscos da cirurgia de hipertrofia prostática (próstata aumentada de volume), como o de dificuldades de micção, frequentes infecções urinárias, e impotência, que poderiam ter acarretado o não consentimento do paciente, pois os riscos do ato cirúrgico eram maiores que o não tratamento.

Isso porque o dever de informar visa tutelar a dignidade da pessoa humana, o exercício de sua autonomia privada e, conseqüentemente, sua integridade física e moral. A informação defeituosa afeta o consentimento livre e esclarecido, que é uma dimensão cristalizada do princípio da autonomia privada.

A interferência do médico no organismo do paciente sem a devida autorização é tão grave que pode configurar até mesmo lesão corporal ou constrangimento ilegal sancionado pelo direito penal.

A omissão de informação, mesmo que não ocorra falha técnica no procedimento médico, pode gerar o dano. A culpa surge pela falta de informação, ou pela informação incorreta, cabendo à vítima demonstrar 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.

Por outro lado, o consentimento livre e esclarecido do paciente, por si só, não descarta a responsabilidade do profissional da medicina pela caracterização da culpa em qualquer de sua modalidade: imperícia, imprudência ou negligência quanto à técnica médica.

Deve-se estabelecer o nexo de causalidade entre a deficiência da informação, a falta de consentimento livre e esclarecido e o dano acarretado ao paciente-consumidor. De acordo

---

<sup>465</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v.7, n.28, p.81-87, 2004.

<sup>466</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade Civil. Erro médico. Caracterização. Limites. Cirurgia de prostatectomia. Apelação Cível nº 0022959-97.1999.8.19.0000. Relator: Exmo. Des. Roberto Wider. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Julgamento: 03/04/2001. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 79)

com a consequência da falta de informação é que será possível enquadrar a responsabilidade como fato ou vício do serviço.

Certo é que nem toda falta de informação gera responsabilidade médica, pois existem algumas informações que não precisam ser repassadas para o paciente, além de nem sempre a falta de informação acarretar dano. Por isso, apenas no caso concreto verificado o nexo de causalidade será possível avaliar a responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar.

A imputação da responsabilidade civil do médico pela falta de consentimento informado é o reconhecimento do direito do paciente à livre disposição sobre o seu próprio corpo, da sua dignidade humana, sob a ótica de que o paciente é sujeito autônomo, capaz e dotado de vontade própria.

Dessa forma, não há como afastar o dever de indenizar do médico pela falha no seu dever de informar, que afeta o consentimento do paciente e, por conseguinte, o direito de autodeterminação e liberdade do paciente, além de lesionar integridade psicofísica do paciente, um dos substratos axiológicos da dignidade da pessoa humana.

A ausência de consentimento informado, no entanto, pode ou não acarretar prejuízos ao paciente e como o dano constitui requisito indispensável para configurar o dever de indenizar insta analisar sua presença.

O artigo 14, *caput*, do CDC é claro quanto à responsabilidade civil do prestador de serviços pelo fornecimento de informação defeituosa (insuficiente ou inadequada), mas tão somente quando causa danos ao consumidor. Portanto, em se tratando de responsabilidade do médico, esta apenas restará caracterizada quando acarretar prejuízos para o paciente,<sup>467</sup> do contrário, é possível enquadrar como responsabilidade civil por vício de informação, cuja consequência é diversa.

Cláudia Lima Marques<sup>468</sup> aponta três momentos em que o dano derivado de um defeito de informação pode aparecer: i) no tratamento ou cirurgia induzida a acontecer pela falta de informação ou pela falta de aconselhamento ou pelo esclarecimento incompleto dos médicos, especialmente quando a cirurgia é dispensável, em que os danos materiais são os gastos com o procedimento e do tratamento posterior, além do dano moral; ii) na falta do

---

<sup>467</sup> “Portanto, mesmo em se tratando de um procedimento realizado com excelência técnica, pode ensejar a responsabilidade civil do profissional, caso o paciente não tenha sido devidamente informado sobre todos os aspectos da intervenção médica, sobrevivendo-lhe prejuízo.” SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: o direito do paciente à informação o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. *Revista da Esmape*, v.13, n.27, jan./jun. 2008, p. 402.

<sup>468</sup>MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 827, set. 2004, p. 29-30.

consentimento informado que por si só acarreta dano à liberdade e ao direito de escolha e de ser informado, o que configura dano moral exemplar e integral; iii) na perda de uma chance, que é um dano moral autônomo, para o qual basta estabelecer a causalidade entre a falha de informação e o dano final, ou que não teria feito o tratamento se lhe tivessem informado corretamente o médico e que do tratamento resultou dano, não havendo necessidade da prova do erro médico *per se* ou imperícia.

Divide-se, portanto, a responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informar e comprometimento do consentimento informado em três hipóteses: i) intervenção ou tratamento médico realizado sem consentimento informado, mas que acarretou danos ao paciente; ii) intervenção ou tratamento médico realizado sem consentimento informado, mas que não acarreta danos aos paciente; e iii) a falta de informação médica e a perda de uma chance.

A intervenção médica sem consentimento informado que resultar na piora do estado de saúde do paciente, mesmo que ausente erro médico, dará ensejo a indenização pelos danos morais causado em função da falta de consentimento informado, além dos danos materiais decorrentes do agravamento do seu estado de saúde.

Contudo, a ausência de consentimento informado por si só não significa que a intervenção ou tratamento médico não serão benéficos para o paciente, podendo acarretar melhora no seu estado de saúde, mesmo que o ato médico tenha sido praticado de forma invasiva, o que não pode ser desconsiderado na seara da responsabilidade civil.

Ocorre que mesmo que o tratamento tenha sido primoroso e importante para melhora ou cura do paciente, foi feito de forma arbitrária, ilegítima, ferindo direito à integridade física e moral, além do direito à liberdade e autodeterminação do paciente, o que deverá ser objeto de apreciação.

Ricardo Luis Lorenzetti<sup>469</sup> considera o não cumprimento ou a violação do dever de obter o consentimento informado uma lesão autônoma à liberdade do paciente, porém cabe a vítima demonstrar o dano proveniente da falta ou defeito de informação, sendo certo que o prejuízo deve ser maior que o que sofreria se tivesse recusado o tratamento para restar caracteriza a responsabilidade do médico.

---

<sup>469</sup> *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 93, n. 827, p. 11-48, set. 2004.

A Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>470</sup> em caso referente a tratamento complementar radioterápico ou quimioterápico já se posicionou no sentido de não responsabilizar o médico por ser a falta de informação prejuízo inferior ao benefício do tratamento, citando, inclusive, os ensinamentos de Ricardo Luis Lorenzetti acerca da responsabilidade civil pelo dever de informar.

Essa também é a opinião de Miguel Kfourri Neto,<sup>471</sup> que defende não haver responsabilidade do médico pela falta de informação caso o prejuízo que o paciente sofreria recusando o tratamento fosse maior que o dano decorrente da intervenção.

André Gonçalo Dias Pereira,<sup>472</sup> seguindo o posicionamento do alemão E. Karner, defende que para determinar a existência de dano indenizável deve ponderar as dores e tristezas causadas pela intervenção médica realizada sem a devida autorização (ausência de consentimento informado) com os benefícios advindos da melhora do estado de saúde do paciente.<sup>473</sup>

Esta ponderação, no entanto, é feita para os danos extrapatrimoniais, e não materiais, pois estes uma vez comprovados, seja na forma de dano emergente ou de lucros cessantes, devem ser ressarcidos, já que o ato médico pode ter gerado gastos para o paciente, além de tê-lo inabilitado para o trabalho, mesmo que temporariamente.

Entretanto, existem hipóteses que a lesão a dignidade humana é tão grande, que mesmo que a intervenção médica invasiva tenha sido bem-sucedida e melhore o estado de saúde do paciente, caberá indenização pelos danos morais sofridos, como ocorre, por exemplo, no caso do médico retirar a mama de uma mulher por apresentar câncer,<sup>474</sup> ou fazer uma histerectomia, que embora elimine o risco de câncer causou forte trauma na mulher.

<sup>470</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Erro médico. Falha de informação. Não instituição de tratamento complementar radioterápico ou quimioterápico. Apelação Cível nº 70017226903. Relatora: Des. Marilene Bonzanini Bernardi. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 16/05/2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 2 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 80)

<sup>471</sup> NETO, Miguel Kfourri. *Culpa Médica e Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 303.

<sup>472</sup> APUD PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade civil médica na Europa: objectivação da responsabilidade e consentimento informado. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119.

<sup>473</sup> “Numa palavra, embora admita, em tese, a ressarcibilidade dos danos morais causados por uma intervenção médico-cirúrgica arbitrária tecnicamente bem-sucedida, isto é, sem consequências desvantajosas para a saúde do paciente, julgo que se impõe levar a cabo, no juízo decisório sobre o montante dos danos a ressarcir, uma ponderação de custos-benefícios, que poderá conduzir a que, em muitas situações, o lesado não receba compensações.” Ibidem, p. 120.

<sup>474</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Plano de saúde. Recurso Especial nº 1.133.386/RS. Responsabilidade civil pela realização de mastectomia bilateral radical, retirada das duas mamas, sem conhecimento prévio da paciente acometida de câncer. Relator: Exmo. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 17/06/2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 28 jul. 2010. (ANEXO I, n.º 81)

Octávio Luiz Motta Ferraz<sup>475</sup> sustenta que o paciente deve demonstrar que ele não teria se submetido ao tratamento danoso caso houvesse sido informado, ou que um paciente médio, nas mesmas circunstâncias, não teria adotado o mesmo procedimento, ressalvado a possibilidade de o paciente real invocar questões pessoais suas e de conhecimento do médico.

O dano informativo é um dano autônomo, *in re ipsa*, diverso do dano material, é uma espécie de dano extrapatrimonial, pois decorre da violação do direito à liberdade, um dos substratos da dignidade da pessoa humana e afeta a autonomia privada, diferindo do dano estético e do dano moral característico do insucesso de um procedimento médico.

O julgador, como defendido por Luciana Mendes Pereira Roberto<sup>476</sup> “deve ponderar os custos e benefícios do tratamento arbitrário, ou seja, a violação da liberdade, integridade e autodeterminação da pessoa humana de um lado, e do outro o benefício trazido pelo tratamento.”

Dessa forma, apenas no caso concreto deve-se avaliar o descumprimento do dever de informar e os efeitos desse ato omissivo, pois haverá casos em que o dano não é tão relevante, afastando o dever de indenizar, e outros que se exclui a responsabilidade do médico como, por exemplo, nos atendimentos de urgência.

O descumprimento do dever de informar também pode resultar na perda de uma chance, que nos ensinamentos de Roberto de Abreu e Silva,<sup>477</sup> é por si só um dano injusto indenizável ou reparável por configurar um prejuízo material ou imaterial causado a pessoa inocente pela perda da probabilidade de um evento favorável, certo, sério, não hipotético, em fato já consumado causado por conduta comissiva ou omissiva do agente (falta de diligência ou prudência), e que viola interesse juridicamente protegido no direito positivo (artigo 5º, X, da CF/88, Código Civil, Código do Consumidor)

A quebra do dever de informação, a omissão do médico de uma informação ao doente que o prive de uma possibilidade de escolha sobre o tratamento ou sobre a operação, pode configurar a responsabilidade civil pela perda de uma chance, isto é, a chance de sobreviver se efetivadas as ações ou omissões que garantiriam uma maior probabilidade de sobrevida.

A aplicação da teoria da perda de uma chance de cura tutela o direito à saúde humana, à dignidade do paciente e sua participação, e exige do aplicador do direito a análise concreta

---

<sup>475</sup> FERRAZ, Octavio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

<sup>476</sup> ROBERTO, Luciana Mendes Pereira Roberto. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 201.

<sup>477</sup> SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, p. 24-49, 2006.



dos fatos, se houve um atuar negligente do médico, dentro do que a ciência médica os facultava no determinado momento, capaz de ensejar a responsabilidade médica pela perda da chance de sobrevivência.

Há, ainda, poucos julgados que acolhem a perda de uma chance pela falta de informação e obtenção de consentimento do paciente, mas conforme a pesquisa elaborada verifica-se considerável avanço.<sup>478</sup>

A imputação da responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar depende não só da análise dos aspectos de natureza substancial relacionados com a espécie de responsabilidade e seus pressupostos como os aspectos processuais atinentes à prova da presença desses pressupostos ensejadores do dever de indenizar.

O objetivo do presente trabalho é abordar os aspectos substanciais, a relação médico-paciente, o dever e o direito de informar e a responsabilidade civil decorrente da infringência desse dever, mas cabe breve ressalva acerca do aspecto processual referente à carga probatória da conduta médica omissiva e do dano sofrido pelo paciente.

Essa questão é relevante para que as partes tenham conhecimento e possam gerenciar os riscos advindos da relação médico-paciente, além de permitir ao aplicador do direito a melhor solução da questão posta.

São consideráveis as dificuldades para ambas as partes da relação, médico e paciente, demonstrarem a existência de informação na fase pré-contratual e pós-contratual e o consentimento livre e esclarecido. Isto porque os fatos ocorrem, geralmente, em ambientes reservados, ou seja, consultórios, sala cirúrgica, sem a presença de outras pessoas, e o paciente, além de leigo, encontra-se em condições de debilidade em razão da própria doença, e nem sempre é capaz de compreender o significado dos termos médicos e avaliar a causa e efeitos do tratamento e intervenção médica.

A simples assinatura do paciente em um formulário padrão de consentimento informado não é suficiente para garantir que houve esclarecimento prévio, claro e adequado, nem mesmo que fora feito de forma livre e consciente.

---

<sup>478</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil hospitalar. Falta de Informação. Apelação Cível n.º 70030146138. Relatora: Exma. Marilene Bonzanini Bernardi. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 28/10/2009. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> >. Acesso em 02 fev. 2010. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Intervenção cirúrgica. Inobservância do consentimento informado. Apelação Cível n.º 0031029-61.2003.8.19.0001. Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 17/10/2006. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/> >. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 82, 83)

A obtenção do consentimento informado e o cumprimento do dever de informar podem não ocorrer por escrito, exceto nos casos em que a lei determina essa forma, mas uma vez provado que foram observados, afasta a responsabilidade do médico, já que a informação se dá por meio do diálogo.

O juiz, ao analisar o caso concreto, pode se valer de todos os meios de prova permitidos em direito como testemunhal, documental, consubstanciados em registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital, prontuários, laudos fornecidos, receitas médicas, além de prova pericial técnica.

Mas, a quem caberia o dever de provar a obrigação de informar, de obter o consentimento livre e esclarecido?

A responsabilidade civil do médico *in casu* é contratual, subjetiva e em relação a prestação principal a obrigação é, em regra, de meio, mas no que diz respeito ao dever de informar, que adere à prestação principal (dever principal), como defende Cláudia Lima Marques,<sup>479</sup> assume o médico o compromisso de resultado, ou seja, não pode se abster de informar, salvo as hipóteses que a lei e normas deontológicas afastam esse dever.

Considerando essa afirmativa, ao paciente apenas caberia demonstrar o descumprimento do contrato, ou melhor, o defeito de informação, e ao médico o de comprovar a existência de uma excludente. No entanto, a prova da ausência de informação, que constitui o descumprimento do contrato, constitui um fato negativo, de difícil comprovação o que prejudicaria a reparação do dano. Dessa forma, possível presumir o próprio descumprimento quando alegado pelo paciente, imputando ao médico a tarefa de provar que informou, até mesmo em razão do disposto no artigo 38 do CDC.

Na relação médico-paciente é, normalmente, o médico que dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, acabando por assumir o dever lateral de documentação, de preencher corretamente o prontuário médico, anotar as informações prestadas, os procedimentos realizados, a evolução clínica do paciente, a descrição do procedimento cirúrgico, as prescrições médicas etc.

Recomenda-se que o consentimento seja escrito, documentado e registrado, pois é o melhor meio de prova do assentimento do paciente. Caso seja verbal é importante que seja testemunhado, valendo a ressalva para o disposto no artigo 227 do Código Civil.

---

<sup>479</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 93, n. 827, p. 11-48, set. 2004.

O documento é o meio mais eficaz de prova e constitui medida de gerenciamento de riscos de conduta.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>480</sup> adverte que o médico deve ser precavido e obter do paciente ou de seu representante legal declaração escrita quanto à informação prestada e o consentimento informado para que o juiz possa extrair do conjunto dos fatos a verificação da observância desses deveres.

Em razão da maior facilidade do médico produzir provas, o princípio da carga dinâmica da prova, lhe confere o dever processual de levá-los ao processo fazendo prova da correção de seu comportamento, que cumpriu seu dever de informar.

O princípio da carga dinâmica da prova está baseado no dever das partes de agir com boa-fé e de levar ao juiz o maior número de informações de fato para a melhor solução da causa, pelo que cada uma delas deve contribuir com o maior número de informação possível.

Ademais, tem o paciente o direito subjetivo<sup>481</sup> à inversão do ônus probatório previsto no Código de Defesa do Consumidor quando presentes os requisitos da verossimilhança e/ou hipossuficiência do paciente-consumidor (artigo 6º, VIII, do CDC).

Insta acentuar que o médico tem o dever de, mesmo terminada a relação médico-paciente, colocar à disposição do paciente a documentação necessária para averiguar questões atinentes ao seu quadro clínico, seus documentos de história clínica.

Em relação à prova do dano sofrido pelo paciente, no que diz respeito ao dano material não há maiores controvérsias, pois é pacífico caber à vítima demonstrar os danos emergentes e lucros cessantes eventualmente sofridos. Já os danos morais são *in re ipsa*,<sup>482</sup> mas de difícil apuração.<sup>483</sup> Todavia, caberá ao paciente demonstrar que sofreu um dano real e não hipotético, já que se trata de um tipo especial de prejuízo causado pela falha no dever de informar, especialmente quando decorrente da perda de uma chance.

---

<sup>480</sup> AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 84, n. 718, p.33-53, ago. 1995.

<sup>481</sup> Cf. SOARES, Fábio Costa. *Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e a inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>482</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil objetiva. Banco de sangue. Dever de informar. Apelação Cível nº 0003472-10.2002.8.19.0042. Relator: Des. Jose C. Figueiredo. Órgão Julgador: Décima Primeira Câmara Cível. Julgamento: 16/12/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 84)

<sup>483</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O ônus da prova e a responsabilidade civil médica. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 241-251.

#### 4.2.1 Excludente de responsabilidade civil médica decorrente do dever de informar

Como amplamente abordado acima, para se configurar a responsabilidade civil do médico, faz-se indispensável a presença de alguns pressupostos, a conduta médica (omissiva ou comissiva), a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o comportamento do médico e o dano sofrido pelo paciente.

Há, contudo, situações que rompem o nexo de causalidade entre a conduta e o dano como o caso fortuito ou força maior (artigo 393 do Código Civil), circunstâncias totalmente imprevisíveis, a inexistência do defeito do serviço, seja por ausência de dano (fato do serviço) ou de vício de qualidade, e a culpa exclusiva do paciente-consumidor ou de terceiro, que excluem a responsabilidade civil do médico por fato ou vício do serviço (artigo 14, § 3º, do CDC).

A responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar e por agir sem o devido consentimento livre e esclarecido do paciente pode não restar demonstrada em razão de algum fato que excluirá o dever do médico.

Os casos de exclusão de responsabilidade do médico pela ausência de informação ou de obtenção de consentimento livre e esclarecido guardam relação direta com as hipóteses que afastam o dever de informar do médico e as exceções ao consentimento informado abordadas no terceiro capítulo.

No tocante ao dever de informar, não haverá responsabilidade médica se o paciente exercer seu direito de não ser informado ou se a circunstância em que se encontra autorizar o médico a omissão sobre dado atinente a sua saúde, pois os prejuízos seriam piores, é o caso do privilégio terapêutico abordado no segundo e no terceiro capítulo.

O direito do paciente de ser informado pode ser afastado por opção do próprio paciente pois, diferentemente das relações patrimoniais em que o consumidor não poderá abrir mão de direitos por serem estes assegurados por normas de ordem pública (artigo 1º e 51, ambos do CDC), na esfera predominantemente existencial caberá a parte selecionar a informação que pretende obter a respeito de seu diagnóstico, tratamentos, riscos, não podendo o médico se opor. Logo, o médico não poderá ser responsabilizado se a ausência de informação não decorrer de ato próprio.

O privilégio terapêutico<sup>484</sup> apenas excluirá a responsabilidade se a conduta médica que conclui pela falta de condições físicas, ou até mesmo psicológicas do paciente receber informações estiver amparada pelos princípios da beneficência e da autonomia, o que não afasta seu dever de informar aos familiares ou responsáveis, os quais terão legitimidade para decidir pelo paciente quais tratamentos serão seguidos.

Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza<sup>485</sup> afastam a responsabilidade civil do médico quando não informam os riscos inesperáveis, pois não lhes é imputado o dever de informar acerca do fortuito, ou do que normalmente não ocorre para um caso específico.

As espécies de riscos passíveis de informação, conforme explicitado no capítulo anterior (item 2.1.1) comporta discussão. Eis que vão desde os riscos normais, previsíveis, aos mais remotos, improváveis. Ao julgador caberá avaliar de acordo com o critério da relevância do risco e do padrão subjetivo do paciente quais os riscos que deveriam ter sido informados.

Contudo, quando o médico informa acerca dos riscos previsíveis e normais se isenta de responsabilidade, mesmo que o procedimento adotado não tenha êxito,<sup>486</sup> como ocorre no caso de cirurgia de vasectomia<sup>487</sup> e laqueadura.<sup>488</sup> Isso quando o insucesso não decorre de negligência, imprudência ou imperícia médica, mas sim dos riscos inerentes à atividade médica e devidamente esclarecidos.

