

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ADRIANA MENEZES DE SIMÃO KUHN

**OS LIMITES DO DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O NEXO CAUSAL NA
RESPONSABILIDADE CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Porto Alegre
2009

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ADRIANA MENEZES DE SIMÃO KUHN

**OS LIMITES DO DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O NEXO CAUSAL NA
RESPONSABILIDADE CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Michelin Jr.

Co-Orientadora: Prof^ª Dr^ª Judith Martins-Costa

Porto Alegre
2009

À memória de minha mãe.

Agradecimentos

A meu orientador, Prof. Dr. Cláudio Michelin Jr., agradeço pelo incentivo inicial.

A minha co-orientadora, Prof^a Dr^a Judith Martins-Costa, por tão generosamente ter-me acolhido na metade do caminho.

Ao Prof. Dr. Jorge Cesa Ferreira da Silva pelas valorosas sugestões, todas aproveitadas na finalização deste trabalho.

Às bibliotecárias do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pelo apoio técnico e, sobretudo, pelos momentos de pura amizade, os quais me foram essenciais para superar dificuldades e concluir este e outros projetos.

La parole est moitié à celui qui parle, moitié à celui qui l'écoute.

(Montaigne, Essais, Livre III, Chapitre XIII)

RESUMO

Este trabalho analisa, no contrato de prestação de serviços do médico como profissional liberal, em quais hipóteses é estabelecido o nexo causal entre o dever de informar e o alegado dano ao paciente, determinando, assim, se caracterizada a culpa médica, o dever de indenizar. Para atingir esse objetivo, foram delimitadas as normas legais e éticas relativas ao dever de informar incidentes na relação médico-paciente, o conteúdo e a amplitude dos deveres informativos do médico nos âmbitos ético e jurídico. No prosseguimento, foi objeto de estudo o nexo causal e sua relação com o dever de informar. Apresentadas as teorias sobre nexo causal, e examinada criticamente a jurisprudência como construtora da normatividade, firmou-se o entendimento de que a “teoria da causalidade adequada” é a adotada pelo sistema jurídico brasileiro, sendo possível a utilização de uma síntese das demais teorias na análise dos casos concretos. Conclui-se que o dever de informar do médico é instrumental no processo dialógico que leva ao consentimento informado. Esse consentimento consagra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, garantindo a autonomia do paciente e, mediatamente, sua dignidade. Nesse norte, somente haverá nexo entre o dano e o defeito no dever de informar quando aquele representar ferimento à autonomia do paciente, examinando-se, outrossim, as excludentes, inclusive pela ausência da informação devida pelo paciente ao médico.

RESUMÉ

Ce travail analyse le lien causal entre le devoir d'information du médecin en tant que professionnel libéral et le préjudice allégué par le patient dans le contrat de prestations de service, afin de voir ce qu'il en est du devoir d'indemnisation dans le cas d'une faute médicale avérée. Pour atteindre cet objectif, les normes légales et éthiques relatives au devoir d'informer les incidents se produisant dans la relation médecin-patient ont été délimitées, ainsi que le contenu et la portée des devoirs d'information du médecin dans les contextes éthique et juridique. S'ensuit l'étude du lien causal et de son rapport avec le devoir d'informer. Après la présentation des théories sur le lien causal et l'analyse critique de la jurisprudence établissant la normativité, il apparaît que c'est la « théorie de la causalité adéquate » qui est adoptée par le système juridique brésilien – permettant l'utilisation d'une synthèse des autres théories dans l'analyse des cas concrets. Cette étude montre que le devoir d'information du médecin est instrumental dans le processus dialogique qui conduit au consentement informé. Ce consentement consacre le droit au développement libre de la personnalité, en garantissant l'autonomie du patient et, conséquemment, sa dignité. Dans ce sens, le lien entre le préjudice et la faute n'existe dans le devoir d'information que lorsque ce préjudice nuit à l'autonomie du patient; sont également examinés les facteurs excluants, y compris lorsque le patient omet de transmettre l'information au médecin.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I – OS DEVERES INFORMATIVOS DO MÉDICO – BASES E CONTEÚDO	23
A – Bases normativas do dever de informar na relação médico-paciente.....	23
<i>A.1 – O regramento legislativo.....</i>	<i>23</i>
<i>A.1.1 – A responsabilidade subjetiva do médico – fator de imputação e nexo causal.....</i>	<i>24</i>
<i>A.1.2 – A incidência do CDC no contrato de prestação de serviços médicos.....</i>	<i>28</i>
<i>A.1.3 – A inversão do ônus da prova</i>	<i>32</i>
<i>A.1.4 – O contrato de prestação de serviços médicos e o regramento civil</i>	<i>36</i>
<i>A.2 – O regramento ético</i>	<i>44</i>
<i>A.2.1 – O sigilo na informação</i>	<i>46</i>
<i>A.2.2 – A informação como conselho</i>	<i>48</i>
<i>A.2.3 – A informação como prevenção quanto a riscos das condições de trabalho ou de outras determinantes sociais.....</i>	<i>50</i>
<i>A.2.4 – A vedação à indicação de procedimentos discutíveis.....</i>	<i>51</i>
<i>A.2.5 – O consentimento esclarecido como regra ética</i>	<i>52</i>
<i>A.2.6 – Informação e abuso de autoridade</i>	<i>56</i>
<i>A.2.7 – A imprescindibilidade do preenchimento correto do prontuário médico</i>	<i>57</i>
<i>A.2.8 – A informação nos procedimentos de contracepção e fecundação artificial.....</i>	<i>58</i>
<i>A.2.9 – O consentimento informado na Convenção de Oviedo</i>	<i>60</i>
B – Amplitude e conteúdo dos deveres informativos.....	62
<i>B.1 – Ética e consentimento informado no contrato de prestação de serviços médicos.....</i>	<i>63</i>
<i>B.1.1 – A dificuldade da precisão na informação numa atividade de contínuo aprendizado... </i>	<i>63</i>
<i>B.1.2 – Informação, recomendação e conselho</i>	<i>65</i>
<i>B.1.3 – A mudança de enfoque na concepção de consentimento informado</i>	<i>69</i>
<i>B.2 – Aspectos importantes na análise jurídica do conceito de consentimento informado</i>	<i>72</i>
<i>B.2.1 – Conteúdo das informações dadas ao paciente.....</i>	<i>72</i>
<i>B.2.2 – Informação e escolha do paciente</i>	<i>74</i>
<i>B.2.3 – Prognósticos graves</i>	<i>75</i>
<i>B.2.4 – A informação na fase pré-contratual.....</i>	<i>76</i>
<i>B.2.5 - A informação e as espécies de obrigação</i>	<i>77</i>
<i>B.2.6 – O dever de informar na cirurgia estética.....</i>	<i>80</i>
<i>B.2.7 – O “consentimento informado” e a autonomia do paciente no transcorrer de um procedimento</i>	<i>82</i>
<i>B.2.8 – O dever de informar sobre riscos no uso de instrumentos e aparelhos médicos.....</i>	<i>83</i>
<i>B.2.9 – Conteúdo e amplitude do dever de informar do médico – análise caso a caso com incidência da boa-fé objetiva.....</i>	<i>84</i>
II – CAUSALIDADE E DEVER DE INFORMAR	88
A – O nexo causal na responsabilidade médica	89

<i>A.1 – Teorias da causalidade e direito brasileiro</i>	89
A.1.1 – Equivalência das condições	90
A.1.2 – Teoria da Causalidade Adequada	93
A.1.3 – “Teoria” da causa direta e imediata	94
<i>A.2 - O processo de descoberta do nexo de causal entre a falha do dever de informar e o dano alegado</i>	97
A.2.1 – O exame dos casos a partir da proposta de síntese das teorias	98
A.2.1 – Causa Virtual e Superveniência de Causa Relativamente Independente.....	100
B – A Violação do Dever de Informar do Médico como causa suficiente para a geração do Dever de Indenizar	101
<i>B.1 – Nexo causal: pressuposto que independe do fator de imputação</i>	102
B.1.1 – Referencia indistinta dos conceitos ‘causa’ e ‘culpa’	102
B.1.2 – A dificuldade da delimitação da causa na responsabilidade médica	103
<i>B.2 – A espécie de dano surgido a partir do defeito no dever de informar</i>	105
B.2.1 – Dever de informar do médico, proteção da dignidade humana e proteção à personalidade.....	106
B.2.2 - Relação de causa e efeito entre dano alegado e dever de informar, com ferimento ao âmbito existencial da pessoa humana.....	111
CONCLUSÃO	113
REFERÊNCIAS	117
JURISPRUDÊNCIA	127
ANEXO A – ERRO MÉDICO	129

INTRODUÇÃO

Afirma Dias Pereira que na Europa e nos Estados Unidos se verifica um crescimento da litigiosidade quanto à responsabilidade médica, destacando-se nas estatísticas a responsabilidade por violação do chamado *consentimento informado*¹.

A realidade da América do Sul parece não ser outra. Trigo Represas registra que o número de ações de responsabilidade civil contra médicos têm-se incrementado nos últimos anos na Argentina, conforme constatou com base na análise da incidência da matéria nos repertórios jurisprudenciais daquele país².

Seguindo o mesmo parâmetro, constata-se esse mesmo crescimento no Brasil. A responsabilidade por má prática médica – aqui referida como *erro médico*³ –, registra um aumento significativo de incidência no repertório jurisprudencial dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, os mais populosos do país⁴, onde, é provável, esteja concentrado o maior número de demandas⁵.

¹ DIAS PEREIRA, André Gonçalo. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 20.

² TRIGO REPRESAS, Félix A. *Reparación de daños por “mala praxis” médica*. 2. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. Responsabilidade Civil; 15, p. 24.

³ Pondera Heloisa Helena Barboza: “O entendimento dominante é no sentido de reconhecer que o médico tem deveres a serem cumpridos no seu exercício de seu mister. Se o médico descumpre um desses deveres, comete erro médico, isto é, age culposamente. Infelizmente, a jurisprudência sobre erro médico é farta.” (BARBOZA, Heloísa Helena. *Responsabilidade civil médica no Brasil*. In *Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 88). Concordamos com Tavares da Silva, *verbis*: “O chamado erro médico não é a melhor expressão. Erro, na órbita jurídica, é vício existente na manifestação de vontade, que anula um negócio jurídico, nos termos dos arts. 138 e 144 do Código Civil. Quando é utilizada a expressão erro médico, seu significado é de atuação negligente, imperita ou imprudente, isto é, de culpa em sentido estrito, que pode levar à aplicação do princípio da reparação de danos, conforme art. 186 do Código Civil.” (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área de saúde: ação, dano e nexos causais: fundamentos da responsabilidade civil na área de saúde: culpa ou risco. a prova. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26). Utilizamos a expressão porque, a despeito de nossa opinião, acreditamos ser a mais difundida.

⁴ Segundo dados do IBGE. Disponível na Internet www.ibge.gov.br/estadosat. Acesso em: 30 set. 2008.

⁵ Nos últimos dez anos, no Estado de São Paulo, por exemplo, a incidência do termo “erro médico” nos repertórios jurisprudenciais passa de zero, em 1998, a 449, em 2008, com números verificados até o mês de setembro. No Rio Grande do Sul possível verificar um aumento das demandas cíveis em geral, das demandas

Dentro da responsabilidade médica em geral, a responsabilidade pelo dever de informar nos interessa em especial, porque instrumento essencial para promover o *consentimento informado*, entendido, nesse trabalho, como um processo que, nos termos de Joaquim Clotet,

*[...] envolve, em primeiro lugar, uma relação humana dialogante, o que elimina uma atitude arbitrária ou prepotente por parte do médico. Este posicionamento do médico manifesta o reconhecimento do paciente ou sujeito da pesquisa como um ser autônomo, livre e merecedor de respeito*⁶.

Assim estabelecemos por que o consentimento informado, numa visão mais aproximada da medicina defensiva, pode ser resumido a uma declaração escrita firmada pelo paciente, a qual poderá ser utilizada como prova num processo jurídico. Por outro lado, ainda conforme Clotet:

[...] uma atitude eticamente correta da prática médica excluiria a priori a consideração do paciente ou do sujeito de uma pesquisa como um adversário ou litigante.

*Sem dúvida alguma, a consolidação da prática do CI é mais uma contribuição para o exercício eticamente adequado da Medicina e da experimentação em seres humanos. Este exercício respeita, dignifica e engrandece tanto ao paciente como ao profissional de medicina, tanto ao sujeito da pesquisa como ao próprio pesquisador.*⁷

No contexto da relação médico-paciente, a informação sempre foi relevante; porém, nas últimas décadas sofreu profundas mudanças, e não apenas na qualidade ou na forma, como bem resume Dias Pereira:

Com efeito, mais do que o reconhecimento da negligência, que se situa na evolução natural do direito, o consentimento é a pedra angular de uma ruptura conceptual do paciente que se transforma num consumidor de cuidados de saúde.

envolvendo responsabilidade civil e, utilizando o termo “erro médico”, de 26 incidências no ano de 1998 passa-se a 160, em 2008, até o mês de setembro. Para um exame mais detalhado ver Anexo A.

⁶ CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: Conceituação, Origens e Atualidade. *Revista do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, v. 3, 1995. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v3.htm>> Acesso em: 7 fev. 2008.

⁷ CLOTET, Joaquim. O consentimento informado: uma questão do interesse de todos. *Jornal Médico*, Brasília: n. 122, out./nov. 2000. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/jornal/jornais2000/10_112000/Bioetica.htm> Acesso em: 28 fev. 2009.

O direito à “autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde” é, pois, uma realidade filosófica, normativa e com clara expressão na realização prático-judicativa do direito.⁸

Nos primórdios da atividade médica, quando ainda não desenvolvidos medicamentos eficazes à sedação completa do paciente, cabia ao médico *informá-lo* sobre o procedimento, pois sua cooperação era essencial. Hoje, a informação ao paciente faz parte de um processo que o leva a *consentir*, não mais como um meio de facilitar sua cooperação, mas como meio de consagrar o reconhecimento de sua autonomia⁹.

Essa compreensão do *consentimento informado* tem suas raízes num trauma vivido pela ética médica: as experiências realizadas em seres humanos por médicos alemães e japoneses, de renome na comunidade científica internacional, durante a Segunda Grande Guerra. Tal fato determinou a inclusão da necessidade do consentimento informado no Código de Nuremberg, primeiro documento em que consta tal exigência¹⁰.

O consentimento é entendido como “*um instrumento que permite, para além dos interesses e objectivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito dos aspectos individuais e volitivos do paciente*”. É o comportamento que permite a atuação do médico na esfera físico-química do paciente, “*com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro*”¹¹.

Assim compreendido, o consentimento informado tem por fim principal:

[...] permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e conseqüências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo.¹²

⁸ DIAS PEREIRA, 2004, p. 20. Ratifica esta idéia Clotet, quando afirma: O exercício do consentimento informado envolve em primeiro lugar, uma relação humana dialogante, o que elimina uma atitude arbitrária ou prepotente por parte do médico. Este posicionamento do médico manifesta o reconhecimento do paciente ou sujeito da pesquisa como um ser autônomo, livre e merecedor de respeito. (CLOTET, *O consentimento informado nos comitês...*)

⁹ Assim expressa essa idéia André Gonçalo Dias Pereira: “O consentimento do paciente conta com uma longa história. Começou por ser uma mera manifestação de cooperação do doente até chegarmos ao reconhecimento da autonomia da vontade. (DIAS PEREIRA, *O consentimento...*, p. 24). No mesmo sentido: CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto (Org.). *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 30.

¹⁰ Assim ensina: DIAS PEREIRA, op. cit., p. 26.

¹¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

¹² DIAS PEREIRA, *O consentimento...*, p. 56.

Com os avanços técnicos na área biomédica e estando ainda presentes na memória as traumatizantes experiências ocorridas na Segunda Guerra Mundial, as ciências médicas passaram a refletir sobre a ética nas atividades que envolvam seres humanos, como nos tratamentos clínicos e nas experiências científicas¹³. No âmbito da prestação de serviços médicos, passou-se a exigir o consentimento informado prévio a qualquer tratamento ou procedimento. Porém, talvez visando mais a prevenir, em geral, esse consentimento, transformou-se meramente numa autorização firmada pelo paciente, sem refletir, de fato, a plena consciência deste em relação ao seu diagnóstico, prognóstico e riscos da intervenção ou tratamento. Nessa concepção burocrática, o consentimento informado deixa de representar uma tradução do tratamento humanitário, atento ao respeito à autodeterminação do paciente, que deveria pautar a relação médico-paciente.

Difícil estabelecer o preciso conteúdo do dever de informar do médico, bem como difícil de provar sua falha e possível relação causal a determinado dano. As avaliações dependem em muito do caso concreto, das partes envolvidas, do exame de valores metajurídicos, do contexto dos acontecimentos e da avaliação do juízo das circunstâncias, o que torna o tema terreno fértil ao puro subjetivismo.

Assim, no contexto do surgimento (ou não) do dever de indenizar por defeito de informação, um dos pressupostos da responsabilidade civil nos interessa especialmente: o nexos causal entre o defeito no dever de informar e o dano.

O nexos causal, ao lado do dano, é pressuposto imprescindível para a configuração da responsabilidade civil¹⁴ e tem dupla função: determinar a quem atribuir o resultado danoso e mensurar a indenização¹⁵. Dessas duas funções, ocupar-nos-emos da primeira, ou seja, procuraremos determinar quando o defeito no dever de informar se integra ao agir ilícito na

¹³ Sobre o tema, ver: SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro": da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 11.

¹⁴ Pondera Martins-Costa: "Nas hipóteses especificadas em lei pode haver responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva) e mesmo sem ato ilícito (responsabilidade por ato lícito), mas não há responsabilidade sem dano e sem nexos causal. O nexos causal, disse-o o Supremo Tribunal Federal, é um dos "pressupostos primários", verdadeiramente "indispensável" ao dever de indenizar." (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações – Arts. 389 a 420*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009b, v. 5, t. 2, p. 195).

¹⁵ Conforme MARTINS-COSTA, *Comentários...*, v. 5, t. 2, p. 199.

prestação de serviços médicos, ingressando esta conduta, no plano da existência como tal, para produzir, no plano da eficácia, o nascimento da obrigação de indenizar¹⁶.

Portanto, analisaremos o problema sob o prisma do nexu causal, considerando que:

Para que se configure a obrigação de indenizar, não basta que o agente tenha procedido contra o Direito, nem que tenha criado um risco, tampouco que a vítima sofra um dano; é preciso que se verifique a existência de uma relação de causalidade a ligar a conduta do agente, ou sua atividade, ao dano injustamente sofrido pela vítima.¹⁷

Nossas leituras levaram-nos à conclusão de que este pressuposto tem uma importância amplamente reconhecida pelos doutrinadores, porém, no caso concreto, sua delimitação traz tantas dificuldades quanto se estabelecer ter havido, ou não, defeito no dever de informar do médico.

