10.12818/P.0304-2340.2014v65p67

CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO: RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR

INFORMED CONSENT: PHYSICIAN'S LIABILITY BY THE NON-COMPLIANCE TO THE DUTY TO INFORM

Antônio Carlos Efing*
Mariana Moreira Neves**

RESUMO

O presente artigo trata da relação médico-paciente, que evoluiu com o passar dos anos e deixou para trás a ideia de que o médico era a única pessoa capaz de decidir sobre a saúde do paciente. O temor reverencial médico foi suplantado pela liberdade de autodeterminar-se, possibilitando ao paciente o exercício de seus direitos fundamentais. Objetiva-se demonstrar a importância do dever de informação do médico no que tange a obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente, de maneira a legitimar a atuação médica e as exigências para que este consentimento seja válido na esfera jurídica. Analisa-se, por fim, a responsabilidade civil do profissional da área da saúde ao descumprir o dever de informação, acarretando prejuízo para o paciente, de modo a indenizá-lo e, também, as excludentes de tal responsabilização.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento livre e esclarecido. Responsabilidade civil do médico. Dever de informação.

ABSTRACT

This paper treats about the relationship between physician and patient, which have been developing along the years, leaving behind the idea that the physician was the only person capable to decide about patient's health. This reverential fear was replaced by the liberty of self-determination, which enable patient to act accordant to their fundamental rights. It aims to demonstrate the importance of the physician's duty to inform in relation to the free and informed acceptance and consent of the patient, considering the legitimation of the medical act and juridical implications. For this reason, it analyses the liability of the professional that do not comply with the duty to inform, injuring the patient, having to indemnify them, and also exceptions of that response.

KEYWORDS: *Informed Consent. Physician responsibility. Duty to inform.*

* Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).
E-mail: ace@eradv.com.br.

** Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).
E-mail: marianamoreiraneves@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca demonstrar como se dá a responsabilização civil do médico pelo descumprimento do dever de informar, quando da obtenção do consentimento livre e esclarecido, uma vez ocasionado dano ao paciente.

Para isto, inicialmente demonstra-se que a relação médico-paciente trata-se de uma relação contratual especial, logo em seguida, apresenta-se o dever de informar e o princípio da autonomia privada, como pressupostos do contrato; examina-se o que é o consentimento livre e esclarecido e, por fim, vislumbra-se a opinião da doutrina quanto à responsabilidade civil do médico nestes casos.

Deste modo, analisa-se o dever de informação, como ele deve ser cumprido e quando ele poderá ser dispensado na relação médico-paciente, as formas de emissão do consentimento informado, a fim de compreender como pode se dar a responsabilização civil do profissional da área da saúde, se por análise de obrigação de meio ou de resultado ou, ainda, pelo Código de Defesa do Consumidor.

2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

A relação entre médico e paciente existe desde os tempos mais remotos, por vezes revestida de noções costumeiras, religiosas e místicas, como o curandeirismo. O médico era na verdade o feiticeiro, o mago, o sacerdote, alguém da tribo que executava os rituais de cura. Somente com o passar dos anos é que as "respostas divinas" foram dando espaço ao conhecimento científico e o médico foi sendo reconhecido como um profissional da área da saúde.

Uns dos primeiros documentos que procurou regulamentar a relação médico-paciente e as punições do erro médico foi o Código de Hamurabi. Proveniente da Babilônia no ano de 1694 a.C., este código estabelecia a Lei de Talião, conhecida como "olho por olho, dente por dente", a qual previa a amputação das mãos do cirurgião, em caso de insucesso no atendimento a um homem livre e no caso de ser um escravo, o cirurgião pagaria uma certa quantia, um preço. Certamente era uma maneira drástica de evitar outras intervenções desastrosas daquele médico.

> [...] a pena de talião ("olho por olho, dente por dente") foi um progresso, já que instituiu o castigo apenas para o autor do fato delituoso. Começa a haver proporcionalidade na pena caracterizando a fase da vingança privada regulamentada. Posteriormente o lesado tinha duas opções, podia exercer a vingança privada ou deixar de exercer o direito de vingança e receber por isso uma compensação pecuniária – período da compensação voluntária – a compositio que é a primeira figura que se aproxima da responsabilidade civil como ela é nos tempos atuais. Vem após o período da composição legal pois através da liderança grupal a composição passou a ser imposta como obrigatoriedade. Para cada delito praticado tem que ser paga uma determinada quantia determinada pelas normas vigentes. Bem mais tarde as composições foram substituídas pela atuação do Estado pois, este, passou a ter como uma de suas atribuições penalizar os delitos (SOUZA, 2008, p. 31).