No que diz respeito à obtenção pelo médico do consentimento livre e esclarecido do paciente, não haverá responsabilidade médica quando a intervenção no corpo do paciente o dispensava. São os casos de excludentes do consentimento livre e esclarecido: i) interesse público; ii) situações de urgência ou emergência médicas; iii) privilégio terapêutico, abordados no terceiro capítulo (item 3.1.3).

<sup>484</sup> A respeito do privilégio terapêutico como excludente de responsabilidade pelo dever de informar cabe citar a seguinte decisão, que apesar de não verificar sua ocorrência indica essa causa: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Consentimento Informado. Perda de uma chance. Apelação Cível nº 2006.001.13957. Relator: Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 17/10/2006. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010. (ANEXO I, nº 85)

<sup>485</sup> SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44.

<sup>486</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Erro médico. Prestação de informações. Apelação Cível nº 70023509813. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 26/06/2008. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 86)

<sup>487</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Cirurgia de vasectomia. Gravidez. Apelação Cível nº 70020459772. Relator: Exmo. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 24/04/2008. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 87)

<sup>488</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Responsabilidade civil. Cirurgia de laqueadura. Gravidez. Apelação Cível c/ Revisão nº 994080769441. Relator: Exmo. Des. Laerte Sampaio. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Público. Julgamento: 15/07/2008. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 88)

A lei permite que, em determinados casos, haja intervenção médica mesmo contra a vontade do paciente, o que excluirá responsabilidade médica em razão da ausência de ilicitude, como, por exemplo, quando há grave risco para saúde pública.

Além disso, o médico pode se deparar com um enfermo inconsciente a necessitar de cuidados urgentes ou emergenciais e em razão das circunstâncias, não conseguir nem mesmo consentimento da família para executar o procedimento médico. Nesse caso, age cumprindo seu dever profissional, excluindo responsabilidade pela não obtenção do consentimento informado, o que por si só não afasta o dever de indenizar por eventual erro médico.

O consentimento deve ser feito pelo paciente, mas quando ele estiver impossibilitado de prestá-lo os pais, a família, ou até o juiz poderão substituir a pessoa do paciente para consentir, o que legitimará a intervenção médica.

Há hipóteses em que o paciente consente para um tipo de intervenção cirúrgica, mas em virtude dos fatos o médico poderá ter de adotar outro procedimento diverso do consentido e que não poderia ser previsto. Nessas ocasiões o médico deve interromper o ato e informar o paciente a fim de obter seu consentimento, como ocorreu no caso apreciado pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,<sup>489</sup> afastando, assim, a responsabilidade do médico por negligência, muito embora haja situações em que não é possível interromper o ato médico sem comprometer a saúde do paciente. Agora, se era previsível ou possível ouvir o paciente o não consentimento poderá dar ensejo a responsabilidade do médico.

Quando o médico atua diligentemente e presta as informações devidas, respeitando o paciente e todas as normas éticas e jurídicas não há que se falar em responsabilidade civil.

#### 4.2.2 O posicionamento jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar

Ao longo do tempo, doutrina e jurisprudência têm observado o aumento das demandas de responsabilidade civil envolvendo a atividade médica e fundadas, principalmente, em erro médico decorrente de negligência, da imprudência e da imperícia do profissional médico.

---

<sup>489</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Cirurgia renal. Obrigação de resultado. Dever de Informar. Apelação Cível nº 70020544417. Relator: Exmo. Des. Odone Sanguiné Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 12/09/2007. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> >. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 89)

Entretanto, o reconhecimento da responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informar e falta de consentimento livre e esclarecido do paciente também tem ganhado amplo espaço.

A matéria foi primeiramente enfrentada no direito estrangeiro por força de decisões dos Tribunais que reconheceram a responsabilidade médica pela invasão no corpo humano sem a devida autorização.

A doutrina<sup>490</sup> cita alguns julgados precursores a respeito dessa temática como a decisão proferida, em maio de 1880, pela Corte da cidade de Bergen, na Noruega, que condenou o Dr. Gerhardt Armauer Hansen por realizar pesquisa científica sem autorização antecipada de uma senhora.

Em 1914, nos EUA, foi julgado o caso *Schloendorff V. Society of New York Hospitals* referente a uma senhora que teve seu útero extirpado sem que houvesse autorizado a cirurgia, pois segundo ela apenas autorizou ser anestesiada para procedimentos diagnósticos. A Suprema Corte do Estado de New York sentenciou favoravelmente à paciente e destacou que cabe ao indivíduo, por sua autodeterminação, decidir em relação aos procedimentos médicos a serem realizados sobre sua integridade física.

Em 1955, nos EUA, a Corte da Carolina do Norte julgando o caso *Hunt V. Bradshaw*, também asseverou que a falta de explicação sobre os riscos cirúrgicos se enquadra como conduta culposa do médico.

No entanto, é no ano de 1957 que a literatura americana começa a utilizar a expressão *informed consent*, cunhada pela Corte do Estado de Califórnia, ao decidir o caso *Salgo V. Leland Stanford Jr. University of Trustees* referente a um senhor que ao se submeter a aortografia transtorácica devido a suspeita de obstrução da aorta abdominal sofreu paralisia dos membros inferiores. De acordo com o julgamento, houve responsabilidade do médico com consequente dever de indenizar em razão da falta de esclarecimentos ao enfermo dos riscos da técnica empregada, o que deveria ocorrer para que o paciente pudesse de forma consciente fazer sua escolha quanto aos procedimentos médicos, exercendo sua autonomia.

Posteriormente, já na década de 1960, dois julgados das cortes americanas (*Nathason V. Kline* e *Mitchell V. Robison*), reafirmaram a obrigatoriedade jurídica do consentimento

---

<sup>490</sup> Cf. GOLDIM, José Roberto, CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando. Um breve histórico do consentimento informado. *O Mundo da Saúde*. São Paulo. v. 26. n. 1. p. 71-84. jan./mar. 2002. Cf. FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. O consentimento informado na atividade médica e a resposta dos tribunais. *Justiça e Democracia*. São Paulo. v. 1. n. 2. p. 185-97. jul/dez. 1996. Cf. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Os requisitos e limites do consentimento informado. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 145-170. Cf. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

informado, não bastando o consentimento simples obtido para realização do ato médico, sendo a falta de informação sobre os riscos do tratamento médico negligência médica. No primeiro, uma a mulher sofreu queimaduras torácicas em virtude de radiações terapêuticas por cobalto após a realização de mastectomia radical e, no segundo, o paciente, ao se submeter a tratamento de sua esquizofrenia, sofreu fraturas vertebrais.

Na década de 1970, destacou-se outro julgamento pela corte americana, *Cobbs V. Grant*, apontando a necessidade de o médico revelar ao paciente todos os riscos significativos que pudessem causar morte ou sérios danos à pessoa.

Outro caso ilustrativo ocorreu na Corte Francesa, em 1955, que ressaltou o dever dos médicos de obterem prévio consentimento esclarecido aos procedimentos. A hipótese foi de uma senhora que para tratamento de depressão nervosa foi submetida a eletrochoques, o que lhe ocasionou fratura da cabeça do úmero, a responsabilidade foi imputada não por culpa na utilização da técnica, mas por ter o médico omitido à paciente as possibilidades dos danos provocados pelo tratamento terapêutico, o que lhe permitiria dar seu consentimento.

Na Inglaterra, a primeira decisão jurídica que versou sobre a questão envolvendo informação e consentimento teria ocorrido, em 1967, no julgamento do caso *Slater V. Baker & Stapleton*. O caso envolvia o julgamento de dois médicos, Dr. Baker e Dr. Stapleton, que, sem colher o consentimento do paciente, Sr. Slater, apesar de já ser demandado na época esse consentimento não só por questões éticas, mas em virtude da necessidade de cooperação do paciente por não haver prática anestésica, utilizou um método não convencional para dar continuidade ao tratamento de uma fratura óssea, o que acabou acarretando a amputação de seu membro inferior. O paciente requereu a condenação dos médicos não só em razão dos danos desnecessários sofridos em virtude de ignorância e imperícia, como por não terem lhe informado ou consultado sobre o procedimento que seria realizado. A Corte condenou os médicos por quebra do contrato na relação assistencial, ressaltando o dever do médico de dizer ao paciente o que será feito com ele.

Segundo André Gonçalo Dias Pereira, um estudo sobre responsabilidade civil médica elaborado pelo Colégio Oficial de Médicos de Barcelona, no ano de 1998, concluiu que na metade das ações judiciais relativas à responsabilidade médica subjaz um problema de comunicação: i) violação de confidencialidade; ii) realização de intervenções médicas sem informar o paciente; e iii) transmissão de informação insuficiente ou errada.<sup>491</sup>

---

<sup>491</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade civil médica na Europa: objectivação da responsabilidade e consentimento informado. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115.



No Brasil, embora de maneira tímida, alguns acórdãos após a década de 1960, e especialmente, após a Constituição Federal de 1988, começaram a acompanhar a tendência mundial de conferir maior autonomia de vontade ao paciente-consumidor, reconhecendo a necessidade de o médico prestar informação, e de haver forma qualificada de consentimento, não sendo o consentimento simples, correspondente a mera autorização, suficiente para realizar o ato médico.

Isso se deve a maior conscientização do paciente-consumidor somado à despersonalização da relação médico-paciente e a massificação do serviço médico.

O paciente deixou de assumir a posição passiva ou de paciente-adversário da relação e começou a interagir, passando a relação médico-paciente de um modelo hipocrático, autoritário, para um modelo interativo, dialógico-consensual, do paciente-consumidor, titular de direitos que devem ser respeitados e que participa ativamente nos cuidados de saúde ministrados em seu próprio corpo, há um intercâmbio entre médico conhecedor da enfermidade, da *lexis artis* e o paciente conhecedor de suas necessidades.

A requalificação do paciente provocou, no entanto, maior descontentamento com a desumanização da atividade médica, a falta de esclarecimento acerca do estado de saúde do paciente, dos riscos da intervenção médica, dos efeitos colaterais do tratamento e, com isso, o aumento das medidas judiciais envolvendo o acesso à informação.

O dever de informar e a obtenção do consentimento livre e esclarecido está diretamente vinculado às diversas atividades médicas, cujo objeto pode ser a prestação de serviços de diagnóstico, terapêuticos, cirúrgicos, de prescrição, pesquisa em seres humanos, dentre outros.

Em cada ato médico o dever de informar assumirá determinada feição e é obrigatório o consentimento livre e esclarecido do paciente para legitimar o procedimento, além de assegurar o exercício de sua autonomia. O descumprimento desse dever pode acarretar a responsabilidade médica pelo fato do serviço ou vício do serviço, conforme visto no item 4.2.

Merecerá, contudo, maior ênfase o dever de informar atinente ao diagnóstico, ao ato cirúrgico e anestésico, eis que a jurisprudência dos principais Tribunais do Estado (Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Distrito Federal e Santa Catarina) e Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) já se posicionaram em casos envolvendo esses procedimentos médicos.

---

O diagnóstico é o ponto de partida da atividade médica, é por meio dele que se determina a natureza de uma doença pelo exame dos sinais e sintomas apresentados pelo paciente, seus antecedentes. Definir um diagnóstico é essencial antes de iniciar o tratamento médico, de adotar uma conduta terapêutica ou cirúrgica. E, para isso o médico precisará utilizar todos os meios disponíveis, embora nem sempre seja possível estabelecer com precisão um diagnóstico, motivo pelo qual é frequente a utilização de diagnósticos provisórios ou falhas no serviço de diagnóstico.

Várias situações acarretarão erro de diagnóstico, seja em razão do atual estado de desenvolvimento da técnica médica, seja por falhas decorrentes de ato do profissional que realiza o diagnóstico, falha nos exames complementares solicitados pelo médico, ou até mesmo por ato do próprio paciente que omite informações do profissional.

No primeiro caso haveria erro escusável ou invencível, já que a obrigação do médico, na concepção clássica, seria de meio,<sup>492</sup> já que não há como garantir em determinadas circunstâncias um diagnóstico preciso, além da álea da atividade diagnóstica, excluindo a responsabilidade médica. Da mesma forma, não haverá responsabilidade quando diagnóstico é comprometido pelo próprio paciente, não tendo o médico dado causa. A falha dos exames solicitados é um fato alheio ao desenvolvimento da atividade do médico assistente, mas não o exime de solicitar novos exames ou chegar a um diagnóstico por outros métodos dependendo da doença apresentada. O erro grosseiro, por sua vez, acarreta responsabilidade.

O diagnóstico para o procedimento médico cirúrgico ou terapêutico não gera responsabilidade médica quando não apresenta defeito propriamente dito, relacionado diretamente ao serviço. Todavia, o defeito pode restar configurado no âmbito da informação, que pode ou não gerar danos ao paciente-consumidor.

Não pode o médico se furtar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo privilégio terapêutico, nos termos do artigo 34 do Código de Ética Médica, que está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

A ausência de informação acerca das alternativas de exames a serem realizados pelo paciente para permitir melhor diagnóstico ou até mesmo comprová-lo, ou a falta de alerta a

---

<sup>492</sup> AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.84, n.718, p. 33-53, ago. 1995. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Responsabilidade civil. Diagnóstico equivocado. Erro escusável. Apelação Cível nº 1.0261.04.024845-0/001. Relator: Exmo. Des. Maurílio Gabriel Órgão Julgador: Décima Quinta Câmara Cível. Julgamento: 24/08/2006. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/> >. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 90)

respeito das possíveis falhas no resultado dos exames (exemplo: falso positivo)<sup>493</sup> pode configurar responsabilidade médica atinente ao dever de informar.

É o caso típico de exames envolvendo a existência de câncer ou vírus HIV, em que cabe ao médico e também ao laboratório esclarecerem o paciente sobre o procedimento de apuração da doença e eventuais equívocos nos resultados,<sup>494</sup> a fim de que o mesmo possa diligenciar e se preparar para os resultados possíveis.

Quando o diagnóstico é comprometido retira-se do paciente a chance de obter a cura, de se tratar o mais breve possível do mal que lhe aflige, configurando a responsabilidade civil pela perda de uma chance.<sup>495</sup> Da mesma forma, se o diagnóstico for concluído tardiamente.<sup>496</sup>

A atividade cirúrgica é caracterizada por sua álea que além de inerente é visível, eis que toda cirurgia envolve riscos, por isso não é possível o profissional médico garantir a obtenção do resultado com o procedimento cirúrgico, argumento utilizado pela doutrina para enquadrar a obrigação dela oriunda como de meio e não de resultado, a despeito do tratamento diferenciado das cirurgias estéticas, conforme amplamente abordado no primeiro capítulo (item 1.3.3).

A álea, por sua vez, não afasta do cirurgião o dever de informar acerca do procedimento adotado, dos riscos e benefícios, custos, duração etc., a fim de que o paciente dê seu consentimento livre e esclarecido para que o médico interfira em seu organismo de forma consciente. Ao paciente compete ponderar os riscos e benefícios e decidir se aceita o procedimento invasivo.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar acerca da responsabilidade médica pela inobservância do dever de informar em cirurgia de vista sem o

---

<sup>493</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.56179. Relatora: Exma. Des. Renta Cotta. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 30/10/2008; Apelação Cível n.º 0003472-10.2002.8.19.0042 Relator: Exmo. Des. Jose C. Figueiredo. Órgão Julgador: Décima Primeira Câmara Cível. Julgamento: 16/12/2009; Apelação Cível n.º 2008.001.28159 (0146778-92.2004.8.19.0001). Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 30/09/2008. Disponíveis em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 91, 92, 93)

<sup>494</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Erro grosseiro de diagnóstico. Apelação Cível n.º 70023446412. Relator: Exmo. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 30/10/2008. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 02 fev. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 707541/RJ. Relator: Exmo. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 12/12/2006. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 94, 95)

<sup>495</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Hospital. Embargos Infringentes n.º 2008.005.00432. Relator. Exmo. Des. Mauro Dickstein. Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível. Julgamento: 17/02/2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 96)

<sup>496</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2005.001.44557. Relator: Exmo. Des. Edson Vasconcelos. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Julgamento: 29/03/2006. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 97)

devido consentimento do paciente para intervenção médica, valendo citar o Recurso Especial n.º 436827/SP e 467878 / RJ<sup>497</sup>.

O primeiro acórdão se refere à cirurgia de vista realizada na paciente sem o devido esclarecimento a respeito dos riscos, das possíveis sequelas, ou seja, diálogo entre o paciente e o médico, sendo insuficiente comunicar a demora do procedimento e que o caso era complicado. Por isso, restou configurada a negligência médica pelo descumprimento do dever ético do médico de informar o paciente, antes e depois da cirurgia, e de obter seu consentimento informado. Esse dever do médico aumenta quanto maior for o risco do procedimento e de dano.

O segundo julgado, apesar de imputar a responsabilidade à entidade hospitalar, o faz de forma solidária, ressaltando que restou caracterizada a falta de informação adequada, clara e precisa do médico de todas as circunstâncias que envolviam a intervenção cirúrgica de vista inclusive, aos riscos da operação consubstanciada na possibilidade da paciente perder a visão, pelo que não obteve o consentimento esclarecido. Restou asseverado que a responsabilidade pelo descumprimento do dever de informar configura fato do serviço e independe de não haver erro médico no que respeita ao ato cirúrgico em si mas, certamente, pode ocorrer tanto na fase pré-operatória, quanto na do pós-operatório ao violar o dever de conselho.

Os Tribunais de segunda instância<sup>498</sup> também, por diversas situações, decidiram conflitos envolvendo responsabilidade médica ou hospitalar pela simples falha no dever de informar e não obtenção do consentimento livre e esclarecido.

Questão relevante é a falta de informação por parte dos médicos acerca dos riscos que envolvem as cirurgias de esterilização, mormente quanto à eficiência do método, pois nem sempre evitará a gestação.

Miguel Kfoury Neto<sup>499</sup> ao analisar julgados sobre cirurgia de vasectomia concluiu que o médico nesse tipo de procedimento cirúrgico não será responsabilizado caso o ato seja

---

<sup>497</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 436827/SP. Relator: Exmo. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 01/10/2002; Recurso Especial n.º 467878 / RJ (2002/0127403-7). Relator: Exmo. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 05/12/2002. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 98, 99)

<sup>498</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Intervenção Cirúrgica. Consentimento Informado. Perda de uma chance. Apelação Cível n.º 2006.001.13957. Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 17/10/2006; Intervenção Cirúrgica. Consentimento Informado. Perda de uma chance. Apelação Cível n.º 2008.001.59764 Relator: Exmo. Des. Ricardo Couto. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Julgamento: 04/02/2009; Intervenção Cirúrgica. Consentimento Informado. Perda de uma chance. Apelação Cível n.º 2008.001.22543. Relator: Exm. Des. Nametala Machado Jorge. Órgão Julgador: Décima Terceira. Julgamento: 20/08/2008. Disponíveis em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível c/ Revisão n.º 2960124500. Relator: Exmo. Des. De Santi Ribeiro. Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Privado. Julgamento: 04/11/2008. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, n.º 100, 101, 102, 103)

realizado por escolha do paciente e o tenha informado com absoluta clareza os percentuais de insucesso consoante literatura médica, documentando a obtenção do consentimento do paciente.<sup>500</sup>

Nesse sentido foi a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>501</sup> que afastou a responsabilidade médica pelo insucesso da cirurgia, haja vista que cumprido o dever de informar.

Entretanto, quando não há informação pelo médico sobre a possibilidade de insucesso do procedimento,<sup>502</sup> mesmo que tenha efetuado de acordo com todas as técnicas médicas, restará configurado o dever do médico reparar os danos sofridos pelo paciente, seja moral ou patrimonial.

Um exemplo é a decisão recente proferida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao apreciar a responsabilidade de médica pela ausência de informação sobre os riscos de gravidez no uso do método contraceptivo de laqueadura tubária bilateral.<sup>503</sup>

Em se tratando de cirurgia estética, conforme verificado no primeiro capítulo (item 1.3.3), doutrina<sup>504</sup> e jurisprudência<sup>505</sup> defendem que o dever de informar é superior, pois deve observar rigorosa obrigação de prudência e de conselho. O cirurgião deve esclarecer ao paciente as conseqüências prejudiciais que podem ser desproporcionais ao melhoramento estético buscado, sob pena de responsabilidade.

<sup>499</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 305.

<sup>500</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Cirurgia de vasectomia. Gravidez não planejada. Apelação Cível nº 70020459772. Relator: Exmo. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 24/04/2008. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> >. Acesso em: 02 fev. 2010; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Responsabilidade civil. Cirurgia de laqueadura. Gravidez não planejada. Apelação Cível nº 477821 SC 2006.047782-1. Relator: Exmo. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil. Julgamento: 27/11/2009. Disponível em: < <http://www.tjsc.jus.br/> >. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 104, 105)

<sup>501</sup> BRAnº 1051674/RS. Relator: Exmo. Ministro Massami Uyeda. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 03/02/2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 106)

<sup>502</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Responsabilidade civil. Cirurgia de vasectomia. Obrigação de resultado. Apelação Cível nº 992060064985. Relatora: Exma. Des. Christine Santini. Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Privado. Julgamento: 31/03/2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/> >. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 107)

<sup>503</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Médica ginecologista e obstetra. Não comprovação de fornecimento de informações. Apelação Cível nº 0003156-72.2006.8.19.0004. Relator: Exmo. Des. Sergio Jeronimo A. Silveira. Julgamento: 28/04/2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 108)

<sup>504</sup> Cf. CÓRTEZ, Júlio César Galán. O consentimento informado e a cirurgia estética. Trad. por José Geraldo de Freitas Drummond. *Bioética*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 95-102, 2004.