Segundo Cavalieri Filho, autor de obra sobre responsabilidade civil de consulta recorrente no meio jurídico brasileiro, “A rigor, [o nexu causal] é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil”¹⁸. Parece singelo: somente é possível atribuir o dever de indenizar quando houver um liame entre o dano e a conduta do agente. No entanto, como salienta Fernando Noronha, “na responsabilidade civil, o nexu de causalidade é talvez o requisito que mais dificuldades suscita.”¹⁹

Parte desta dificuldade, a nosso ver, se deve ao fato de nos deixarmos influenciar por uma noção naturalística de causa. A causa no Direito deve expressar uma noção normativa, “tanto assim que a lei pode ampliar este nexu, atribuindo a responsabilidade a quem não

¹⁶ Utilizamos a explicação de Sanseverino, com base nas lições de Pontes de Miranda, para definir pressupostos da responsabilidade civil, *verbis*: “os pressupostos da responsabilidade civil são os elementos que devem estar presentes, em conjunto, no ato ilícito, para que ele ingresse como tal no plano da existência e produza os seus efeitos no plano da eficácia com o nascimento da obrigação de indenizar” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *O princípio da reparação integral no Código Civil de 2002 e sua concretização no dano-morte*. Porto Alegre, 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 146).

¹⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005a, p. 70.

¹⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1: Fundamentos do Direito das Obrigações: introdução à Responsabilidade Civil. p. 476.

causou diretamente o dano, mas é tido, por um nexo de imputação, responsável pela segurança, ou pela garantia, ou pelo risco (imputação objetiva)”²⁰. Segue-se o problema de definir o que pode ser considerado causa: todos os fatos que contribuíram para o surgimento do dano, ou apenas alguns? Se apenas alguns, o que é preponderante para se determinar a relevância de determinado fato para o dano sofrido?

Em razão da complexidade do tema, muitas teorias tentaram responder às dúvidas acima suscitadas, com destaque para três: teoria da equivalência das condições, da causalidade adequada e da causa direta e imediata. Como faremos alusão a elas no decorrer do trabalho, registramos aqui sucintas definições:

- a) a teoria da equivalência das condições tem como “[...] causa toda condição da qual dependeu a produção do resultado, sem considerar sua maior ou menor importância”²¹;
- b) a teoria da causalidade adequada “examina a adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado ocorrer, à luz da experiência comum”²²;
- c) a teoria da causalidade direta e imediata é aquela na qual “se várias condições concorrem para o evento danoso, nem todas vão ensejar o dever de indenizar, mas apenas aquela elevada à categoria de causa necessária do dano”²³.

Desde já admitimos como a teoria adotada por nosso Direito Civil a da causalidade adequada, considerando válidas, para uma melhor análise do caso concreto, as construções doutrinárias que apontam para a chamada “síntese das teorias” e reputam a “teoria” da causa direta e imediata como ferramenta hermenêutica para uma melhor compreensão da Teoria da Causa Adequada²⁴.

²⁰ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, v. 5, t. 2, p. 196.

²¹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37.

²² *Ibid.*, p. 64.

²³ *Ibid.*, p. 102.

²⁴ Ver: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 197.

Se a identificação do nexo causal parece difícil, motivo de tantas elaborações teóricas, a tarefa torna-se mais árdua quando o ligamos ao tema do dever de informar médico. A informação na Medicina tem várias fontes. Ela advém do próprio desenvolvimento da ciência, mas, sobretudo, das respostas do paciente em sentido amplo: tanto aquelas que ele pode expressar verbalmente, como suas queixas e condicionantes pessoais, como as, muitas vezes, imponderáveis respostas de seu organismo a um medicamento e/ou tratamento.

Por outro lado, também difícil delimitar até que ponto a falta de informação será decisiva para a verificação de um dano, ou se a falta de determinada informação é nexo suficiente para determinar a indenização por aquele prejuízo. Somam-se, aqui, diferentes razões para obstaculizar tal determinação, entre elas a dificuldade da prova, pelo mau uso ou até desuso de práticas como o fiel registro do prontuário do paciente; a dificuldade da própria linguagem médica, que, por vezes, trata de temas familiares ao profissional médico e totalmente estranhos à pessoa comum; ou, por outro lado, a recusa do paciente para prestar ao médico informações importantes sobre circunstâncias familiares ou hábitos de vida.

Portanto, o objeto desta dissertação é o exame do nexo causal quando a responsabilidade atribuída ao médico decorre de alegada violação ao dever de informar. Esse exame parece-nos relevante quando a responsabilidade civil, como instituto jurídico, vem sendo perpassado pela “diluição” de suas categorias, como secularmente construídas. Essa diluição é conseqüente às transformações determinadas pela vida numa sociedade massificada, onde as pessoas estão “cada vez mais conscientes de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigentes quanto aos resultados”²⁵.

A relação médico-paciente foi alcançada por essa mudança social, tanto pelo seu aspecto positivo, quanto pelo negativo. Positivas são as inegáveis conquistas de direitos dos vulneráveis em diversas relações típicas de uma sociedade de massa. Foi um avanço do Direito do Consumidor, por exemplo, permitir que, ao adquirir um produto alimentício, o adquirente possa consultar na embalagem dados sobre sua composição e prazo de validade para consumo. No entanto, parece-nos não ser adequado desconsiderar características das

²⁵ AGUIAR JÚNIOR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995, p.33.

diferentes relações que não se enquadram, exatamente, no molde dessas relações típicas, como acreditamos ser a entabulada entre o médico, profissional liberal, e seu paciente.

Não se pode afastar a incidência do Código do Consumidor da espécie, pois seria negar o texto legal vigente, porém necessário não perder de vista o sistema jurídico brasileiro como um todo e, sobretudo, as peculiaridades das situações concretas. A base para a modificação da posição passiva do paciente nos cuidados com sua saúde teve por fundamento o fortalecimento do princípio ético da autonomia, que, em termos jurídicos, representa uma faceta da proteção ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, “princípio implícito, cuja vigência é comprovada a partir tanto da consagração da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) quanto dos valores fundamentais enunciados no caput do art. 5º (i. e., vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade)”²⁶. É nesse contexto que o dever de informar do médico, um dos elementos do processo dialógico que leva ao consentimento informado, deve ser considerado, principalmente quanto ao conteúdo e à amplitude dos dados a serem informados. Caso contrário, reedita-se a versão do “médico-pai”, diante de um paciente que não atua nessa relação - a qual, em última análise, envolve sua própria vida. Essa última visão favorece o litígio, fazendo com que paciente e médico findem por tomar lados opostos num jogo contaminado pela desconfiança, quando este vínculo deve ter por fundamento um esforço comum com base na confiança mútua.

Na tradição hipocrática, afirmam Clotet, Francisconi e Goldim, base da medicina ocidental, o dever de informar tinha uma orientação paternalista, “na qual o médico era o detentor de informações e também o responsável pelo processo de tomada de decisões”²⁷. A repetição do famoso juramento de Hipócrates nas cerimônias de formatura mostra que esse viés tem a força da tradição, embora já encontre críticos, que consideram a necessidade de repensá-la diante das modificações no papel do médico na sociedade contemporânea²⁸.

Pontuando que a Medicina passou de arte a técnica e o paciente, de doente-enfermo a cidadão, Dias Pereira destaca:

²⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.291.

²⁷ CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, *Consentimento*, p. 73.

²⁸ Disponível em: <<http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/jhipocrates.asp>> Acesso em: 16 mar. 2008.

Passados que estão os tempos em que o “Físico” era uma espécie de Sacerdote, e a cura uma graça de Deus, a relação médico-paciente entrou no mundo do direito. Por todo o lado os casos de negligência médica e de intervenções não consentidas vão chegando às salas dos Tribunais e às páginas dos jornais. Numa sociedade crítica, como a nossa, os cidadãos clamam pela satisfação dos seus direitos e exigem responsabilidades em situações que outrora relegavam ao fado, ao azar.²⁹.

Como observa Aguiar Jr., o notável avanço da ciência oportunizou aos médicos um maior espectro de ação e, logicamente, implicou assunção de riscos³⁰. Essa incessante busca pela eficácia, característica da medicina contemporânea, trouxe inegáveis avanços à Medicina, mas também consequências menos atraentes, conforme Penneau: “Esta eficácia, no entanto, restou seguidamente inseparável de três outros elementos, por sua vez, de efeitos ignorados pela ciência: agressividade, perigosidade e complexidade”³¹.

As características da Medicina contemporânea abrigam e se refletem no dever de informar. Sem dúvida, entre o médico e o paciente, este é o vulnerável quanto ao domínio da informação técnica. Porém, não seria um resquício daquela imagem *paternalista* pretender que o médico tenha total domínio diante de uma ciência sujeita a avanços de efeitos imponderáveis? Parece-nos que sim - o médico tem o dever de informar e o paciente deve ter este direito respeitado - mas o profissional não tem todas as respostas e, sob determinados aspectos, também é vulnerável.

Outro elemento se soma para a formatação dessa nova realidade da profissão médica: a ampliação da seguridade social com a extensão dos serviços médicos produziu o efeito paralelo de o doente confundir seguridade com cura e, quando esta não advém, logo atribuir ao profissional da saúde a responsabilidade por seu infortúnio. Nesse comportamento, novamente, atribuir-se ao médico certa onipotência, considerando-o ser *sempre* capaz de curar.

²⁹ DIAS PEREIRA, *O consentimento...*, p. 23.

³⁰ *Ibid.*, p. 24.

³¹ PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Compare*, Paris, n. 42, p. 525-543, avril/juin 1990, p. 525. Em tradução livre do trecho: “Cette efficacité, cependant, reste inséparable de trois autres éléments, trop souvent, cette fois, méconnus du profane: agressivité, dangerosité, complexité.”

Além disso, mas não menos importante: a mídia segue a tendência de dar especial ênfase ao infortúnio do paciente, em geral, responsabilizando o médico, mesmo quando não tem alcance a todos os elementos do caso para fundamentar suas conclusões³².

A combinação de todas essas circunstâncias talvez seja a razão para o aumento da incidência de casos envolvendo o chamado *erro médico* em nossos repertórios jurisprudenciais³³, aqui brevemente referidas e sem a pretensão de exaustividade.

Necessário, ainda, à delimitação de nosso tema estabelecer a fonte da responsabilidade que estamos tratando.

A prestação de serviços médicos se estabelece de diversas formas. Pode se desenvolver, por exemplo, a partir do tratamento gratuito, realizado numa situação de emergência, pelo médico funcionário de uma instituição, ou, na forma mais tradicional, pela relação estabelecida entre o paciente e o profissional liberal, que aquele procura em um consultório médico. Assim, possível ser fonte de responsabilidade civil tanto a infração de um dever geral de não lesar, como no primeiro caso, ou pelo descumprimento de um dever negocial. Nossa atenção se direciona para as relações essencialmente negociais, estabelecidas num contrato oneroso de prestação de serviço, realizada entre um paciente e um profissional liberal. Portanto, situaremos a discussão na responsabilidade civil do médico enquanto negocial, como contrato.

A obrigação que subjaz a este contrato é que a estabelece como processo. A *idéia* da relação obrigacional estruturada sobre dois pólos, ligados por direitos e deveres inter-

³² Assim argumenta Aguiar Dias: “Há, sem dúvida, uma generalização injusta na designação de Maffia de Branco, porque a maioria dos médicos trabalha silenciosamente e os que procedem mal têm enorme publicidade, seja nas colunas sociais, em que, realmente, não se sabe o que hão de aprender ou ensinar, profissionalmente, seja no noticiário de mal-aventurados tratamentos, cujas vítimas não se conformam com seus funestos resultados.” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 381). No mesmo sentido, Reinaldo Silveira: “[...] os episódios de supostos erros médicos, expressão já plasmada na imprensa, é precedida de um julgamento público e nitidamente emocional, não raro equivocada, em que apenas uma das partes, freqüentemente a que se intitula vítima, procura as portarias das folhas e diários, contando histórias alguma vezes mirabolantes, que são produzidas na íntegra.” (SILVEIRA, Reinaldo. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do médico e o Código de Defesa do Consumidor. A proposta do contrato do seguro profissional para mitigar problema insolúvel. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 41, p. 263-275, jan./mar. 2002, p. 272).

³³ Afirma ter aumentado enormemente as ações contra médico AGUIAR JÚNIOR, Responsabilidade civil..., p.33.

relacionados, embora auxilie na sistematização do raciocínio jurídico, precisa vir acompanhada de uma noção de relação *obligacional complexa*, na qual seja possível visualizar:

além dos deveres de prestação e dos correspondentes direitos de crédito, outros deveres de conduta, direitos potestativos (direitos formativos e direitos de exceção), estados de sujeição, ônus jurídicos, expectativas, tudo sendo articulado em vista do concreto dinamismo do vínculo.³⁴

Afirma Martins-Costa que a mais bem acabada concepção de relação obrigacional é a que a considera “como um “processo”, ou “sistema de processos”, e como “totalidade”, trazendo para o núcleo duro do conceito a idéia de adimplemento.” Mas, além disso, pela estrutura sistemática do Código vigente, foi esta a opção legislativa acolhida por nosso direito.³⁵

Vista como processo, a obrigação médica apresenta mais uma peculiaridade. Ao se tratar deste tema, invariavelmente remonta-se à célebre distinção entre *obrigação de meio* e *de resultado*, feita por Demogue quando examinava a distribuição da carga probatória nas responsabilidades contratual e delitual. Afirmava, então, que o sistema de prova é o mesmo nas duas espécies. Há sempre a necessidade de que a obrigação exista para o requerido e que não tenha sido executada, havendo um nexu causal entre esta conduta de descumprimento e o dano decorrente de uma obrigação positiva ou negativa, tomando-se a palavra *obrigação* num sentido largo. Assim considerando, ponderou Demogue existirem duas espécies de obrigação para o requerido: de *resultado* ou de *meio*³⁶. No âmbito da atividade do médico, de regra, este não se obriga com a cura, o que levaria a uma obrigação de resultado, mas:

[...] ao aceitar assistir ao doente, assume o médico a obrigação de dar-lhe um tratamento adequado, isto é, conforme os dados atuais da ciência, segundo os recursos postos a sua disposição no local da atuação e ainda segundo as condições específicas e pessoais do doente.³⁷

³⁴ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, v. 5, t. 2, p. 6.

³⁵ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, v. 5, t. 2, p. 26.

³⁶ DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. T. 5, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 538.

³⁷ FRADERA, *Responsabilidade civil...*, p. 120.

Embora a distinção entre as duas espécies de obrigação seja taxada de obsoleta por alguns doutrinadores³⁸, entendemos apropriada diante da própria natureza da obrigação, embora em algumas especialidades sejam admitidas exceções. Como referido, as ciências médicas têm avançado enormemente nos últimos anos, assim como os riscos decorrentes dos tratamentos, além das peculiaridades das reações do próprio organismo humano à intervenção da Medicina, não sendo possível exigir-se determinado resultado diante de tantas variantes.

Em linhas gerais e a título de introdução, é esse nosso campo de estudo. Nosso objetivo é aprofundar o exame do dever de informar do médico e definir quando seu defeito representa nexos suficientes, ou não, para que surja o dever de reparação. Considerando as diferentes formas de se estabelecer a relação médico-paciente, optamos por nos restringir às relações que têm por ponto de partida um contrato de prestação de serviços médicos, atuando aquele como profissional liberal³⁹. Nosso foco para discutir deveres informativos e nexos de causalidade é a relação médico-paciente, estabelecida em razão da busca do paciente por um profissional médico para avaliar suas condições de saúde e propor um tratamento para possíveis enfermidades, na forma de um contrato oneroso de prestação de serviços.

Para atingir nosso propósito, o trabalho está dividido em duas partes: na primeira (A) trataremos dos deveres informativos do médico, estabelecendo suas bases normativas, o conteúdo e a amplitude da informação devida; já na segunda (B) estabeleceremos a relação entre o dever de informar e a causalidade, estudando o nexo causal na responsabilidade médica para verificar, na sequência, quando a violação do dever de informar do médico é causa suficiente para compor a responsabilidade civil. Utilizaremos exemplos retirados de precedentes jurisprudenciais na análise, restrito este exame à jurisprudência brasileira.

³⁸ Por exemplo: D'AMICO, Giovanni. Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato: atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista: Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: versouna riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale. *Rivista di Diritto Civile*, n. 6, p. 141-162, nov./dez. 2006.

³⁹ Comentando a responsabilidade civil dos médicos, ainda quando em vigor o Código Civil de 1916, que a regulava como responsabilidade civil aquiliana, nosso mais renomado tratadista da responsabilidade civil, Aguiar Dias, reconhece, colocando-se ao lado da opinião do não menos célebre Lopes da Costa, de que a classificação da responsabilidade dos médicos se orientou para a culpa extracontratual. A despeito disso, porém, Aguiar Dias considera que independente da consideração da culpa, “a responsabilidade do médico é contratual, não obstante a sua colocação no capítulo dos atos ilícitos. Aliás, já o dissemos, quando as duas ações, contratual e extracontratual, conduzem ao mesmo resultado, a confusão entre as duas espécies do mesmo gênero é falta meramente venial”. (DIAS, *Da responsabilidade...*, p.329).

Por fim, cabe ressaltar que não pretendemos encontrar a panacéia para assuntos tão estudados e nem por isso menos hesitantes, mas cremos que o constante interesse acadêmico pelos temas findará por aclará-los e sistematizá-los, fornecendo um referencial técnico mais seguro para a tomada de decisões nos casos levados a juízo.

I – OS DEVERES INFORMATIVOS DO MÉDICO – BASES E CONTEÚDO

A informação ao paciente tem na área médica um valor enraizado, por isso necessário identificar suas bases normativas, estabelecidas a partir do valor que já existia na informação na prática profissional (A) e, a seguir, definir o conteúdo e amplitude do dever de informar, acrescido das novas nuances do valor informação surgidas no ambiente complexo da sociedade moderna (B).

A – Bases normativas do dever de informar na relação médico-paciente.

A Constituição da República de 1988 deve ser tomada como fundamento de todo o ordenamento jurídico, na medida em que positiva os valores eleitos para reger a sociedade brasileira e estruturar o estado democrático de direito.⁴⁰
 [...] o legislador é incumbido da tormentosa tarefa de harmonizar ditames da Ética com o desejado progresso científico, sem preterir, em momento algum, o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais do homem.⁴¹

Optamos por abordar as bases normativas do dever de informar do médico partindo dos regramentos legislativos, que dão o cunho geral do agir lícito deste profissional, para, posteriormente, analisar as regras contidas no Código de Ética Médica, específicas para moldar o agir ético do médico.

A.1 – O regramento legislativo

As regras legislativas, materiais e processuais, incidentes no contrato de prestação de serviços médicos ora analisada, advêm do Código Civil, tendo aplicação o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil.

⁴⁰ BARBOZA, *Responsabilidade civil...*, p. 73.

⁴¹ *Ibid.*, p. 74-75.

No exame conjunto desses regramentos destacaremos a questão da responsabilidade subjetiva do médico, a abrangência da aplicabilidade do Código do Consumidor, sobretudo quanto à possibilidade de inversão do ônus da prova e as regras postas no âmbito da legislação civil ordinária.

A.1.1 – A responsabilidade subjetiva do médico – fator de imputação e nexo causal

No regramento legislativo da responsabilidade do médico pode haver incidência de regras de natureza especial e geral, identificadas a partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

A responsabilidade médica, no regramento civil anterior ao Código de Defesa do Consumidor, era prevista no art. 1.545 do Código Civil de 1916, base das obrigações decorrentes de atos ilícitos, entre eles os ilícitos decorrentes de um contrato entre o médico e o paciente.