Em Roma, por volta do ano 452 a.C., a Lei das XII Tábuas previa alguns princípios gerais de responsabilidade médica, entretanto, no império de Augusto (27 a.C.) a Lei Aquília instituiu a noção de culpa como pressuposto para houvesse o dever de indenizar, determinando delitos e estabelecendo a noção de reparação pecuniária do dano. Aos poucos a profissão passou a gozar de certo prestígio (GOMES, 1981, p. 18).

Na Grécia, no século V a.C., surgiram as primeiras escolas médicas. Nesta época emergiu-se a escola de Hipócrates que era considerado o pai da medicina. Segundo o paternalismo hipocrático, o médico era quem detinha as informações e o conhecimento técnico, portanto, ele é que escolhia o que deveria ser feito e decidia tudo sozinho. Não era oportunizado ao paciente o direito de se manifestar, pois era considerado incapaz de entender o que se passava com seu próprio corpo, sua própria saúde.

Os seguidores das ideias de Platão e Aristóteles defendiam que a responsabilidade do médico deveria se basear pela culpa, sendo necessária uma perícia realizada por um especialista ou por um colegiado de médicos (PEREIRA, 2011, p. 6).

Na Idade Média desenvolveram-se outras penas, ainda mais rígidas, para os médicos que não obtivessem resultados exitosos com seus pacientes, fato que gerou a diminuição de candidatos dispostos a exercer tal atividade.

No século XIII com a criação de universidades, a medicina evoluiu cada vez mais, ganhando caráter científico e assim modificou o modo de avaliar responsabilização dos médicos, os quais criaram corporações com o intuito de se protegerem.

Já na França, na época moderna, foi quando desenvolveram as primeiras normas codificadas sobre o assunto, criando doutrina e jurisprudência que influenciaram diversos países.

No Brasil, apenas com a chegada da Corte Portuguesa que a medicina passou a ser considerada como ciência. Somente em 1890, o Código Penal abordou a responsabilidade do médico e mais tarde em 1916 o Código Civil estabeleceu a responsabilidade civil dos médicos.

Com o passar dos anos, devido ao grande número de ações de responsabilidade civil, a figura do antigo médico, aquele médico da família, a quem se depositava confiança e respeito, foi desaparecendo, dando lugar a uma relação mais distante, sem afeição.

Atualmente, o paciente, na maior parte das vezes, tem consciência de que não está subordinado ao médico, que o médico é um profissional como qualquer outro, devendo a relação basear-se no respeito recíproco e não em uma relação paternalista, onde não há a figura de um superior e um inferior.

Perdeu-se o temor reverencial e tornou-se uma relação cada vez mais despersonalizada, tendo muitas vezes um intermediário entre o médico e o paciente – como, por exemplo, os hospitais, as clínicas, os planos de saúde, entre outros – deixando este muitas vezes sem possibilidade de escolher por quem será atendido, passando a se tratar tal relação pela ótica consumerista.

3 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE COMO UMA RELAÇÃO CONTRATUAL ESPECIAL

Não se pode negar que quando o paciente requisita os serviços de um médico e este o atende, se trava um contrato, mesmo que revestido de características especiais como a hipervulnerabilidade[1]

1 Insta observar que, quando se trata de um contrato tradicional, considera-se a vulnerabilidade técnica, jurídica, informacional e/ou fática da parte consumidora,

do paciente. Por mais que este contrato não tenha forma prevista no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez se tratando de um objeto lícito, possível e determinável, com partes capazes e não sendo o mesmo defeso por lei, está-se diante de um contrato juridicamente válido.

Normalmente, tal acordo possui forma livre, tácita e verbal, é contínuo, oneroso, abrange obrigações recíprocas e também o intuitu personae, ou seja, há um vínculo de confiança entre as partes, podendo o paciente escolher por quem será atendido e o médico podendo escolher quem irá atender (GIOSTRI, 2000, p. 64-68).

Ademais, trata-se de um contrato sui generis, um contrato especial, diferente dos outros tipos, visto que, além do seu aspecto patrimonial, também possui características existenciais, como ensina de Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira (2011, p. 15):

> 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 ao tratamento e intervenção médica; direito de ser e 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 direta, tais direitos são merecedores privilegiados de tutela, já que são vinculados à dignidade da pessoa humana e à personalidade humana.

Dentre todas estas particularidades, há uma conexão entre o dever de informar do médico e o direito de escolha do paciente, optando se submeter ou não a determinado procedimento.

---

qualificando, assim, o consumidor como a parte frágil da relação. Não obstante, quando se analisa a relação médico-paciente, há de se atentar para outros fatores que agravam tal vulnerabilidade, como o estado de saúde físico e/ou psicológico do paciente. Não há como se exigir que uma pessoa com a saúde comprometida tome as mesmas decisões que um consumidor comum. Por este motivo fala-se em hipervulnerabilidade e tem-se como resultado um contrato especial.