<sup>505</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 818144/SP. Relator: Exmo. Ministro Ari Pargendler. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 09/10/2007. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Apelação Cível nº 0013271-89.2002.8.19.0038. Relator: Exmo. Des. Sergio Cavalieri Filho. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 05/11/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/> >. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 109, 110)

A responsabilidade do cirurgião não resulta da não obtenção de um resultado satisfatório ou da cura, mas pode decorrer da omissão de esclarecimentos que teriam levado o paciente a recusar o procedimento que se demonstrou danoso,<sup>506</sup> mesmo que os danos sejam inerentes, ou de falsas informações que porventura tenha prestado.

A atividade anestésica, especialidade médica que envolve potencial de danos ao paciente, conhecida por seu alto grau de riscos, que vai desde complicações leves, dores e traumas, até paradas cardiorrespiratórias, também não impõe ao médico uma obrigação de segurança absoluta, de resultado, já que os riscos são normais e previsíveis.<sup>507</sup>

Todavia, caso o médico anestesista não siga as normas técnicas reconhecidas pela comunidade científica na execução do procedimento, pode restar configurado defeito do serviço, e mesmo que correta a conduta, a falta de informação por si só pode configurar defeito.

De todos os casos abordados ao longo do trabalho, verifica-se que a jurisprudência pátria tem evoluído no campo da responsabilidade médica pelo descumprimento do dever de informar e obtenção do consentimento livre e esclarecido, refletindo o reconhecimento da autonomia existencial presente na relação médico-paciente e o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da CF).

---

<sup>506</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Responsabilidade civil. Cirurgia estética. Apelação Cível nº 994070955510 (4961544000). Relator: Exmo. Des. Enio Zuliani. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Privado. Julgamento: 24/04/2008. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 111)

<sup>507</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do nº 2008.012541-6. Relator: Exmo. Des. Fernando Carioni. Juiz Prolator: Edson Marcos de Mendonça. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Julgamento: 13/06/2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010. (ANEXO I, nº 112)

## 5 CONCLUSÃO

A autonomia privada existencial ganhou relevo com a Constituição Federal de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III), acarretando uma repersonalização do sistema jurídico.

As categorias e conceitos jurídicos, diante da tábua axiológica constitucional, passam por uma revisão crítica, já que inicialmente construídos sob uma ótica individualista e patrimonialista.

Os direitos da personalidade, dentre os quais se incluem o direito à integridade física, à vida, à saúde, ao nome, à honra, à privacidade, passaram a ocupar um lugar de destaque no ordenamento jurídico. Para exercê-los, o indivíduo pode utilizar como instrumento o negócio jurídico, o qual, por se tratar de situação existencial, receberá tratamento diferenciado em conformidade com sua estrutura e função.

Os negócios jurídicos patrimoniais são fundados na autonomia privada, na livre iniciativa, e funcionalizados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da função social, da boa-fé, sendo que, nos negócios jurídicos existenciais a proteção da dignidade da pessoa humana será a própria finalidade do ato.

Os atos de disposição do corpo vivo decorrem justamente da autonomia que o indivíduo tem de se autodeterminar, de fazer as escolhas relativas à sua vida pessoal, ao destino de partes ou de todo o corpo. E isso pode depender da atuação de um terceiro, para preservação da saúde, caso em que nasce a relação médico-paciente, na qual o médico tem a atribuição de zelar pela vida, pela integridade psicofísica do paciente, sem, contudo, desrespeitar sua autonomia.

A relação médico-paciente, em todas as suas diferentes modalidades, por sua natureza e afins ganha feição diferente do negócio jurídico patrimonial, e se enquadra como situação predominantemente existencial.

O regime jurídico aplicável à relação médico-paciente dependerá da forma como o profissional médico exerce sua atividade. Em se tratando de contrato privado entre o profissional liberal médico que presta serviço ao paciente, mediante remuneração e por meio de um vínculo de confiança, *intuitu personae*, recebe da Constituição Federal o paradigma axiológico e é regulado pelo direito civil e consumerista, além de submeter-se a princípios deontológicos.

As partes dessa relação complexa e dinâmica assumem novo papel. O paciente, pessoa concreta que está por trás do sujeito de direito, adquire posição de partícipe ativo, não mais

submetido ao perfil hipocrático-autoritário imposto pelo médico. E o médico, detentor de autonomia profissional, assume a posição de colaborador, agindo pelo consenso.

O importante é reconhecer os direitos e deveres gerados por esse tipo de relação e que ultrapassam o aspecto patrimonial. Para ambas as partes, surgem direitos e deveres extrapatrimoniais como: o direito do paciente de recusa a tratamento e intervenção médica; o de ser ou não informado; o direito de sigilo; o dever do paciente de observar as prescrições médicas; o dever do médico de informar; o dever de cuidado, sigilo; e o direito do médico de exercer com autonomia e liberdade sua profissão.

Dentre todos esses direitos e deveres, destaca-se o relacionado à informação, pois está atrelado ao direito à autodeterminação do paciente, o exercício de sua autonomia privada que garante a salvaguarda de sua dignidade humana e legitima o ato médico.

A informação se dá por meio de um processo gradual, de um diálogo constante no seio da relação médico-paciente. Ela atua como um instrumento de liberdade, de igualdade, e de solidariedade na sociedade de consumo, além de concretizar o princípio da boa-fé e da transparência.

É dever do médico esclarecer o paciente, sujeito concreto e vulnerável, de acordo com a capacidade deste de compreender e assimilar as informações, desde o diagnóstico, as opções de tratamentos, os riscos, os prejuízos, o prognóstico, até as informações posteriores quanto aos efeitos da intervenção médica.

O paciente, após devidamente informado, poderá de forma livre e esclarecida dar seu consentimento para o ato de disposição de seu corpo, seja para doar seu órgão, para ceder seu útero para gestar de uma criança, para submeter seu corpo à pesquisa e à experimentação, utilizar seus dados genéticos, tratar de uma doença, se submeter a um procedimento cirúrgico, ou até mesmo recusar o tratamento.

Após o esclarecimento, paciente e médico assumem os riscos da intervenção médica, na medida de suas participações. No entanto, o médico no desenvolver de seu mister pode cometer falhas tanto de ordem técnica (erro médico), como falhas decorrentes de seus deveres extrapatrimoniais, dentre eles o de informar.

A análise do caráter não patrimonial da relação médico-paciente e a preocupação do ordenamento jurídico pátrio em preservar a pessoa humana fazem com que a atenção dos aplicadores do direito se volte para a responsabilidade médica pelo descumprimento do dever de informar.

Isso porque a inobservância pelo médico do seu dever de informar e obter o consentimento livre e esclarecido do paciente acaba por afetar seu direito ao livre



desenvolvimento, sua autonomia e dignidade, rompendo com a confiança que legitimamente espera e que deve ser considerada na atividade médica.

Mas como enquadrar essa responsabilidade? Quais as normas que devem ser aplicadas? A falha no dever de informar configuraria um fato ou vício do serviço? Como responsabilizar o médico nos casos em que não há informação ao paciente, nem seu consentimento livre e esclarecido e o ato médico é praticado com resultado benéfico para o paciente? A violação da autonomia existencial por si só configura o dever de indenizar?

Esses e outros questionamentos foram abordados ao longo deste trabalho e o que se conclui é que apenas no caso concreto se poderá estabelecer a responsabilidade médica pelo descumprimento do dever de informar que ofende, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

A vida humana é intangível e o seu valor insuscetível de mensuração, por isso, mais importante do que responsabilizar o médico é conscientizar as partes de seus direitos e deveres a fim de evitar lesão aos seus direitos que de algum modo atingem sua dignidade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995.

ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade da pessoa física no direito civil. *Revista de Direito Privado*, n.18, p.84-104, abr./jun. 2004.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 2, v. 5, p. 83-100, jan./mar. 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de. Responsabilidade dos hospitais. In: V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 303-329.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

ALMEIDA, Marcos de; MUNOZ, Daniel Romero. Relação médico-paciente e paciente-instituição na AIDS: O Direito a Informação e a confidência; a discriminação, o abandono e a coerção. *Bioética*, Brasília, v.1. n.1, p.49-53, 1993.

ALVIM, Agostinho. Direito das obrigações exposição de motivos. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, v. 6, n.º 24, p. 101-102, 1973.

\_\_\_\_\_. Da equidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 797, p. 767-770, mar. 2002.

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v.7, n.2, p.15-25, jul./dez. 2007.

AMARAL NETO, F. S. Autonomia privada como poder jurídico. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. v. 0. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 286-313.

\_\_\_\_\_. *Direito civil* : introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-120.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A interferência ilícita do terceiro na relação contratual: a tutela externa do crédito e a oponibilidade dos contratos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 391, p. 89-110, maio/jun. 2007.

ANDORNO, Roberto N. Buena fe en la relación médico-paciente: el derecho del paciente a saber y el derecho a no saber. In: CÓRDOBA, Marcos M. et al. *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 183-199.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direito e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 6, maio/ago. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e direito do consumidor: possibilidade e limites da aplicação do CDC. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 60, p. 27-49, 2006.

ARAÚJO, Vaneska Donato. A perda de uma chance. TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (Org.). *Direito Civil - Direito Patrimonial, Direito Existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. 1 ed. São Paulo: Método, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria geral: relações e situações jurídicas*. v. III. Coimbra: Coimbra, 2002.

\_\_\_\_\_. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 43-66, abr./jun. 2006.

AVALOS, Cláudia Régia Barros. Bioética, ECA e o Consentimento Informado. Uma visão à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e de um ordenamento jurídico efetivo. Unisal, 2005 Disponível em: <<http://www.ls.unisal.br/pafiledb3/uploads/Artigo%20ECA%20-%20Luciano.pdf>> Acesso em 07 mar. 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n.97, p.107-125, jan./dez., 2002.

\_\_\_\_\_. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito civil: introdução e teoria geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no Transplante de Órgãos à luz da Lei n. 9.434/97, com alterações posteriores*. Curitiba: Juruá, 2001.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 1, n. 2, p. 05-14, 2004.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade Civil Médica no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.5, n.19, p.49-64, jul./set., 2004.

\_\_\_\_\_ et al. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações (artigos 1º a 420)*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_ et al. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Princípios do Biodireito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-81.

\_\_\_\_\_. Poder familiar em face das práticas médicas. *Revista do Advogado*, v. 24, n.76, p. 40-46, jun., 2004.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. 1 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-423.

\_\_\_\_\_. Direito ao Corpo e doação de gametas. In: BECKER, Paulo (Org.). *Bioética no Brasil*. v. 1. 1 ed. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo Ltda., 1999, p. 41-52.

\_\_\_\_\_. A informação genética e as relações de consumo. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *Novos direitos a essencialidade do conhecimento, da cidadania, da dignidade, da igualdade e da solidariedade como elementos para a construção de um estado democrático constitucional de direito na contemporaneidade brasileira*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 153-166.

\_\_\_\_\_. Bioética X Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.1-40.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). *Bioética e Responsabilidade*. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Vera Lúcia; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. A informação esclarecedora e o consentimento esclarecido: um desafio ao Programa de Saúde da Família na garantia dos direitos do paciente. *O Mundo da Saúde*, São Paulo, v.27, n.2, p. 280-91, abr./jun. 2003.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. Capacidade jurídica e consentimento informado. *Bioética*. Brasília, v.8, n.2, p. 285-96, 2000.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico : algumas reflexões. In: *Responsabilidade civil : estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. p. 320-349.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas, São Paulo: Servanda, 2008.

BÍBLIA. Português. *Bíblia de Estudo Pentecostal*. Trad. por João Ferreira de Almeida. Flórida: CPAD, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do Consumidor – Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função : novos estudos de teoria do direito*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri : Manole, 2007.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 2. ed., rev. e ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos: com enfoque no consentimento informado. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.35, n.9, p.121-149, jul./set., 2008.

BRASIL. Código Civil (2002). 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências. Rio de Janeiro. 1957. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto Federal nº 44.045, de 19 de julho de 1958. Aprova o Regulamento do Conselho Federal e Conselhos Regionais de Medicina a que se refere à Lei Federal nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Rio de Janeiro. 1958. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Quadros/antiores%20a%201959.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Quadros/antiores%20a%201959.htm)>: Acesso em: 14 mai. 2009.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004. Altera dispositivos da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/\\_quadro.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/_quadro.htm)>. Acesso em: Acesso em: 14 maio 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto Federal nº 6.821, de 14 de abril de 2009. Altera o Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, que aprova o regulamento do Conselho Federal e Conselhos Regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Rio de Janeiro. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6821.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6821.htm)>. Acesso em: 14 maio 2009.

BUSTAMANTE, Thomas.; SILVA, Denis Franco. *Neminem Laedere*: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 5, v. 20, p. 247-258, out./dez. 2004.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do artigo 187 do novo Código Civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 6, v. 22, p. 115-135, abr./jun. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O ônus da prova e a responsabilidade civil médica. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.241-251.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípio da vulnerabilidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARPENA, Heloísa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 367- 385.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. O artigo 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 6, v. 21, p. 53-93, jan./mar. 2005.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 3. ed., rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTILHO, Ricardo, TARTUCE, Flávio. (coord.) *Direito Civil. Direito Patrimonial e Direito Existencial. Estudo em Homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. Editora Método, São Paulo, 2006.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Fernanda T; ROCHA, Kátia B; D'ELIA, Paula; FONTOURA, Vaneza A. Revelação de diagnósticos de doenças sexualmente transmissíveis a parceiros(as) sexuais: um dilema bioético? In: *Jornal Brasileiro de Doenças Sexualmente Transmissíveis*, n.º 17, 2005. Disponível em: [www.uff.br/dst](http://www.uff.br/dst) . Acesso em: 24 abr. 2009.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord). *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 128-172.

CASTRO, Flávia Viveiros de. *Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: Transplantes de Órgãos e Direitos de Personalidade*. São Paulo: Madras, 2004.

CAVALCANTI, Flavio de Queiroz Bezerra. O conteúdo da prestação securitária e o contrato aleatório. *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, ano I, 1 ed., p. 95-112, jan. 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XIII. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v.7, n.28, p.81-87, 2004.

\_\_\_\_\_. *A responsabilidade médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor*. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/search/index.php>> Acesso em: 08 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 2, p. 123-136, abr/jun 2000.

CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito a vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. *Bioética*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 51-9, 1995.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalissimos*. 2. ed. Actual. Y Ampl Imprenta. Buenos Aires Astrea, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.246/1988: Código de Ética Médica. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246\\_1988.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1988/1246_1988.htm)> Acesso em: 14 maio 2009.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM nº 1.897/2009: Código de Processo ético-profissional. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1897\\_2008.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1897_2008.htm)> Acesso em: 14 maio 2009.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2007.

CÓRTEZ, Júlio César Galán. O consentimento informado e a cirurgia estética. Trad. por José Geraldo de Freitas Drumond. *Bioética*, v.12, n.1, p.95-102, 2004.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. As excludentes de ilicitude no Novo Código Civil. In *Parte geral do novo Código Civil : estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 397-426.

DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.



DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. II. 5 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

\_\_\_\_\_. *Da responsabilidade Civil*. 11 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *O estado atual do biodireito*. 5 ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Souza. *Código Civil Alemão*. Trad. por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editôra, 1960.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Italiano*. Trad. por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editôra, 1960.

\_\_\_\_\_. *Código Civil dos franceses*. Trad. por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editôra, 1960.

\_\_\_\_\_. Discriminação por motivo genético. Disponível em:  
<<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1791/1488>>. Acesso em: 24 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Sobre o projeto do Código civil brasileiro: crítica a racionalidade patrimonialista e conceitualista / Luiz Edson Fachin. *Boletim da Faculdade de Direito / Universidade de Coimbra*, n.76, p.129-151, 2000.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual dos direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso fundamental de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2007.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. O consentimento informado na atividade médica e a resposta dos tribunais. *Justiça e Democracia*, São Paulo, v. 1. n.2. p. 185-97, jul./dez. 1996.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Questionamentos judiciais e a proteção contra o paciente um sofisma a ser corrigido pelo gerenciamento de riscos. *Bioética*, Brasília, v.5, n.1, p.5-12, 1997.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1994.

FRANÇA, Rubens Limong (coord.) *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 67. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANCESCONI, Carlos Fernando; GOLDIN, José Roberto. Aspectos Bioéticos da Confidencialidade e Privacidade. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

FREIRE, Paula Ariane. Bioética e responsabilidade civil do cirurgião plástico. *Revista nacional de direito e jurisprudência*, v.8, n.89, p.53-72, maio 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil. Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_; BARTHOLO, Bruno Paiva. Personalidade e capacidade jurídicas no Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família Continua/Como/ RIDF*, Porto Alegre, v. 8, n.37, p. 27-41, ago./set. 2006.

GAIVA, Maria Aparecida Munhoz. Pesquisas envolvendo crianças: aspectos éticos. *Bioética*, Brasília, v.17, n.1, p.135-146, 2009.

GERALDES, Paulo Cesar. A autonomia na doença mental. *Jornal do CREMERJ*, Rio de Janeiro, ano XVIII, n. 182, p. 4, nov. 2005.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. 2 ed., 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano 2, v. 5, p. 101-116, jan./mar. 2001.

GOLDIM, José Roberto. Consentimento Informado. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/consinf.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando. Um breve histórico do consentimento informado. *O Mundo da Saúde*. São Paulo, v. 26, n.1, p. 71-84, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. Modelos de relação médico-paciente. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/relacao.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. I: parte geral. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. 9 ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. Responsabilidade civil do médico e dos bancos de sêmen na inseminação artificial. *Consulex: revista jurídica*, v.13, n.292, p.44-46, mar. 2009.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. *Obrigações*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Cirurgia plástica e responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico. (parecer). *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 39, p.503-12, jan./abr. 2004.

JUNGES, José Roque. Exigências éticas do consentimento informado. *Bioética*, Brasília, v.15, n.1, p.77-82, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado : responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Resultado falso negativo. In: V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 271-301.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

\_\_\_\_\_. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 839, p. 47-68, set. 2005.

KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 29, p. 3-34, jan./mar 2007.

\_\_\_\_\_. O Consentimento no Biodireito : os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.4, n.15, p.41-71, jul./set. 2003.

\_\_\_\_\_. *Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. A responsabilidade civil médica frente ao ordenamento jurídico atual. *Revista Forense*, v. 380, p. 33-46, jul./ago. 2005.

LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LEIRIA, Cláudio da Silva. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová: uma gravíssima violação de direitos humanos. *Revista Forense*, v. 105, n. 402, mar./abr., 2009, p. 63.

LEOCIR, Pessini, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 8 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008, p. 623-624.

LEVI, Guido Carlos; BARROS, Antonio Ozório Leme. Ética Clínica: a AIDS como Paradigma. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

LIRA, Ricardo Pereira. Ato ilícito. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n 49, p. 84-93, 1996.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/38/61/3861/>>. Acesso em: 25 maio 08.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3 ed. rev., amp., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LOBO NETTO, Paulo Luiz. Responsabilidade civil do advogado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=663>>. Acesso em: 10 maio 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo código civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004.

LOPES, Rénan Kfuri. A responsabilidade civil do médico, do anestesista, do hospital (privado e público) e da equipe médica. Disponível em: <[http://www.coad.com.br/index.php?class=interface\\_frontend\\_busca&method=show\\_detalhe&id\\_registro=23&id\\_tipo=42](http://www.coad.com.br/index.php?class=interface_frontend_busca&method=show_detalhe&id_registro=23&id_tipo=42)>. Acesso em: 8 abr. 2010.

LORENZO, Cláudio. O consentimento livre e esclarecido e a realidade do analfabetismo funcional no Brasil: uma abordagem para a norma e para além da norma. *Bioética*, Brasília, v.15, n.2, p.268-282, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. O direito ao silêncio e o dever de informar. *IOB – Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 22, p. 413, nov. 1983.

MACLEAN, Alasdair R. *The doctrine of informed consent: does it exist and has does it crossed the Atlantic? Legal Studies*. London, v.24, n.3, p.386-413, jun. 2004.

MAGRINI, Rosana Jane. Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.92, n.809, p.137-163, mar. 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.93, n.827, p.11-48, set. 2004.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: artigos 1 a 74, aspectos materiais*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista Direito do Consumidor*, n. 35, p. 62-96, jul./set. 2000.

\_\_\_\_\_. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista Direito do Consumidor*, n.51, p. 34-67, jul./set. 2004.

\_\_\_\_\_. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista Direito do Consumidor*, n.57, p. 11 e ss, jan./mar. 2006.

MARINI, Bruno. O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6641>>. Acesso em: 24 abr. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 831, p.106-131, jan. 2005.

\_\_\_\_\_. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n.18, p.153-170, 2000.

\_\_\_\_\_. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito : o renascer do *venire contra factum proprium*. *Revista Forense*, v.100, n.376, p.109-129, nov./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, 21-23 de setembro de 2006). Texto disponível em: <[www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf](http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Estruturas e rupturas em torno do artigo 187. Texto disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4229>>. Acesso em: 22 ago. 2007.

MARTINS, Paulo Sergio da Costa. Código de Ética Médica e Processos Ético-Profissionais. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

MATTIETTO, Leonardo. A Constituição e o direito civil: reflexões sobre o direito civil constitucional. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 54, p. 197-205, 2001.

\_\_\_\_\_. Negócio jurídico simulado (notas ao artigo 167 do Código Civil). *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 61, p. 218-231, 2006.

MELLO, Marcos Bernandes. *Teoria do fato jurídico - plano da existência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Teoria dos Direitos de Crédito*. Tomo II. 4 ed. aum. e atual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1956.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXIV e XXVI. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Borsóí, 1971.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, Tomo II. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora, Borsóí, 1970.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo (coord) e FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Coleção Teses, Editora Almedina, 1989

MONTESSO, Cláudio. Direitos trabalhistas do médico e os deveres das instituições. In NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 381-400.