A sistemática adotada pelo Código Civil de 1916 tinha como regra a responsabilidade civil subjetiva, fundamentada no princípio da culpa, a teor do seu art. 159, deixando para leis especiais o tratamento de hipóteses de responsabilidade objetiva.⁴² Ainda na vigência do Código Civil de 1916, Aguiar Jr. enumera os pressupostos da responsabilidade civil específica do profissional médico: “o ato médico, praticado com **violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato, imputado a título de culpa**, causador de um dano injusto patrimonial ou extrapatrimonial (grifamos).”⁴³

Considera o autor que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário, podendo ser contratual, “derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional”, ou extracontratual, “quando não existindo contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente”. Importa a distinção das modalidades quanto à carga

⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

⁴³ AGUIAR JÚNIOR, Responsabilidade civil..., p. 34.

probatória para demonstração da responsabilidade. Enquanto, no contrato, bastaria ao autor da ação demonstrar a existência do contrato, o fato do inadimplemento, o dano e o nexo de causalidade, e ao réu demonstrar que o dano se deve a causa estranha a sua pessoa, na responsabilidade extracontratual, o autor da ação deve provar também a culpa do causador do dano.⁴⁴ Sustenta Aguiar Jr. que essa dicotomia só tem significado, na prática, em razão de outra distinção, a que se faz entre obrigação de meios e de resultados. Para Aguiar Jr. a obrigação assumida pelos médicos é, geralmente, de meios, ou seja:

[...] o profissional assume prestar serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um certo resultado⁴⁵.

Assim, necessário que o paciente prove a conduta ilícita do profissional médico, que este não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato. Portanto, desimportaria a distinção entre responsabilidade contratual ou extracontratual; numa ou noutra espécie, a responsabilidade decorrente da obrigação de meios exige a prova da culpa do médico⁴⁶.

Porém, se, de regra, a obrigação do médico é de meios, algumas especialidades são consideradas exceções, entre elas a cirurgia estética. Em 1994, respaldada pela melhor doutrina nacional e estrangeira da época, Véra Fadera fez a seguinte distinção:

É de ser ressaltado que, com relação à cirurgia estética, encerra esta especialidade duas atividades, distintas entre si, quais sejam a cirurgia estética, propriamente dita, e a cirurgia reparadora, estando o cirurgião, no primeiro caso, sujeito a uma obrigação de resultado e, no segundo, a uma obrigação de meios.⁴⁷

É de se ressaltar que a autora atualizou sua posição quando tomou conhecimento de decisão da Corte de Cassação Francesa comentada por François Chabas. Passou a entender a obrigação do cirurgião plástico como também de meios, em razão da aleatoriedade da

⁴⁴ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. Revista dos Tribunais, v. 718, ago 1995, p. 35.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁷ FRADERA, *Responsabilidade civil...*

intervenção sobre o corpo humano, passível de reações imprevisíveis⁴⁸. Com a autora, consideramos existir na cirurgia estética uma obrigação de meios, pois o resultado não depende somente da técnica ou do preparo do médico, mas de reações imprevisíveis próprias ao organismo do paciente.

Nos termos do art. 1.545, do Código Civil de 1916, e no art. 951 do Código Civil brasileiro vigente, a responsabilidade médica necessita da demonstração da culpa, sendo que o ônus da prova cabe a quem alega o prejuízo, ou seja, o paciente, autor da ação, conforme disposto no art. 333, I, do Código de Processo Civil.

O Código de Defesa do Consumidor, vigente desde 1990, inverte a lógica do Código Civil de 1916, que tinha por princípio geral a responsabilidade civil subjetiva. No Código de Defesa do Consumidor, de regra, a responsabilidade civil decorrente do fato de consumo é modalidade de responsabilidade objetiva⁴⁹. Porém, a responsabilidade dos profissionais liberais, entre eles os médicos, não foi modificada quanto à necessidade de verificação da culpa, porquanto excepciona o art. 14, § 4º, afirmando que “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Ou seja, dentro de um microsistema legislativo que adotou, como regra, a teoria da responsabilidade objetiva, considerada com exceção nas relações civis até então, a responsabilidade dos profissionais liberais permaneceu como subjetiva.

Pacífico, então, que em nosso sistema jurídico o fator de imputação da responsabilidade civil médica é a culpa, não havendo falar em responsabilidade médica objetiva. No entanto, o problema está em confundir o fator de imputação - no caso, a culpa - com o nexos de causalidade.

Essa confusão de conceitos evidencia-se na chamada “culpa concorrente”; se tal ocorresse, haveria “compensação de culpas”. Pontes de Miranda defende, quando analisa culpa ou risco por parte do ofendido, a necessidade de preliminarmente afastar-se a confusão trazida pelo conceito equivocado de “compensação de culpas”. Explica o doutrinador:

⁴⁸ FRADERA, Véra Jacob de. *Necessidade de uma revisão na consideração da natureza da obrigação do cirurgião plástico*. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14089> Acesso em: 19 mar. 2009.

⁴⁹ SANSEVERINO, *Responsabilidade civil...*, p. 111.

Preliminarmente, é de afastar-se o conceito, que turvou a investigação e perturba a discussão, ainda hoje, de compensação de culpas. Culpas não se compensam. O ato do ofendido é concausa, ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, o que tocara ao que fez maior o dano, que, aí, é o ofendido.⁵⁰

No prosseguimento de seu estudo, tratando da hipótese de dolo do ofendido, o autor põe em destaque a importância do correto exame do nexa causal, afastando-se sua confusão com a culpa, *verbis*:

O que importa para a determinação do dever de indenizar não é o peso das culpas do ofensor e do ofendido, mas a relação causal. O dolo do ofendido, que não concausou o dano, nem o aumentou, não é de considerar-se. A simples culpa não teve aquela função, nem essa; apenas suscita a incidência da regra jurídica de concorrência de culpa, **que melhor se exprimiria como regra jurídica de concorrência de causação do ofendido.**⁵¹ (grifamos)

Por fim, tratando da estimativa da indenização, afirma a impossibilidade de medir o valor a indenizar a partir de uma avaliação de pesos entre fatores de imputação. A relação correta para esse fim seria entre o dano e causas, não causas e diferentes graus de causas, *verbis*:

Não se pesam graus de culpa, nem culpa e risco, ou dolo e culpa e risco, ou dolo, culpa e risco, mas apenas danos em relação a causas. Se há risco mais culpa ou dolo de empregados do ofendido, a responsabilidade desse seria maior, se o ofendido fôsse outrem, de modo que mais se pré-diminui à responsabilidade do ofensor. Pesam-se danos em relação a causas, e não causas ou graus de causas, o que seria medir-se o qualitativo.⁵²

Portanto, para avaliarmos a existência de dever de indenizar por defeito no dever de informar, deve-se ter em conta se, em primeiro lugar, a falha na informação gerou o dano. A partir daí, algumas possibilidades podem ocorrer. Se o dano não decorreu do defeito da informação, mesmo agindo com culpa o médico, poderá não se estabelecer o dever de indenizar. Havendo essa relação, necessário verificar se aquela informação, em especial, pode ser considerada como defeituosa, porquanto, como veremos adiante, embora o dever de informar seja intrínseco à atividade médica, não se pode exigir que toda ou qualquer informação componha tal dever.

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 22: Parte Especial, Direito das Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações, p. 195.

⁵¹ *Ibid.*, p. 202.

⁵² *Ibid.*, p. 206.

A.1.2 – A incidência do CDC no contrato de prestação de serviços médicos

Conceituada de forma ampla, a prestação de serviços no Código de Defesa do Consumidor abrange “toda e qualquer atividade prestada no mercado de consumo, mediante remuneração”, incluindo, dessa forma, a prestação de serviços dos profissionais liberais, entre eles o médico⁵³. Como dito, em razão da peculiaridade de suas atividades, a responsabilidade dos profissionais liberais mantém-se como subjetiva.

Nesse contexto, destacam-se alguns dispositivos que garantem direitos básicos ao consumidor, aplicáveis à prestação de serviços médicos, previstos no o art. 6º, sobretudo nos itens III, IV, VII e VIII.

O item III garante ao consumidor o direito à informação adequada e clara sobre produtos e serviços, com a especificação de características e riscos que apresentem. O item VI também trata de informação, protegendo o consumidor contra “a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.”

Quanto à publicidade, importante lembrar que, no sistema do Código do Consumidor, ela integra o contrato. Nesse sentido, pondera Lima Marques que: “A oferta no CDC nada mais é, portanto, do que um negócio jurídico”⁵⁴, lembrando que “se na visão tradicional a oferta já é um fator criador de vínculos, na visão do CDC este poder de vinculação (Bindung), desta declaração negocial, destinada ao consumo, é multiplicada.”⁵⁵.

Entendemos que o tratamento da relação médico paciente, embora entendida pela doutrina e jurisprudência como de consumo, possui nuances que fogem a esta. Porém, os profissionais médicos acabam reforçando essa idéia de consumo justamente na área de publicidade. Compromete-se o médico que anuncia procedimentos, muitas vezes chegando ao extremo de oferecer resultados, o que se verifica em publicidade de Clínica Estética, na área

⁵³ SANSEVERINO, *Responsabilidade civil...*, p. 132.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.721.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 723

de dermatologia. Um exemplo é o anúncio: “Lifting 3D, a solução rápida e exclusiva para os excessos de final de ano”, que promete a perda de até 15 cm de medidas e 1 kg em apenas uma sessão e é ilustrado com o indefectível “antes” e “depois”, mostrando uma dramática perda de medidas no abdômen⁵⁶.

O item VIII do art. 6º do CDC prevê uma importante conquista dos consumidores no aspecto de facilitar seu acesso à justiça, um dos principais obstáculos para efetivação dos seus direitos, como refere Sanseverino⁵⁷. Possível a inversão do ônus da prova a seu favor quando, a critério do juízo, for verossímil a alegação ou o julgador perceber sua hipossuficiência, segundo regras ordinárias da experiência. No caso do direito à informação na relação estudada, mais correto falar-se em vulnerabilidade, no sentido de que o médico, no que diz respeito a informações técnicas, possui melhores condições de fornecê-las. Não se conclui da mesma forma quando as informações são do domínio do paciente.

Trataremos do tema adiante (Item A.1.3), mas fica o registro de que a possibilidade de inversão não é automática. Deve ser avaliada a partir de uma análise criteriosa do caso concreto, sobretudo porque não se modificou a norma básica do art. 333 do CPC, que atribui ao autor, no caso o paciente, a prova dos fatos constitutivos do direito alegado. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul segue essa orientação, pelo que se vê em três acórdãos que tratam do dever de informar em cirurgias na área de oftalmologia.

Tomemos como exemplo a Apelação Cível de nº 70014448351, em que o autor reclamava não ter sido informado do risco de voltar a usar óculos depois de uma cirurgia de correção de miopia. Considerou o magistrado que a inversão tem seu momento adequado durante a instrução. Não tendo sido invertida naquele momento, descaberia fazê-lo quando o processo estava em grau de recurso. Além disso, para que haja a inversão, necessária que se faça “[...] mediante decisão devidamente fundamentada (art. 93, IX, CF), bem como ante a constatação da verossimilhança da alegação ou quando se verificar que o consumidor é hipossuficiente”⁵⁸.

⁵⁶ LIFTING 3D. *Plástica e Beleza*, São Paulo, v. 11, n. 100, 2009, edição especial, p. 125.

⁵⁷ SANSEVERINO, *Responsabilidade civil...*, p. 343.

⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70014448351. Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga. Julgada em: 24 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 20 mar. 2009.

Sanseverino resume da seguinte forma o entendimento dessa norma de proteção, *verbis*:

Como, nas demandas que tenham por base o CDC, o objetivo básico é a proteção ao consumidor, procura-se facilitar a sua atuação em juízo. Apesar disso, o consumidor não fica dispensado de produzir provas em juízo. Pelo contrário, a regra continua a mesma, ou seja, o consumidor, como autor da ação de indenização, deverá comprovar os fatos constitutivos do seu direito.

O autor ainda ressalva:

Deve ficar claro, porém, que **o ônus de comprovar a ocorrência dos danos e da sua relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor**. Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexa causal), não houve alteração da norma de distribuição do encargo probatório do art. 333 do CPC⁵⁹. Grifamos.

Neste ponto, cabe detalhar um pouco mais a teoria da causalidade adequada que consideramos adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

Fernando Noronha pondera que a *teoria da causalidade adequada* procura observar o que comumente ocorre na vida, sendo causa de um dano o que, segundo o curso normal das coisas, seria produzido. As demais condições seriam circunstâncias não causais. Utiliza-se esta teoria da chamada *prognose retrospectiva*, assim exposta por Noronha:

Nesse exercício de prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se concluir que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluir que era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada.⁶⁰

Na prognose descrita será considerada abstratamente a previsibilidade dos efeitos a partir do fato em causa; coincidindo os efeitos abstratos com os efeitos concretos, haverá causalidade.

⁵⁹SANSEVERINO, *Responsabilidade civil...*, p. 344.

⁶⁰NORONHA, *Direito das obrigações...*, v. 1, p. 601.

Segundo Noronha, a partir deste ponto há uma divisão nas opiniões. Alguns autores entendem que *causa adequada* é a que favorece a produção do dano; outros, que é aquela não estranha a sua produção, surgindo, então, as formulações positivas e negativas da teoria da causalidade adequada. Mais ampla, a formulação negativa considerará causa do dano toda consequência provável em relação ao fato; por sua vez, a formulação positiva restringe como causa a consequência natural ou efeito provável do fato.

Noronha sustenta, ainda, ser a formulação negativa preferível no âmbito da responsabilidade civil, mesmo que, em princípio, a formulação positiva seja suficiente para explicar a causa. Entre as razões para considerar a formulação negativa preferível está na simplificação da prova do nexo de causalidade: será presumida a adequação da causa, desde que provada a condicionalidade⁶¹.

Assim, na prática, há uma facilitação da prova do nexo causal pela formulação negativa. Na formulação positiva, o lesado deve provar a adequação; na negativa, sobre o lesante “deve recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre tal fato e o dano”. Exemplifica Noronha:

[...] o fato de o médico não ter solicitado biópsia para verificar a natureza de um tumor, que depois se apurou ser cancerígeno e que causou a morte do paciente, não impede aquele de fazer prova de que já àquele tempo uma eventual intervenção cirúrgica seria inútil, e até poderia ter antecipado o evento letal, devido ao adiantado estado de desenvolvimento do câncer.

[...] Se um médico, por erro culposo de diagnóstico, aplica um tratamento inadequado ao paciente e este vem depois apresentar agravamento das lesões, mas sem fazer prova de que elas necessariamente resultam desse tratamento inadequado, o fato de o médico ter criado “um risco injustificado”, “um estado de perigo”, conforme expressões usadas pela jurisprudência francesa, é suficiente para que lhe seja atribuída responsabilidade pelo agravamento das lesões; o médico é que deve fazer prova de que o tratamento inadequado não contribuiu para as lesões e de que estas têm uma causa independente do seu erro de diagnóstico [8.9.4].⁶²

Porém, não está dispensado o autor, a despeito de sua condição de consumidor, de comprovar existir nexo de causalidade, demonstrando a relação de condicionalidade entre fato e dano, embora não precise provar que o dano sofrido tenha sido consequência inevitável do fato do lesante. Ou seja, provado que o evento atribuído ao responsável era condição do dano,

⁶¹ NORONHA, *Direito das obrigações...*, v. 1, p. 604.

⁶² *Ibid.*, p. 605.

presumida está a adequação. Sobre o lesante recai o ônus de provar que, a despeito de haver condição, não houve adequação entre fato e dano.⁶³

A.1.3 – A inversão do ônus da prova

No exame do sistema do CDC, a questão da inversão do ônus da prova quanto à prestação de serviços decorre de profissional liberal é bastante polêmica pela peculiaridade de ser ela exceção num sistema em que a regra é a responsabilidade objetiva.

No caso da prestação de serviços médicos, Kfouri Neto entende que a interpretação do microsistema do Código de Defesa do Consumidor levaria a um afastamento da possibilidade de inversão, assim expondo seu ponto de vista:

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º, exclui os profissionais liberais do âmbito da responsabilidade objetiva, sistema adotado pela lei protetiva. Admitida a inversão do encargo probatório, no caso do profissional liberal – e, mais especificamente do médico -, estar-se-ão aplicando a uma situação regida pela necessidade de aferição da culpa os primados da responsabilidade objetiva, em que o prestador do serviço somente se exime de responsabilidade se provar caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou causa outra, para a qual não tenha ele contribuído de nenhum modo, que suprima definitivamente o nexos causal.⁶⁴

Em termos de informação ao paciente, a doutrina enfatiza a questão da vulnerabilidade. Conforme Dall’agnol Júnior, essa não seria econômico-financeira, mas estaria situada no campo do conhecimento⁶⁵. Na relação médico-paciente, destaca-se a vulnerabilidade técnica do paciente em relação ao profissional: essa condição reforçaria os laços de confiança na correção da conduta do médico, conferindo maior intensidade aos deveres atribuídos ao profissional “em especial no que diz respeito ao correto esclarecimento

⁶³ Ibid., p. 613.

⁶⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova. Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus da prova e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria. Responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

⁶⁵ DALL’AGNOL JÚNIOR Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica*, n. 280, p. 5-20, fev. 2001, p. 9.

do paciente quanto às condições em que se realizam a prestação de serviço, seus objetivos, riscos e, tanto quanto possível, eventuais chances de êxito”.⁶⁶

Na obra de Aguiar Dias, em nota do atualizador, assim consta:

Entendíamos que a lição de Sérgio Cavalieri e de outros notáveis autores que opinaram nesse sentido não poderia ser aceita, porquanto nos pareceria verdadeira contradição em termos: ou a responsabilidade do médico era subjetiva e com culpa provada, e, neste caso, o art. 14, § 4º deveria ter sua eficácia plena respeitada, como verdadeira exceção à garantia genérica estabelecida no CDC em benefício do consumidor, ou esse artigo não era na verdade uma exceção, já que a solução da inversão do ônus da prova transformava aquela responsabilidade subjetiva, e com culpa provada, num caso de culpa presumida onde o legislador não a tinha expressamente previsto.⁶⁷

Afirma o autor que a vulnerabilidade poderia ser resolvida com a determinação de produção de prova pericial. Porém, artigo do desembargador Ênio Zuliani, publicado em 2003, em edição especial de Seleções Jurídicas da COAD, dedicada ao erro médico, fez com Aguiar Dias mudasse seu posicionamento. No artigo referido, Zuliani justifica a possibilidade de inversão do ônus probatório em nome da efetividade do processo, referindo, entre outros argumentos que:

[...] não existem peritos especializados que se dediquem a cooperação com o Judiciário, o exame médico termina relegado a órgãos públicos que, contando em seus quadros com peritos médicos desinteressados, apresentam laudos que respondem aos quesitos de forma monossilábica. [...]⁶⁸

Esses argumentos – da vulnerabilidade e de dificuldades processuais – não nos parecem suficientes para patrocinar uma inversão do ônus da prova, sobretudo em se tratando de dever de informar. O juiz, em nosso sistema, a teor do disposto no art. 130 do CPC, pode determinar, de ofício, a produção das provas necessárias à instrução do processo, inclusive determinando a juntada de documentos, tais como o prontuário do doente ou o termo de consentimento, onde registradas as informações fornecidas, por exemplo. Além disso, não se pode esquecer “o humano dentro do médico” que, nas palavras de Irany Moraes, por vezes, pode:

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, p. 52-91, jul./set.. 2007, p. 58.