4 DEVER DE INFORMAR

O dever de informar deriva do princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual, positivado no artigo 422 do Código Civil. Uma vez violado este dever, caracterizar-se-á espécie de inadimplemento contratual.

Além disto, os incisos XIV, XXXIII e LXXII, do artigo 5º, da Constituição Federal, assegura a todos o direito à informação. Contudo, em se tratando de relação médico-paciente, o direito à informação ultrapassa a ideia de boa-fé, apresentando-se como um desdobramento da autonomia e da dignidade da pessoa humana.

A obrigação do médico de comunicar o paciente todas as características e circunstâncias do negócio jurídico compreende uma imposição moral e jurídica, por ser imperativo de lealdade entre as partes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 109).

Muitas vezes o vocabulário utilizado é de conhecimento restrito à própria comunidade de profissionais da saúde, os quais utilizam tais palavras com frequência e por vezes acabam se olvidando de que a linguagem científica não faz parte do mundo do paciente.

A informação prestada ao paciente deve corresponder à realidade, ter forma simples, completa, compreensível - preferencialmente abstendo-se de termos técnicos -, esclarecedora, suficiente e razoável, de modo a abranger o diagnóstico, as alternativas de tratamento, as consequências e os riscos. Neri Tadeu Camara Souza leciona que (SOUZA, 2008, p. 91-92):

> O consentimento é uma escolha voluntária, advinda desta reflexão baseada, além do conhecimento, em valores próprios. E, para refletir, tem que ter instrumentos para executar este raciocínio racional, não de pura emoção, por isto a necessidade de conhecimento por parte do paciente. O ignorante sobre algo não é livre para escolher, para decidir, não tem independência nas suas opções pela ignorância que tem sobre os fatos. Para pensar, decidir, agir de maneira autônoma, o paciente tem que estar munido dos instrumentos para poder fazê-lo. Compete ao médico instruí-lo, orientá-lo, sem coerção.

Por mais que não seja possível dar garantias de resultados, mas somente do uso dos meios apropriados e disponíveis, é

fundamental manter um vocábulo detalhado e acessível. Sempre que forem utilizados termos técnicos devem ser dados esclarecimentos sobre seu significado.

O médico deve observar a personalidade do paciente, sua capacidade de compreensão, suas concepções éticas, morais, religiosas, culturais, filosóficas, entre outras. O que pode ser desprezível para outro pode ser fundamental, cabendo ao médico analisar cada pessoa.

> Esses modos de agir na informação, que também poderiam ser chamados de hipóteses, possibilitam o esclarecimento devido aos pacientes com deficiência de compreensão por motivos físicos, psíquicos, sociais ou culturais. Não há, por conseguinte, uniformidade no que diz respeito aos modos de informação para a obtenção do consentimento informado (CLOTET; GOLDIM; FRANCISCONI, 2000, p. 17).

A essência desse dever é proporcionar ao paciente a verdade sobre os aspectos da contratação, que são determinantes de seu consentimento e contribuem para que o mesmo seja feito de maneira refletida, livre, consciente e segura.

O paciente tem direito de obter todas as informações sobre seu caso, em letra legível, e cópias de sua documentação médica, como prontuários, exames laboratoriais, raios X, anotações de enfermagem, laudos diversos, avaliações psicológicas, etc. (GAUDERER, 1991, p.47).

O dever de informar tem vigência durante toda a vida do contrato, desde a fase pré-contratual, perdurando ainda na fase pós-contratual (KFOURI NETO, 2007, p.31).

O paciente precisa efetivamente compreender a informação que lhe foi transmitida. Sem a real compreensão, o consentimento será emitido apenas pelo critério da confiança, porém, deste modo, não será exercido o direito de livre escolha esclarecida, o que acaba por comprometer o exercício da autonomia.

Há casos em que, devido ao estado físico e psicológico em que se encontram os pacientes, os médicos optam por não lhe fornecer todas as informações, fazendo-o a seus familiares ou responsáveis, que acabam decidindo pelo paciente. A estas hipóteses

dá-se o nome de privilégio terapêutico (PEREIRA, 2011, p. 77), que está previsto no artigo 34 do Código de Ética Médica.

5 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Autonomia é um termo derivado do grego, cujo "auto" significa próprio e "nomos" lei, regra, norma. Quer dizer autogoverno, capacidade da pessoa de decidir sobre tudo aquilo que afete sua vida, sua saúde, sua integridade física e psíquica, suas relações sociais. Immanuel Kant (1997, p. 85) define que:

> O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objetos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori.