MOTA, Sílvia. Testemunhas de Jeová e as transfusões de sangue: tradução ético-jurídica. In: GUERRA, . Arthur Margno e Silva (coord.) *Biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 355.

MORAES, Irany Novay. *Erro médico e a lei*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.7, n.25, p.217-241, jan./mar., 2006.

\_\_\_\_\_. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009.

MENDES, Christine Keler de Lima Mendes. Mães substitutas e a determinação: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro* heteróloga. *Direito das Famílias e Sucessões*, n. 0, p. 34-55, out.nov. 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de validade*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor como Direito Fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n. 43, p. 111-133, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. 1 ed. Lisboa: Princípia Editora, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

\_\_\_\_\_. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

\_\_\_\_\_. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (coord). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 105-147.

\_\_\_\_\_. A Causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.6, n.21, p.95-119, jan./mar. 2005.

\_\_\_\_\_. A família democrática. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. (Org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1043-1070.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública : uma revisão sistêmica. *Revista de informação legislativa*, v.25, n.97, p. 133-154, jan./mar., 1988.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2009.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente. Dignidade da pessoa humana e autonomia privada. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2\\_08\\_2003\\_arquivos/Docente/Rela%E7%E3o%20jur%E9dica%20m%E9dico-paciente.doc.](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Rela%E7%E3o%20jur%E9dica%20m%E9dico-paciente.doc.) Acesso em: 06 mar. 2009.

NEMETZ, Luiz Carlos e Aline Dalmarco. A responsabilidade civil dos anestesiólogos nos casos de acusação de má prática profissional. *Estudos e pareceres de direito médico e da saúde*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade, DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil* : estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da Boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221-253.

NETO, Luísa. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo* : a relevância da vontade na configuração do seu regime. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

NEVARES, Ana Luíza Maia, et al. *Princípios do direito civil contemporânea*. MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.



\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do médico. In: *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 197-217.

NOGUEIRA, Lavyane Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 40, out./dez. 2001.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O Consentimento informado na relação médico-paciente : respeitando a dignidade da pessoa humana / Lydia Neves Bastos Telles Nunes. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.8, n.29, p. 95-110, jan./mar. 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Consumidor*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Marcos Inácio Araújo e. Responsabilidade civil na ótica do Código de Ética Médica: conseqüências judiciais. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85-97.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues. *Responsabilidade civil dos médicos: repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica e seus reflexos em relação ao ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil anotado*. Parte Geral. v. I (artigos 1º a 232). Ed. Lumen Jusris. Rio de Janeiro, 2004.

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família: limites bioéticos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.89, n.777, p.57-74, jul., 2000.

O' DONOVAN, Katherine; GILBAR, Roy. The loved ones: families, intimates and patient autonomy. *Legal Studies*. London, v. 23, n.2, p. 332-58, jun. 2003.

PANASCO, Vanderby Lacerda. *A responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, p. 96-110, 2002.

PATUSSI, Carla Mesquita. O direito fundamental à informação do paciente. *Justiça do Direito*, Passo Fundo. v.15. n.2. p.457-66. nov.-dez. 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. v. I. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil. Teoria geral das obrigações*. v. II. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil. Contratos*. v. III. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade médica. *ADV Seleções jurídicas*. São Paulo, v. 2, p. 5-10, jun. 1994.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PETRACCO, Álvaro. Bioética e Reprodução assistida. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coord); [et al.]. *Grandes temas da atualidade*. v. 3. *Bioética e biodireito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva, OLIVEIRA, Guilherme de. (coord.) *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Formulários para prestação do consentimento: uma proposta para o seu controle jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, Porto Alegre, v. 3, p. 65-90, 2001.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil médica na Europa: objectivação da responsabilidade e consentimento informado. In: NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 125.

\_\_\_\_\_. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Estudo de Direito Civil, 9, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Perfis de Direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. por Maria Cristina De Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência : lei n. 10.406, de 10.01.2002 : contém o código civil de 1916*. 2. ed. rev. e atual. Baurueri, São Paulo: Manole, 2008.

PESSINI, Leo, BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8 ed. rev. e amp. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008.

PINHEIRO. Antônio Gonçalves. O ato médico e os conselhos de medicina: considerações históricas, práticas e administrativas. In NIGRE, André Luis, et al. *Direito e medicina, um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37-60.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTUGUAL. Assembleia da República. Projeto de Lei nº 788/X – Direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 10, p. 74-84, jun.-jul. 2009.

POZZOLO, Paulo Ricardo. Ato ilícito civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v.32, n.33, p.241-251, 2000.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. A proteção da vida privada e a constituição. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, n.30, p.31, 1954.

PINA, J. A. Esperança. *A Responsabilidade dos Médicos*. Lisboa: Lidel, 2003.

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

ROCHA, Cleonice Rodrigues Casarin da. *A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

RAYMUNDO, Marcia Mocellin, e GODIM, José Roberto. Do consentimento por procuração à autorização por representação. *Bioética*, Brasília, v.15, n.1, p.83-96, 2007.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. *Direito Civil Constitucional*, São Paulo : Malheiros, 2002, p. 76-92.

RENTERÍA, Pablo Valdemar. *A atual relevância da distinção entre obrigação de meios e de resultado no direito brasileiro*. (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6 ed. Forense, Rio de Janeiro, 2006.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

RODOTÁ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 91-107, jul./set. 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito e Globalização*. Disponível em:

<<http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/UerjPalestraStefanoRodota.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo. (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2-34.

RODRIGUES, Lísia Carla Vieira. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ROSARIO, Grácia Cristina Moreira do. *A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Civil Médico*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

RUEFF, Maria do Céu. Segredo Médico e VIH/SIDA. Perspectiva Ético-Jurídica. *Acta Médica Portuguesa*, nº17, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei 10.211/01*. 2 ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_.; NAVES, Bruno Torquado de Oliveira. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101-127.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade médica e objeção de consciências religiosas. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.6, n.21, p.121-139, jan./mar., 2005.

\_\_\_\_\_. (coord.) *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v.4, n.14, p.167-217, jan./mar., 2005.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade constitucional : os dois lados da moeda. In *A constitucionalização do direito : fundamentos teóricos e aplicações específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. et al. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. *Erro médico: inversão do ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHARAMM, Fermin Roland. A moralidade da Biotecnociência. In: SCHARAMM, Fermin Roland (Org.) et al. *Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: UFRJ; 2005.

\_\_\_\_\_. Bioética para quê? *Revista Camiliana da Saúde*, ano 1, v. 1, n. 2, p. 14 - 21, jul./dez. 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica, civil, criminal e ética – comentários, referências ao direito positivo aplicável, à doutrina e à jurisprudência*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Carlos Alberto. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

SILVA, Lucas Neiva; LISBOA, Carolina; KOLLER, Sílvia Helena. Bioética na pesquisa com crianças e adolescentes em situação de risco: dilemas sobre o consentimento e a confidencialidade. *Jornal Brasileiro de Doenças Sexualmente Transmissíveis*, n° 17, 2005. Disponível em: <[www.uff.br/dst](http://www.uff.br/dst)>. Acesso em: 04 ago. 2008.

SILVA, Regina Beatriz Tavares (Coord.). *Responsabilidade civil na área de saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Roberto de Abreu e. A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil. *Revista da Emerj*, v. 9, n. 36, p. 24-49, 2006.

SILVA, Rodrigo Pessoa Pereira da. Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais. In: SÁ, Maria de Fátima de. *Biodireito*. Maria de Fátima de Sá (Coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado: o direito do paciente à informação o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. *Revista da Esmape*, v.13, n.27, p.377-410, jan./jun. 2008.

SOARES, Seline Nicole Martins. O consentimento informado da bioética sob a óptica do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro. *Manual de boas práticas clínicas do MERCOSUL*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3563>>. Acesso em: 25 mar. 2008.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. *O consentimento Informado na Atividade Médica e a Autonomia do Paciente*. São Paulo Disponível em: <http://WWW.direitonet.com.br>

\_\_\_\_\_. Erro médico e consentimento informado. *Revista de Direito Médico e Saúde*. n. 2., p.doutrina/artigos/x/47/22/472/ Acesso em: 23 mar. 2009.

SPIRI, Wilza Carla; BERTI, Heloísa Wey; PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. Os princípios bioéticos e os direitos dos usuários de serviços de saúde. *O Mundo da Saúde*. São Paulo, v.30. n.3. p.448-54. jul./set. 2006.91-100, abr. 2005.

STANCIOLI, Brunelo Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. VILLELA, João Baptista (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SZTAJN, Rachel. O consentimento informado e o projeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 36, n.109, p.93-7, jan./mar. 1998.

\_\_\_\_\_. *Autonomia privada e direito de morrer : eutanásia e suicídio*. São Paulo : Cultural Paulista, 2002.

\_\_\_\_\_. Autonomia e heteronomia na relação entre profissional/usuários de serviços e ações de saúde e as declarações de vontade viciadas. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, v.36, n.110, p.22-31, abr./jun. 1998.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil Francês). *Revista dos Tribunais*. ano 94, v. 831, p. 11- 58, jan. 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. Novas Tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, ano. 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. A tríplice transformação do adimplemento : adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.8, n.32, p.03-27, out./dez., 2007.

\_\_\_\_\_. A representação no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229-253.

\_\_\_\_\_. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.12, ano 3, p.03-24, out./dez., 2002.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo : Atlas, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código Civil e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 760, p. 41, fev. 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: Livro III - Dos fatos jurídicos: do negócio jurídico*. v. III, t. 1 (Artigos 138 a 184); coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2004

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*. Rio de Janeiro, ano 01, v. 2, p.41-75, abr./jun., 2000.

\_\_\_\_\_. e SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico*. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília / DF, ano 4, n. 17, p. 223-235, out.-dez., 2005.

\_\_\_\_\_. SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. AZEVEDO, Álvaro Vilhaça. (coord.) v. I. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição : premissas para uma reforma legislativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado Rio de Janeiro*, n. 6/7, p.13-25, 1998/1999.

\_\_\_\_\_.; SCHREIBER, Anderson. O Extremo da Vida Eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.39, n.10, p.3-17, jul./set., 2009.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 345- 365.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 33, p. 5-32, jan/mar 2008.

TRIGO, Juan Cabrera. El Consentimiento y el rechazo en un caso clínico oncológico. *Bioética*. v. 6, n. 2, p. 135-141, 1998.

ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p.172-191, jan./mar. 2003.

ZAMBRANO, Virginia. Il trattamento terapeutico e la falsa logica del consenso. *Rassegna di Diritto Civile*. Napoli. n.4. p.760-95. 2000.

ZUBEN, Newton Aquiles von. Vulnerabilidade e decisão: tensão no pacto médico. *O Mundo da Saúde*. São Paulo. v.30. n.3. p.441-7. jul./set. 2006.

VEGETTI, 1990, M. 1990. *L'etica degli antichi*. Roma-Bari: Laterza, 1989.

WALD, Arnaldo. *Direito civil : introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Obrigações e contratos*. 11 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.



## ANEXO I – Ementas de Jurisprudência

(1) 1. Responsabilidade civil. 2. Danos materiais e morais. 3. Rompimento de noivado e direito subjetivo de qualquer dos noivos, imotivadamente, não ocasionando, por si só, qualquer indenização, muito menos a título de dano moral. 4. De outro lado, procede o pedido de ressarcimento de valores aplicados por uma parte, para edificação em terreno de outra, já que não ocorrerá a utilização conjunta do mesmo, retornando as partes ao estado original, e evitando-se o enriquecimento sem causa. 5. Valor definido através de perícia. 6. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada, tratando-se de matéria preclusa, e provimento parcial do recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0000092-61.2000.8.19.0005. Relator: Exmo. Des. Mario dos Santos Paulo. Órgão julgador: Quarta Câmara Cível, Julgamento: 25/04/2006. Disponíveis em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 abr. 2010.)

(2) Responsabilidade civil. Rompimento de noivado. Danos materiais caracterizados e bem dimensionados na sentença. Dano moral todavia não configurado. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recursos improvidos. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rompimento de Noivado. Apelação Cível n.º 0059051-61.2005.8.19.0001 Relator: Exmo. Des. José Carlos Varanda. Órgão julgador: Décima Câmara Cível, Julgamento: 18/04/2002. Disponíveis em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 abr. 2010.)

(03) Indenização. Rompimento de noivado. Benefício da assistência judiciária abrangendo a condenação principal. Matéria constitucional. Recurso especial inadmissível.- Assentada a decisão recorrida em fundamento constitucional, o recurso cabível é o extraordinário e não o especial. Recurso não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 268280/SP. Relator: Exmo. Ministro Barros Monteiro. Órgão julgador: Quarta Turma. Julgamento: 23/04/2002. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 abr. 2010.)

(4) Constitucional. Regulamentação profissional. Profissão médica. A liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão, somente podem ser limitadas pelas condições de capacidade, que a lei estabelecer. Inconstitucionalidade, por afronta ao artigo 153, § 3º, da Constituição, do artigo 18 do Código de Ética Médica, elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, que declara “vedado ao médico aceitar emprego deixado por colega que tenha sido exonerado sem justa causa, salvo anuência do Conselho Regional”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n.º 1.023/RJ. Relator: Exmo. Ministro Décio Miranda. Órgão Julgador: Sessão Plenária. Julgamento: 28/02/1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(5) Recurso especial. Erro médico. Cirurgião plástico. Profissional liberal. Aplicação do código de defesa do consumidor. Precedentes. Prescrição consumerista. I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14. II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 731078/SP. Relator: Exmo. Ministro Castro Filho. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento 13/12/2005. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)> . Acesso em: 2 fev. 2010.)

(6) Processual civil. Recurso especial. Exceção de competência. Ação indenizatória. Prestação de serviço público. Ausência de remuneração. Relação de consumo não-configurada. Desprovisionamento do recurso especial. (...) 2. O conceito de "serviço" previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (artigo 3º, § 2º, do CDC). 3. Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (artigo 196 da CF). 4. Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade da incidência das regras de competência contidas na legislação específica. 5. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 493181/SP. Relatora: Exma. Ministra Denise Arruda. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento 15/12/2005). Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010.)

(7) Ação de reparação de danos. Procedimento médico. Exclusão no caso de relação de consumo. 1 - A reparação do dano decorrente de cegueira total do olho direito em razão de procedimento cirúrgico de remoção de catarata teve por fundamento, "em aceitação de doutrina norte-americana, a inversão do ônus da prova, no caso de erro médico". No entanto, a interpretação consumerista não se aplica à espécie, dado que a lide foi decidida sem a invocação protecionista da inversão probatória, visto não se tratar de relação de consumo. 2 - Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Erro médico. Recurso Especial 466730/TO. Relator: Exmo. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Relator p/ Acórdão: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento 23/09/2008. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)> . Acesso em: 2 fev. 2010.)

(8) Responsabilidade médica. Obrigação de meio. Reexame fático-probatório. Súmula 07/STJ. Incidência. 1. Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. Precedente. 2. Afastada pelo acórdão recorrido a responsabilidade civil do médico diante da ausência de culpa e comprovada a pré-disposição do paciente ao descolamento da retina - fato ocasionador da cegueira - por ser portador de alta-miopia, a pretensão de modificação do julgado esbarra, inevitavelmente, no óbice da súmula 07/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 256174/DF. Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão julgador: Quarta Turma. Julgamento:04/11/2004. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(9) Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico. Exames radiológicos. Danos morais e materiais. I - O diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (artigo 14 c/c o 3º do CDC). II - Danos materiais devidos, tendo em vista que as despesas efetuadas com os exames posteriores ocorreram em razão do erro cometido no primeiro exame radiológico. III - Valor dos danos morais fixados em 200 salários-mínimos, por se adequar melhor à hipótese dos autos. IV - Recurso especial

conhecido e parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 594962 / RJ. Relator: Exmo. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento 09/11/2004. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(10) Responsabilidade civil. Indenização. Contaminação pelo vírus da aids. Transfusão de sangue em hospital público. Lei nº 7.649/88. Ausência de pré-questionamento. Enunciado nº 282 da súmula do supremo tribunal federal. Responsabilidade do hemorio. Inovação nas razões do agravo regimental. Impossibilidade. 1. Os dispositivos apontados como violados no recurso especial não foram objeto de decisão pelo Tribunal a quo, ressentindo-se, conseqüentemente, do indispensável pré-questionamento, cuja falta inviabiliza o conhecimento da insurgência especial, a teor do que dispõe o enunciado nº 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Esta Corte Superior já decidiu que a União pode figurar no polo passivo de ação visando ao ressarcimento por danos morais pela morte de paciente infectado pelo vírus HIV durante tratamento de hemoterapia em hospital público. Precedentes: REsp nº 670.914/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, in DJ 19/12/2005 e REsp nº 768.574/RJ, Relator Ministro Castro Meira, in DJ 29/3/2007. 3. Em sede de agravo regimental, não se conhece de alegações estranhas às razões do recurso especial, por vedada a inovação de fundamento. 4. Agravo regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1178960 / RJ. Relator: Exmo. Ministro Hamilton Carvalhido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 27/04/2010. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 maio 2010.)

(11) Civil e processual. Doação de sangue. Exames equivocados que atribuíram à doadora doença inexistente. Cadastramento negativo em bancos de sangue. Ação de indenização por dano moral. Ajuizamento na comarca de domicílio da autora. Exceção de incompetência acolhida. Relação de consumo caracterizada. Prestação de serviço. Destinatário final. CDC, artigos 2º , 3º, § 2º, e 101, i. Exegese. I. A coleta de sangue de doador, exercida pelo hemocentro como parte de sua atividade comercial, configura-se como serviço para fins de enquadramento no Código de Defesa do Consumidor, de sorte que a regra de foro privilegiado prevista no artigo 101, I, se impõe para efeito de firmar a competência do foro do domicílio da autora para julgar ação indenizatória por dano moral em razão de alegado erro no fornecimento de informação sobre doença inexistente e registro negativo em bancos de sangue do país. II. Recurso conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 540922/PR. Relator: Exmo. Ministro Aldir Passarinho Junior. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 15/09/2009. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010.)

(12) Indenização por danos materiais e morais - Cirurgia de vasectomia - Obrigação médica de resultado - Procedimento ineficiente resultando em gravidez que se pretendia evitar - Inexistência nos autos de elementos suficientes à comprovação da devida informação ao autor dos procedimentos a serem realizados e dos riscos deles decorrentes — Responsabilidade civil caracterizada – Danos materiais parcialmente caracterizados – Indenização por danos morais indevida – Incabível caracterização de danos morais pelo nascimento de uma criança, em especial porque não comprovada seqüela pós-cirúrgica - Sucumbência recíproca. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 992060064985. Relatora: Exma. Des. Christine Santini. Julgamento: 31/03/2010. Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Privado. Publicação: 12/04/2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>> . Acesso em: 02 fev. 2010.)

(13) Ação indenizatória de danos materiais e morais decorrentes de erro médico. Cirurgia de vasectomia, que configura procedimento simples e método anticoncepcional bastante eficaz e amplamente realizado na atualidade. Obrigação de resultado. Demanda ajuizada contra o hospital em cujas dependências o procedimento cirúrgico foi realizado. Insucesso da cirurgia comprovado através o resultado do exame pós-cirúrgico e a gravidez inesperada da esposa do apelante. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade civil objetiva da empresa-apelada. Dano moral configurado. Provimento do recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0000747-70.2007.8.19.0075. Relator: Exma. Des. Denise Levy Tredler. Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível. Julgamento: 07/04/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(14) Civil. Indenização por ato ilícito. Cirurgia de laqueadura tubária. Gravidez indesejada. Responsabilidade médica. Obrigação de meio. Negligência, imprudência ou imperícia não Configuradas. Nexos causal indemonstrado. Responsabilidade civil do médico afastada. Recurso desprovido. A superveniência de gravidez indesejada, após cirurgia de laqueadura tubária, não enseja indenização se o médico age dentro das normas técnicas da medicina, utilizando os métodos adequados, com prudência e perícia, pois se trata de obrigação de meio, uma vez que nem mesmo a literatura médica afasta a possibilidade de uma nova gravidez. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n.º. 477821 SC 2006.047782-1. Relator: Exmo. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil. Julgamento: 27/11/2009. Disponível em: < <http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.;

(15) Responsabilidade civil - Indenização - Danos morais e materiais - Paciente que se submeteu ao processo de laqueadura tubária e engravidou - Obrigação de meio - Adoção pelo Código Civil pátrio, da teoria da culpa, incumbindo à vítima a prova de que o médico agiu com culpa *strictu sensu* para poder ser ressarcida - Recurso improvido (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 990100422472. Responsabilidade Civil. Relator: Exmo. Des. Francisco Vicente Rossi. Órgão Julgador: Décima Primeira Câmara de Direito Público. Julgamento: 15/03/2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>> . Acesso em: 02 fev. 2010.)