⁶⁷ DIAS, *Da responsabilidade...*, p. 335.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 336.

[...] tornar-se vítima, pois é o mais confiante dos profissionais. Este fato decorre de estar acostumado a ouvir sempre a verdade. [...] Tal condição cria em seu subconsciente a concepção errônea de que todos falam a verdade. Essa é uma inverdade de que a escola não o previne e que a vida vai, a duras penas, ensinar-lhe.⁶⁹

No caso específico do ônus da prova no âmbito da informação oferecida ao paciente, Dias Pereira⁷⁰ fez um exame mais específico e abrangente, que abordaremos a seguir.

Apresenta o autor como dominante nos dias de hoje, no direito português e comparado, a noção de que, em princípio, compete ao médico provar que forneceu as informações devidas, ao mesmo tempo em que se apela ao princípio da “colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.”⁷¹ Na sua análise comparativa, cita, por exemplo, o direito espanhol, no qual considera-se que fazer recair sobre o paciente o ônus da prova seria exigir-lhe prova negativa, ou seja, uma “prova diabólica”⁷². Da mesma forma entende o direito francês, numa reviravolta jurisprudencial, que cabe ao médico o ônus da prova do cumprimento do dever de informar, em razão da maior aptidão para prova e do princípio geral da colaboração processual, sendo mais difícil ao paciente provar fato negativo do que para o médico provar fato positivo⁷³. Mas, pelo lado do médico, a jurisprudência francesa tem lançado mão de presunções, evitando situações excessivas. Cita decisão da *Cour de Cassation* que considerou que mantidas diversas conversações entre médico e paciente, embora coubesse ao médico a prova do cumprimento de seu dever de informar, aquele teve tempo para refletir sobre o risco de embolia mortal decorrentes da intervenção a que se submetera⁷⁴.

No direito português, pelas afirmações de Dias Pereira, há posicionamentos opostos, similar à situação da doutrina brasileira, mas assim se posiciona:

Tendo em conta o princípio do equilíbrio processual, da impossibilidade da prova do facto negativo, a facilidade relativa da prova para o médico (já que este é um perito e o paciente um leigo e os exemplos do direito estrangeiro, nomeadamente as recentes evoluções nos países latinos, entendo, com Orlando de Carvalho, Figueiredo Dias,

⁶⁹ MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78-79.

⁷⁰ DIAS PEREIRA, *O consentimento...*, p. 191-200.

⁷¹ *Ibid.*, p. 191.

⁷² *Ibid.*, p. 192.

⁷³ *Ibid.*, p. 195.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 197.

Sinde Monteiro, Costa Andrade e Capelo de Souza que o ônus probandi do cumprimento do dever de informar e do dever de obter o consentimento informado recai sobre o réu.⁷⁵

Marinoni e Arenhart advertem que a inversão do ônus da prova não é possibilidade exclusiva do direito do consumidor. Consideram que, com base no Código de Processo Civil, também possível a inversão, mesmo que, em regra, o juiz deva procurar sua convicção de verdade com base na regra do art. 333. No entanto, em busca dessa convicção, o juiz pode reduzir as exigências de prova em determinadas situações de direito material, contentando-se com o juízo de verossimilhança. Nas situações em que é impossível ou muito difícil o autor desvencilhar-se do seu ônus, e viável ou mais fácil para o réu demonstrar a inexistência de fato constitutivo do direito do autor, é possível a inversão na audiência preliminar. Opinam os autores que na impossibilidade de esclarecimento de fato constitutivo para ambas as partes o ônus deve recair sobre o réu, em sentença, quando houver uma situação de “inesclarecibilidade que pode ser imputada ao réu [...]”.⁷⁶

A adoção da distribuição dinâmica do ônus probatório é o caminho natural quando o modelo estático, nos termos do disposto no art. 333 do CPC, tornar inoperantes princípios constitucionais. Por exemplo, atribuindo ao paciente a prova negativa, de que não recebeu a informação necessária a tornar válido seu consentimento. Sobre o tema, acertadas as conclusões de Knijnik:

[...] a doutrina do ônus dinâmico é legítima perante o direito brasileiro, nos casos em que a aplicação estática do art. 333, inciso I e II, do CPC, revele desconforme com a Constituição Federal, acarretando inutilidade da ação judiciária e a vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário. [...]

Porém, a inversão do ônus da prova deve seguir alguns pressupostos:

[...] a incidência do ônus estático redunde em probatio diabólica, estando o litigante estaticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter provas relevantes. Ainda, a dinamização poderá ter lugar se a prova tornar-se inacessível à parte estaticamente onerada, seja por força de conduta culposa, seja por violação dos deveres de colaboração pela parte adversa⁷⁷.

⁷⁵ Ibid., p. 200.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 272-275.

⁷⁷ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 187-188.

Portanto, entendemos que a inversão do ônus em favor do consumidor não contradiz o sistema, como alude Kfoury Neto e que essa inversão é possível no sistema processual civil brasileiro como um todo. No entanto, a inversão do ônus da prova na prestação de serviços médicos por profissional liberal é caso especial que requer um cuidadoso exame de seus pressupostos no caso concreto.

A.1.4 – O contrato de prestação de serviços médicos e o regramento civil

Além desse regramento especial do Código de Defesa do Consumidor, no qual são incluídos os médicos na qualidade de profissionais liberais, a responsabilidade médica está prevista no art. 951 do Código Civil de 2002, *verbis*:

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

Prevista no Título *Da responsabilidade civil*, no Capítulo referente ao dever de indenizar, a referida responsabilidade tornou-se mais abrangente, alcançando genericamente todos os profissionais da área de saúde.

Tepedino, comentando o artigo citado, afirma que, majoritariamente, é considerado o dever de reparar dos médicos como hipótese de responsabilidade contratual, orientação mais favorável à vítima dos danos, reflexo de tendência jurisprudencial e doutrinária já estabelecida em nosso meio jurídico. Ao mesmo tempo, essa tendência é contrária “ao pensamento dominante no final do Século XIX, quando foi redigido o Código Civil de 1916, que disciplinava a matéria no âmbito da responsabilidade extracontratual”⁷⁸.

Como contrato de prestação de serviços:

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Jurídica*, n. 311, p. 18-43, set. 2003, p. 19.

[...] depende do consenso das partes, que, no entanto, poderá ser expresso ou tácito, manifestado diretamente pelo interessado ou seus familiares, sem que a ausência de instrumento escrito possa ser interpretada como inexistência do negócio jurídico entre as partes.⁷⁹

Assim, o contrato de prestação de serviços médicos, como acima refere Tepedino, por si só depende do consenso entre as partes que, esse consenso, em última análise, depende da troca de informações, o que afasta a possibilidade de considerá-lo um *contrato de adesão* (art. 54, do CDC), definido por Orlando Gomes como:

Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.⁸⁰

Quanto ao dever de informar no processo do consentimento informado, consideramos essencial o diálogo médico-paciente, o que afasta a idéia antes referida de consentimento informado como um formulário genérico, que o paciente ou seu familiar assina, dando-se por ciente dos riscos do tratamento. Nessa concepção, estaria o consentimento informado compreendido de forma imprópria, como contrato de adesão, desviando-se do fim a que se destina, qual seja, estabelecer uma relação médico-paciente que fortaleça a autonomia do paciente e, assim, o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O Termo de Consentimento Informado é utilizado pela chamada “Medicina Defensiva”, porém não traduz, necessariamente, o processo que conduz ao consentimento informado⁸¹. Surge como um meio probatório em eventuais ações reparatórias, esquecendo-se os profissionais que possuem um documento mais valioso para este fim: o prontuário médico. Segundo Fernandes e Pithan:

Em determinadas situações, onde não ocorreu um devido processo informativo, ou ainda, quando o termo assinado foi mal elaborado, a utilização do prontuário como meio de defesa será mais benéfica do que a utilização do termo de consentimento informado.⁸²

⁷⁹ Ibid., p. 19.

⁸⁰ GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 3.

⁸¹ FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Hayghert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. *Revista do Hospital de Clínicas de Porto Alegre e Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 2, p. 78-82, 2007, p. 78.

⁸² Ibid., p. 80.

Ainda que não explícito um artigo sobre o consentimento informado no regramento legislativo brasileiro, consideramos que o artigo 15 do Código Civil brasileiro, disposto no capítulo *Dos Direitos da Personalidade*, embora específico para casos com risco de vida, pode ser considerado como uma previsão de consentimento informado. Consta no artigo: “Art. 15 Ninguém pode ser constrangido e submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.” Disposição, diga-se, inovadora em relação ao código de 1916 e, mesmo consignada para os casos de risco de vida, sua interpretação permite entender imprescindível o consentimento do paciente nas intervenções médicas.

Importante lembrar que a relação médico-paciente tem várias formas de se estabelecer, sendo relevante, no caso, a noção de *contato social*. Com origem na Sociologia, esta noção primeiramente se estabeleceu como uma das modalidades de relação contratual de fato. Ensina Couto e Silva que o contato social é uma fonte por excelência da responsabilidade civil contratual e extracontratual⁸³, adequada para permitir uma necessária sistematização:

A vida em sociedade não apresenta uma uniformidade de contatos sociais. Por consequência, podemos dizer que a noção de contato social tem diversos níveis de concretização, que se refletem na intensidade de deveres e também de reparações a serem concluídas.⁸⁴

O contrato, nesse contexto, é uma forma voluntária, qualificada, de contato social, decorrente do fato de se viver em sociedade. Assim admitido, o essencial em matéria de reparação é verificar se o dano corresponde a uma conduta do autor que contrarie uma regra advinda da lei ou do contrato. Por essa razão, secundária a distinção entre as duas espécies clássicas de responsabilidade – contratual e delitual - quando se avalia a obrigação de reparar do ponto de vista do fato que foi sua fonte.⁸⁵

⁸³ COUTO E SILVA, Clóvis V. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et compare*. [s.n.t.], p. 9.

⁸⁴ Tradução livre de: *La vie en société ne présente pas une uniformité de contacts sociaux. Par conséquent, on peut dire que la notion de contact social a divers niveaux de concrétisation, qui se reflètent dans l'intensité des devoirs et aussi dans les réparations à être accomplies*. (Ibid., p. 11.

⁸⁵ Ibid., p. 12.

Nos contratos, distingue Couto e Silva, existem deveres secundários instrumentais, decorrentes da boa-fé e dependentes do fim do contrato, e deveres secundários que surgem posteriormente à existência do contrato, mas permanecem independentes e têm sua fonte no contato social⁸⁶. O dever de informar do médico, a nosso ver, seria um dever secundário instrumental para a construção do consentimento informado e realização do fim último do contrato – o tratamento médico. Considerá-lo assim reforça sua condição de obrigação de meio, pois a avaliação de seu cumprimento dependerá de diversos fatores, sobretudo quanto ao papel das partes e o grupo a que pertencem. Sublinha Couto e Silva a importância da sociologia nesta apreciação.⁸⁷

No Direito do Consumidor, sistema aplicável a relações que se apresentam, em geral, massificadas e impessoalizadas, Sanseverino entende a noção de contato social especialmente adequada, sendo:

[...] o melhor fundamento para sistematizar e catalogar o fato de onde decorre o nascimento da obrigação de indenizar do fornecedor de produtos e serviços em situações nas quais o grau de vinculação entre ele e a vítima do acidente de consumo é extremamente tênue.⁸⁸

No caso do atendimento médico, quando o paciente é atendido numa situação de emergência, ou no sistema de saúde institucionalizado, e se configurar hipótese de responsabilidade civil, esta obrigação de indenizar se dá, em essência, pelo contato social. Também é pelo contato social que se estabelece a obrigação de indenizar por informações fornecidas na fase pré-contratual da relação médico-paciente, como no caso de publicidade de procedimentos clínicos veiculados em revistas especializadas, por exemplo.

O contrato do médico como profissional liberal, analisado neste trabalho, demonstra um grau maior de contato social, razão pela qual se diferencia, por exemplo, do atendimento no sistema de saúde institucionalizado, onde há grande grau de impessoalidade: as pessoas são atendidas pelo plantonista do dia, que poderá ser outro na reconsulta; o médico, por sua vez, tem um grande número de pessoas para atender durante seu plantão, o que influencia no tempo dedicado ao atendimento. No atendimento ora analisado, há uma escolha do

⁸⁶ Ibid., p. 14.

⁸⁷ COUTO E SILVA, *Príncipes...*, p. 15

⁸⁸ SANSEVERINO, *Responsabilidade civil...*, p. 211.

profissional e, de regra, um atendimento pessoalizado, com um tempo destacado na agenda do profissional para aquela determinada pessoa, e previsões de retorno combinadas entre eles.

Por outro lado, a falha no dever de informar do médico é conduta que deve se configurar como uma das hipóteses de atos ilícitos previstas no Código Civil de 2002⁸⁹. Entre essa conduta ilícita e o dano, deve-se estabelecer o nexo causal, elemento que em especial nos interessa.

Pontes de Miranda assim define os atos ilícitos: “Atos ilícitos são os atos contrários a direito, quase sempre culposos, porém não necessariamente culposos, dos quais resulta, pela incidência da lei e ex lege, consequência desvantajosa para o autor.”⁹⁰

Como já advertia o doutrinador, não faz parte do conceito de ato ilícito o elemento *culpa*, mas as confusões entre os dois conceitos costumam ocorrer. Martins-Costa afirma que uma das causas para este fato é a dupla acepção do termo *ilicitude*: em sentido amplo, *ilicitude* “compreende os fatos jurídicos, os atos-fatos jurídicos e os atos jurídicos que atentam contra o Direito”, no sentido estrito “designa tão somente os delitos seja do Direito Civil ou Penal, a palavra ‘delito’ conotando o elemento subjetivo, estando restrito, portanto, às formas de ilicitude subjetiva ou culposa.”⁹¹

A ilicitude civil, tradicionalmente, firmou-se pela segunda acepção, vinculada à idéia de dano. Como ao direito penal já cabia a tarefa de punir condutas reprováveis socialmente, ao direito civil, “regulador da órbita de liberdade individual, era destinada a atribuição de manter a estabilidade dos patrimônios, conquistados ou transmitidos a partir da ação livre.” Em razão disso, a ilicitude civil seria o produto de um dano decorrente de determinada conduta. Como nem todo dano é indenizável, somente as condutas culposas – censuráveis – seriam ilícitas.⁹²

⁸⁹ Ensina Martins-Costa: “O ordenamento contempla de forma tópica e expressa hipóteses de responsabilidade civil por ato ilícito; como regra geral, todavia, a ilicitude é condição da responsabilidade.” (MARTINS-COSTA, *Comentários...*, v.5, t.2, p. 187.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 1: Parte Geral, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas, p.88.

⁹¹ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, p. 188.

⁹² SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 53-54.

O Código Civil de 2002 trata da ilicitude nos artigos 186 e 187, introduzindo modificações pela delimitação de conceitos. Separaram-se as noções de ilicitude e responsabilidade civil (arts. 389 e seguintes e 927 e seguintes do Código Civil/2002), “indicando claramente que, por um lado, a responsabilidade civil é apenas um dos efeitos possíveis da ilicitude e, por outro, que a ilicitude é apenas um dos requisitos possíveis da responsabilidade”, conforme bem resume Ferreira da Silva.⁹³ Nesse compasso:

A culpa deixou de ser um pressuposto da ilicitude, tornando-se elemento contingente e vinculado às conseqüências do ato. Por sua vez, não só a conseqüência danosa em sentido estrito foi apanhada pelo conceito. Também a conduta contrária ao direito, mas não necessariamente causadora de dano (este pode encontrar-se em potência), foi abrangida, estabelecendo-se melhor proteção aos direitos de personalidade.⁹⁴

O ato ilícito, com o componente *culpa*, está previsto no art. 186 do Código Civil/2002 (CC/2002). Seus reflexos, que merecem especial atenção no contexto do dever de informar do médico, são o dever de indenizar por limitação ao exercício de direitos da personalidade (artigos 11 e 12 do CC/2002), por inadimplemento do contrato (art. 475 do CC/2002) e por dever de reparar o dano causado (art. 927 do CC/2002).

Com a entrada em vigor do Código Civil 2002, passou-se a conviver com a noção clássica de ilicitude, ligada à culpa e ao dano, a ilicitude “quando há contrariedade às normas de dever-ser postas no Ordenamento jurídico, mediante a violação de direito”⁹⁵, com base na avaliação objetiva especificada no art. 187 do Código Civil 2002, *verbis*: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Com esse artigo inovador em relação ao Código de 1916⁹⁶, as condutas indicadas no próprio Código de Ética Médica ganham maior amplitude e eficácia.

⁹³ SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 54.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 109.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, p. 188.

⁹⁶ Embora, num primeiro momento o art. 187 tenha sido relacionado com o art. 160, I, do CC/16, interpretado *contrario sensu*. Enquanto seu antecessor, o artigo 186, conceitua o ato ilícito e seus elementos de forma a

Nesse sentido, afirma Martins-Costa que:

[...] a ilicitude civil era vista, tradicionalmente, de forma amarrada à culpa, ao dano e à consequência indenizatória. O conceito de ilicitude civil não valia “por si”, não tinha um campo operativo próprio, era mera “condição” da responsabilidade civil. [...] A autonomia conceitual entre ilicitude, culpa e dano permite, por sua vez, uma sistematização própria dos vastíssimos casos de exercício jurídico inadmissível afastada da antiga idéias de “limites”[...] **podemos mais coerentemente pensar que o exercício dos direitos, poderes, faculdades, liberdades e situações é balizado por critérios que o conformam situacionalmente, segundo medidas de intensidade só averiguáveis no caso.**⁹⁷ (grifamos)

No caso do dever de informar no contrato de prestação de serviços médicos, a autora verifica a atuação do artigo no seguinte exemplo:

[...] se o caso envolver relação pré-contratual de serviços médicos, em que é patente a assimetria de poderes informativos – pensamos, por exemplo, em uma cirurgia plástica estética – a boa-fé comandará a avaliação da qualidade e a extensão das informações pré-contratuais prestadas pelo médico ao paciente, de modo a se estabelecer se ocorreu ou não relação causal entre o dano acaso existente e o “consentimento informado”, isto é, o dever pré-contratual de ampla informação, alerta e esclarecimento ao paciente;⁹⁸

Ademais, guardar o princípio da probidade e boa-fé é dever dos contratantes, na conclusão e execução do contrato, nos termos do art. 422 do Código Civil/2002⁹⁹.

Exemplo dessa falha no dever de informar, na fase pré-contratual, verifica-se no precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a seguir descrito.

Realizada cirurgia estética na região do abdômen, teve a autora dificuldades no pós-operatório quanto à cicatrização; ajuizada a demanda, em grau de recurso, reconhecido não ter o cirurgião obtido o consentimento informado da paciente, porquanto desconhecia esta os

avaliar o comportamento do próprio sujeito da ação ou omissão, o artigo 187 permite que valores éticos e sociais sejam exigidos como parâmetro no exercício dos direitos.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf>> Acesso em: 25 set. 2008, p. 13 e p. 21.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁹⁹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

riscos cirúrgicos e indicações para o tratamento pós-operatório, quando deveria ter evitado o tabagismo; não foi atingido o resultado pretendido, decorrendo, pelo contrário, dano estético.