A autonomia privada é um princípio jurídico que atribui aos particulares imperatividade, atuando como diretriz para outras normas ou como solucionadora direta de problemas jurídicos, com aplicação imediata a um caso concreto, que determinará seu conteúdo. Como todos os princípios jurídicos, não encontra conteúdo previamente definido. O ordenamento jurídico conforma sua aplicação, assim como o de qualquer outra norma por intermédio de agentes internos. Deste processo dialético surge seu conteúdo (NAVES; SÁ, 2002, p. 101-140).

Para Francisco Amaral (2006, p. 345) autonomia privada é "o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica".

A autonomia é um dos princípios mais relevantes da bioética e também do direito civil. Significa, para o paciente, poder dispor do seu próprio destino e, para o médico, o dever de prestar informações

precisas sobre os riscos e benefícios possíveis que advirão da decisão do enfermo.

Consequência direta do referido princípio é o respeito à dignidade da pessoa humana, vez que se reconhece a capacidade da pessoa humana em se autogovernar perante os demais, como merecedor de respeito. O exercício de liberdade ou de não liberdade que a pessoa escolherá, possibilitará que a dignidade seja evidenciada.

Logo, quando não houver liberdade de pensamento, nem de opções, quando só houver uma alternativa para escolher ou não exista liberdade de agir conforme a opção desejada, a ação não poderá ser tida como autônoma.

A partir do princípio da autonomia privada, se fundamentam dois direitos: o direito do paciente de não ser informado e o direito à liberdade de consciência e de crença. Ambos aparecem sendo pleiteados com frequência nas decisões dos tribunais brasileiros, como será verificado a seguir.

O direito do paciente não ser informado, diz respeito à possibilidade do mesmo eleger as informações que lhe serão prestadas, renunciar resultados de exames, explicações médicas, etc. Este direito é conhecimento também como "não saber". Nestes casos, o dever de informação do médico não é absoluto, dado que depende da vontade do paciente sobre o que quer saber e o que não quer (PEREIRA, 2011, p. 78-79).

Dito direito encontra-se em dissonância com alguns direitos fundamentais, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, como a preservação da vida, a integridade física e psicológica, a informação e a intimidade.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em 2011, ao apreciar uma demanda sobre indenização por danos morais e materiais contra um hospital que realizou exame de HIV não solicitado pelo paciente, por meio do qual o paciente veio a descobrir que era portador do vírus, decidiu que não prevaleceria o direito de "não saber" do paciente. É a ementa:

> Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes da realização de exame de HIV não solicitado, por meio do qual o paciente obteve a informação de ser soropositivo.

> Violação de direito à intimidade. Não ocorrência. Informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde. Fato que proporciona ao paciente proteção a um direito maior, sob o enfoque individual e público. Recurso especial improvido.

No corpo do acórdão aduz-se que o direito à intimidade não é absoluto, principalmente quando se trata de um direito maior, o direito à vida, uma vida longeva e saudável.

Por outro lado, o direito a liberdade de consciência e crença já trava um confronto mais delicado com alguns direitos fundamentais. Como é o caso dos adeptos à religião Testemunhas de Jeová, por exemplo.

O testemunha de Jeová não admite receber transfusões de sangue, mesmo que sem esse procedimento possa vir a óbito, pelo fato do sangue do outro ser impuro, moralmente contaminado. A justificativa se dá pela interpretação de passagens bíblicas (KFOURI NETO, 2007, p. 186).

"Impedido de realizar a transfusão, o médico entra em conflito consigo mesmo, pois sua formação direciona-o a salvar vidas; ao proceder à transfusão, contra a vontade da paciente, sujeitar-se-ia à responsabilização civil e penal, por intervir no corpo do paciente, sem o indispensável consentimento" (KFOURI NETO, 2007, p. 187).

Nestes casos o que deve prevalecer, o direito à liberdade religiosa ou o direito à vida? A vida poderia ser um bem disponível diante da liberdade de crença? A jurisprudência pátria não é unânime.

Autores que entendem ser legítima a recusa à submissão à transfusão de sangue dos testemunhas de Jeová, defendem que não há colisão entre direitos fundamentais, mas sim concorrência desses direitos em um mesmo titular. Ademais os testes realizados pelos bancos de sangue não geram segurança absoluta quanto à ausência de contaminação (LEIRIA, 2009, p. 47-84). Para Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2009, p. 3-17), o ser humano tem direito de determinar o seu próprio destino.

Contudo, o Código de Ética Médica em seu artigo 31, dispõe que é vedado ao médico "desrespeitar o direito do paciente ou de

seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em casos de iminente risco de morte". Então, havendo iminente perigo de vida, o médico poderá realizar o procedimento necessário para salvar o paciente.

É o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> 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.