(16) Recurso especial - Ação de indenização - Danos morais e materiais - Cirurgia de vasectomia - Suposto erro médico - Responsabilidade civil subjetiva - Obrigação de meio - precedentes - Ausência de comprovação de imprudência na conduta do profissional - Cumprimento do dever de informação - Entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório - Reexame de provas - Impossibilidade - Óbice do enunciado n. 7 da súmula/STJ - Recurso especial não conhecido. I - A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado. II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva; III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ); IV - Recurso especial não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1051674 / RS. Relator: Exmo. Ministro Massami Uyeda. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento 03/02/2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(17) Apelação cível. Responsabilidade civil. Procedimento estético. Peeling. Obrigação de resultado. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Dever de informação sobre possíveis riscos. Danos morais ocorrentes. Quantum da indenização reduzido. 1. Relação jurídica. Tratando-se de relação jurídica cujo objeto é a realização de procedimento estético de aplicação de peeling, tem-se que a obrigação assumida pelo fornecedor, embora médico, é de resultado, e não de meio. 2. Responsabilidade civil. Incontrovertidos nos autos o procedimento de aplicação do peeling realizado pelo réu bem como a ocorrência da mancha esbranquiçada ao redor dos olhos da autora. A prova dos autos é suficiente a comprovar o nexo causal, ou seja, que a mancha no rosto do autora (hipopigmentação) decorreu da aplicação do peeling, realizada pelo réu. Tal conclusão se extrai da análise do objetivo do procedimento realizado, da análise da região do dano bem como da prova oral colhida. 3. Culpa. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Considerando a extrema dificuldade de produção da prova por parte da autora quanto ao que se passou na intimidade da clínica do réu, não há como dela se exigir comprove a culpa do demandado. Cabe, sim, a este, que detém as melhores condições de prova no caso concreto, comprovar a sua ausência de culpa, ou seja, que seguiu os parâmetros corretos na formulação e aplicação do produto na autora. Assim não procedendo o réu, comprovada a ilicitude de sua conduta. 4. AUSÊNCIA NO DEVER DE INFORMAÇÃO. No caso, o réu faltou, ainda, com seu dever de informação, porquanto não informou suficientemente a autora quanto à possibilidade de ocorrência de despigmentação “irreversível” na região de aplicação do produto. 5. Dano. O dano estético sofrido pela autora é suficiente a acarretar abalo moral, porquanto diretamente relacionado à imagem da autora, atributo de sua personalidade. 6. Quantum Indenizatório. O quantum indenizatório deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. Ponderação que recomenda a redução do montante indenizatório fixado no Juízo a quo. 7. Juros De Mora. Na hipótese de reparação por dano moral, cabível o início da contagem a partir da fixação do quantum indenizatório, é dizer, a contar do julgamento no qual foi arbitrado o valor da condenação. 8. Correção Monetária. A correção monetária não constitui plus, mas sim mera atualização da moeda, devendo incidir a partir da fixação do quantum devido, é dizer, a partir do julgamento. Deram parcial provimento ao apelo. Unânime. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70023388671. Relator: Exmo. Des. Odone Sanguiné. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 18/06/2008. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> >. Acesso em: 2 fev. 2010.)

(18) Apelação cível. Responsabilidade civil do profissional liberal. Relação de consumo. Subsunção à Lei 8078/90. Responsabilidade subjetiva conforme o artigo 14 § 4º CDC, que não inibe a vinculação aos princípios norteadores do CDC. Culpa presumida. Obrigação de resultado. Realização de procedimento estético de depilação a laser. Ulcerações e erupções por toda a extensão dos membros inferiores da autora. Assinatura de termo de autorização pela paciente que não exclui a responsabilidade do profissional liberal. Necessária realização de prova de toque antes de intervenções dessa natureza. Informação adequada com vistas à proteção da saúde e segurança da consumidora. Direito básico. Inteligência do artigo 6º, I e III CDC. Realização de segunda sessão mesmo após apresentadas queixas pela consumidora. Dever de cuidado do profissional médico. Princípio da qualidade, adequação e segurança, conforme artigo 8º C.C. 24 CDC. Defeito na prestação do serviço médico. Propaganda enganosa. “Flyer” de publicidade que refere imediato retorno às atividades normais. Inteligência do artigo 37 CDC. Danos materiais. Ressarcimento devido. Dano moral.

Quantum indenizatório que deve respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Indenização fixada ao patamar de R\$ 6.000,00. Danos estéticos inexistentes, ante a transitoriedade das lesões apresentadas. Provimento parcial do apelo. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0059566-96.2005.8.19.0001, Relatora: Exma. Des. Cristina Tereza Gaulia. Quinta Câmara Cível. Julgamento: 30/03/2010. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/index.jsp>. Acesso em: 8 abr. 2010.)

(19) Civil. Processual Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração não configurada. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 236.708/MG. Relator: Exmo. Ministro Carlos Fernando Mathias. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 10/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(20) Responsabilidade médica. Obrigação de meio. Reexame fático-probatório. Súmula 07/STJ. Incidência. 1. Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. Precedente. 2. Afastada pelo acórdão recorrido a responsabilidade civil do médico diante da ausência de culpa e comprovada a pré-disposição do paciente ao descolamento da retina - fato ocasionador da cegueira - por ser portador de alta-miopia, a pretensão de modificação do julgado esbarra, inevitavelmente, no óbice da súmula 07/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 256174/DF. Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 04/11/2004. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(21) Ação de indenização - Erro médico - Cirurgia plástica - fins estéticos - Obrigação de resultado - lesão medular - investigação e avaliação de predisposição da paciente - informações sobre os riscos da cirurgia - ausência - responsabilidade do médico e da clínica -

condenação em dobro do §1º do artigo 1.538 do código civil de 1916 - aplicação apenas em relação à multa criminal - indenização por danos morais - redução - juros de mora desde o evento danoso - obrigação extracontratual - súmula 54 do Superior Tribunal De Justiça. Por possuir a cirurgia plástica para fins estéticos obrigação de resultado, a culpa se presume a partir do descumprimento, bastando ao paciente lesado demonstrar a existência da obrigação e afirmar a inexecução. Se a cirurgia plástica realizada teve fim puramente estético, com obrigação de resultado, o qual não foi alcançado, resta caracterizada a culpa do médico cirurgião, quando não comprova que adotou os procedimentos pré-operatórios necessários a fim de avaliar a predisposição do paciente a reações alérgicas ou outras possíveis e, quando é omissos em prestar informações necessárias e adequadas ao paciente acerca da probabilidade de sequelas desagradáveis e indesejáveis após a cirurgia plástica. Utilizando-se o médico das dependências do hospital ou clínica, não só para fins ambulatoriais, como também cirúrgicos, sendo auxiliado pelos seus funcionários, não resta dúvida quanto à responsabilidade solidária do nosocômio, vez que incumbe ao mesmo zelar pela eficiência dos serviços prestados pelos profissionais em seu estabelecimento. A indenização deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, no causador do mal, impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a duplicação prevista no § 1º do artigo 1.538 do Código Civil de 1.916 não abrange todas as verbas tratadas no seu caput, mas somente a multa criminal, porventura devida. Os juros moratórios incidentes sobre a indenização são devidos desde a data da cirurgia, ou seja do evento danoso, de acordo com a Súmula 54 do STJ, por se tratar de obrigação extracontratual. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 105250100152670021. Relator: Exmo. Des. Alvimar de Ávila. Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara Cível. Julgamento: 10/02/2010. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>> . Acesso em: 2 fev. 2010.)

(22) Civil e processual - Cirurgia estética ou plástica - Obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) - Indenização - Inversão do ônus da prova. I - Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II - Cabível a inversão do ônus da prova. III - Recurso conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 81.101/PR. Relator: Exmo. Ministro Waldermar Zeiter. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 13/04/1999. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(23) Civil. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Indenização. Dano material e dano moral. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o Cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material, quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 10.536/RJ. Relator: Exmo. Ministro Dias Trindade. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 21/06/1991. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(24) Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar - Anestesiista - Cirurgião - Culpa Concorrente - Perda de Uma Chance - Juros de Mora - Termo Inicial - É subjetiva a responsabilidade do hospital no exercício de atividade específica da área médica. - Impõe-se o dever de indenizar ante a inequívoca demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil. - Age com culpa o médico anestesiista que não examina previamente o paciente, nem toma conhecimento de

estado clínico capaz de influir no sucesso do ato anestésico. - É autônoma a responsabilidade do anestesista em relação ao cirurgião. - Havendo culpa concorrente da vítima, mitiga-se a responsabilidade do agente causador do dano. - Responde pelo dano o médico cuja conduta subtraiu do paciente a chance de evitar ou minimizar o seu padecimento. - Na indenização decorrente de ato ilícito, inclusive no caso de dano moral, os juros de mora contam-se do evento danoso (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Número do processo: 1.0024.97.027207-6/001(1). Numeração Única: 0272076-37.1997.8.13.0024 Relator: Exmo. Des. Fabio Maia Viani. Órgão Julgador: Julgamento: 16/09/2008. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/> >. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(25) Exame de ressonância magnética. Efeitos colaterais falta de informação adequada violação positiva do contrato dano moral relação de consumo. Exame de ressonância magnética realizado em criança. Comportamento agressivo depois de cessado o efeito da anestesia. Inobservância do dever de informação da ré, anexo ao contrato. Violação positiva do contrato. Dano moral configurado. Quantum arbitrado dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Restou caracterizada a violação positiva do contrato, que decorre não do descumprimento da prestação principal, mas sim da inobservância dos deveres anexos, ditados pelo princípio da boa-fé objetiva, no caso, o dever de informação. Quantum indenizatório arbitrado em consonância com os princípios norteadores da responsabilização civil. Recurso a que se nega seguimento, na forma do artigo 557 do CPC. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0189437-77.2008.8.19.0001. Relator: Exmo. Des. Cherubin Helcias Schwartz. Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara Cível. Julgamento: 27/04/2010. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/> >. Acesso em 2 maio 2010.)

(26) Responsabilidade Civil. Relação de consumo. Serviço prestado por instituição hospitalar. Cirurgia oftalmológica. Fatores de risco negligentemente investigados. Falta de informação adequada à paciente. Responsabilidade objetiva. Inocorrência de excludentes legais. [...] Risco inerente à atividade. Cirurgia oftalmológica em idosa com diversos fatores de risco mal apurados. Dever do fornecedor do serviço em propiciar o consentimento informado ao paciente. A responsabilidade médica pela informação segura ao paciente, em caso de risco inerente, sequer precisa ser objeto da causa de pedir, porquanto constitui condição sine qua non para que se reconheça a excludente prevista no artigo 14, § 3º, I, do CDC. Caso em que, ademais, o próprio perito considerou deficiente o tratamento da hemorragia subsequente à cirurgia. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.22543. Relator: Exmo. Des. Nametala Machado Jorge. Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível. Julgamento: 20/08/2008. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/> >. Acesso em: 02 Fev. 2010.

(27) Responsabilidade civil. Erro médico. Laudo pericial. Comprovação. Danos morais devidos. Quantum indenizatório bem arbitrado. (...) Ademais, o autor não foi informado dessa "possível complicação", sendo necessário informar o paciente de forma clara e precisa sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que ele próprio possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu artigo 15. Assim a falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos do ato invasivo. [...] (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0007644-83.2003.8.19.0066. Relator: Exmo. Des.



Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 30/06/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(28) Processual civil. Recurso especial. Hospital. Acesso a documentos médicos requerido pelo próprio paciente. Negativa injustificada pela via administrativa. Ensejo de propositura de ação de exibição de documentos. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade. De acordo com o Código de Ética Médica, os médicos e hospitais estão obrigados a exibir documentos médicos relativos ao próprio paciente que requeira a exibição. A negativa injustificada à exibição de documentos médicos pela via administrativa, que obrigou o paciente à propositura de ação à sua exibição pela via judicial, tem o condão de responsabilizar o hospital pelo pagamento dos ônus de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade, nos termos dos precedentes firmados no STJ. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 540048/RS. Relatora: Exma. Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 02/12/2003. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)> . Acesso em: 2 fev. 2010.)

(29) É dever do profissional preservar a intimidade do seu cliente, silenciando quanto a informações que lhe chegaram por força da profissão. O sigilo profissional sofre exceções, como as previstas para o profissional médico, no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/88, DE 08.01.88- artigo 102 e atual Resolução CFM n.º 1931/2009 – artigo 73) . Hipótese dos autos em que o pedido da Justiça não enseja quebra de sigilo profissional, porque pedido o prontuário para saber da internação de um paciente e do período. Recurso ordinário improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 14134-CE. Relatora: Exma. Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 16/9/2002. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010.)

(30) Investigação de Paternidade - Exame DNA - Condução do Réu "debaixo de vara". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71373 / RS. Relator: Exmo. Ministro Francisco Rezek. Relatora p/ Acórdão: Exmo. Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 10/11/1994. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010)

(31) Direito civil e processual civil. Família. Ação de investigação de paternidade *post mortem*. Exame de DNA. Recusa injustificada. Presunção relativa de paternidade.(...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Investigação de Paternidade. Exame de DNA. Recurso Especial n.º 1046105 / SE (2008/0066627-7). Relatora: Exma. Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento 01/09/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010)

(32) Apelação cível. Transfusão de sangue. Testemunha de Jeová. Recusa de tratamento. Interesse em agir. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de

sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020868162. Relator: Exmo. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Julgado em 22/08/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 2 fev. 2010.)

(33) Administrativo. Fornecimento de medicamentos para tratamento oncológico. Liberdade de crença religiosa. Testemunha de Jeová. Medicamento de eficácia não comprovada. Substituição de transfusão sanguínea. Impossibilidade. - Em razão da demora em surtir efeito da medicação requerida como alternativa a transfusão de sangue, não se inibe o risco na fase aguda de comprometimento medular, nem se afasta a necessidade de transfusão sanguínea, não sendo recomendável a utilização de medicamento do qual a eficácia não está comprovada adotada somente como terapêutica alternativa, quando há alguma restrição clínica ao uso de hemoderivados. Decisão. A turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Agravo de Instrumento n.º 200504010474582. Relator: Exmo. Luiz Carlos de Castro Lugon. Órgão Julgador: Primeira Turma Suplementar. Julgamento: 25/04/2006. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>> . Acesso em: 2 fev. 2010.)

(34) Tutela antecipada. Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Risco de vida. Prevalência da proteção a esta sobre a saúde e a convicção religiosa, mormente porque não foi a agravante, senão seus familiares, que manifestaram a recusa ao tratamento. Asseveração dos responsáveis pelo tratamento da agravante, de inexistir terapia alternativa e haver risco de vida em caso de sua não realização. Recurso desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 2004.002.13229. Relator: Exmo. Des. Carlos Eduardo Passos. Órgão Julgador: Décima Oitava Câmara Cível. Julgamento: 05/10/2004. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(35) Processo civil. Constitucional. Ação civil pública. Tutela antecipada. Caso das testemunhas de Jeová. Paciente em tratamento quimioterápico. Transfusão de sangue. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Liberdade de consciência e de crença. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. n.º 1.0701.07.191519-6/001. Relator: Exmo. Des. Alberto Vilas Boas. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Julgamento: 14/08/2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(36) Lei n. 7.737/2004, do estado do Espírito Santo. Garantia de meia entrada aos doadores regulares de sangue. Acesso a locais públicos de cultura esporte e lazer. [...] 4. A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue. 6. Na composição entre o princípio da livre

iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.512-6/ES. Relator: Exmo. Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 15/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(37) Diligência policial com troca de tiros. Bala perdida. Responsabilidade civil do Estado. Teoria do risco administrativo. Obrigação de indenizar. Responsabilidade civil do Estado. Artigo 37, par. 6. da CRFB/88. Ato lícito da administração. Troca de disparos de arma de fogo em via pública. Bala perdida. Dever de indenizar. O artigo 5., X da Lei Maior positivou o princípio impositivo do dever de cuidado ("neminem laedere") como norma de conduta, assegurando proteção à integridade patrimonial e extrapatrimonial de pessoa inocente, e estabelece como sanção a obrigação de reparar os danos, sem falar em culpa. A CRFB/88, em seu artigo 37, par. 6, prestigiou a Teoria do Risco Administrativo como fundamento para a responsabilidade civil do Estado, seja por ato ilícito da Administração Pública, seja por ato lícito. A troca de disparos de arma de fogo efetuada entre policiais e bandidos conforme prova dos autos impõe à Administração Pública o dever de indenizar, sendo irrelevante a proveniência da bala. A conduta comissiva perpetrada, qual seja, a participação no evento danoso causando dano injusto à vítima inocente conduz à sua responsabilização, mesmo com um atuar lícito, estabelecendo-se, assim, o nexos causal necessário. Desprovimento do recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2007.001.32436. Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 04/09/2007. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 2 fev. 2010.)

(38) Responsabilidade civil. Contratação do hospital em vista de sua especialidade. Denúnciação da lide ao médico. Impossibilidade. Nexos de causalidade. Súmula 07/STJ. Danos morais. Fixação em valor razoável. Dissídio jurisprudencial não configurado. Ausência de similitude fática. 1. Conforme consignado no aresto recorrido, o hospital foi procurado pelo paciente em vista de sua especialidade - ortopedia. Em hipóteses desse jaez, na qual o profissional de saúde não interfere na escolha do nosocômio, não há possibilidade de se instaurar lide secundária. Precedentes. 2. Se o Tribunal de origem entende ter o autor se desincumbido de seu ônus probatório, demonstrando o nexos de causalidade entre a conduta do hospital e os danos por ele experimentados, não há como rever esse entendimento em sede de especial, ante o óbice da súmula 07/STJ. 3. O valor arbitrado a título de danos morais não se mostra desarrazoado de modo a justificar a excepcional intervenção desta Corte. 4. Não há similitude fática entre a hipótese dos autos e aquela tratada no aresto paradigma, o que inviabiliza o reconhecimento do aventado dissídio jurisprudencial. 5. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 883685/DF. Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 05/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(39) Ação de indenização. Erro médico. Denúnciação à lide. Possibilidade. Ação de indenização por erro médico. Mesmo sendo entendida como relação de consumo, questão discutível à luz da jurisprudência, o fato objeto da lide não se enquadra na hipótese do artigo 88 do CDC, que veda a denúnciação à lide pelo fato do produto. Não há qualquer dano ou mesmo empecilho processual na denúnciação do médico, eis que a responsabilidade civil do médico está presente na relação ora em questão, o que se apurará no decorrer da lide. ARTIGO 557 § 1º-A do CPC. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 0016174-36.2010.8.19.0000. Relator: Exmo. Des. Marco Aurélio

Froes. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 04/05/2010. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010.).

(40) Responsabilidade civil. Rito sumário. Ação indenizatória fundada na prestação deficiente do serviço hospitalar. Interposição de agravo retido contra decisão que indeferiu o pedido de denunciação à lide, que se rejeita, com base na súmula 92 do e. TJRJ. Estabelecimento médico, na condição de prestador de serviço, possui responsabilidade objetiva na forma do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a relação jurídica de consumo existente entre as partes. Perícia aponta o nexo causal existente entre a lesão sofrida pelo autor que ficou tetraplégico e com visão deficiente e o serviço defeituoso prestado pela parte ré. Incapacidade laborativa. Sofrimento e lesão causados ao paciente que provocam dano moral passíveis de ressarcimento. Valor da indenização de R\$200.000,00 devidamente aplicado conforme o princípio da razoabilidade, considerando o evento lesivo, suas conseqüências e a capacidade das partes. Indenização por danos materiais de R\$142,24. Cabimento. Sentença que se mantém. Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0016021-69.1999.8.19.0038 Relator: Exmo. Des. Roberto de Almeida Ribeiro. Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível. Julgamento: 12/01/2010. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010.).

(41) Responsabilidade Civil. Relação de consumo. Serviço prestado por instituição hospitalar. Cirurgia oftalmológica. Fatores de risco negligentemente investigados. Falta de informação adequada à paciente. Responsabilidade objetiva. [...] Relação de preposição evidenciada na espécie, assegurando a responsabilização da ré mesmo em se admitindo a sua responsabilidade subjetiva, no que toca à atuação profissional dos médicos, seus prepostos, diante da prova da culpa destes. Risco inerente à atividade.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.22543. Relator: Exmo. Des. Nametala Machado Jorge. Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível. Julgamento: 20/08/2008. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(42) 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, artigo 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. artigo 6º, VIII). 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 696284/RJ. Relator: Exmo. Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 03/12/2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 02 fev. 2010.).

(43) Processo civil. Ação indenizatória. Infecção hospitalar por culpa dos médicos. Responsabilidade subjetiva. Comprovação de culpa. Impossibilidade de reexame de provas. Incidência da súmula 07 do STJ. Dissídio jurisprudencial não comprovado. 1. Em casos como o dos autos, esta eg. Corte tem entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do hospital é subjetiva.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 721956 / PR. Relator: Exmo. Ministro Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF da 1ª Região). Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento:

07/08/2008. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 2 fev. 2010.)