O não esclarecimento acarretou dificuldades na cicatrização que, além de não permitirem o resultado esperado, determinaram uma piora na aparência da paciente, quando, por óbvio, pretendia o embelezamento.¹⁰⁰ Sabendo o médico se tratar de paciente fumante e dos riscos desse hábito para o sucesso do procedimento cirúrgico, o agir leal determinava que transmitisse ao paciente essas informações, cabendo a este avaliar sua disposição para privar-se do vício.

No caso em pauta, afirmou a autora-paciente ter realizado uma série de exames laboratoriais que atestavam sua aptidão para enfrentar o procedimento cirúrgico, porém, não consta do acórdão alusão sobre não ter sido alertada sobre os riscos do tabagismo no processo de cicatrização. Os médicos, por sua vez, alegaram ter utilizado a melhor técnica e ser o resultado negativo próprio ao organismo da paciente. Os julgadores conceberam a obrigação dos médicos como de resultado, por se tratar de cirurgia estética, posição a que nos contrapomos anteriormente, fazendo coro à propagada necessidade de revisão desse posicionamento. Mas, como no caso foi compreendida a obrigação como de resultado, seria da responsabilidade dos profissionais demonstrar a ausência de culpa. Especificamente sobre consentimento informado, o acórdão traz sua última linha de argumentação para condenar os médicos, afirmando ter sido aquele inexistente “em relação aos riscos da cirurgia e possibilidades de resultados negativos, inclusive quanto ao aspecto da alegação de tabagismo e sua influência na cicatrização malformada.” Neste ponto, sobressai-se a necessidade de um prontuário bem produzido que retrate o processo dialógico que levou ao consentimento informado, mormente enquanto viger a noção de que a cirurgia meramente estética encerra uma obrigação de resultado.

Outra demanda de mesma natureza foi ajuizada contra clínica de cirurgia estética, pretendendo o ressarcimento de paciente submetida a procedimento de *peeling*. Alega que

¹⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70009295981. Relator: Dr. Ney Wiedemann Neto. Julgada em: 15 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

quando da contratação apenas foi informada de que todas as marcas e rugas presentes no seu rosto seriam retiradas, nada dizendo os médicos sobre as sequelas e dores decorrentes do tratamento. Foi julgada improcedente a demanda e mantida a decisão no Tribunal, considerando que a prova coligida nos autos comprovou ter sido a paciente suficientemente informada de todos os detalhes do procedimento na consulta preliminar, bem como inexistir nexo de causalidade entre os fatos narrados e os danos alegados. Neste caso, ressalta-se nas alegações da autora a idéia de resultados certos e imediatos da cirurgia estética. Consta do relatório que a autora previa uma convalescença de 48 horas, tendo esta se prolongado por um mês. Não ficou provado ter sido esta a informação dada pelos médicos, mas, com todas as incertezas das reações orgânicas de cada indivíduo, uma precisão neste ponto seria totalmente desprovida de boa-fé¹⁰¹.

Como visto, no direito legislado, a responsabilidade civil do médico por falha no dever de informar, no âmbito do contrato oneroso de serviços médicos, vem amplamente regradada, tanto como direito básico do consumidor, quanto como agir regrado pelo princípio da boa-fé objetiva, no direito comum. Há, ainda, o regramento ético, elaborado guardando as especificidades do tipo de atividade, no qual também o dever de informar vem contemplado, como veremos a seguir.

A.2 – O regramento ético

No âmbito ético, as regras da boa prática médica estão positivadas no Código de Ética Médica (CEM), estabelecido pela Resolução do CFM 1.246, de 08 de janeiro de 1988, publicada no Diário Oficial da União de 26 de janeiro de 1988.

Miguel Reale, comentando o revogado Código de Ética Médica, publicado no Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 1965, fazia a seguinte referência:

¹⁰¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70009315268. Relatora: Dr^a Marta Borges Ortiz. Julgada em: 01 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

[...] deve-se notar que o Código de Ética Médica em vigor, além de preceitos éticos, envolve outros de natureza jurídico-penal, e até mesmo de responsabilidade civil, o que só se explicaria com relação àquela zona normativa fronteira em que as regras jurídicas andam “pari passu” com as de ordem moral, sendo difícil, quando não impossível, distinguir uma das outras.¹⁰²

A observação, embora referida em relação ao antigo código de ética, também é válida ao código em vigor desde 1988. As normas estabelecidas são de múltiplas naturezas, inclusive quando tratam do dever de informar do médico.

No âmbito estritamente administrativo, com base em ambos os códigos (1965 e 1988), as penalidades são aplicadas pelos Conselhos de Medicina, conforme dispõe a Lei Federal 3.268/57. A competência dos Conselhos vem estabelecida no art. 2º da lei¹⁰³; o artigo 20 amplia o poder dos conselhos a todos que se propuserem ao exercício da medicina, mesmo que não legalmente registrados¹⁰⁴; o artigo 21 reforça a competência dos conselhos; e o artigo 22 estabelece as penas¹⁰⁵. Em prosseguimento, a Lei Federal 3.268/57 estabelece as regras de julgamento pelos Conselhos e a Resolução 1.464, de 6 de março de 1996, aprova o Código de Processo Ético-Profissional¹⁰⁶.

¹⁰² REALE, Miguel. O Código de Ética Médica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 66, n. 503, p. 47-53, set. 1977, p. 50.

¹⁰³ Art . 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente.

¹⁰⁴ Art . 20. Todo aquele que mediante anúncios, placas, cartões ou outros meios quaisquer, se propuser ao exercício da medicina, em qualquer dos ramos ou especialidades, fica sujeito às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da profissão, se não estiver devidamente registrado.

¹⁰⁵ Art . 21. O poder de disciplinar e aplicar penalidades aos médicos compete exclusivamente ao Conselho Regional, em que estavam inscritos ao tempo do fato punível, ou em que ocorreu, nos termos do art. 18, § 1º. Parágrafo único. A jurisdição disciplinar estabelecida neste artigo não derroga a jurisdição comum quando o fato constitua crime punido em lei.

Art . 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

[...]

¹⁰⁶ A análise destes regramentos descabe neste estudo, considerando os limites do tema ora proposto.

As normas éticas cumprem especial função quando se supera a imagem da codificação oitocentista de um juiz adstrito ao direito legislado. Como é impossível ao legislador prever todas as situações jurídicas, e constitui tendência preencher lacunas reportando-se a princípios, muitas regras, sobretudo no Código Civil de 2002, são estabelecidas mediante cláusulas gerais¹⁰⁷. Em particular, tem relevo o disposto no art. 113 do CC/2002 que define: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”

Como já referido, o dever de informar do médico, no processo dialógico do consentimento informado, promove a autonomia do paciente, preservando o livre desenvolvimento de sua personalidade, fundamento do princípio da dignidade humana e de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CRFB/88).

Cientes dessa eficácia jurídica das normas éticas em nosso sistema jurídico, passemos ao exame do tratamento da informação no Código de Ética Médica.

A.2.1 – O sigilo na informação

A primeira referência à informação está nos princípios fundamentais que regem o CEM, e diz respeito à questão do sigilo, valor consagrado no juramento atribuído a Hipócrates, sempre ponderado com casos em que a informação seja relevante para a comunidade¹⁰⁸. França, comentando esse artigo do CEM, ressalta que o sigilo é um direito do paciente, bem como uma conquista da sociedade, e, como tal, deve ser mantido, salvo expressa autorização de quem é de direito, ou por justa causa e dever legal. A justa causa não estaria prevista em lei, mas justificada no atendimento de necessidades imprescindíveis; o que

¹⁰⁷ “A cláusula geral permite a flexibilização da vinculação do juiz à lei, à medida que, ao estabelecer o reenvio a princípios ou a outras normas jurídicas, permite ao julgador a concreção da norma através de síntese judicial, através do caso concreto.” (PEIXOTO, Ester Lopes. A tutela da engenharia genética: reflexões sobre a sua concretização no âmbito do direito privado. In MARTIS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 602)

¹⁰⁸ Art. 11º - *O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.*

está definido em lei seria o dever legal. Refere, ainda, a implicação jurídico-penal do rompimento do dever, que seria crime tipificado no art. 157 do Código Penal¹⁰⁹.

O segredo quanto às informações compartilhadas entre médico e paciente, é abordada em um capítulo destacado do CEM (Cap. IX, artigos 102-109)¹¹⁰. No caso de pacientes portadores do vírus da AIDS, a Resolução nº 1665/2003 do Conselho Federal de Medicina afirma que o sigilo profissional que liga os médicos entre si e cada médico a seu paciente deve ser absoluto, notadamente em relação aos empregadores e ao serviço público. É vedado ao médico transmitir a informação de que o paciente é portador do vírus HIV, salvo nos casos previstos em lei, por justa causa ou mediante autorização expressa do paciente. Diante do medo e do preconceito gerados no meio social em relação aos portadores do vírus HIV, as normas éticas determinam que esta informação seja resguardada, reforçando a proteção da privacidade destas pessoas.

O art. 103 do CEM destaca a proteção à informação na hipótese de paciente menor. Com o início da vida sexual em idade cada vez mais precoce ocorre, muitas vezes, de o menor confiar ao médico detalhes íntimos, bem como se aconselhar quanto a métodos de

¹⁰⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p.26-27.

¹¹⁰ **Capítulo IX - Segredo Médico**

É vedado ao médico:

Art. 102 - Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.

Parágrafo único: Permanece essa proibição: a) Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido. b) Quando do depoimento como testemunha. Nesta hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento.

Art. 103 - Revelar segredo profissional referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente.

Art. 104 - Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exhibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em programas de rádio, televisão ou cinema, e em artigos, entrevistas ou reportagens em jornais, revistas ou outras publicações leigas.

Art. 105 - Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 106 - Prestar a empresas seguradoras qualquer informação sobre as circunstâncias da morte de paciente seu, além daquelas contidas no próprio atestado de óbito, salvo por expressa autorização do responsável legal ou sucessor.

Art. 107 - Deixar de orientar seus auxiliares e de zelar para que respeitem o segredo profissional a que estão obrigados por lei.

Art. 108 - Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso.

Art. 109 - Deixar de guardar o segredo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial. (Grifamos).

contracepção, quando os próprios pais desconhecem essa realidade. Porém, tendo o menor em questão condições de discernimento suficientes para fazer suas escolhas, o segredo dessas informações deve ser resguardado pelo médico que o assiste¹¹¹.

A.2.2 – A informação como conselho ¹¹²

Prosseguindo na análise do CEM, o capítulo referente aos direitos do médico, especificamente, observa-se, no art. 21 “o de indicar o procedimento adequado ao paciente, desde que observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País.” Como se vê, é um direito limitado, segundo o qual os parâmetros das práticas aceitas e das normas legais têm seu campo de ação. Examinando a limitação do médico na indicação de antibióticos, que seguem padronização de uso em hospitais, Coutinho afirma ferir a ética médica o profissional que prescreve indiscriminadamente determinado antibiótico, tão-somente porque leu artigo ou recebeu amostras que o qualificam como “o último e mais eficaz antibiótico lançado”, cedendo à pressão do *marketing*.¹¹³

No capítulo *responsabilidade profissional*, estabelece que o médico é responsável pelas próprias indicações, mesmo quando diversos outros profissionais tenham assistido o paciente.¹¹⁴ Surge no art. 32 o consentimento do paciente ou seu responsável, em dois aspectos: relacionado a responsabilidade do médico do ato *praticado* e o do ato *indicado*. Assim, em tese, responderia no Conselho de Ética Médica o profissional que apenas indicou cirurgia sem informar de seus riscos, mesmo que não a realizasse de fato, na hipótese de, sendo realizada por outros profissionais, viessem os riscos a se efetivarem.

Existe registro de decisão judicial nesse sentido: paciente recebeu indicação de cirurgia de retirada das veias safenas de ambas as pernas do médico “A”, que a atendeu em

¹¹¹ Nesse sentido o comentário de FRANÇA, *Comentários...*, p. 172.

¹¹² Aqui, no sentido de opinião sobre o que se deve fazer.

¹¹³ COUTINHO, Léo Meyer. *Código de Ética Médica comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 35.

¹¹⁴ Art. 31 - Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 32 - Isentar-se de responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal.

Posto de Saúde. Essa cirurgia foi realizada no Hospital “X” pelos médicos “B” e “C”. Após a intervenção, a paciente passou a sofrer dores de grande intensidade no pé esquerdo, que a levaram a um quadro depressivo, pois não conseguia realizar tarefas cotidianas. Ajuizada demanda reparatória, invertido o ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, em sentença, foi condenado o médico “A”, por não ter cumprido seu dever de informar quando indicou a cirurgia, deixando de esclarecer a paciente sobre o risco comum na espécie, de lesão do nervo safeno, provável causa das dores. Também condenado o hospital onde se deu a cirurgia, por ter-se omitido de cumprir seu dever de informar, deixando de confirmar se todos os cuidados pré-operatórios haviam sido tomados, inclusive o de esclarecer a paciente. Em grau de recurso, foi afastada a preliminar de nulidade da sentença arguida, no sentido de que os seus fundamentos eram alheios à causa de pedir e de ilegitimidade passiva arguida pelo médico “A”. Considerou-se que a causa remota “seria o fato gerador do direito, ou seja, o fato que constituiria a culpa do demandado”. Além disso, repousaria “a causa de pedir na culpa “lato sensu”, colorida pelas introdutoras a que se refere o artigo 1.545 do CC/16”. Assim, a sentença “não transbordou a causa de pedir exposta na lide, pois a culpa “lato sensu” inclui a obrigação do médico em seguir os ditames da boa conduta médica, não somente quanto à clínica, mas também quanto à deontologia médica [...]”. Da mesma forma, não houve ilegitimidade passiva do médico “A”, pois “a condenação do réu deu-se pelo fato de ele ter faltado com o dever de informação quanto aos riscos do procedimento levado a efeito na autora, demonstrando negligência quanto a este dever¹¹⁵. No precedente, cabe discutir a questão do nexa causal - se teria este sido interrompido - o que faremos no momento oportuno.

Coutinho afirma que, mesmo tendo sido contra-indicado pelo médico determinado procedimento e tendo o paciente firmado documento declarando ter conhecimento do risco e o assumido, a circunstância não irá isentar o médico de sua responsabilidade pelo ato contra-indicado e praticado. Exemplifica o autor com o seguinte caso hipotético: paciente pretende se sujeitar a cirurgia de redução de mama ou de varizes; o médico ao examiná-la diagnostica insuficiência renal leve, ainda assintomática, porém suficiente para contra-indicar a cirurgia por haver risco acima do normal. Diante da contra-indicação, insiste a paciente, firmando documento em que se declara ciente do risco acentuado e assume a responsabilidade pelo

¹¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70012108171. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Julgada em: 22 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

procedimento cirúrgico. Segundo Coutinho, não cabe sustentar a isenção de responsabilidade do médico no caso de a paciente vir a falecer em razão da desestabilização orgânica decorrente da insuficiência renal diagnosticada¹¹⁶. Estaria o médico assumindo o risco de realizar o procedimento, sendo co-causador do dano.

França destaca a importância de se discutir, diante do teor do art. 32, o valor do consentimento. Pondera que a noção corrente “é a de que ele representa uma delegação de poderes para aquilo que necessariamente deve ser feito”. Mas tal entendimento não libera o médico da obrigação de esclarecer o paciente sobre o tratamento proposto, mesmo que em determinados momentos isso seja feito a seus parentes. Afirma que o consentimento que se resguarda no CEM é o esclarecido, “aquele obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender e considerar razoavelmente uma proposta ou uma conduta, isenta de coação, influência ou indução”. Em razão disso, o consentimento é “condição indispensável da relação médico-paciente”. Avalia ainda o autor ser desnecessário que as informações sejam tecnicamente detalhadas e minuciosas, bastando que se caracterizem como “corretas, honestas, compreensíveis e legitimamente aproximadas da verdade que se quer informar (princípio da informação adequada)”. Lembra que, no prosseguimento do tratamento, sempre que houver mudanças significativas nos procedimentos terapêuticos, é necessário tomar o que chama de “consentimento continuado”.¹¹⁷ Por fim, salienta França a verdadeira natureza do consentimento informado, como uma “proposta” para “a proteção dos interesses do paciente” e não como “meio de suprimir a responsabilidade ética ou legal do médico.”¹¹⁸

A.2.3 – A informação como prevenção quanto a riscos decorrentes de condições de trabalho ou de outras determinantes sociais

Também é responsável o médico por informar ao paciente sobre os riscos relativos às condições de trabalho ou a determinantes sociais, ambientais e profissionais para sua enfermidade, bem como defeso indicar atos médicos desnecessários ou proibidos legalmente

¹¹⁶ COUTINHO, *Código de Ética...*, p. 47.

¹¹⁷ FRANÇA, *Comentários...*, p. 64.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 65.

no país (arts. 40 e 41 do CEM)¹¹⁹. França considera esses dispositivos como adequados a uma sociedade que passou a entender o ato médico além do *tratar doenças* e percebe no exercício da Medicina verdadeiro ato político em prol da saúde do trabalhador.

Nesse contexto, esclarecer o trabalhador é forma de inserir a atuação do médico nas necessidades sociais do cidadão. A doença passa a ser vista não como um fato isolado, e muda-se o foco da doença para a saúde, alargando-se os horizontes de ação do médico, de indivíduo isolado para agente transformador do meio em que vive, e permitindo, nessa condição, que ele seja capaz de “*influir decisivamente na remoção das causas geradoras das doenças*”, educando as pessoas a fim de prevenir que sofram inutilmente com doenças evitáveis e curáveis.¹²⁰

A.2.4 – A vedação à indicação de procedimentos discutíveis

O art. 42 do CEM veda atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País. Atos *desnecessários* seriam tanto “os procedimentos cirúrgicos de indicações forçadas e discutíveis, mas também os exames subsidiários irrelevantes e a prescrição medicamentosa excessiva.” Como atos *proibidos* pela legislação destacam-se o aborto e a eutanásia. França cita em seus comentários alguns atos médicos a respeito dos quais inexistente norma legislativa aplicável, mas que causam discussão no âmbito ético, entre eles a definição como experimental do procedimento cirúrgico de alongamento peniano, nos termos da Resolução nº 1.478/97.¹²¹ Ganhou notoriedade demanda proposta por médico andrologista que anunciava a técnica como cientificamente respaldada e eficaz, pretendendo fosse declarada a nulidade da referida resolução, e não obtendo êxito em julgamento em primeiro grau de jurisdição realizado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.¹²²

¹¹⁹ Art. 40 - Deixar de esclarecer o trabalhador sobre condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos responsáveis, às autoridades e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 41 - Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

¹²⁰ FRANÇA, op. cit., p. 73-76.

¹²¹ FRANÇA, *Comentários...*, p. 75.

¹²² Conforme informação do site: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>> Acesso em 29 ago. 2008.