Assim como o acórdão acima, grande parte da doutrina acredita ser a vida um bem maior que a autonomia, a liberdade de crença, a disposição sobre o próprio corpo, sendo assim, o médico está autorizado a executar todos os meios necessários para preservar este bem maior (SIQUEIRA, 2008, p. 377-410).

Este trabalho se aterá ao estudo da autonomia privada dos pacientes, pois é a partir da análise de como se dá – ou deveria se dar – a tutela desta autonomia é que será possível partir, especificamente, para análise do consentimento livre e esclarecido e da responsabilidade civil do médico, no ordenamento jurídico brasileiro.

6 O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

O consentimento livre e esclarecido é um elemento fundamental na relação médico-paciente, que consiste no assentimento a um determinado tratamento de saúde ou experimentação, por uma pessoa capaz, de modo voluntário, consciente, livre de vícios, após um processo informativo quanto à natureza, as consequências, os benefícios e os riscos do mesmo.

Para legitimar esta relação, é preciso da exteriorização da autonomia do paciente, por meio do consentimento livre e

esclarecido, não importando se o procedimento envolve técnica simples ou de menor risco ou atuações mais complexas, que possam até mesmo levar o paciente a óbito.

O mesmo pode ser externado oralmente ou por escrito, sendo juridicamente recomendável que se faça por escrito a título de prova. No caso de incapazes, o consentimento pode ser emitido pelo representante legal ou familiar da linha direta (CLOTET; GOLDIM; FRANCISCONI, 2000, p. 16).

Para efeitos legais, o consentimento somente terá validade quando proferido de maneira autêntica. Formulários padronizados sobre determinados tratamentos, exames e afins têm sido questionados, vez que o paciente e sua família encontram-se em situação de vulnerabilidade e acabam se submetendo a contratos de adesão e a demais condições para salvar a vida que está em risco (PEREIRA, 2011, p. 119).

O consentimento livre e esclarecido encontra guarida nos direitos fundamentais, por intermédio do respeito à autonomia privada, da garantia da preservação da dignidade da pessoa humana, do conhecimento real sobre as informações médicas, reconhecendo o paciente como ser autônomo, livre e merecedor de respeito.

Ainda, o artigo 22 do Código de Ética Médica determina que é vedado ao médico deixar de obter o 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.

Sendo assim, na eventualidade de atendimento de emergência, o consentimento livre e esclarecido, torna-se dispensável, vez que há impossibilidade – mesmo que temporal – de obtê-lo, isentando o médico de responsabilidade.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAR

O instituto da responsabilidade civil decorre da lei (artigos 186 e 927 do Código Civil) ou de um simples contrato. Para que se configure tal responsabilidade é preciso que haja três elementos: a) ato ilícito; b) dano e c) nexo causal.

Sergio Cavalieri Filho (1999, p. 20) ensina que, o dever imposto ao devedor em favor do credor, é originário, sendo a obrigação de reparar o dano um dever jurídico sucessivo. Se o dever originário não for violado, não nasce o dever jurídico sucessivo, qual seja a obrigação de reparar o dano. Contudo, o dever sucessivo só será acionado quando constatada a presença de um dano, somada ao nexo causal, ou seja, a causa da quebra do dever originário.

É preciso haver os elementos formadores da obrigação de indenizar, ou seja, a conduta do agente (ação ou omissão), o elemento subjetivo (dolo ou culpa), o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e a ocorrência de um dano, que possa ser tanto de caráter patrimonial como extrapatrimonial.

Quando se fala em responsabilidade subjetiva, para que se impute ao agente a responsabilidade é preciso verificar se houve dolo de sua parte quando da prática da conduta ilícita. Já a responsabilidade objetiva ignora tal elemento, sendo responsabilizado o agente pelo simples fato de realizar o ato causador da lesão.

A responsabilidade civil do médico é efeito de um ato ilícito, praticado no exercício de suas atividades profissionais, do qual resulta um dano injusto ao paciente. Portanto, é preciso que haja um dano a ser reparado decorrente da conduta do profissional de saúde.

O presente estudo se limitou à relação contratual direta entre o paciente e o médico e a responsabilidade civil deste quando descumpre seu dever de informar, acarretando um dano ao paciente. A doutrina brasileira diverge quanto à responsabilidade do médico ser objetiva ou subjetiva e para defini-la utilizam-se variados argumentos.

7.1 OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Considerando a relação médico-paciente uma relação contratual, sabe-se que todo contrato pressupõe uma obrigação, a qual pode ser de meio ou de resultado. Quando se tem uma obrigação de meio, o contrato existe somente para realizar uma atividade e quando se tem uma obrigação de resultado, já se objetiva um fim específico a ser alcançado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 97).