(44) Recurso especial. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Erro médico. Negligência. Indenização. Recurso especial. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 908359/SC. Relatora: Exma. Ministra Nancy Andrighi. Relator p/ Acórdão: Exmo. Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Segunda Seção. Julgamento: 27/08/2008. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(45) Recursos especiais. Ação de indenização. Danos morais, materiais e estéticos. Responsabilidade civil. Hospital. Complicações decorrentes de anestesia geral. Paciente em estado vegetativo. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano, tal como o que sucedeu nos autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente

sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. O conceito de preposto não se amolda a um simples cadastro, vai bem além, pois pressupõe que uma pessoa desenvolva atividade no interesse de outra, sob suas instruções, havendo, portanto, caráter de subordinação. 4. Recursos especiais não-conhecidos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 351178/SP. Relator: Exmo. Ministro Massami Uyeda. Relator p/ Acórdão: Exmo. Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento 24/06/2008. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(46) Civil. Indenização. Morte. Culpa. Médicos. Afastamento. Condenação. Hospital. Responsabilidade. Objetiva. Impossibilidade. 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos artigos 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos artigos 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 - O artigo 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 258389/SP. Relator: Exmo. Ministro. Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 16/06/2005. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.);

(47) Apelação cível. Responsabilidade civil. Erro médico. Não comprovação. Dano moral. Inexistência. 1. Mostra-se evidente que a relação travada entre as partes é de consumo, enquadrando-se o autor no conceito de consumidor descrito no caput do artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como a clínica demandada na máxima contida no caput do artigo 3º do citado diploma legal. É que o paciente é o destinatário final os serviços oferecidos pela apelada. 2. Nestes termos, conforme dispõe o caput do artigo 14 do CPDC, a responsabilidade do fornecedor por fato do serviço prestado é de caráter objetivo, salvo quando demonstrado que o defeito inexistiu ou que o fato é exclusivo de terceiro ou da vítima, entendendo-se como serviço defeituoso aquele que não fornece a segurança que o consumidor pode dele esperar. Dentre os deveres de segurança, encontram-se presentes os deveres de informação e de boa-fé, bem como, implicitamente, a garantia de assegurar a legítima expectativa do consumidor. 3. Entrementes, a responsabilidade objetiva da clínica não fulmina a necessidade de comprovação da conduta culposa de seu preposto ao realizar o atendimento clínico, porque a responsabilidade deste profissional é subjetiva, de acordo com o § 4º do artigo 14 do CPDC e 951 do Código Civil. A norma em comento trata da

responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, ou seja, do preposto do réu, incumbindo à demandante o ônus de comprovar sua culpa, mas não a da instituição hospitalar, responsabilizada objetivamente pelos danos causados em razão de defeito nos serviços prestados em seu estabelecimento. 4. Em razão desta ordem de idéias, mister a demonstração da conduta culposa do médico responsável pelo alegado erro no diagnóstico de virose, bem como a demonstração dos danos causados por sua imprudência, negligência ou imperícia e o nexos de causalidade entre eles, a fim de atribuir responsabilidade. E, in casu, o liame entre a lesão e a conduta do preposto do réu não restou evidenciado nos autos. 5. Pelo princípio do livre convencimento motivado, previsto na CR, no artigo 93, IX, e no artigo 131 do CPC, compete ao Magistrado decidir fundamentadamente com base nos elementos constantes nos autos. Negado seguimento ao recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2009.001.39813. Relator: Des. Jose Carlos Paes. Órgão Julgador: Décima Quarta Câmara Cível. Julgamento: 16/07/2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(48) Civil e processual. Recurso especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Responsabilidade do hospital. I. Restando inequívoco o fato de que o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, não se pode atribuir a este a legitimidade para responder à demanda indenizatória. (Precedente: 2ª Seção, Resp 908359/SC, Rel. p/ acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Dje 17/12/2008). II. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 764001/PR. Relator: Exmo. Ministro Aldir Passarinho Junior. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 04/02/2010. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(49) Cooperativa que mantém plano de assistência à saúde tem legitimidade passiva em ação indenizatória movida por associada contra erro médico cometido por médico cooperativado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 495306 / DF. Relator: Exmo. Ministro Humberto Gomes de Barros. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 25/05/2004. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(50) A prestadora de serviços de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados, aos quais aquele teve de obrigatoriamente se socorrer sob pena de não fruir da cobertura respectiva. II. Recurso conhecido e provido, para reconhecer a legitimidade passiva da ré e determinar o prosseguimento do feito. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 164084/SP. Relator: Exmo. Ministro Aldir Passarinho Junior. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 17/02/2000. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(51) Recurso especial. Administrativo. Responsabilidade civil objetiva do estado. Morte decorrente de erro médico. Denúnciação à lide. Não obrigatoriedade. Recurso desprovido. 1. Nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (CF/88, artigo 37, § 6º), não é obrigatória a denúnciação à lide do agente supostamente responsável pelo ato lesivo (CPC, artigo 70, III). 2. A denúnciação à lide do servidor público nos casos de indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado não deve ser considerada como obrigatória, pois impõe ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional. Haveria em um mesmo processo, além da discussão sobre a responsabilidade objetiva referente à lide originária, a necessidade da verificação da responsabilidade subjetiva entre o

ente público e o agente causador do dano, a qual é desnecessária e irrelevante para o eventual ressarcimento do particular. Ademais, o direito de regresso do ente público em relação ao servidor, nos casos de dolo ou culpa, é assegurado no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual permanece inalterado ainda que inadmitida a denúncia da lide. 3. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1089955/RJ. Relatora: Exma. Ministra Denise Arruda. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 03/11/2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(52) Recurso especial. Dano moral. Alegação de ato ilícito praticado por agente público estadual. É faculdade do autor promover a demanda em face do servidor, do estado ou de ambos, no livre exercício do seu direito de ação. Recurso especial provido para afastar a ilegitimidade passiva do agente. (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Especial n.º 731746/SE. Relator: Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 05/08/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(53) Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do artigo 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 327904/SP. Relator: Exmo. Ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 15.8.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(54) Responsabilidade civil. Rito sumário. Ação indenizatória fundada na prestação deficiente do serviço hospitalar. Interposição de agravo retido contra decisão que indeferiu o pedido de denúncia à lide, que se rejeita, com base na súmula 92 do e. TJRJ. Estabelecimento médico, na condição de prestador de serviço, possui responsabilidade objetiva na forma do artigo 14 do código de defesa do consumidor, tendo em vista a relação jurídica de consumo existente entre as partes. Perícia aponta o nexo causal existente entre a lesão sofrida pelo autor que ficou tetraplégico e com visão deficiente e o serviço defeituoso prestado pela parte ré. Incapacidade laborativa. Sofrimento e lesão causados ao paciente que provocam dano moral passíveis de ressarcimento. Valor da indenização de r\$200.000,00 devidamente aplicado conforme o princípio da razoabilidade, considerando o evento lesivo, suas conseqüências e a capacidade das partes. Indenização por danos materiais de r\$142,24. Cabimento. Sentença que se mantém. Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0016021-69.1999.8.19.0038. Relator: Exmo. Des. Roberto de Almeida Ribeiro. Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível. Julgamento: 12/01/2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)



(55) Ação de indenização. Erro médico. Denúnciação à lide. Possibilidade. Ação de Indenização por erro médico. Mesmo sendo entendido como relação de consumo, questão discutível à luz da jurisprudência, o fato objeto da lide não se enquadra na hipótese do artigo 88 do CDC, que veda a denúnciação à lide pelo fato do produto. Não há qualquer dano ou mesmo empecilho processual na denúnciação do médico, eis que a responsabilidade civil do médico está presente na relação ora em questão, o que se apurará no decorrer da lide. ARTIGO 557 § 1º-A do CPC. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 0016174-36.2010.8.19.0000. Relator: Exmo. Des. Marco Aurelio Froes. Julgamento: 04/05/2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(56) Civil e processual civil. Consumidor. Reparação de danos morais e materiais. Cirurgia plástica. Erro médico. Defeito no serviço prestado. Culpa manifesta do anestesista. Responsabilidade solidária do chefe da equipe e da clínica. [...] 2. Em regra, o cirurgião chefe dirige a equipe, estando os demais profissionais, que participam do ato cirúrgico, subordinados às suas ordens, de modo que a intervenção se realize a contento. 3. No caso ora em análise, restou incontroverso que o anestesista, escolhido pelo chefe da equipe, agiu com culpa, gerando danos irreversíveis à autora, motivo pelo qual não há como afastar a responsabilidade solidária do cirurgião chefe, a quem estava o anestesista diretamente subordinado. 4. Uma vez caracterizada a culpa do médico que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde (artigo 14, § 4º, CDC), responde a clínica de forma objetiva e solidária pelos danos decorrentes do defeito no serviço prestado, nos termos do artigo 14, § 1º, CDC. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 605435/ RJ. Relator: Exmo. Ministro João Otávio de Noronha. Relator p/ Acórdão: Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 22/09/2009. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(57) Direito civil. Ação de indenização. Erro médico. Operação ginecológica. Morte da paciente. Verificação de conduta culposa do médico-cirurgião. Necessidade de reexame de prova. Súmula 7/stj. Danos morais. Critérios para fixação. Controle pelo STJ. I – Dos elementos trazidos aos autos, concluiu o acórdão recorrido pela responsabilidade exclusiva do anestesista, que liberou, precocemente, a vítima para o quarto, antes de sua total recuperação, vindo ela a sofrer parada cardíaco-respiratória no corredor do hospital, fato que a levou a óbito, após passar três anos em coma. A pretensão de responsabilizar, solidariamente, o médico cirurgião pelo ocorrido importa, necessariamente, em reexame do acervo fático-probatório da causa, o que é vedado em âmbito de especial, a teor do enunciado 7 da Súmula desta Corte. (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 880349/MG. Relator: Exmo. Ministro Castro Filho. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 26/06/2007. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(58) Processual civil e direito civil. Responsabilidade de advogado pela perda do prazo de apelação. Teoria da perda da chance. Aplicação. Recurso especial. Admissibilidade. Deficiência na fundamentação. Necessidade de revisão do contexto fático-probatório. Súmula 7, STJ. Aplicação. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde,

portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1079185/MG. Relatora: Exma. Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 11/11/2008.)

(59) Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788459/BA. Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 08/11/2005. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 2 fev. 2010.);

(60) Processual civil. Administrativo. Danos ambientais. Ação civil pública. Responsabilidade do adquirente. Terras rurais. Recomposição. Matas. Incidente de uniformização de jurisprudência. Artigo 476 do cpc. Faculdade do órgão julgador. 1. A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, ante a ratio essendi da Lei 6.938/81, que em seu artigo 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio-ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa. Precedentes do STJ:RESP 826976/PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 01.09.2006; AgRg no Resp 504626/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.05.2004; RESP 263383/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.08.2005 e EDcl no AgRg no RESP 255170/SP, desta relatoria, DJ de 22.04.2003. (...) É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente. O artigo 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe: "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". Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa. Quanto à segunda parte, quando nos defrontarmos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. "É a responsabilidade pelo risco da atividade." Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação. Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá conseqüências não só para a geração presente, como para a geração futura. Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações(...)" in Direito

Ambiental Brasileiro, Malheiros Editores, 12ª ed., 2004, p. 326-327. (...) Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade ambiental. Recurso Especial n.º 745363/PR. Relator: Exmo. Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 20/09/2007. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(61) Responsabilidade civil de hospital pela atuação dos médicos, que se revela subjetiva. Precedentes do c. STJ. Não obstante o laudo pericial existente no processo, do contexto fático e probatório dos autos, verifica-se que a equipe responsável pelo atendimento da paciente não empreendeu, prontamente, os esforços cabíveis para o seu correto diagnóstico, tratada como portadora de hérnia de disco, vindo a falecer, no entanto, logo em seguida, em razão de doença determinada como meningite por pneumococo. Ainda que a perícia não haja concluído pela configuração dos elementos da culpa, observa-se que, além de a medicação ministrada não produzir qualquer efeito, acarretando, inclusive, a piora no seu estado clínico, não foram realizados os exames complementares oportunos para a correta conclusão da enfermidade. Conduta dos médicos que importou na perda de uma chance para que fosse alcançada a correta diagnose e terapêutica, o quanto antes, por mais que a doença seja grave e de alta mortalidade. Recurso conhecido e desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes n.º 2008.005.00432. Relator: Exmo. Des. Mauro Dickstein. Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível. Julgamento: 17/02/2009. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(62) Apelação. Indenizatória. Erro no procedimento do diagnóstico médico adotado em hospital sob a administração do município recorrente. Laudo pericial elaborado por expert do juízo que concluiu pela ocorrência denexo causal, por erro diagnóstico, aplicando-se a teoria da perda de uma chance. Teoria aplicada ao presente caso, diante do não esgotamento de todos os meios necessários ao restabelecimento da saúde do paciente o que culminou no óbito mesmo. Responsabilidade do município de natureza objetiva devidamente demonstrada pelo nexode causalidade existente entre o óbito da menor e a prestação de serviços de forma irregular por seus agentes. Redução da verba indenizatória a título de dano moral que se impõe para assim adequar-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade considerando-se o direcionamento do quantum indenizatório para o mesmo núcleo familiar. Recurso da municipalidade que se dá provimento parcial em reexame necessário. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2007.001.32061. Relator: Exmo. Des. Azevedo Pinto. Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível. Julgamento: 03/10/2007. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(63) Responsabilidade civil - Erro de diagnóstico prescrição de relaxante muscular - verificação de tuberculose vertebral - paraplegia - comportamento profissional conhecido como "perda de uma chance" dano moral configurado - O perito vislumbrou erro de diagnóstico, fato que teria provocado retardamento no início do tratamento da real doença que acometia o autor, comportamento profissional conhecido na literatura pericial francesa como perda de uma chance (perle d'une chance), que preconiza a perda da possibilidade de cura do paciente pela intervenção errada de profissional, pois as possibilidades de recuperação são muito maiores quando descoberta a doença no início. Salienta o vistor, no entanto, que a perda de chance no caso é somente da cura e não da continuidade da vida. É o quanto basta para estabelecer-se a responsabilidade da prestadora de serviço médico, cuja culpa assenta em uma das três hipóteses: erro médico. erro de procedimento e erro de diagnóstico. A responsabilidade no caso atinge apenas o dano imaterial, pelos sofrimentos físicos e sensoriais que o errôneo diagnóstico provocou no autor, até que a diagnose correta fosse realizada,

dando-se início ao tratamento adequado, que não produziria o mesmo resultado se iniciado o quanto antes. Não há responsabilidade, no entanto, pelo estado físico atual do autor, uma vez que o perito foi bastante claro ao dizer que o retardo no diagnóstico não constitui a causa imediata das seqüelas produzidas pela doença. Em tal perspectiva, não procedem os pedidos de ressarcimento dos danos materiais, já que a incapacidade física do autor resulta da própria doença e não do serviço médico mal prestado na fase do diagnóstico. Verba indenizatória arbitrada no valor correspondente a 200 salários mínimos. Parcial provimento do recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2005.001.44557. Relator: Des. Edson Vasconcelos. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Julgamento: 29/03/2006. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(64) Indenização. Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Defeito na prestação de serviço de exame clínico. Erro de diagnóstico que provocou a retirada da mama direita e tratamento quimioterápico para terapêutica de câncer. Procedência do pedido. Condenada instituição de saúde no pagamento de danos morais fixados em R\$20.000,00 e no custeio de cirurgia plástica restauradora, a ser realizada. Recurso da paciente objetivando a majoração do quantum indenizatório e recurso da casa de saúde objetivando a improcedência do pedido.1 - paciente que se submeteu a exame de mamografia em 21/09/2005 e de ultrassonografia mamária em 02/02/2006, realizados pela casa de saúde, com laudos negativos para cisto mamário. Realizada ultrassonografia mamária em outro estabelecimento, em 13/02/2006, foi constatada a presença de nódulo sólido na mama direita.2 - laudo pericial médico concluiu que ambos os exames clínicos de imagem realizados pela casa de saúde apresentaram laudos defeituosos. Análise pericial das imagens do mesmo exame diagnostica nódulo altamente suspeito desde o exame realizado em 21/09/2005.3 - erro no diagnóstico causado exclusivamente pelo defeito no exame clínico realizado pela casa de saúde.4 - teoria da perda de uma chance.5 - quantum indenizatório que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.desprovimento dos recursos. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0010941-64.2006.8.19.0205. Relator: Des. Norma Suely. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Julgamento: 02/02/2010. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(65) Responsabilidade civil médico-hospitalar - anestesista - cirurgião - culpa concorrente - perda de uma chance - juros de mora - termo inicial - É subjetiva a responsabilidade do hospital no exercício de atividade específica da área médica. - Impõe-se o dever de indenizar ante a inequívoca demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil. - Age com culpa o médico anestesista que não examina previamente o paciente, nem toma conhecimento de estado clínico capaz de influir no sucesso do ato anestésico. - É autônoma a responsabilidade do anestesista em relação ao cirurgião. - Havendo culpa concorrente da vítima, mitiga-se a responsabilidade do agente causador do dano. - Responde pelo dano o médico cuja conduta subtraiu do paciente a chance de evitar ou minimizar o seu padecimento. - Na indenização decorrente de ato ilícito, inclusive no caso de dano moral, os juros de mora contam-se do evento danoso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0024.97.027207-6/001. (Numeração única: 0272076-37.1997.8.13.0024). Relator: Exmo. Des. Fabio Maia Viani. Órgão Julgador: Décima Oitava Câmara Cível. Julgamento: 16/09/2008. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/> > . Acesso em: 02 fev. 2010.)

(66) Paciente que morreu sem obter internação na UTI, indispensável no caso de confirmação do AVC isquêmico - Embora titular de plano de saúde com cobertura para o tratamento, a internação não se deu no hospital que a operadora mantinha para seus serviços, por ter sido

determinada sua transferência para a Santa Casa, local em que se verificou o óbito na chegada - Aplicação da teoria da perda de uma chance de sobrevivência para justificar a responsabilidade da MEDICAL - Dano moral devido à companheira do falecido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 994.09.272165-3. Relator: Exmo. Des. Ênio Santarelli Zuliani. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Privado. Julgamento: 13/01/2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>> . Acesso em: 02 fev. 2010.)

(67) Mandato - Indenização - Dano material - Advogado - Perda de prazo para complementação de preparo de apelação - Hipótese de perda de uma chance para o cliente - caracterização de dano moral - Desacolhimento na sentença - Interposição de apelação - Ausência - Descabimento. A negligência do advogado ao não providenciar a complementação do preparo teve como consequência a decretação de deserção do recurso, impedindo que em segunda instância fosse apreciado o apelo. É esta a chance que foi perdida, não os valores decorrentes da condenação. Descabe, sob este aspecto, a indenização por dano material. Por outro lado, caberia indenização de ordem moral, que foi negada em primeiro grau, mas contra a qual não houve interposição de recurso, não podendo ser reapreciada" (BRASIL. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apelação Cível c/ Rev. n.º 688.509-00/9. Relator: Juiz Jayme Queiroz Lopes. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 18/11/2004. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>> . Acesso em: 2 fev. 2010.).

(68) Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459/BA. Relator: Exmo. Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 08/11/2005. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(69) Responsabilidade civil. Ação de indenização. Erro médico. Nexos de causalidade. Teoria da perda de uma chance. Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance. Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e empreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde. Indenização fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista a inexistência de nexos causal direto e imediato, mas que havia possibilidade de se evitar o dano. Apelo provido, por maioria, (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020554275. Relator: Exm. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Julgamento: 07/11/2007. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/>> . Acesso em: 2 fev. 2010.).

(70) Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade Civil das Pessoas Públicas. Ato Omissivo do Poder Público: Latrocínio Praticado por Apenado Fugitivo. Responsabilidade

Subjetiva: Culpa Publicizada: Falta do Serviço. C.F.; artigo 37, § 6º. I. – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. – A falta do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. – Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025 / RJ, Ministro Ilmar Galvão, “D.J.” de 19.12.96; RE 130.764 / PR, relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143 /270. IV. – RE conhecido e provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 369820/RS. Relator: Exmo. Ministro Carlos Velloso. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 4/11/2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 2 fev.2010.)

(71) Indenização - Danos materiais decorrentes de intervenção cirúrgica - Ausência de demonstração de culpa do médico em relação às seqüelas sofridas pelo paciente - Responsabilização, entretanto, pela falta de adequada cientificação do operado, quanto aos efetivos riscos do procedimento operatório - Teoria do consentimento informado – Dever de indenizar - Sentença de parcial procedência mantida - Recurso desprovido (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível c/ Revisão n.º 2960124500. Relator: Exmo. Des. Santi Ribeiro. Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Privado. Julgamento: 04/11/2008. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>> . Acesso em 2 fev. 2010.)

(72) Responsabilidade Civil – Médico – Consentimento Informado – Recurso Adesivo – Dano Moral – Indenização – Honorários Advocatícios. A responsabilidade civil do médico profissional liberal se afere mediante a verificação da culpa (artigo 14, § 4º, CDC). A conduta culposa do médico fica caracterizada pela não observância dos deveres profissionais, nestes inseridos os deveres de diligência e cuidado no exercício da profissão e o dever de informação. Se o paciente não teve acesso ao conjunto de informações que lhe possibilitaria decidir sobre a assunção dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico, tem-se por ausente o consentimento informado, estabelecendo-se a responsabilidade do médico pelos eventuais danos causados àquele. Ao fixar o valor da reparação, deve o julgador cuidar para que não seja tão alto, a ponto de tornar-se instrumento de vingança ou enriquecimento sem causa do prejudicado, nem tão baixo, de maneira a se mostrar indiferente à capacidade de pagamento do ofensor. O arbitramento dos honorários advocatícios, quando há condenação, deve considerar as circunstâncias do artigo 20, § 3º, do CPC. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n.º 2008 01 1 064065-9 (0064065-54.2008.807.0001) Registro do Acórdão n.º 367968. Relator: Exmo. Des. Sérgio Bittencourt. Julgamento : 22/07/2009. Órgão Julgador : 4ª Turma Cível. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(73) Apelação cível. Responsabilidade civil. Empresa operadora de plano de saúde. Conduta de médico conveniado. Ausência de devida informação dos riscos de determinado procedimento cirúrgico. Responsabilidade solidária. Provimento do recurso.1. Seja pelo sistema protetivo do CDC, seja pela natureza do contrato de prestação de serviços médicos, ou seja pelas normas estabelecidas pelo Código de Ética da categoria profissional, deve o médico informar detalhadamente ao paciente os riscos e conseqüências possíveis de determinado procedimento, de modo a permitir que este, avaliando por seus próprios critérios

os prós e contras, decida livremente entre submeter-se ou não ao procedimento sugerido, excetuada apenas a hipótese de iminente perigo de vida.<sup>2</sup> A falta de adequada informação, configurando a chamada culpa contra a legalidade, obriga a reparação pelos danos causados por acidente, previsível pela literatura médica, ocorrido durante o procedimento, ainda que não decorrente de erro ou falha do profissional.<sup>3</sup> Ainda quando indispensável o procedimento médico, indica a melhor doutrina ser dever do médico informar o paciente, quando possível, dos riscos envolvidos, sob pena de responsabilidade civil pelos eventuais danos morais.<sup>4</sup> Intercorrência na intervenção cirúrgica que, malgrado considerada acidente espontâneo pelo perito médico, causou à autora dano moral que deve ser indenizável.<sup>5</sup> A operadora de planos de saúde responde solidariamente pela conduta dos médicos e profissionais de saúde a ela conveniados e por ela indicados, por meio de livro referencial, ao consumidor. Provimento do recurso. Procedência do pedido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2007.001.51219 (0007310-71.2004.8.19.0209). Relator: Exmo. Des. Marcos Alcino A. Torres. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Julgamento: 29/01/2008. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(74) Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Reparação de dano moral. Processo de triagem de doadores em banco de sangue. Exame laboratorial de HIV e hepatite. Obrigação de informar ao doador a existência de anomalias. Defeito na comunicação. Precariedade do resultado. "falso positivo". (...) 3. Em ação de indenização por dano moral, reconhecida a falibilidade dos exames realizados no processo de triagem dos doadores de sangue, tendo em vista que a apuração de diagnóstico só pode ser realizada por exames específicos que não estão disponíveis em bancos de sangue, é necessário que o doador seja devidamente informado acerca da precariedade do resultado, devendo ser orientado a se dirigir a serviços de referência que possam realizar os exames necessários, podendo ocorrer, como ocorreu, a comunicação de "falso positivo". (...) 6. Considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do valor indenizatório a título de danos morais, mais adequada a redução do valor indenizatório para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescido de correção monetária, a partir desta data (Súmula 362/STJ), e juros moratórios a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ), à razão de 0,5% por mês até a entrada em vigor da Lei 10.406/02 e de 1% por mês a partir de então. 7. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1071969/PE. Relator: Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 02/02/2010. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 09 maio 2010.)