Nas propagandas veiculadas em revistas especializadas em medicina estética se percebe o quanto esta área teve seus tratamentos mercantilizados. Um olhar atento a periódico que tematiza a beleza como valor permite colher dados interessantes, como os que obtivemos em relação à revista *Plástica e Beleza*. O editorial da revista evoca o surgimento da idéia de investir no segmento medicina estética: a euforia de muitos cirurgiões plásticos com o número de pacientes que os procuravam depois de estes terem divulgado seus trabalhos no caderno de saúde da antiga revista *Manchete*¹²³. No corpo da edição surgem anúncios de cirurgias de abdômen, implante de glúteo, lipoaspiração e lipoescultura, mamoplastia, entre outros, sempre ilustrados com fotos de modelos de corpo perfeito. No mesmo exemplar do periódico, o anúncio aqui já referido promete um *lifting* que seria a “solução rápida e exclusiva para os excessos de final de ano”. Embora não advindo de profissionais médicos, chama a atenção a inserção de profissional da área de “Fisioterapia Dermato Funcional”, que, sem abrir mão das fotos “antes” e “depois”, conclama: “Livre-se de estrias, manchas, celulite, gordura, pelos... Faça agora as pazes com o espelho.”¹²⁴

Poder-se-ia dizer que nada mais natural que a publicidade faça essa espécie de apelo, não fosse se tratar de tratamentos médicos, em última análise, que dependem de diversos fatores orgânicos, não sendo possível garantir um resultado final padronizado. Mais delicado fica o problema quando sabemos o poder de vinculação da oferta no Direito do Consumidor (art. 30), anteriormente mencionado.

A.2.5 – O consentimento esclarecido como regra ética

A questão relativa ao esclarecimento do paciente e ao consentimento prévio dele ou de seu responsável legal, seguindo a origem desse tipo de debate, foi destacada no capítulo de Direitos Humanos (artigos 46, 48 e 53), não sem razão.¹²⁵

¹²³ EDITORIAL. *Plástica e Beleza*, São Paulo, v. 11, n. 100, 2009, edição especial, p. 8.

¹²⁴ FISIOTERAPIA dermato funcional. *Plástica e Beleza*, São Paulo, v. 11, n. 100, 2009, edição especial, p. 115.

¹²⁵ É vedado ao médico:

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

Art. 48 - Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de **decidir livremente** sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

O texto consagra a necessidade de esclarecimento e consentimento prévio do paciente ou responsável, reforçando a idéia de autonomia do enfermo, pois veda ao médico exercer sua autoridade em desrespeito ao que o paciente livremente decidir sobre sua pessoa e, inclusive, sobre seu bem estar. É defeso ao médico desrespeitar o interesse do paciente, não se questionando qual seja esse interesse. Por certo, são feitas as ressalvas para os casos de emergência, mas, no centro das vedações relativas aos direitos humanos, estão as idéias de informação, consentimento prévio e autonomia do paciente ou seu responsável.

No caso dos seguidores da religião *Testemunhas de Jeová*, que não admitem transfusão de sangue, Genival França¹²⁶ pondera que, nos casos de risco iminente de morte, em nome do princípio da beneficência, deve o médico realizar a transfusão, a despeito da contrariedade do paciente ou de seu familiar, afirmando:

Subordinar a licitude de um ato médico inadiável e necessário à vontade do enfermo ou de seus familiares é simplesmente transformar o médico em mero locador de serviços. O médico, nestes casos, poderá decidir tecnicamente o que é melhor e mais razoável para seu paciente.

Comenta ainda França orientação do CREMESP (Conselho Regional de Medicina de São Paulo), a qual ele considera tímida, pois, nas hipóteses de negativa do paciente ou dos familiares que o acompanhem, recomenda o referido Conselho que o médico recorra à autoridade policial ou judiciária para preservar sua posição. Entende que o profissional pode recorrer às autoridades para, no máximo, garantir sua proteção física pessoal, mas nunca “para fazer o que é necessário e imprescindível”. Para o autor, esta postura tipifica o crime de omissão de socorro, *verbis*:

Um médico que deixa de realizar uma transfusão de sangue diante de um iminente perigo de vida, simplesmente porque o paciente ou seus familiares não permitem, comete omissão de socorro.

Art. 53 - **Desrespeitar o interesse e a integridade de paciente**, ao exercer a profissão em qualquer instituição na qual o mesmo esteja recolhido independentemente da própria vontade.

Parágrafo Único: Ocorrendo quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou psíquica dos pacientes a ele confiados, o médico está obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina. (Grifamos).

¹²⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 194.

Essa solução cômoda e simplista não pode merecer amparo na consciência contemporânea.¹²⁷

A opinião de França está de acordo a Resolução nº 1021/80 do Conselho Federal de Medicina, que assim conclui:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.¹²⁸

Goldim faz ponderações no sentido de preservação tanto das convicções do médico, quanto do paciente:

A restrição à realização de transfusões de sangue pode gerar no médico uma dificuldade em manter o vínculo adequado com o seu paciente. Ambos têm diferentes perspectivas sobre qual a melhor decisão a ser tomada, caracterizando um conflito entre a autonomia do médico e a do paciente. Uma possível alternativa de resolução deste conflito moral é a de transferir o cuidado do paciente para um médico que respeite esta restrição de procedimento.

Revela Goldim, igualmente, em relação aos seguidores da crença religiosa antes referida, dados que podem auxiliar o médico na sua tomada de decisão:

Os seguidores desta denominação religiosa - Testemunhas de Jeová - estão muito bem organizados para auxiliarem as equipes de saúde no processo de tomada de decisão. Existem Comissões de Ligação com Hospitais, que são constituídas por pessoas que se dispõem a ir ao hospital prestar assessoria visando o melhor encaminhamento possível ao caso. A Comissão de Ligação de Hospitais dispõe de um cadastro de médicos que pode ser útil em tais situações.¹²⁹

Em situações menos extremas, algumas ponderações referidas por França bem situam a questão dos limites entre o ético e o jurídico. Avalia o autor ser mais flexível a avaliação do consentimento do paciente sob o prisma ético, uma vez que, mesmo as pessoas legalmente incapazes devem ter seu direito de informação respeitado, considerando-se o nível de sua compreensão. Exemplifica com o caso de portadores de doenças mentais, postulando que não

¹²⁷ FRANÇA, *Direito...*, p. 195.

¹²⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1021/80*. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novoportal/index5.asp>> Acesso em: 21 mar. 2009.

¹²⁹ GOLDIM, José Roberto. *A transfusão de sangue nos Testemunhas de Jeová*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/transfus.htm>> Acesso em: 07 mar. 2009.

devem ter seu direito à informação afastado sem uma avaliação cuidadosa do caso. Por outro lado, sustenta França que o princípio da autonomia não é absoluto, havendo situações em que será condicionado ou limitado por outros princípios, “pois nem sempre o indivíduo está em condições físicas, psíquicas ou culturais de receber as informações necessárias, por não compreendê-las, por não avaliá-las ou simplesmente sem condições de decidir”. Nessas situações, considera o comentarista, em que pese o princípio da autonomia refletir nossa própria dignidade, é o médico a “pessoa técnica, psicológica e legalmente habilitada para decidir”.¹³⁰

A ênfase na autonomia acima referida ganha reforço no capítulo referente aos pacientes e familiares (Capítulo V, art. 56 do CEM)¹³¹.

França enfatiza o direito do paciente de conhecer a verdade sobre seu diagnóstico e a isso opõe o que denomina *paternalismo* do exercício médico, definido pelo autor como “atitude coativa do ato médico como justificativa de beneficiar o paciente”. Esse direito à informação tem cunho de direito fundamental e está ressaltado em documentos “como a Carta dos Direitos do Paciente, o Projeto de Libertação dos Doentes Mentais e a Declaração dos Direitos das Pessoas Mentalmente Deficientes, defendidos pelo Comitê Médico dos Direitos Humanos, Serviço Legal de Assistência aos Pacientes e Assembléia Geral das Nações Unidas, respectivamente [...]”¹³².

Porém, no mesmo capítulo do CEM, a controvertida questão do *privilégio terapêutico* surge como valor a ser ponderado (art. 59 do CEM)¹³³.

Explicam Beauchamp e Childress que o privilégio terapêutico tem bases “num julgamento fundamentado do médico de que divulgar a informação seria potencialmente prejudicial ao paciente que está deprimido, emocionalmente esgotado ou instável”¹³⁴.

¹³⁰ FRANÇA, *Comentários...*, p. 107 e 1p. 12.

¹³¹ **Capítulo V - Relação com Pacientes e Familiares**

É vedado ao médico:

Art. 56 - **Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas**, salvo em caso de iminente perigo de vida. (Grifamos)

¹³² FRANÇA, *Comentários...*, p. 93.

¹³³ Art. 59 - **Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.** (Grifamos).

Nas hipóteses de *privilégio terapêutico*, ainda segundo os autores, o conteúdo das informações a serem resguardadas pelo médico varia conforme disposições legais. Tanto podem abranger qualquer informação que possa determinar deterioração na condição do paciente, como estabelecer que o privilégio terapêutico somente englobe aquelas informações que determinarem uma consequência séria a sua saúde. Porém, para os autores:

A formulação mais restrita é análoga a uma circunstância de incapacidade: o privilégio terapêutico só pode ser validamente invocado se o médico tiver razões para crer que a revelação tornaria o paciente incapaz de consentir ou recusar o tratamento.

E concluem: “invocar o privilégio terapêutico nessas condições não entra em conflito com o respeito à autonomia, pois o paciente não seria capaz de uma decisão autônoma no nível necessário”.¹³⁵

A.2.6 – Informação e abuso de autoridade

Ainda no que concerne ao conteúdo da informação, o CEM veda o exagero no estabelecimento da gravidade do caso, tanto quanto ao diagnóstico, quanto ao prognóstico (art. 60)¹³⁶. A intenção é evitar que o médico abuse de sua autoridade, estimulando preocupações exageradas no paciente que determinem uma relação de dependência com o profissional, comprometendo a autonomia do paciente na tomada de decisões, seja por interesses financeiros, para justificar cobrança de valores mais vultosos pela consulta, seja por mera vaidade, para ressaltar habilidade profissional, seja, ainda, por insegurança do profissional em sua competência para avaliar o doente. O desconhecimento do paciente, no caso, pode permitir o agir abusivo do médico¹³⁷.

¹³⁴ In *Princípios de Ética Biomédica*, p. 172. (grifamos)

¹³⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 172.

¹³⁶ Art. 60 - Exagerar a gravidade do diagnóstico ou prognóstico, ou complicar a terapêutica, ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

¹³⁷ Nesse sentido FRANÇA, *Comentários...*, p. 113 e COUTINHO, *Código...*, p. 73.

Prossegue o CEM estabelecendo condições que regram a renúncia do médico no atendimento de determinado paciente. Entre elas esta a exigência de que o paciente ou seu responsável legal seja previamente comunicado e de que todas as informações referentes ao caso sejam repassadas ao profissional que prosseguirá no atendimento (art. 61) ¹³⁸.

A.2.7 – A imprescindibilidade do preenchimento correto do prontuário médico

As informações devem constar do prontuário médico, cuja elaboração é obrigatória, nos termos do art. 69 do CEM¹³⁹. Registra França a falta de preocupação que o médico brasileiro tem, em geral, com a elaboração cuidadosa do prontuário, a despeito do seu valor probante nas contestações sobre possíveis irregularidades. Aconselha o autor que seja registrada não apenas a anamnese, “mas todo acervo documental padronizado, ordenado e conciso, referente ao registro dos cuidados médicos prestados e aos documentos anexos”. Também se deve “anotar os dados de identificação do paciente, assim como a quantidade e a qualidade das informações recebidas¹⁴⁰”.

Ademais, o paciente tem direito ao acesso a este prontuário, conforme o art. 70 do CEM¹⁴¹. Nesse sentido, afirma França que “o prontuário pertence ao paciente, como forma de garantia de seus interesses e de seus direitos”, tem o paciente “disponibilidade permanente das informações que possam ser objeto de necessidade de ordem social, médico ou jurídico”. Porém, ressalva que “não existe nenhum dispositivo ético ou jurídico que determine ao médico ou ao diretor de instituição de saúde entregar os originais do prontuário, de fichas de ocorrência ou de observação clínica a quem quer que seja, autoridade ou não, porque ‘ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei’”.

¹³⁸ Art. 61 - Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º - Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou seu responsável legal, **assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder**. (Grifamos).

¹³⁹ **Capítulo V - Relação com Pacientes e Familiares**

É vedado ao médico:

Art. 69 - Deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente.

¹⁴⁰ FRANÇA, *Comentários...*, p. 128 e 129.

¹⁴¹ Art. 70 - Negar ao paciente acesso a seu prontuário médico, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionar riscos para o paciente ou para terceiros.

A guarda do prontuário é obrigatória por dez anos, após podendo ser incinerado ou substituído, nos termos da Resolução CFM nº 1.333, de 21 de setembro de 1989¹⁴².

Entendemos que, embora não seja o profissional obrigado a fornecer o original do prontuário, deve ser garantido ao paciente o acesso aos originais, mesmo que permaneçam estes sob a guarda do médico.

A.2.8 – Informação nos procedimentos de contracepção e fecundação artificial

No que concerne à questão da contracepção e à fecundação artificial, o CEM é bem preciso em suas vedações, enfatizando a autonomia do paciente e detalhando a informação oferecida a este (artigos 67 a 71)¹⁴³.

Na indicação do método de contracepção, o médico, sem desrespeitar a decisão do paciente, deve esclarecer "sobre a indicação de cada processo, sua segurança, sua reversibilidade, seus riscos e desvantagens em relação à saúde de quem ele assiste"¹⁴⁴. Recorrentes são os casos judiciais em que, por exemplo, reclama a autora não ter sido informada do risco de voltar a engravidar depois de realizada laqueadura de trompas. É dever do profissional bem esclarecer sua paciente sobre os riscos, embora mínimos, de voltar a engravidar depois da cirurgia de laqueadura de trompas. Deve-se avaliar nesses casos se os danos alegados tinham relação de causa e efeito com ausência de informação, pois a conduta em si é eticamente reprovável e legalmente ilícita.

¹⁴² FRANÇA, op. cit., p. 129-130.

¹⁴³ Art. 67 - Desrespeitar o direito do paciente de **decidir livremente** sobre o método contraceptivo ou conceptivo, **devendo o médico sempre esclarecer sobre a indicação, a segurança, a reversibilidade e o risco de cada método.**

Art. 68 - Praticar fecundação **artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento.**

Art. 69 - Deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente.

Art. 70 - Negar ao paciente acesso a seu prontuário médico, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionar riscos para o paciente ou para terceiros.

Art. 71- **Deixar de fornecer laudo médico ao paciente, quando do encaminhamento ou transferência para fins de continuidade do tratamento, ou na alta, se solicitado.** (grifamos)

¹⁴⁴ FRANÇA, *Comentários...*, p. 126.

A reprodução assistida segue as normas da Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que trata do consentimento informado como princípio geral, assim estabelecendo suas bases:

3 - 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 RA¹⁴⁵ 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. Grifamos.

Quanto aos pacientes submetidos ao procedimento de reprodução assistida, ressalta-se a importância do consentimento informado realizado de forma livre e consciente, para o qual entendemos essencial seja bem cumprido o dever de informar, *in verbis*:

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, **desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado**.

2 - Estando casada ou em união estável, **será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado**. Grifamos.

Por outro lado, no aspecto da doação de gametas ou pré-embriões, vige o dever de sigilo, como se verifica nas seguintes disposições:

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo **sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores**. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, **resguardando-se a identidade civil do doador**.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um **registro de dados clínicos de caráter geral**, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.¹⁴⁶ Grifamos.

¹⁴⁵ Reprodução Assistida.

¹⁴⁶ Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novoportal/index5.asp>> Acesso em: 01 set. 2008.

A.2.9 – O consentimento informado na Convenção de Oviedo¹⁴⁷

Merece destaque aqui, por ter consagrado regras jurídicas no âmbito internacional, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo), adotada e aberta à assinatura em 04/04/1997, com entrada em vigor na ordem internacional em 1º/12/1999, estabelecida pelo Conselho da Europa. A referência às regras da Convenção neste capítulo referente às normas éticas decorre da possibilidade de virem a servir como fundamento para decisões judiciais quando necessário em casos que não encontrem correspondência legal ou jurisprudencial em nosso sistema jurídico.

Somente para tratar do consentimento informado, dedica a Convenção seu Capítulo II, estabelecendo, como regra geral, seja este prestado pela pessoa em causa, de forma livre e esclarecida, antes de qualquer intervenção no domínio da saúde. Prossegue afirmando que a informação deve ser adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, e dar conta das conseqüências e riscos desta. Além disso, estabelece ser livremente revogável o consentimento.

Quanto aos que careçam de “capacidade de consentir”, ressalta que a intervenção somente poderá ocorrer havendo benefício direto da pessoa em questão. Cada vez mais, a opinião do menor deve ser considerada como fator determinante, considerando sua idade e grau de maturidade. A intervenção em deficiente mental dependerá da autorização de representante, autoridade ou pessoa ou instância designada pela lei; porém, na medida do possível, o interessado deverá participar do processo de autorização.

São ressalvadas na Convenção as situações de urgência, nas quais poderá se proceder a intervenção médica indispensável ao benefício do doente. Ademais, se houver vontade anteriormente manifestada, esta será levada em conta¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>> Acesso em: 01/09/2008.

¹⁴⁸ CAPÍTULO II
Consentimento
Artigo 5.º

No Capítulo III, estabelece a Convenção regras sobre vida privada e direito à informação, garantindo que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações com a sua saúde e, também, garante a qualquer pessoa conhecer toda informação recolhida sobre sua saúde”. Por outro lado, determina seja respeitada a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada sobre sua saúde. Excepcionalmente e no interesse do paciente, a lei poderá restringir esse direito à informação e à garantia de não ser informada¹⁴⁹.

Regra geral

Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

Artigo 6.º

Protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento

1 - Sem prejuízo dos artigos 17.º e 20.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efectuada em seu benefício directo.

2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei.

A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização.

4 - O representante, a autoridade, a pessoa ou a instância mencionados nos n.os 2 e 3 recebem, nas mesmas condições, a informação citada no artigo 5.º

5 - A autorização referida nos n.os 2 e 3 pode, em qualquer momento, ser retirada no interesse da pessoa em questão.

Artigo 7.º

Protecção das pessoas que sofram de perturbação mental

Sem prejuízo das condições de protecção previstas na lei, incluindo os procedimentos de vigilância e de controlo, bem como as vias de recurso, toda a pessoa que sofra de perturbação mental grave não poderá ser submetida, sem o seu consentimento, a uma intervenção que tenha por objectivo o tratamento dessa mesma perturbação, salvo se a ausência de tal tratamento puser seriamente em risco a sua saúde.

Artigo 8.º

Situações de urgência

Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não puder ser obtido, poder-se-á proceder imediatamente à intervenção medicamente indispensável em benefício da saúde da pessoa em causa.

Artigo 9.º

Vontade anteriormente manifestada

A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta.

Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>> Acesso em: 1 set. 2008.

¹⁴⁹ CAPÍTULO III

Vida privada e direito à informação

Artigo 10.º

De todo o analisado, podemos afirmar que o dever de informar do médico vem plenamente respaldado por normas éticas e jurídicas.