É importante delimitar o tipo de obrigação trazida pelo contrato para determinar se o mesmo foi adimplido corretamente ou inadimplido, a distribuição do ônus probatório (RENTERÍA, 2008, p. 57-68) e também a modalidade da responsabilidade civil a ser aplicada quando necessário.

Quanto à carga probatória, a mesma incidirá sobre o contratante quando se tratar de uma obrigação de meio, considerada por este desempenhada de forma insatisfatória e por isto inadimpliu-se o contrato. Entretanto, quando a demanda versar sobre obrigação de resultado, será a vez do contratado se defender e provar que o resultado não fora atingido por culpa sua, para que seja isento de responsabilidade (KFOURI NETO, 2007, p. 178).

Geralmente a obrigação decorrente da relação médico-paciente é uma obrigação de meio, posto que o médico aplica todo seu conhecimento científico, suas técnicas, de forma ética e diligente, zelando pela saúde do paciente, não se comprometendo a obter a cura, mas sobretudo utilizando todos os meios possíveis para alcançar o bem-estar físico, psíquico e social do paciente. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> 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.

Todavia, existem algumas especialidades médicas que se comprometem a entregar ao paciente certo resultado como a cirurgia estética, a realização de exames laboratoriais e de raio X, a anestesia e a transfusão de sangue, assumindo, portanto, uma obrigação de resultado (PEREIRA, 2011, p. 61).

A título meramente ilustrativo tem-se o exemplo do cirurgião plástico (PEREIRA, 1993, p. 168-169), quando realiza atividade

com intuito exclusivamente estético e não reparador. Afinal, o paciente não possuía nenhuma doença, ao contrário, encontrava-se em perfeitas condições de saúde, apenas desejando melhorar a aparência.

Não obstante, quando o referido profissional executa procedimento de caráter reparatório (PANASCO, 1984, p. 258), não se pode falar em obrigação de resultado, pois objetiva-se corrigir uma deformidade física congênita ou traumática.

Ainda, há os que defendam que a obrigação do médico será sempre de meio, pois a atuação do profissional de saúde depende diretamente do comportamento do paciente (MAGRINI, 2003, p. 137-163). Um organismo não é igual a outro, não podendo exigir-se do médico que sempre se tenha o mesmo resultado para todas as pessoas.

O que se condena é a promessa. O médico não pode garantir ao paciente um resultado específico, iludi-lo, pois dependerá do próprio corpo da pessoa, do cuidado recebido e despendido durante o pós-operatório, o repouso, a alimentação e etc. (AGUIAR, 1995, p. 33-53). Por este motivo faz-se mister o dever de informação e a obtenção do consentimento informado do paciente.

Como bem expõe Hildegard Taggesell Giostri, citada por Antônio Carlos Efing (2011, p. 55-56):

> As obrigações de meio e de resultado não podem ser vistas como categorias estanques, já que não se encontram em extremos opostos, ou bem delimitadas. Um mesmo contrato pode comportar ambas as categorias, além do que uma mesma obrigação pode se revestir de características de uma ou de outra qualificação, de acordo com a fase de execução do contrato. Assim, tanto uma quanto a outra podem e devem aceitar gradações e matizes, já que nenhuma obrigação precisa ser necessariamente só de meio e nem só de resultado. A obrigação de meio tem um resultado por escopo (ainda que a ele não esteja vinculado o devedor), enquanto a obrigação de resultado serve-se de prestações que poderiam caracterizar de meio para alcançar um fim predeterminado. A própria pluralidade de meios intermediários usados em uma prestação obrigacional visam a um resultado em si mesmos.

Independente do caminho que escolham as partes ou o juiz para determinar se a obrigação do contrato é de meio ou de

resultado, o que importa é o passo seguinte, ou seja, como se dará a responsabilização do médico.

7.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A relação médico-paciente abrange os requisitos necessários para a caracterização de uma relação de consumo, consoante os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor: um consumidor, que é o paciente; um fornecedor de serviço, que é o médico e um serviço, que pode ser a assistência médica, a consulta, a cirurgia, dependendo de cada caso.

Somente com a conexão destes três elementos, consumidor, fornecedor e serviço, evidencia-se uma relação jurídica de consumo, consoante os ensinamentos de **Antônio Carlos Efing (2011, p.55-56):**

> Não resta qualquer dúvida de que a importância do reconhecimento da existência ou não de uma relação de consumo reside na possibilidade de serem aplicadas as normas determinadas pelo CDC; caso contrário – não sendo detectada a relação de consumo – estaremos diante de uma relação societária, tributária, civil, concorrencial etc., passível de regramentos por outros textos legais que não o CDC.
>
> Também por este motivo, evidencia-se a importância de serem identificadas as partes componentes da relação de consumo (consumidor, fornecedor, produto, serviço) segundo as conceituações trazidas pelo CDC, uma vez que somente com a presença de todos estes elementos é que será possível a identificação da relação de consumo.