(75) Responsabilidade civil. Reparação de dano moral. Prescrição. Matéria preclusa. Exame laboratorial hiv - aids. Falso positivo. Dever de informar o paciente sobre a possibilidade do resultado não ser conclusivo. Responsabilidade do laboratório. Indenização por danos morais. Quantum excessivo. Sucumbência recíproca. Súmula n. 326/stj. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão provido. (...) 2. Negligente o laboratório, displicente sua conduta, sendo responsável pela ausência de informação suficiente e adequada ao paciente do resultado de sua sorologia anti-HIV, ressaltando inclusive a possibilidade do resultado se mostrar equivocado, bem como de realizar novos exames, uma vez ciente de que o exame realizado não era conclusivo. (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 707541/RJ. Relator: Exmo. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 12/12/2006. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(76) Consumidor. Responsabilidade civil. Serviço de atendimento médico assistencial de urgência. "ecco salva". Descumprimento contratual. Demora de mais de quatro horas para atender ao chamado do paciente. Vício do serviço. Artigo 20, CDC. Direito à indenização das perdas e danos. Não se desconhece o caráter emergencial dos serviços de atendimento médico prestados pela ré. No caso, tratando-se de paciente idosa, com mais de 80 anos de idade que apresenta sintomas de anormalidade em sua saúde, por certo que havia urgência no atendimento. Fornecedora que inobserva a diligência que lhe era exigível, dada a natureza do contrato. Negligência configurada. Dever de ressarcir os prejuízos materiais do contratante, consistentes nos gastos com a contratação de um outro profissional para atendimento domiciliar. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n.º 71001246073, Relator: Exmo. Des. Eugênio Facchini Neto, Órgão Julgador: Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Julgamento:21/08/2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 2 fev. 2010.)

(77) Responsabilidade civil - Médico - Consentimento informado - Recurso adesivo - Dano moral - Indenização - Honorários advocatícios. A responsabilidade civil do médico profissional liberal se afere mediante a verificação da culpa (artigo 14, § 4º, CDC). A conduta culposa do médico fica caracterizada pela não observância dos deveres profissionais, nestes inseridos os deveres de diligência e cuidado no exercício da profissão e o dever de informação. Se o paciente não teve acesso ao conjunto de informações que lhe possibilitaria decidir sobre a assunção dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico, tem-se por ausente o consentimento informado, estabelecendo-se a responsabilidade do médico pelos eventuais danos causados àquele. Ao fixar o valor da reparação, deve o julgador cuidar para que não seja tão alto, a ponto de tornar-se instrumento de vingança ou enriquecimento sem causa do prejudicado, nem tão baixo, de maneira a se mostrar indiferente à capacidade de pagamento do ofensor. O arbitramento dos honorários advocatícios, quando há condenação, deve considerar as circunstâncias do artigo 20, § 3º, do CPC. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n.º 2008 01 1 064065-9 (0064065-54.2008.807.0001) Registro do Acórdão n.º 367968. Relator: Exmo. Des. Sérgio Bittencourt. Julgamento : 22/07/2009. Órgão Julgador : 4ª Turma Cível. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(78) Responsabilidade civil do médico. Cirurgia plástica. Redução Mamária. Cicatriz Deformante. Violação do Dever de Informação. Dano Extrapatrimonial Configurado. O cerne da lide está na demonstração da observância ao dever de informação à paciente sobre os riscos da cirurgia e dos cuidados necessários e contra-indicações no pós-operatório. Isso porque o dever de informação se impõe em qualquer obrigação médica, seja ela de resultado ou de meio. E, na espécie, a recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe cabia (CPC, 333, II; 6º, VIII). O direito de informação é direito básico do consumidor, previsto no inciso III do artigo 6º da Lei 8.078/90. A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. O dever de informar incumbe ao prestador de serviços médicos, como corolário do princípio da boa-fé objetiva, traduzido na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança. A informação deve ser completa, verdadeira e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado, e apenas este pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar cabe ao médico. Todo e qualquer tratamento de risco deve ser precedido do consentimento informado do paciente. A violação a esse dever importa em transferir ao prestador a responsabilidade pelos danos advindos do serviço, ainda que derivados do risco inerente da cirurgia. Portanto, ainda que admitida a tese defensiva - obrigação de meio -, mesmo assim



não lhe assistiria razão. A conduta omissiva da apelante (ausência de adequada e clara informação à paciente) consubstancia negligência, ou seja, comportamento culposos. Logo, perfeitamente demonstrada a sua culpa. Desprovimento do recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0013271-89.2002.8.19.0038. Relator: Exmo. Des. Sergio Cavaliere Filho. Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível. Julgamento: 05/11/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(79) Seguro saúde. Prestação de serviços médico-hospitalares. Responsabilidade civil. Erro médico. Responsabilidade solidária. Obrigação de indenizar. C.de defesa do consumidor. Responsabilidade Civil. Erro médico. Caracterização. Limites. Cirurgia de prostatectomia. Lesões permanentes. Sequelas de incontinência urinária e impotência. Prova pericial deficiente. Evento ocorrido sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Observância do princípio da reparação necessária. Responsabilidade objetiva das prestadoras de serviços médicos. Responsabilidade mediante verificação de culpa do médico com aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido. (ACW) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º. 0022959-97.1999.8.19.0000. Relator: Exmo. Des. Roberto Wider. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Julgamento: 03/04/2001. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010.)

(80) Responsabilidade civil. Erro médico. Falha de informação. Não instituição de tratamento complementar radioterápico ou quimioterápico. Conduta médica técnica adequada, não se verificando, ademais, falha no dever de informação, de molde, ao menos, a resultar prejuízo. O ponto central da discussão reside na circunstância de afirmar o autor a necessidade de ter sido submetido a aplicações de radioterapia e quimioterapia desde a primeira cirurgia, e, ainda, de lhe ter sido omitido o diagnóstico, após a segunda cirurgia. Diante da prova produzida e que o tumor diagnosticado pelo requerido tinha a mesma natureza daquele posteriormente indicado pelos exames realizados por outros profissionais, evidenciando que o reaparecimento era decorrente da recidiva da lesão, comportamento usual nesse tipo de lesão e altamente recidivante e não metastático, e não sendo convergente a literatura médica quanto à necessidade e conveniência de tratamento radioterápico ou quimioterápico complementar, o qual, segundo não poucos, poderia, além de não prevenir recidivas, provocar conseqüências adversas, não se tipifica conduta imperita, imprudente ou negligente do profissional. Se porém falta de informações houve - e isso é possível -, porquanto não formalmente documentadas, em que pesem os registros nos prontuários e a conversa gravada unilateralmente pelo autor, insistindo o demandado na cientificação dos familiares, com encaminhamento ao oncologista (o que traduz informação repassada informalmente), não acarretaram prejuízo ao tratamento do autor. Nessa perspectiva, importante relembrar LORENZETTI, ao afirmar que a culpa surge pela falta de informação - ou pela informação incorreta -, não sendo necessário negligência no tratamento, mas, quanto aonexo causal, a vítima deve demonstrar 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. Porém, caso o prejuízo que o paciente sofreria, recusando o tratamento, fosse maior que o dano decorrente da intervenção, a questão da falta de informação resulta sem importância. Apelação desprovida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70017226903. Relatora: Des. Marilene Bonzanini Bernardi. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 16/05/2007. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> > . Acesso em 2 fev. 2010.

(81) Responsabilidade civil. Dano moral. Plano de saúde. Legitimidade passiva. Majoração do quantum fixado a título de danos morais. Possibilidade. Violação do artigo 20, caput e § 3º do CPC. Ausência de prequestionamento. Incidência do enunciado 282 de súmula do STF. 1. "Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido." Precedente REsp 138.059/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 11.06.01); 2. O critério que vem sendo adotado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo, contudo, o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades e aos fatos de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 3. A majoração do "quantum" indenizatório a título de dano moral é medida excepcional e sujeita a casos específicos, tal como verificado no caso em exame. 4. In casu, tendo em vista o valor fixado no acórdão recorrido a título de indenização por dano moral em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em razão das particularidades do caso e à luz da gravidade dos fatos descritos no acórdão recorrido, impõe-se o ajuste da indenização aos parâmetros adotados por este Tribunal no valor de R\$ 120.000,00, de modo a garantir à lesada a justa reparação, afastando-se, contudo, a possibilidade de enriquecimento indevido, corrigido monetariamente a partir desta decisão e dos juros moratórios nos termos da Súmula 54 desta Corte. 5. A ausência de prequestionamento inviabiliza o conhecimento da questão federal suscitada. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.133.386/RS. Relator: Exmo. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 17/06/2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em 28 jul. 2010.)

(82) Responsabilidade civil. Hospital. Médico. Recém-nascido. Sopro cardíaco. Falha no dever de informar aos efetivos responsáveis pelo bebê sobre a necessidade de investigação, e cuidados quanto a eventual sintomatologia. Morte que sobrevém, poucos dias após a alta, por problemas cardíacos. Teoria da perda de uma chance. Danos morais tipificados. No caso dos autos, o erro se tipificou basicamente na forma omissiva, qual seja, na ausência de informação aos efetivos responsáveis pelo bebê, do possível sopro cardíaco constatado e dos cuidados a serem observados quanto à sintomatologia evolutiva e investigação. Frisa-se, outrossim, a inexistência de certeza quanto à cura, mas a chance que adviesse, se mais precocemente fosse o menor encaminhado a avaliação cardiológica, que, quiçá, ainda que com procedimentos mais invasivos, teriam evitado o seu óbito. Típico caso, pois, de responsabilidade por perda de uma chance, havendo os danos serem estabelecidos por arbitramento, sopesando-se, sobremaneira, que não se indeniza a morte, mas sim a perda da oportunidade de cura. A indenização deve ser graduada tendo em vista a probabilidade da cura, que, no caso, não se mostrava aleatória, porém também não era certa. Denúnciação da lide acolhida. APELAÇÃO PROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70030146138. Relatora: Exma. Marilene Bonzanini Bernardi. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 28/10/2009. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> >. Acesso em 02 fev. 2010.)

(83) Intervenção cirúrgica. Consentimento informado inobservância do artigo 15 CC/02. Precedentes. Dano material. Perda da chance. Dano moral configurado. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento

informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado ex vi artigos 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu artigo 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como conseqüência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só-poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso. Perda superveniente do interesse de agir quanto ao pedida de condenação do réu a implantar a prótese necessária a radicalização de incontinência urinária uma vez que o esfíncter artificial não mais soluciona o problema do autor. Nesse diapasão, não há que se falar em fixação das astreintes Persiste o pedido quanto à condenação em todas as despesas oriundas do tratamento adequado da incontinência urinária, cabendo apuração em sede de liquidação por artigos, haja vista a não consolidação da lesões nos termos do artigo 608 do CPC. Dano moral configurado, impondo-se a redução como forma de equidade, por disposição do parágrafo único do artigo 944 do CC/02; considerando que o réu agiu de acordo com a ciência médica no que tange ao procedimento, observando-se como única falha a falta do consentimento informado. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO RECURSO E DESPROVIMENTO DO SEGUNDO APELO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.13957 (0031029-61.2003.8.19.0001). Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 17/10/2006. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(84) Responsabilidade civil objetiva. Artigo 37, §6º, da carta política. Banco de sangue. Dever de informação e orientação médica. Dano moral *in re ipsa*. Constitui dever dos bancos de sangue informar e fornecer orientação médica quanto a resultado denominado "falso positivo" ao doador antes de alarmá-lo com a simples afirmação da existência de determinada moléstia, mormente as de notificação compulsória, como é o caso da sífilis. Abalo emocional, angústia e sofrimento diante do diagnóstico de doença que pode ser adquirida por relacionamento sexual com pessoa infectada e que veio a trazer transtornos ao paciente no seio familiar. Dano moral *in re ipsa*, que deve ser devidamente compensado, ante a falha na prestação do serviço que causou ao doador sofrimento a que não estava obrigado. RECURSO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2009.001.59532 (0003472-10.2002.8.19.0042). Relator: Des. Jose C. Figueiredo. Órgão Julgador: Décima Primeira Câmara Cível. Julgamento: 16/12/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em : 02 fev. 2010.).

(85) Intervenção cirúrgica. Consentimento informado inobservância do artigo 15 CC/02. Precedentes. Dano material. Perda da chance. Dano moral configurado. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado ex vi artigos 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu artigo 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como conseqüência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só-poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso. Perda superveniente do interesse de agir quanto ao pedida de condenação do

réu a implantar a prótese necessária a radicalização de incontinência urinária uma vez que o esfíncter artificial não mais soluciona o problema do autor. Nesse diapasão, não há que se falar em fixação das astreintes Persiste o pedido quanto à condenação em todas as despesas oriundas do tratamento adequado da incontinência urinária, cabendo apuração em sede de liquidação por artigos, haja vista a não consolidação da lesões nos termos do artigo 608 do CPC. Dano moral configurado, impondo-se a redução como forma de equidade, por disposição do parágrafo único do artigo 944 do CC/02; considerando que o réu agiu de acordo com a ciência médica no que tange ao procedimento, observando-se como única falha a falta do consentimento informado. PROVIMENTO PARCIAL DO PRIMEIRO RECURSO E DESPROVIMENTO DO SEGUNDO APELO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.13957. Relator: Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 17/10/2006. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010.).

(86) Responsabilidade Civil. Danos materiais e morais. Cirurgia de laqueadura. Ocorrência de gravidez. 1. A responsabilidade civil do Município só pode surgir se, na prestação do serviço de saúde mantido em seus hospitais, ficar comprovada a ocorrência de comissão ou omissão decorrente de imprudência, negligência ou imperícia quer por parte do médico quer por parte da pessoa jurídica de direito público. 2. Tendo a autora e seu companheiro assinado um documento relatando que estavam cientes de todas as informações relacionadas à cirurgia, inclusive da possibilidade de falhas do procedimento, o risco suportado se constituiu em fato previsível, inexistindo caracterizado erro no procedimento cirúrgico ou responsabilidade do Município pela deficiência de informação. Recurso improvido". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível c/ Revisão n.º 994080769441 (7903255900). Relator: Exmo. Des. Laerte Sampaio. Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público. Julgamento: 15/07/2008. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>> . Acesso em: 02 fev. 2010.)

(87) Responsabilidade civil. Erro médico. Prova. Ausência. Dano material. Dano moral. Pensionamento. Correção do tratamento. Regularidade no procedimento cirúrgico adotado, bem como na prestação de informações à paciente. Consequências pós-operatórias sem vinculação com a hipótese de imperícia do médico. Ausência do nexa causal a ensejar a responsabilidade da parte demandada no caso concreto. Ação de indenização aforada com base no direito comum, por força de alegado erro médico. Sabe-se que, mesmo sendo presente uma relação de consumo, a responsabilidade civil do médico introduz-se pela teoria da responsabilidade subjetiva, cabendo à parte autora comprovar cabalmente o agir culposo do profissional, como o determina o artigo 14, § 4º, da Lei 8.078/90, o CDC. Na hipótese, o contexto probatório evidencia que as lesões apresentadas pela parte autora não são decorrentes de um ato de imperícia médica, e nem podem ser imputadas à eventual incorreção do procedimento empregado. Dever de informar que restou atendido. Sentença de improcedência mantida. Apelo improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70023509813. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 26/06/2008. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/>> . Acesso em: 02 fev. 2010.).

(88) Responsabilidade civil. Ação de indenização. Cirurgia de vasectomia. Gravidez não planejada. Culpa médica não comprovada. Não estando comprovada nos autos a culpa do réu inviável a sua responsabilização pela gravidez não planejada da autora, mormente por que, segundo o laudo pericial e de acordo com a doutrina médica, a cirurgia de vasectomia é falível, tanto que é obrigação do médico informar ao paciente quanto à indispensável

realização do espermograma para confirmação do resultado, dever, no caso, comprovadamente observado pelo réu. Termo de consentimento firmado pelos autores, no qual declaram estarem cientes dos riscos e implicações inerentes ao procedimento. Prova de que o autor não seguiu as orientações médicas, no pós-operatório, deixando de realizar o imprescindível exame de espermograma. Habilitação técnica do réu para realização da cirurgia comprovada nos autos. Dever de informar observado, no caso. Sentença de improcedência mantida, inclusive, com relação à clínica ré, onde realizado o procedimento. Apelação Improvida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020459772. Relator: Exmo. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 24/04/2008. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> > . Acesso em: 02 fev. 2010.).

(89) Responsabilidade civil. Cirurgia renal. Obrigação de resultado. Dever ético de informação sobre possíveis riscos. Cuidados médicos no período pós-operatório. 1. Responsabilidade civil do médico. Dever de informação. A responsabilidade do médico é, efetivamente, subjetiva, conforme artigo 14, §4º, CDC, avaliada de acordo com o artigo 159 do CCB/1916 e seus princípios tradicionais, uma vez que sua obrigação, de regra, não é de resultado, mas de meio. A obrigação de resultado encerra outra acessória consistente no dever de informar (artigos 30 e 31 do CDC), tendo por fundamento o princípio da boa-fé, que se traduz na honestidade e lealdade da relação jurídica. O paciente deve ter exata compreensão das vantagens e desvantagens que a intervenção cirúrgica estética envolve, para poder decidir-se sobre a submissão ao tratamento. 2. No caso, em se tratando de procedimento reconhecidamente aplicado segundo a *lex artis* e não sendo necessário na totalidade dos casos (depende das condições anatômicas do paciente verificadas no momento do ato cirúrgico), o médico não pode ser responsabilizado pela falta de informação nesta circunstância, sobretudo quando dano algum exsurgiu da conduta, e o autor sequer alega que não teria realizado a cirurgia acaso ciente previamente de que eventual segmento de uma de suas costelas precisaria ser extraído para diminuir os riscos do procedimento. De outro lado, o réu, após conversar com o paciente e tomar conhecimento da sua autorização para realizar somente a cirurgia a laser ou percutânea para retirada de cálculos renais, interrompeu o prosseguimento do procedimento para informar o paciente de que tais técnicas seriam inviáveis no caso e para conversar com o paciente a respeito dos próximos passos no tratamento do caso, restando designada para outro dia a cirurgia. Assim, a prova testemunhal atesta que o paciente foi informado sobre a sua situação clínica e assentiu na realização do procedimento de pieloplastia (cirurgia aberta) no seu rim direito, primeiramente rechaçado por ele. 2. Acompanhamento Pós-Operatório. Não se pode atribuir a perda da função renal do rim direito e a sua posterior extração ao procedimento cirúrgico ministrado pelo autor tampouco à eventual negligência no pós-operatório. Não há qualquer adminículo de prova de que a falta de cuidados por parte do réu provocou a perda da chance de cura do autor, até porque conforme o depoimento dos médicos, ele é portador de inúmeras patologias no sistema renal, sendo a estenose uma delas e congênita. DESPROVERAM A APELAÇÃO. UNÂNIME. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020544417. Relator: Exmo. Des. Odone Sanguiné Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 12/09/2007. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> > . Acesso em: 02 fev. 2010.).

(90) Responsabilidade civil - médico - diagnóstico equivocado - erro escusável. Ao prestar assistência profissional a seu cliente, o médico assume obrigação de meio e não de resultado, uma vez que não lhe garante a cura ou recuperação. A responsabilidade civil do médico pressupõe sua imprudência, negligência ou imperícia, como assentado no artigo 951 do Código Civil. O diagnóstico equivocado não gera, por si só, obrigação indenizatória quando

resulta de erro escusável e não de ato culposo do médico. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0261.04.024845-0/001. Relator: Exmo. Des. Maurílio Gabriel Órgão Julgador: Décima Quinta Câmara Cível. Julgamento: 24/08/2006. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/> > . Acesso em: 02 fev. 2010.)