Porém, não basta o estabelecimento de regras; é necessário preenchermos o conceito deste dever de informar, tarefa que não se mostra simples, considerando o contexto da doença ou do procedimento médico, do impacto de algumas revelações e mesmo da relevância, para o paciente ou seus familiares, do conhecimento de determinados detalhes de sua moléstia e respectivo tratamento.

Buscando explicitar este universo complexo, passaremos, então, a analisar a amplitude e o conteúdo dos deveres informativos do médico.

B – Amplitude e conteúdo dos deveres informativos

A definição da amplitude e conteúdo no dever de informar do médico é objeto de análise no campo ético e jurídico. Na busca de delimitar a amplitude e o conteúdo desse dever, por primeiro examinaremos o agir médico sob o prisma da ética, no surgimento e decorrer do contrato médico. Essa compreensão de agir ético será transportada para o âmbito jurídico, caminho inverso do percorremos na análise das bases normativas. Essa escolha se deve ao fato de entendermos correto caracterizar inicialmente um agir leal no estabelecimento do contrato de prestação de serviços médicos, que irá preencher diversas cláusulas gerais inseridas nos textos legislativos, sobretudo o princípio da boa-fé objetiva, quando levado o caso a juízo.

Vida privada e direito à informação

1 - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde.

2 - Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada.

3 - A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2.

Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>> Acesso em: 1 set. 2008.

B.1 – Ética e consentimento informado no contrato de prestação de serviços médicos

No campo ético, a construção do conceito de consentimento surgiu da necessidade de a própria atividade do profissional se desincumbir do seu dever de informar. As características do aprendizado do médico, a definição do que informar, a redução do consentimento a uma autorização firmada pelo paciente, entre outros elementos, levaram a uma evolução que partiu de um conceito estático do consentimento informado para chegar a um conceito dinâmico, o qual abriga um processo dialógico entre médico e paciente.

B.1.1 – A dificuldade da precisão na informação numa atividade de contínuo aprendizado

Em obra que nos foi apresentada por Menezes Direito e Cavaliere Filho¹⁵⁰, Atul Gawande, quando médico residente de cirurgia no Brigham & Women's Hospital, em Boston, Estados Unidos, coloca de forma clara as incertezas da medicina, sob o ponto de vista do profissional de saúde.

Embora advindas de profissional que exerce sua atividade em sociedade, cujo sistema jurídico apresenta uma tradição bastante diversa da romano-germânica, suas constatações mostram-se comuns à atividade médica em geral. Assim observa o autor:

Desejamos que a medicina seja um campo de conhecimento e procedimentos ordenados. Mas não é. É uma ciência imperfeita, um empreendimento de conhecimentos em estado de mutação constante, de informações incertas, de indivíduos falíveis e, ao mesmo tempo, de vidas em risco. Sim, há ciência no que fazemos, mas também há hábito, intuição e por vezes, pura e simplesmente, adivinhação, palpite. A distância entre o que sabemos e o que temos como meta persiste. E esta distância complica tudo que fazemos.¹⁵¹

¹⁵⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13: arts .927 a 965, p. 439.

¹⁵¹ GAWANDE, Atul. *Complicações: dilemas de um cirurgião diante de uma ciência imperfeita*. Tradução Ana Deiró. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002, p.16.

Em seu relato de casos, Gawande mostra, com sinceridade tocante, o modo como o médico, sobretudo o médico residente, que está numa condição de aprendiz, lida com a informação a ser dada ao paciente.

Narra, por exemplo, a primeira vez que realizou o procedimento de introdução de um cateter venoso central num paciente que se recuperava de uma cirurgia e necessitava de alimentação intravenosa. Na sua primeira semana de treinamento cirúrgico, informou ao paciente, de forma simples, o procedimento, que consistiria na introdução de um tubo no seu peito com anestesia local e, na sequência, de um segundo tubo “especial” para o fim que se pretendia. No entanto, confessa: “O que eu não disse foi que o tubo tinha 20 centímetros de comprimento e entraria em sua veia cava, o principal vaso sanguíneo de seu coração”. Também não disse como o procedimento seria complexo. Quanto aos riscos, apresentou como “ligeiros”, algo como uma “hemorragia ou colapso pulmonar”, com incidência, em mãos experientes, de um caso em cada cem. Não informou, entretanto, que suas mãos não eram exatamente experientes. O paciente, então, concedeu sua permissão e, mesmo com pequenos erros devidos à pouca experiência, o procedimento chegou ao fim com sucesso.¹⁵²

Salienta Gawande, que o processo de aprendizado em medicina é uma constante, que vai além do período de residência, estendendo-se ao atendimento em consultório. Na área em que o autor atua, as inovações são incessantes e não restam alternativas aos cirurgiões, se não utilizá-las. Deixar de utilizar novas técnicas representaria “negar aos pacientes avanços médicos significativos”; sendo, contudo, os perigos do aprendizado “inescapáveis”.¹⁵³ Nesse sentido, Gawande admite: “No final, os pacientes, de fato, acabam se beneficiando – com frequência imensamente -, mas os primeiros pacientes podem não se beneficiar e podem até ser prejudicados”.¹⁵⁴

Como se vê, do ponto de vista médico, o profissional equaciona inúmeras incertezas, o que, em determinadas situações, choca-se com o direito à informação devida ao paciente, considerando sua condição vulnerável em relação ao médico, embora seja o dever de conselho, juntamente com os deveres de cuidados e abstenção do abuso ou desvio de poder, inerentes ao contrato médico¹⁵⁵.

¹⁵² Ibid., p. 22.

¹⁵³ Ibid., p. 37.

¹⁵⁴ Ibid., p. 39.

¹⁵⁵ DIAS, *Da responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1, p. 256.

O que as ponderações do autor nos mostram de forma clara é que o médico também tem sua vulnerabilidade. Essa não pode ser ignorada, mas ponderada, na hora do exame dos casos concretos, como parte das circunstâncias pessoais em que está inserido o profissional.

B.1.2 – Informação, recomendação e conselho

O dever de informar do médico não se resume ao oferecimento de *pura* informação, a qual, segundo Sinde Monteiro, “esgota-se na comunicação de factos objetivos, estando ausente uma (expressa ou tácita) “proposta de conduta””. O médico, além de oferecer a pura informação, presta conselho e recomendação. O conselho “contém pois um juízo de valor acerca de um acto futuro do aconselhado, em regra ligado a uma explicação”. Já a recomendação é entendida como “comunicação sobre boas qualidades acerca de uma pessoa ou de uma coisa [...]”. Distinguem-se conselho e recomendação pela intensidade.¹⁵⁶

Savatier já salientava a importância do dever de conselho, nos seguintes termos:

[...] evidencia-se que o médico não seria apenas um técnico. A natureza de sua arte faz dele também um conselheiro, um protetor do doente. Este último, por definição, é um ser fragilizado, que confia seu corpo a proteção do médico. A natureza da prestação do médico é tal que o doente, ser humano, se coloca inteiro à disposição do médico. **A compreensão de tais poderes tem por contrapartida os deveres particulares de proteção e conselho, exteriores a técnica propriamente dita.**¹⁵⁷
Grifamos.

Ou seja, verifica-se uma verdadeira autonomia do dever de informar, pois seu cumprimento é independente do sucesso ou não do tratamento.

¹⁵⁶ SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 14-15.

¹⁵⁷ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, v. 2, p.380. Tradução livre de: En poussant l’analyse, on remarque que le médecin ne saurait être seulement un technicien. La nature de son art fait aussi de lui un conseil, un protecteur du malade. Ce dernier est, par définition, un faible, que confie son corps a la protection du médecin. Et la nature de la prestation médicale est telle que le malade, être humain, se met tout entier, dans bien des cas, à la merci du médecin. L’entendue de tels pouvoirs a pour contre-partie des devoirs particuliers de sauvegarde et de conseil, extérieurs à la technique proprement dite.

A diferenciação entre *recomendação*, *informação* e *conselho* é difícil na vida prática, sendo “os três conceitos na sua essência parentes próximos – o aspecto comum reside na possibilidade de influenciarem a vontade do informado – que justifica o igual tratamento de princípio que tradicionalmente lhes é concedido.¹⁵⁸” O médico e outros profissionais liberais dão conselhos e informações a título profissional. Nesses casos, os indivíduos que a eles recorrem não possuem conhecimentos técnicos ou factuais para embasar uma decisão, e tais profissionais estariam capacitados para esclarecê-los.

O autor cita estudo clássico de Larenz que classifica a informação em quatro grupos. O primeiro grupo seria aquele em que o contrato tem justamente por objeto a informação, dirigindo-se a este fim. O segundo grupo seria aquele em que a informação é prestada no âmbito de uma relação negocial já existente, porém não é dirigida à prestação de informações, embora uma das partes a isso se ofereça de uma forma geral, ou no transcorrer da relação se mostra disposta a fornecer à contraparte uma informação. O terceiro seria a informação prestada durante negociações preparatórias de um contrato. O quarto grupo englobaria a informação prestada por terceiro sem a intenção de estabelecer relação negocial além deste contato único¹⁵⁹.

Entendemos que a informação, na prestação de serviços médicos, enquadra-se no que Sinde Monteiro classifica como “informação como dever de prestação acessório ou dever lateral”¹⁶⁰, uma vez que, em última análise, pretende o paciente o tratamento para sua moléstia.

Sinde Monteiro salienta que na “área da responsabilidade civil reside no facto de os conselhos, recomendações ou informações darem em toda a regra somente origem aos chamados danos pura ou meramente patrimoniais [...]”, pensando mais em situações que representem perda de oportunidades negociais, sem afetar a vida, a saúde ou a propriedade. No caso objeto desta dissertação, o defeito na informação atinge esses bens, portanto, passível de gerar, para além dos danos patrimoniais, danos extrapatrimoniais.

¹⁵⁸ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...*, p. 17.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 47

Porém, em termos de alteridade, concordamos com Sinde Monteiro quando afirma:

Por outro lado, o conselho ou a informação só podem dar origem a um dano quando o destinatário neles confiou, agindo em concordância, o que significa que na cadeia causal que conduz ao dano se encontra, como causa intermediária, a vontade do próprio lesado, já que ninguém é obrigado a seguir um conselho.¹⁶¹

Enfatiza que aquele que recebe a informação poderá por si só analisar de sua adequação, ou procurar outra fonte para confrontá-la. Na atividade médica, caso o processo de consentimento informado siga as normas da boa prática médica e os limites jurídicos, não pode o médico responder pelo que o paciente autonomamente decidiu.

Chama atenção Sinde Monteiro para o fato de que nos contatos do dia-a-dia muitos conselhos e informações são lançados sem que a própria pessoa que faz a declaração possa avaliar seu real valor para uma tomada de decisão daquele que a recebe. Por isso, há que ter cuidado com a interpretação incorreta de que toda informação transmitida com negligência poderia fundamentar um ação de indenização. Isso limitaria o contato social e a própria liberdade de expressão.

Não é o caso dos médicos, sobretudo no contrato ora examinado. A informação por eles prestada se inclui entre aquelas transmitidas por profissionais tidos aos olhos públicos como competentes. O elevado grau de confiança depositado na palavra desses profissionais é uma exigência da segurança do tráfico jurídico¹⁶².

A ideia recorrente ao longo dos séculos era que o dever de indenizar dependia do dever jurídico de informar. Em tese, não haveria responsabilidade por informações dadas com negligência, a menos que se tenha obrigado por contrato, como no caso dos médicos. Segundo Sinde Monteiro:

[...] não é nenhum acaso o entendimento, pelo dobrar do século, de que esta liberdade só devia ser limitada por uma vinculação contratual livremente assumida ou pela violação de princípios fundamentais de ordem jurídica. Isso está em consonância com a idéia motriz da livre concorrência naquela época: era lícito (entendia-se) a uma pessoa prosseguir os interesses económicos próprios mesmo com o risco de, ao fazê-lo, causar a terceiros, negligentemente, um dano patrimonial.¹⁶³

¹⁶¹ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...*, p. 25.

¹⁶² *Ibid.*, p. 26.

¹⁶³ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...*, p. 34.

E acrescenta:

O dador da informação não pode assim tipicamente ser visto como um altruísta; os seus interesses são do mesmo teor, embora contrapostos aos daquele que a recebe e a utiliza, pois ambos pretendem obter um lucro, ou em todo caso garantir e melhorar a sua situação patrimonial.¹⁶⁴

Esse entendimento quanto à informação era condizente com as regras de mercado, que seguiam o princípio do *laissez faire*. Na Alemanha, isso se estabeleceu no § 676 do BGB, tornando difícil uma proteção mais eficaz a quem recebia e confiava na informação. A noção de dolo eventual por vezes servia para abranger os casos de negligência grave, bem como a noção de violação dos bons costumes servia para estabelecer um “mínimo ético”. Essas soluções foram efetivamente utilizadas, mas as ações, salvo casos crassos, não eram bem sucedidas frente à dificuldade de prova. A evolução da doutrina fez aparecer a importância para imposição da responsabilidade por negligência da *culpa in contrahendo* e institutos similares, como a responsabilidade pela confiança¹⁶⁵.

Essa concepção da informação também era condizente com uma “sociedade na qual o elemento estático tinha grande peso”. Assim:

[...] a categoria do ato jurídico servia perfeitamente bem para explicar (e quase esgotar) a fenomenologia da ação humana na ordem jurídica”, porém “a imobilidade não é, contudo, compatível com a vida e, muito menos, com a atual configuração do capitalismo pós-industrial.¹⁶⁶

Importa ao contrato de prestação de serviços médicos a mudança da noção de ato para atividade negocial. O Código Civil 2002, como ensina Martins-Costa, ao substituir a categoria de ato jurídico para negócio jurídico, “viabilizou a compreensão da importante categoria da atividade negocial”. O dever de informar do médico faz parte deste processo que deve culminar com o esclarecimento do paciente suficiente a uma escolha autônoma, tomada por consentimento informado.

¹⁶⁴ Ibid., p. 35.

¹⁶⁵ Ibid., p. 36.

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, v. 5, t., p. 98-99.

B.1.3 – A mudança de enfoque na concepção de consentimento informado

Como antes referido, a noção do consentimento informado, contaminada pelo desenvolvimento de uma medicina defensiva, vem sendo reduzida “a um documento escrito, denominado “Termo de Consentimento Informado ou Termo de Consentimento Livre e Esclarecido”¹⁶⁷. No campo ético, entretanto pode-se dizer que é um conceito em evolução. Isso porque o objetivo a ser alcançado com o consentimento informado tem sofrido uma gradativa mudança de enfoque desde sua primeira referência histórica. Hoje, na análise de Beauchamp e Childress, entende-se, em campo ético, que os procedimentos para o consentimento informado pretendem, além de informar, possibilitar a escolha autônoma, protegendo os pacientes ao mesmo tempo em que incentiva os médicos a agir de forma responsável em suas intervenções¹⁶⁸.

Beauchamp e Childress, na tentativa de aprimorar o conceito de *consentimento informado*, referem que, muitas vezes, confunde-se *consentimento informado* com *decisão conjunta*, tomando-se esses termos como sinônimos. A busca da decisão conjunta é um modelo válido, porém o consentimento informado, processo que se desencadeia no tempo, é único e insubstituível. Afirmam os autores *verbis*:

A decisão conjunta é um ideal válido na medicina, mas ela não define nem substitui o consentimento informado. Vendo o consentimento informado como um processo que depende de tempo, podemos evitar o modelo da decisão conjunta e o modelo de um único ato.¹⁶⁹

Os autores entendem o consentimento informado como um “processo que ocorre no tempo”, afastando-se da tendência de resumir sua essência a um formulário assinado. São dois os sentidos do consentimento informado: (a) como autorização autônoma de um indivíduo para uma intervenção médica, pela qual expressa concordância com a proposta, autorizando sua realização e (b) como expressão das regras sociais de consentimento nas instituições, que devem obtê-lo validamente para procedimentos terapêuticos. Nesse sentido, o consentimento

¹⁶⁷ FERNANDES; PITHAN, O consentimento..., p. 78.

¹⁶⁸ BEAUCHAMP; CHILDRESS, *Princípios...*, p. 162.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 163.

informado não é ato necessariamente autônomo e, por vezes, são as autorizações tampouco significativas, revertendo-se numa simples autorização, como antes referido¹⁷⁰.

À nossa análise, o primeiro sentido de consentimento é mais adequado. Seus elementos são enumerados por Beauchamp e Childrens em: (1) competência; (2) revelação; (3) entendimento; (4) voluntariedade e (5) consentimento. A propósito, afirmam os autores:

Um indivíduo dá um consentimento informado para uma intervenção se (e, talvez, somente se) for capaz de agir, receber uma exposição completa, entender a exposição, agir voluntariamente e consentir na intervenção.¹⁷¹

Enfatizando a importância do consentimento, Beauchamp e Childrens sistematizam os elementos presentes num processo de autorização consciente:

I. Elementos iniciais (precondições): 1. Capacidade¹⁷² (de entender e decidir) e 2. Voluntariedade;

II. Elementos de informação: 3. Revelação (da informação material), 4. Recomendação (de um plano) e 5. Entendimento (dos itens 3 e 4);

III. Elementos do Consentimento: 6. Decisão (em favor de um plano) e 7. Autorização (do plano escolhido).

Caso haja recusa, os elementos do item III transformam-se em Elementos de Recusa.

A capacidade referida aqui não se confunde com o conceito técnico, tendo por base a

afirmação do valor da pessoa como titular da sua própria esfera de personalidade, a qual, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade, fundamenta-se no reconhecimento da dignidade da própria pessoa humana.¹⁷³

¹⁷⁰ BEAUCHAMP; CHILDRESS, *Princípios...*, p. 165.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 165.

¹⁷² A palavra *capacidade* não é aquela comumente ligada à noção de sujeito de direito, conceito, por si só, ambíguo como afirma Martins-Costa no artigo MARTINS COSTA, Judith. Capacidade de consentir na esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346. A capacidade, aqui, se comunica com “a complexa realidade física, psíquica, espiritual e contingencial dos seres humanos, com a sua concreta desigualdade.” Como bem ponderou a autora: “Por detrás da ficção jurídica temos as pessoas de corpo, mente e alma e os seus interesses, patrimoniais, extrapatrimoniais e existenciais, ligados à esfera da personalidade humana, temos a sua relação consigo mesmo, no espaço da exclusividade pessoal e temos a sua interação com os outros, a sua ação no intermundo.” (*Ibid.*, p. 314).

Com frequência apresentada como única condição do consentimento informado, merece especial tratamento a questão da *revelação*, objeto de litígio civil em situações de

[...] dano causado ou à propriedade de alguém, intencionalmente ou por negligência, por uma conduta do médico em **não revelar algo**, um dano medido em termos de perdas monetárias. Esse enfoque resulta da necessidade, por parte do sistema legal, de um dispositivo que possa ser usado para avaliar os danos e as responsabilidades.
¹⁷⁴(grifamos)

Porém, no âmbito moral, “o consentimento informado está mais ligado às escolhas autônomas dos pacientes e dos sujeitos de pesquisa do que às responsabilidades dos profissionais como agentes de revelação”. Descrevem o processo como um formular e responder perguntas entre profissionais da saúde e paciente, pelo qual, mais do que revelar informações, pretende-se “descobrir as informações relevantes e decidir como ordená-las e usá-las”.