Além destes três requisitos trazidos pelo código, a relação médico-paciente merece guarida do Código de Defesa do Consumidor pelo fato da hipossuficiência e a vulnerabilidade do paciente e de seus familiares, vez que carecem de conhecimento técnico, jurídico, fático ou informacional e, principalmente, pelo consumidor encontrar-se com a de saúde debilitada.

Desse entendimento diferem, entre outros, Antonio Ferreira Couto Filo e Alex Pereira Souza (2008, p. 51):

> 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.

Ainda, Domingos Afonso Kriger Filho (2005, p. 38) defende que para que seja configurada uma relação de consumo não é suficiente a presença da figura do paciente como consumidor e do médico como fornecedor, é necessária a remuneração do serviço, vez que a gratuidade afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Como regra, o Código de Defesa do Consumidor adota a responsabilidade objetiva quanto às relações de consumo, embasado na teoria do risco da atividade profissional como forma de socializar os riscos e garantir a efetiva reparação dos danos causados ao consumidor. Por esta teoria, "quem introduz um risco novo na vida social deve arcar com eventuais consequências danosas a outrem, em toda a sua integralidade" (LISBOA, 2001, p.42).

Segundo a teoria do risco da atividade, quem desenvolve atividade com fins lucrativos tem que assumir as responsabilidades decorrentes da própria atividade. As perdas decorrentes do dever de indenizar serão compensadas com os lucros obtidos na atividade negocial do agente causador do dano.

Nehemias Domigos de Melo (2008, p. 12), ao tratar deste assunto conjuntamente com a relação médico-paciente, faz uma interessante observação:

> É importante salientar que o risco de que nos fala o Código de Defesa do Consumidor (art.12 e 14, caput, in fine) está intimamente ligado ao dever jurídico de respeitar a integridade física, psíquica e patrimonial da vítima. Violado este dever jurídico, nascerá para o lesado o direito à indenização e, para o detentor da atividade, o dever de indenizar em razão de sua atividade. Nestas circunstâncias, não se discute a existência de culpa do agente, bastando à vítima demonstrar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade, para

fazer nascer o dever indenizatório, pois se trata de responsabilidade objetiva.

A atividade médica traz consigo um risco intrínseco capaz de gerar danos ao paciente, vez que envolve a vida, a saúde, apresentando alto grau de periculosidade. Assim, as obrigações contratadas com o profissional ganham diferentes contornos, com efeitos extrapatrimoniais, cuja violação implica no dever de reparar o dano.

Entretanto, o artigo 14, §4º, do mesmo dispositivo legal, traz uma exceção, determinando que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa, ou seja, ao médico será aplicada a responsabilidade subjetiva.

Zelmo Denari (1991, p. 95) acredita que os médicos são contratados com base na confiança que inspiram e, sendo assim, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Marcelo Benacchio (2009, p. 340) defende ser incabível a aplicação da teoria do risco no âmbito médico-paciente, pois o médico não cria risco ao paciente, ao contrário, busca afastar o risco de agravamento de seu estado de saúde, propiciando melhora ou cura total.

Já Antônio Carlos Efing (2011, p. 160) entende que as contratações de profissionais liberais devem ser norteadas pelo caráter personalíssimo, visto que permeadas pela confiança creditada ao prestador de serviços, pelo consumidor, sendo nestes casos aplicado o sistema de responsabilidade civil subjetiva (quando a análise da conduta é importante para a configuração da responsabilidade do profissional). Caso não haja este caráter personalíssimo na contratação e prestação do serviço ao consumidor, é de se aplicar a regra da responsabilidade objetiva.

Uma vez preenchidos os requisitos legais de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor, prevalece a inversão do ônus da prova em favor do consumidor - prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – não importando se a responsabilidade do profissional liberal ser apurada em regra como

subjetiva (EFING, 2011, p. 160). Afinal, a inversão é um direito, e não uma faculdade dada ao consumidor (SCHAEFER, 2003, p. 43).

Seguindo este raciocínio, vale ressaltar que o dever de informar também se encontra no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, III, conhecido também como princípio da transparência.

A informação é reconhecida por este código um direito básico do consumidor. Sendo assim, uma vez violado pelo médico, ocasionando lesão de qualquer natureza ao paciente, comprovada sua culpa, ficará o profissional liberal obrigado a reparar os danos sofridos pela vítima, principalmente pelo fato da quebra de confiança e pela frustração das suas legítimas expectativas geradas pelo médico.