(91) Responsabilidade civil de banco de sangue resultado falso positivo. Dever de informar. Responsabilidade objetiva do Estado. Obrigação de indenizar responsabilidade civil. Dano moral. Banco de sangue. Hemorio - Instituto Estadual de Hematologia Arthur de Siqueira Cavalcanti. Exame laboratorial. Resultado "falso positivo". Sorologia positiva para hepatite C. Dever de informação e orientação médica. Incumbe aos bancos de sangue o dever de informar e orientar os pacientes acerca da ocorrência do denominado "falso positivo", mormente por ser freqüente. Responsabilidade objetiva do Estado - artigo 37, § 6º da CF/88. Teoria do risco administrativo. Dano moral *in re ipsa*. Abalo emocional, angústia e sofrimento do autor diante do diagnóstico da doença grave até que um segundo exame apresentou resultado negativo. Verba compensatória que observou o binômio razoabilidade proporcionalidade. Sentença que se mantém. Recurso a que se nega seguimento. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.56179. Relatora: Exma. Des. Renta Cotta. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 30/10/2008. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(92) Responsabilidade civil objetiva. Artigo 37, §6º, da carta política. Banco de sangue. Dever de informação e orientação médica. Dano moral *in re ipsa*. Constitui dever dos bancos de sangue informar e fornecer orientação médica quanto a resultado denominado "falso positivo" ao doador antes de alarmá-lo com a simples afirmação da existência de determinada moléstia, mormente as de notificação compulsória, como é o caso da sífilis. Abalo emocional, angústia e sofrimento diante do diagnóstico de doença que pode ser adquirida por relacionamento sexual com pessoa infectada e que veio a trazer transtornos ao paciente no seio familiar. Dano moral *in re ipsa*, que deve ser devidamente compensado, ante a falha na prestação do serviço que causou ao doador sofrimento a que não estava obrigado. RECURSO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2009.001.59532 (0003472-10.2002.8.19.0042) Relator: Exmo. Des. Jose C. Figueiredo. Órgão Julgador: Décima Primeira Câmara Cível. Julgamento: 16/12/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(93) Responsabilidade civil. Exame. Hiv. Falso positivo. Comunicação de necessidade de realização de novo exame. Causa não excludente. Danos morais. Configuração. A legitimidade passiva do Município réu é evidente por força do artigo 37, §6º da CRFB/88. O hospital do Município réu celebrou convênio com laboratório para realização dos exames de seus pacientes, possuindo, portanto, responsabilidade pelos atos praticados por seu contratado. O laboratório APAE-RJ não mantém qualquer relação jurídica com a autora. A autora foi informada pelo hospital maternidade de que seria portadora do vírus HIV e após novos testes, verificou-se o falso diagnóstico, sendo que dentre a feitura de um exame e outro decorreu o período aproximado de 3 meses. É imprescindível a comunicação de necessidade de um novo exame (HIV 1 e 2), mas a responsabilidade civil pelo evento danoso não é excluída por tal informação. O falso positivo, quando acompanhado de legítima comunicação ao paciente de sua falibilidade frente aos conhecimentos técnicos hodiernos (método Elisa) permitem, tão-somente, a redução do quantum indenizatório devido. Observa-se que as conseqüências do evento foram, no mínimo, desastrosas. Além do desespero experimentado e discriminação sofrida, a autora foi submetida à laqueadura de trompas por indução médica, ocasionando-lhe infertilidade precoce, bem como, junto com seu bebê, ingeriu medicamentos desnecessários

por longo período de tempo. Não há que se falar em iatrogenia no caso dos autos, mas sim em precipitação da equipe médica do hospital uma vez que poderiam aguardar a contraprova, determinando ao laboratório sua urgência, diante das especificidades do caso. Também não se exclui a responsabilidade do réu pelo consentimento informado. A autora foi induzida a manifestar um consentimento diante de uma situação errônea. Em uma situação de desespero, consentiu com a intervenção cirúrgica desnecessária, sendo, por esse motivo, que se impõe a responsabilização do réu. Não se arbitra indenização pífia nem exorbitante, mas, compatível com a expressão axiológica do interesse jurídico violado. Por isso, a quantificação da reparação dos danos morais em R\$ 30.000,00 foi bem arbitrada. O dano material deve estar obrigatoriamente comprovado, o que não se verifica no caso dos autos. Quanto a condenação do réu em honorários advocatícios, a r. sentença não merece qualquer censura, porquanto o percentual de 15% sobre o valor da condenação atende o disposto no artigo 20, § 3º do CPC. Agravo retido rejeitado. Provimento parcial do primeiro apelo. Desprovimento do segundo apelo. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.28159 (0146778-92.2004.8.19.0001). Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 30/09/2008. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(94) Ação de indenização. Erro de diagnóstico de câncer. Responsabilidade médica afastada. Erro grosseiro não caracterizado. Defeito do serviço do laboratório comprovado. Descumprimento do dever de informar. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70023446412. Relator: Exmo. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 30/10/2008. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/>> . Acesso em: 02 fev. 2010.).

(95) Responsabilidade civil. Reparação de dano moral. Prescrição. Matéria preclusa. Exame laboratorial HIV - aids. Falso positivo. Dever de informar o paciente sobre a possibilidade do resultado não ser conclusivo. Responsabilidade do laboratório. Indenização por danos morais. Quantum excessivo. Sucumbência recíproca. Súmula n. 326/STJ. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão provido. 1. Deve ser obedecido o comando expresso na coisa julgada, estando preclusa a argüição de prescrição. 2. Negligente o laboratório, displicente sua conduta, sendo responsável pela ausência de informação suficiente e adequada ao paciente do resultado de sua sorologia anti-HIV, ressaltando inclusive a possibilidade do resultado se mostrar equivocado, bem como de realizar novos exames, uma vez ciente de que o exame realizado não era conclusivo. 3. A revisão do valor da indenização por dano moral só ocorre nos casos de valores excessivos ou irrisórios. In casu, se mostra excessiva a quantia fixada, devendo ser reduzida a patamares razoáveis. 4. Evidente o propósito de reexame do conjunto fático-probatório, ao se pretender a revisão das provas produzidas nos autos quanto à responsabilidade solidária da segunda ré. 5. "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (Súmula n. 326/STJ). 6. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 707541/RJ. Relator: Exmo. Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 12/12/2006. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(96) Responsabilidade civil de hospital pela atuação dos médicos, que se revela subjetiva. Precedentes do C. STJ. Não obstante o laudo pericial existente no processo, do contexto fático e probatório dos autos, verifica-se que a equipe responsável pelo atendimento da paciente não empreendeu, prontamente, os esforços cabíveis para o seu correto diagnóstico, tratada como portadora de hérnia de disco, vindo a falecer, no entanto, logo em seguida, em razão de

doença determinada como meningite por pneumococo. Ainda que a perícia não haja concluído pela configuração dos elementos da culpa, observa-se que, além de a medicação ministrada não produzir qualquer efeito, acarretando, inclusive, a piora no seu estado clínico, não foram realizados os exames complementares oportunos para a correta conclusão da enfermidade. Conduta dos médicos que importou na perda de uma chance para que fosse alcançada a correta diagnose e terapêutica, o quanto antes, por mais que a doença seja grave e de alta mortalidade. Recurso conhecido e desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes nº 2008.005.00432. Relator. Exmo. Des. Mauro Dickstein. Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível. Julgamento: 17/02/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(97) Responsabilidade civil - Erro de diagnóstico. Prescrição de relaxante muscular - verificação de tuberculose vertebral - Paraplegia - Comportamento profissional conhecido como "perda de uma chance" dano moral configurado - O perito vislumbrou erro de diagnóstico, fato que teria provocado retardamento no início do tratamento da real doença que acometia o autor, comportamento profissional conhecido na literatura pericial francesa como perda de uma chance (perle d'une chance), que preconiza a perda da possibilidade de cura do paciente pela intervenção errada de profissional, pois as possibilidades de recuperação são muito maiores quando descoberta a doença no início. Saliencia o vistor, no entanto, que a perda de chance no caso é somente da cura e não da continuidade da vida. É o quanto basta para estabelecer-se a responsabilidade da prestadora de serviço médico, cuja culpa assenta em uma das três hipóteses: erro médico. erro de procedimento e erro de diagnóstico. A responsabilidade no caso atinge apenas o dano imaterial, pelos sofrimentos físicos e sensoriais que o errôneo diagnóstico provocou no autor, até que a diagnose correta fosse realizada, dando-se início ao tratamento adequado, que não produziria o mesmo resultado se iniciado o quanto antes. Não há responsabilidade, no entanto, pelo estado físico atual do autor, uma vez que o perito foi bastante claro ao dizer que o retardo no diagnóstico não constitui a causa imediata das seqüelas produzidas pela doença. Em tal perspectiva, não procedem os pedidos de ressarcimento dos danos materiais, já que a incapacidade física do autor resulta da própria doença e não do serviço médico mal prestado na fase do diagnóstico. Verba indenizatória arbitrada no valor correspondente a 200 salários mínimos. Parcial provimento do recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2005.001.44557. Relator: Exmo. Des. Edson Vasconcelos. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Julgamento: 29/03/2006. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(98) Responsabilidade Civil. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 436827/SP. Relator: Exmo. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 01/10/2002. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(99) Responsabilidade Civil. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 467878/RJ. Relator: Exmo.



Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 05/12/2002. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(100) Intervenção cirúrgica. Consentimento informado inobservância do artigo 15 CC/02. Precedentes. Dano material. Perda da chance. Dano moral configurado. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado ex vi artigos 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu artigo 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como conseqüência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só-poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso. Perda superveniente do interesse de agir quanto ao pedido de condenação do réu a implantar a prótese necessária a radicalização de incontinência urinária uma vez que o esfíncter artificial não mais soluciona o problema do autor. Nesse diapasão, não há que se falar em fixação das astreintes Persiste o pedido quanto à condenação em todas as despesas oriundas do tratamento adequado da incontinência urinária, cabendo apuração em sede de liquidação por artigos, haja vista a não consolidação da lesões nos termos do artigo 608 do CPC. Dano moral configurado, impondo-se a redução como forma de equidade, por disposição do parágrafo único do artigo 944 do CC/02; considerando que o réu agiu de acordo com a ciência médica no que tange ao procedimento, observando-se como única falha a falta do consentimento informado. Provimento parcial do primeiro recurso e desprovimento do segundo apelo. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2006.001.13957. Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 17/10/2006. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 2 fev. 2010)

(101) Responsabilidade Civil. Relação de consumo. Serviço prestado por instituição hospitalar. Cirurgia oftalmológica. Fatores de risco negligentemente investigados. Falta de informação adequada à paciente. Responsabilidade objetiva. Inocorrência de excludentes legais. Sentença de improcedência do pedido. Reforma. Dano moral. Quantificação. A Casa de Saúde, diante do vastíssimo espectro do conceito estabelecido no artigo 3º e seu pará. 2º, do CDC, é considerada prestadora de serviços; logo, sua responsabilidade é objetiva, a teor do artigo 14 do mesmo Código. Não se desincumbindo, pois, do ônus da prova de qualquer uma das excludentes previstas no § 3º, do citado dispositivo legal, responde pelos danos causados ao consumidor. Relação de preposição evidenciada na espécie, assegurando a responsabilização da ré mesmo em se admitindo a sua responsabilidade subjetiva, no que toca à atuação profissional dos médicos, seus prepostos, diante da prova da culpa destes. Risco inerente à atividade. Cirurgia oftalmológica em idosa com diversos fatores de risco mal apurados. Dever do fornecedor do serviço em propiciar o consentimento informado ao paciente. A responsabilidade médica pela informação segura ao paciente, em caso de risco inerente, sequer precisa ser objeto da causa de pedir, porquanto constitui condição “sine qua non” para que se reconheça a excludente prevista no artigo 14, § 3º, I, do CDC. Caso em que, ademais, o próprio perito considerou deficiente o tratamento da hemorragia subsequente à cirurgia. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Intervenção Cirúrgica.

Consentimento Informado. Perda de uma chance. Apelação Cível n.º 2008.001.59764. Relator: Exmo. Des. Ricardo Couto. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Julgamento: 04/02/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010)

(102) Responsabilidade Civil. Relação de consumo. Serviço prestado por instituição hospitalar. Cirurgia oftalmológica. Fatores de risco negligentemente investigados. Falta de informação adequada à paciente. Responsabilidade objetiva. Inocorrência de excludentes legais. Sentença de improcedência do pedido. Reforma. Dano moral. Quantificação. A Casa de Saúde, diante do vastíssimo espectro do conceito estabelecido no artigo 3º e seu pará. 2º, do CDC, é considerada prestadora de serviços; logo, sua responsabilidade é objetiva, a teor do artigo 14 do mesmo Código. Não se desincumbindo, pois, do ônus da prova de qualquer uma das excludentes previstas no § 3º, do citado dispositivo legal, responde pelos danos causados ao consumidor. Relação de preposição evidenciada na espécie, assegurando a responsabilização da ré mesmo em se admitindo a sua responsabilidade subjetiva, no que toca à atuação profissional dos médicos, seus prepostos, diante da prova da culpa destes. Risco inerente à atividade. Cirurgia oftalmológica em idosa com diversos fatores de risco mal apurados. Dever do fornecedor do serviço em propiciar o consentimento informado ao paciente. A responsabilidade médica pela informação segura ao paciente, em caso de risco inerente, sequer precisa ser objeto da causa de pedir, porquanto constitui condição sine qua non para que se reconheça a excludente prevista no artigo 14, § 3º, I, do CDC. Caso em que, ademais, o próprio perito considerou deficiente o tratamento da hemorragia subsequente à cirurgia. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2008.001.22543. Relator: Exm. Des. Nametala Machado Jorge. Órgão Julgador: Décima Terceira. Julgamento: 20/08/2008. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010)

(103) Danos materiais decorrentes de intervenção cirúrgica - Ausência de demonstração de culpa do médico em relação às seqüelas sofridas pelo paciente - Responsabilização, entretanto, pela falta de adequada cientificação do operado, quanto aos efetivos riscos do procedimento operatório - Teoria do consentimento informado - Dever de indenizar - Sentença de parcial procedência mantida - Recurso desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível c/ Revisão n.º 2960124500. Relator: Exmo. Des. De Santi Ribeiro. Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Privado. Julgamento: 04/11/2008. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>> . Acesso em: 02 fev. 2010.).

(104) Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Cirurgia de vasectomia. Gravidez não planejada. Culpa médica não comprovada. Não estando comprovada nos autos a culpa do réu inviável a sua responsabilização pela gravidez não planejada da autora, mormente por que, segundo o laudo pericial e de acordo com a doutrina médica, a cirurgia de vasectomia é falível, tanto que é obrigação do médico informar ao paciente quanto à indispensável realização do espermograma para confirmação do resultado, dever, no caso, comprovadamente observado pelo réu. Termo de consentimento firmado pelos autores, no qual declaram estarem cientes dos riscos e implicações inerentes ao procedimento. Prova de que o autor não seguiu as orientações médicas, no pós-operatório, deixando de realizar o imprescindível exame de espermograma. Habilitação técnica do réu para realização da cirurgia comprovada nos autos. Dever de informar observado, no caso. Sentença de improcedência mantida, inclusive, com relação à clínica ré, onde realizado o procedimento. APELAÇÃO IMPROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70020459772. Relator: Exmo. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Julgamento: 24/04/2008. Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/> >. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(105) Civil. Indenização por ato ilícito. Cirurgia de laqueadura tubária. Gravidez indesejada. Responsabilidade médica. Obrigação de meio. Negligência, imprudência ou imperícia não configuradas. Nexos causal indemonstrado. Responsabilidade civil do médico afastada. Recurso desprovido. A superveniência de gravidez indesejada, após cirurgia de laqueadura tubária, não enseja indenização se o médico age dentro das normas técnicas da medicina, utilizando os métodos adequados, com prudência e perícia, pois se trata de obrigação de meio, uma vez que nem mesmo a literatura médica afasta a possibilidade de uma nova gravidez. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n.º 477821 SC 2006.047782-1. Relator: Exmo. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil. Julgamento: 27/11/2009. Disponível em: < <http://www.tjsc.jus.br/> >. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(106) Ação de indenização - Danos morais e materiais - Cirurgia de vasectomia - Suposto erro médico - Responsabilidade civil subjetiva - Obrigação de meio - Precedentes - Ausência de comprovação de imprudência na conduta do profissional - cumprimento do dever de informação - Entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório - Reexame de provas - Impossibilidade - Óbice do enunciado n. 7 da súmula/STJ - Recurso especial não conhecido. I - A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado. II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva; III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ); IV - Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1051674/RS. Relator: Exmo. Ministro Massami Uyeda. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 03/02/2009. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.)

(107) Indenização por danos materiais e morais - Cirurgia de vasectomia - Obrigação médica de resultado - Procedimento ineficiente resultando em gravidez que se pretendia evitar - Inexistência nos autos de elementos suficientes à comprovação da devida informação ao autor dos procedimentos a serem realizados e dos riscos deles decorrentes ? Responsabilidade civil caracterizada - Danos materiais parcialmente caracterizados - Indenização por danos morais indevida - Incabível caracterização de danos morais pelo nascimento de uma criança, em especial porque não comprovada seqüela pós-cirúrgica - Sucumbência recíproca. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 992060064985. Relatora: Exma. Des. Christine Santini. Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Privado. Julgamento: 31/03/2010. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/> > . Acesso em: 02 fev. 2010.).

(108) Responsabilidade civil. Médica ginecologista e obstetra. Não há comprovação nos autos de que foram fornecidas informações à paciente a respeito do risco de gravidez, ao adotar o método contraceptivo de laqueadura tubária bilateral. Trata-se de obrigação do profissional da medicina ao realizar alguma intervenção cirúrgica ou ao orientar o paciente para a efetivação de procedimento, esclarecer quanto aos riscos de forma clara e precisa o que, de fato, não

ocorreu no presente caso. Paciente que não foi informada, pelo médico, quanto à taxa de ineficiência a que se encontram sujeitos procedimentos da espécie. Dois anos após realizada a ligadura de trompas a autora veio a engravidar. Dever de indenizar configurado. Nega-se provimento aos 3 recursos mantendo-se a sentença na íntegra. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2009.001.07608 (0003156-72.2006.8.19.0004). Relator: Exmo. Des. Sergio Jeronimo A. Silveira. Julgamento: 28/04/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(109) Civil. Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Dano moral. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 818144/SP. Relator: Exmo. Ministro Ari Pargendler. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 09/10/2007. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp)>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(110) Responsabilidade Civil do Médico. Cirurgia plástica. Redução Mamária. Cicatriz Deformante. Violação do Dever de Informação. Dano Extrapatrimonial Configurado. O cerne da lide está na demonstração da observância ao dever de informação à paciente sobre os riscos da cirurgia e dos cuidados necessários e contra-indicações no pós-operatório. Isso porque o dever de informação se impõe em qualquer obrigação médica, seja ela de resultado ou de meio. E, na espécie, a recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe cabia (CPC, 333, II; 6º, VIII). O direito de informação é direito básico do consumidor, previsto no inciso III do artigo 6º da Lei 8.078/90. A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. O dever de informar incumbe ao prestador de serviços médicos, como corolário do princípio da boa-fé objetiva, traduzido na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança. A informação deve ser completa, verdadeira e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado, e apenas este pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar cabe ao médico. Todo e qualquer tratamento de risco deve ser precedido do consentimento informado do paciente. A violação a esse dever importa em transferir ao prestador a responsabilidade pelos danos advindos do serviço, ainda que derivados do risco inerente da cirurgia. Portanto, ainda que admitida a tese defensiva - obrigação de meio -, mesmo assim não lhe assistiria razão. A conduta omissiva da apelante (ausência de adequada e clara informação à paciente) consubstancia negligência, ou seja, comportamento culposos. Logo, perfeitamente demonstrada a sua culpa. Desprovimento do recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2009.001.53284 (0013271-89.2002.8.19.0038). Relator: Exmo. Des. Sergio Cavalieri Filho. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Julgamento: 05/11/2009. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.).

(111) Cirurgia plástica estética - Dever de indenizar [reparar as deformidades] e compensar os danos morais diante do resultado adverso da mamoplastia - Obrigação de resultado por não ter o médico demonstrado a previsibilidade de fracasso ou adversidades, quando celebrado o contrato, e por não ter provado que o fim desejado se alterou por culpa da paciente ou por fatores imprevisíveis - Provimento, em parte. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 994070955510 (4961544000). Relator: Exmo. Des. Enio Zuliani. Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Privado. Julgamento: 24/04/2008. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br/>> . Acesso em: 02 fev. 2010.).

(112) Ação de indenização por dano moral e material - Cirurgia odontológica - Anestesia geral - Parada cardiorrespiratória - Óbito da paciente - Odontóloga - Culpa não demonstrada - anesthesiologista - Obrigação de resultado - Ação diligente - Reação imprevisível - Caso fortuito - Responsabilidade afastada - Sentença irreprochável - Recurso desprovido. Se o odontólogo, no exercício de sua função, não atuou com imperícia, imprudência ou negligência, bem como prescreveu o tratamento adequado às condições da paciente, não há imputar a responsabilidade pelos danos causados no decorrer do procedimento. É de resultado a obrigação que assume o médico anesthesiologista, tendo em vista que seu DEVER não consiste na prestação de cuidados aos doentes, mas sim em anestésiar o paciente, monitorá-lo durante o estado de sedação e conduzi-lo de volta à consciência após o procedimento cirúrgico. Demonstrado que o anestesista diligenciou corretamente antes de iniciar a indução anestésica, acompanhou todo o procedimento cirúrgico, empregando os esforços necessários à recuperação da paciente, que, por fatores alheios à vontade dos envolvidos, apresentou reação imprevisível, não resistindo às complicações apresentadas, caracterizado restou o caso fortuito, o que afasta a responsabilização do profissional. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n.º 2008.012541-6. Relator: Exmo. Des. Fernando Carioni. Juiz Prolator: Edson Marcos de Mendonça. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Julgamento: 13/06/2008. Disponível em: < <http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: 02 fev. 2010.)