8 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DO DEVER DE INFORMAR

Os casos de exclusão de responsabilidade civil do médico pela falta de informação ou pela não obtenção do consentimento livre e esclarecido estão diretamente ligados com as hipóteses que afastam o dever de informar, como o interesse público, situações de urgência ou emergência e o privilégio terapêutico. Há ainda as hipóteses de rompimento do nexo causal, como é o caso de culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior e o fato de terceiro.

A culpa exclusiva da vítima exonera o médico de responsabilidade por dano experimentado pelo seu paciente, uma vez não se caracterizada a culpa do profissional de saúde. Sem o comportamento do paciente o evento danoso não teria se materializado, como por exemplo, descumprir deliberadamente prescrições médicas e não obter pleno restabelecimento ou até mesmo chegar a óbito (MELO, 2008, p. 51).

A excludente por caso fortuito ou força maior encontra-se prevista no artigo 1.058 do Código Civil. Consistem em "ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico, guardando as características da imprevisibilidade e da inevitabilidade" (GIOSTRI, 2000, p. 70).

O fato de terceiro trata de evento em que nem o paciente nem o médico deram causa ao dano. "Em muito se assemelha com o caso fortuito e a força maior, na exata medida de sua imprevisibilidade e inevitabilidade, que são os elementos a excluir o dever de indenizar, exatamente porque desfaz o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo" (MELO, 2008, p. 52).

9 CONCLUSÃO

A evolução da relação médico-paciente propicia uma mudança fundamental: a perda do temor reverencial médico. O paciente não mais se sujeita aos procedimentos desconhecidos, exercendo seus direitos como pessoa humana, transformando a relação em um diálogo, no qual médico e paciente colaboram mutuamente para alcançar o melhor resultado possível.

A caracterização da relação médico-paciente como um contrato especial possibilitou o livre exercício da dignidade da pessoa humana, por meio da autodeterminação, garantindo o direito fundamental do paciente de receber informações sobre todas as etapas do procedimento médico e respeitando sua liberdade religiosa.

O reconhecimento da autonomia privada e a insistência em que ela seja respeitada representa essencial contribuição para o aperfeiçoamento da prática médica, melhorando o relacionamento dos profissionais de saúde e o paciente. Caberá ao médico 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.

Somente por meio da informação que o paciente poderá de fato decidir o destino do seu próprio corpo e poderá emitir seu consentimento livre e – verdadeiramente - esclarecido.

O vínculo estabelecido entre médico e paciente na classificação tradicional das obrigações pode variar entre obrigação de meio e obrigação de resultado, dependendo de cada caso. Ainda, se considerada a relação médico-paciente como uma relação de consumo, o Código de Defesa do consumidor, estabelece como

regra a responsabilidade subjetiva do profissional liberal (quando contratado em caráter personalíssimo), necessitando que seja comprovada a culpa do profissional de saúde para que se configure o dever de indenizar.

Contudo, existem hipóteses que excluem tal responsabilização, como i) o interesse público, ii) situação de urgência ou emergência, iii) privilégio terapêutico, iv) culpa exclusiva da vítima, v) caso fortuito ou força maior e vi) fato de terceiro.

A intenção não é inviabilizar o exercício da atividade médica, mas sim preservar a vida humana. Por este motivo, mais importante que responsabilizar o médico é conscientizar as partes de seus direitos e deveres, a fim de evitar lesões aos seus direitos, discussões judiciais e instabilidades sociais, que também repercutem em instabilidades econômicas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. Revista dos Tribunais, ago. 1995, v. 84, n. 718, p. 33-53.

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Org.). Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 out.2013.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 01 out. 2013.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 01 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Massami Uyeda. Terceira Turma. Recurso Especial nº1.195.995/SP. j. 22.03.2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engine.wsp>. Acesso em 10 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 256174/DF. j. 04.11.2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engine.wsp>. Acesso em 10 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Apelação Cível nº 70020868162. j. 22.08.2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 10 nov. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil. Porto Alegre: Edipucres, 2000.

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>. Acesso em: 01out. 2013.

DENARI, Zelmo et al. Código Brasileiro de Defesa ao consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do direito das relações de consumo. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral. v. IV. tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Novo curso de direito civil: obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAUDERER, Ernst Christian. Os direitos do paciente. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1991.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico à luz da jurisprudência comentada. Curitiba: Juruá, 2000.

GOMES, Hélio. Medicina Legal. 21 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade civil nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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.

MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Org.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PANASCO, Vanderby Lacerda. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RENTERÍA. Pablo Valdemar. A atual relevância da distinção entre obrigação de meio 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.

SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2003.

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.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. Responsabilidade civil e penal do médico. Campinas: Servanda, 2008.

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.

Recebido em 29/05/2014.

Aprovado em 08/10/2014.