O acento na autonomia não faz, porém, com que a revelação deixe de ser um tópico central na opinião dos autores: “As perspectivas, as opiniões e as recomendações do profissional são, com frequência, essenciais para uma decisão sensata”¹⁷⁵.

Como *revelações essenciais*, Beauchamp e Childress elencam os seguintes elementos: (1) fatos ou descrições que pacientes considerem importantes para consentir ou recusar a proposta do profissional de saúde; (2) informações que o profissional entende necessárias; (3) recomendação profissional e (4) natureza e limites do consentimento como ato de autorização.

O entrelace entre os deveres de informar ético e jurídico, tem por suporte o agir leal, por conseqüência, sua análise no campo jurídico tem por norte o princípio da boa-fé objetiva. Assim, no campo ético, o aprofundamento do vínculo médico-paciente revelará, no processo de consentimento, o conteúdo e a amplitude das informações. No âmbito jurídico, esse agir deverá ser avaliado a partir do princípio da boa-fé objetiva.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 789, p. 21-47, jul. 2001, p. 24.

¹⁷⁴ BEAUCHAMP; CHILDRESS, *Princípios...*, p. 167.

¹⁷⁵ BEAUCHAMP; CHILDRESS, *Princípios...*, p. 167.

B.2 – Aspectos importantes na análise jurídica do conceito de consentimento informado

Como já afirmamos, o dever de informar incluído no processo que leva ao consentimento informado é um reclamo da proteção da autodeterminação do paciente, que permitirá o livre desenvolvimento de sua personalidade e uma das formas de preencher o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado de Direito.

Em matéria jurídica, não há uma delimitação conceitual de “consentimento informado”, e nem poderia existir, pois é um processo que se estabelece entre médico e paciente, do qual o dever de informar é um elemento importante, mas não o único. Por isso, abordaremos aspectos que devem ser considerados no diálogo médico-paciente que leva ao consentimento informado, sob o ponto de vista jurídico.

B.2.1 – Conteúdo das informações dadas ao paciente

Ainda que as circunstâncias particulares variem grandemente, existe um conteúdo informativo mínimo a ser dado a conhecer ao paciente.

Aguiar Jr. afirma:

O médico deve esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado.¹⁷⁶

Para Fabian o médico deve informar sobre a forma da intervenção e sobre todos os riscos possíveis. Os raros são excetuados da obrigação.

Assim considerando, o risco de uma gravidez depois de uma laqueadura de trompas poderia ser considerado raro, portanto, fora do dever de informar? Não é o que recomendam

¹⁷⁶ AGUIAR JÚNIOR, Responsabilidade..., p. 36.

as Câmaras Técnicas do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS), em parecer datado de 2004¹⁷⁷.

A Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre fez consulta as Câmaras Técnicas de Ginecologia e Obstetrícia do Cremers porque membro do Ministério Público teria afirmado que, em casos de processo contra médico por “falha” na esterilização tubária, a definitiva forma de defesa do médico seria a prova de realização do exame de histerossalpingografia, que demonstraria a efetiva obstrução tubária bilateral. Diante de tal afirmação, os ginecologistas ligados ao município estavam dispostos a solicitar, rotineiramente, o referido exame, logo que realizada a esterilização tubária. No entanto, o procedimento iria encarecer demasiadamente a conta hospitalar, findando por inviabilizar a prática deste tipo de esterilização. A Câmara entendeu excessiva a indicação do exame como rotina, considerando que o risco de recanalização tubária seria de 0,1% a 0,5% dos casos, em seu maior percentual 1 em cada 200 casos, o número de exames desnecessários seria de 199 para um. Além desse fator, ainda foi considerado que o exame não é isento de riscos, tem alto custo e, por si só, pode causar a desobstrução tubária, considerando seu custo/benefício totalmente desfavorável. Manifestaram-se, ainda, os conselheiros no sentido de que a informação constante do termo de consentimento informado, bem como a explicação verbal, clara e compreensível, sobre o risco de falhas, é bastante para resguardar o médico em processos judiciais. Ou seja, mesmo diante de um risco mínimo, aconselha o Cremers que a informação seja oferecida ao paciente¹⁷⁸.

Note-se que a solução objeto da consulta, de realização de procedimento a atestar a efetiva obstrução tubária bilateral, representaria a utilização de um meio oneroso, não isento de riscos, num procedimento em que a possibilidade de nova gravidez é baixíssima.

Ao tratar dos riscos raros, Dias Pereira afirma:

Se aceitarmos que o médico está obrigado a informar de todos os riscos graves, mesmo que raros, estamos a defender uma solução que recusa todo o paternalismo e a colocar nas mãos do paciente toda a informação necessária para que este se

¹⁷⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer nº 74/2004 Assunto: Realização de Histerossalpingografia após Ligadura Tubária. In: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO GRANDE DO SUL. Câmaras Técnicas. *Pareceres selecionados*: Porto Alegre: Stampa, 2006, p. 148-149.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 148-149.

autodetermine responsabilmente. Porém, este caminho da hiper-informação pode assumir três tipos de desvantagens.¹⁷⁹

As três desvantagens referidas pelo autor seriam: a) a baixíssima utilidade dessa informação para a maioria dos pacientes; b) o crescimento da litigiosidade, incentivando o desenvolvimento da medicina defensiva e, em decorrência, c) o risco de transformar o consentimento informado, nas palavras de Dias Pereira, em um

calvário de extensos formulários prevendo todo e qualquer risco, ao invés de ser um momento de diálogo terapêutico que visa, a um tempo, criar um ambiente humano que favorece a própria relação médico-paciente e que permite o livre desenvolvimento da personalidade deste último.¹⁸⁰

Nessa perspectiva, vê-se o dever de informar afastado do seu caráter instrumental na construção do consentimento informado, levando a soluções defensivas e, inclusive, egoístas, pois prejudica toda a sociedade, já submetida a um sistema de saúde bastante fragilizado.

B.2.2 – Informação e escolha do paciente

O consentimento informado tem por fundamento garantir a escolha autônoma do paciente, fato que é especialmente importante quando o paciente, por alguma convicção, recusa um tratamento, ou tem a possibilidade de escolha entre duas linhas de procedimentos, cada uma com seus riscos próprios.

Porque aplicável no contrato de prestação de serviços médicos o direito do consumidor, a renúncia deve ser entendida de forma restrita:

[...] antes da renúncia o paciente deve saber, em geral, qual é a sua doença e o tratamento possível e quais são os riscos do tratamento. Temos a opinião que a iniciativa da renúncia não deve ser do médico e essa deve ser declarada clara e expressamente. [...] No direito médico, o respeito da autonomia do paciente é, com

¹⁷⁹ DIAS PEREIRA, André Gonçalo. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) *Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 454.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 455.

toda a certeza, um elemento essencial das tarefas do médico, do ponto de vista ético e do direito.¹⁸¹

Caso típico é o da já analisada recusa dos Testemunhas de Jeová de se submeter a transfusão de sangue. Como antes referido, o Conselho Federal de Medicina editou resolução que torna possível realizar a transfusão, mesmo em contrariedade com a manifestação do paciente ou seu familiar, nos casos de risco de morte. Porém, mais uma vez cabe o conselho ético de, havendo oportunidade, entrar em contato com médico adepto da mesma crença ou utilizar tratamento alternativo.

Essa orientação vai ao encontro da opinião de Fabian, que afirma que, quando dois tratamentos são possíveis, mas apresentem riscos ou efeitos colaterais diferentes, o paciente deve ser informado sobre essas alternativas. Acrescenta ser também dever de informar do médico a existência de outro profissional com equipamentos mais modernos indicados para o tratamento, porém não precisa informar quando “pode garantir o nível de atendimento que é atualmente reconhecido pela comunidade científica dos médicos”.¹⁸²

B.2.3 – Prognósticos graves

Nos prognósticos graves, deve-se conciliar o dever de informar com a necessidade de manter a esperança do paciente, a fim de evitar a angústia e o desespero. Já o “*desenlace fatal*” deve ser comunicado ao responsável pelo doente. “O prognóstico grave pode ser compreensivelmente dissimulado; o fatal, revelado com circunspeção ao responsável”¹⁸³. Na França, a jurisprudência nos últimos anos revela um desenvolvimento no sentido de um dever geral de informação, que consistiria num dever de informar em qualquer circunstância, exceto nos casos de urgência, de impossibilidade ou de recusa do paciente:

A informação deve abranger sobretudo os riscos graves, mesmos se eles sejam excepcionais, e mesmo se a intervenção seja, de qualquer forma, necessária, o que parece lógico, pois a recusa do paciente deve ser respeitada pelo médico. Enfim, as

¹⁸¹ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139 e p. 165.

¹⁸² *Ibid.*, p. 136.

¹⁸³ AGUIAR JÚNIOR, Responsabilidade..., p.36.

consequências do defeito de informação são apreciadas in concreto, a jurisprudência utiliza seguidamente a noção de perda de uma chance na matéria.¹⁸⁴

Têm-se destacado na imprensa os casos de pacientes ou familiares destes, com doenças graves ou em estado vegetativo permanente, que pretendem seja declarado seu “direito de morrer”¹⁸⁵. Esses casos extremos ainda necessitam de uma profunda análise tanto no âmbito ético como no jurídico. No Brasil, equivaleria a tratar da indução ao suicídio, conduta reprovada pelo sistema jurídico, tipificada como crime no Código Penal (art. 122).

B.2.4 – A informação na fase pré-contratual

Tratando de deveres pré-contratuais, nos quais se inclui o dever de informar do médico, embora se estenda este por todo o processo obrigacional, Martins-Costa pondera que “o dever de informar (em sentido amplo, abrangendo a recomendação e o conselho) tem pesos diferenciados subjetiva e objetivamente considerados”.

O peso subjetivo é avaliado conforme se trate de sujeitos que estejam em relativa paridade fática ou em relação de assimetria quanto ao acesso às informações relevantes ao contrato. Para equalizar o nível de informação entre as partes, essencial se estabeleça um processo interativo entre médico e paciente no contrato de prestação de serviços médicos. O peso objetivo deriva do tipo de relação pretendida, considerando os fins do contrato. Porém, certo é que a informação deve ser sempre verdadeira, e varia seu grau de exigência conforme o tipo contratual visado. No caso do contrato de prestação de serviços médicos, este grau é

¹⁸⁴ FOURNIER, Claude. et al. Précis d'évaluation du dommage corporel. Paris: L'Argus, 2001. AREDOC – Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel, p. 76. Tradução livre de: L'information doit donc porter sur tous les risques graves, même s'ils sont exceptionnels, et même si l'intervention était de toute façon nécessaires, ce qui paraît logique puisque le refus de soins par le patient doit être respecté par le médecin. Enfin, les conséquences du défaut d'information sont appréciées in concreto, la jurisprudence utilisant souvent la notion de perte de chance en la matière.

¹⁸⁵ Recentemente teve grande divulgação na imprensa mundial o caso da italiana Eluana Englaro, cujos pais, depois de a acompanharem por 17 anos em coma irreversível e de travarem uma longa batalha judicial, tiveram a autorização da justiça para deixá-la morrer. Eluana faleceu em 09/02/2009, depois de interrompida a alimentação que recebia por meio de sonda. <<http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/morre-eluana-englaro-420435.shtml>>, pesquisa em 22 de março de 2009. Outro caso recentemente divulgado na imprensa é o do casal de ingleses que sofria de câncer em estado terminal e recorreu à clínica Dignitas, especializada em realizar eutanásia, que desde 1940 oferece seus serviços na Suíça, enquanto na Inglaterra o procedimento é proibido. <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default2.jsp?uf=1&local=1&source=a2430204.xml&template=3898.dwt&edition=11859§ion=1014>> Acesso em: 22 mar. 2009.

maior do que quando há interesses contraditórios na relação de troca. Porém, a informação, independente da hipótese, deve ser verdadeira “*e sufficientemente* clara, consideradas as circunstâncias, isto é, se a relação entre profissional e leigo ou dois profissionais, ou dois leigos”¹⁸⁶.

Na hipótese da prestação de serviços médicos estão os sujeitos em situação de assimetria, estabelecida, em regra, entre profissional e leigo, com o fim de servir ao interesse alheio. A amplitude e o conteúdo da informação se guiará por estes parâmetros. Por certo, há exceções, por exemplo, quando o paciente é também médico, mas, mesmo assim, não deve lhe ser negada a informação verdadeira e clara.

B.2.5 - A informação e as espécies de obrigação

Ponto importante quanto ao conteúdo e à amplitude da informação a ser fornecida pelo médico passa pela distinção entre obrigações de meio e de resultado atribuída a Demogue e já referida neste trabalho.

Couto e Silva mencionava críticas à distinção entre obrigação de meio e de resultado, porém entendia que esta “serve bem para caracterizar a existência de certos deveres em cujo processo a obtenção do fim, embora certamente desejada, não constitui, por si só, critério para verificar se houve, ou não, adimplemento”¹⁸⁷.

¹⁸⁶ MARTINS COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Separata de A evolução do direito no século XXI, estudos em homenagem do professor doutor Arnoldo Wald. Coimbra: Almedina, 2007, p. 341.

¹⁸⁷ Em artigo publicado em nov./dez. de 2008, em edição especial da Rivista di Diritto Civile dedicada ao tema da reforma do Código Civil italiano, no que diz respeito ao direito das obrigações e do contrato, Giovanni D’Amico, analisa o tema da distinção entre obrigação de meio e de resultado na responsabilidade médica. Pondera que, mais do que uma distinção em crise, é, em verdade, obsoleta. A análise do autor reporta-se a uma mudança no exame do ônus da prova em processos de natureza obrigacional na jurisprudência italiana. Utiliza o exemplo da obrigação médica, porque, até então, a distribuição do ônus probatório na jurisprudência de seu país considerava se o ato médico era de *fácil execução* (de rotina), e intervenções difíceis. Na primeira espécie, o médico para afastar o nexo causal, pois seguiu as regras da arte, deveria provar que o dano decorreu de causa estranha que impossibilitou o resultado. A nova jurisprudência, válida para as obrigações em geral, aplicada à responsabilidade médica, a partir de 2004, atribuída ao paciente o dever de provar a existência do contrato e o agravamento da patologia e ao médico a prova do exato cumprimento do contrato. As observações do autor reportam-se a uma situação particular da realidade jurídica do seu país, entendemos que, em nossa análise, prevalece o valor da distinção, ao menos quando ao conteúdo da obrigação principal na responsabilidade médica, sem esquecermo-nos das exceções como a obrigação nas cirurgias estéticas,

Menezes Direito e Cavalieri Filho, no mesmo sentido, salientam a importância de se estabelecer se a obrigação do médico é de meios ou de resultados. Compreendem a obrigação do médico como de meio, regra geral. Assumir obrigação de curar o paciente seria contrariar a natureza das coisas. Assim:

O objetivo do médico é mesmo o de curar, o de salvar, mas muitas vezes enfrenta situações em que isso não é possível, por exemplo, em quadros terminais, seja em razão de doenças incuráveis, seja em razão de acidentes com extenso comprometimento de órgãos vitais, particularmente, nesse último caso, nas emergências dos hospitais. [...] O que o médico assume contratualmente é prestar todo o conhecimento e experiência, desvelo e assistência, usando os meios disponíveis no momento da ciência médica para obter a cura de seu paciente ou reduzir o seu sofrimento.¹⁸⁸

Nesse sentido, o dever de informar é anexo à obrigação principal que, em geral, nas relações médico-paciente é de meio. Os deveres anexos, ensinava Couto e Silva, resultam da incidência do princípio da boa-fé e “podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal”.¹⁸⁹ Esses deveres podem ser dependentes ou independentes. Alguns “têm vida própria e, graças a esta particularidade podem ser acionados independentemente da prestação principal”. Dependem da obrigação principal para surgirem, mas podem perdurar para além do seu cumprimento, afirma Couto e Silva¹⁹⁰.

O dever de informar, por outro lado, além de presente no desenvolvimento negocial, também se registra, talvez mais intensamente, no período pré-negocial, quando o paciente procura o médico em busca de uma avaliação de sua saúde e possível indicação terapêutica. Essa proximidade permite dizer que “não existe apenas uma relação ocasional e fortuita” entre os sujeitos da relação. Assim:

Tendo visado contratar estavam [os pré-contratantes] impulsionados por certa expectativa, derivada do escopo comum e da especial proximidade no arco dos contatos sociais que passaram a manter. Essa expectativa é, minimamente, a de que as negociações sejam sérias e conseqüentes, marcadas pela lealdade e probidade que

majoritariamente entendida como obrigação de resultado. Quanto à prova, cerne do raciocínio do autor, a rigor, prevalece a regra do art. 333, I, do CPC. Há a possibilidade de inversão do ônus, porém esta também não é automática, devendo ser analisada particularidades do caso pelo juiz. Nessa análise, importante o magistrado ter em mente a natureza da obrigação do médico e o que se pode exigir de sua conduta para considerá-la lícita. Os dados bibliográficos para consulta do texto de D’Amico estão completos na bibliografia deste trabalho.

¹⁸⁸ DIREITO; CAVALIERI FILHO, *Comentários...*, v.13, p. 436.

¹⁸⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 93.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 96.

é a pauta por excelência do agir civil (civiliter agere) delas não resultando danos injustos à sua pessoa e ao seu patrimônio.¹⁹¹

Por essa razão, conclui Miragem que o dever de informar é anexo aos decorrentes da obrigação principal, porém, mesmo considerando esta de meio, “a avaliação sobre o seu correto cumprimento ou não é independente do cumprimento do dever principal de prestação”, constituindo-se assim a obrigação de informar como de resultado¹⁹².

Dias Pereira chega a concluir da mesma forma no seguinte trecho: “[...] podemos considerar que a obrigação de fornecer uma informação completa e adequada reveste para o médico uma obrigação de resultado, contrariamente à obrigação de tratamento.”¹⁹³

Discordamos dessa conclusão. Modo geral, a obrigação do médico é de meios, mesmo quanto à informação. Tem ele o dever de informar o paciente, servindo essas informações como instrumento para a construção do consentimento informado. No entanto, assim como o tratamento, o conteúdo dessa informação não é perfeitamente delimitado, havendo apenas um mínimo estabelecido; parte do que será necessário informar partirá do paciente e de suas circunstâncias. Talvez o que realmente importe para garantir a autonomia do doente somente será “descoberto” no decorrer do processo de consentimento informado.

Importa a distinção entre as obrigações de meio e de resultado, ainda, quanto à distribuição da carga probatória:

[...] na obrigação de meio o credor (o paciente) deve provar que o devedor (o médico) não teve o grau de diligência dele exigível; ao contrário, na obrigação de resultado, essa prova incumbe ao médico, visto recair sobre ele uma presunção de culpa, que poderá ser elidida [...]¹⁹⁴

Como já referido anteriormente, de regra, incide o disposto no art. 333 do CPC, cabendo ao autor a prova de suas alegações, mas possível a inversão do ônus da prova. Neste contexto, importante o registro detalhado das informações trocadas no prontuário médico, bem como o estabelecimento do termo de consentimento para intervenções terapêuticas,

¹⁹¹ MARTINS COSTA, Um aspecto..., p. 313.

¹⁹² MIRAGEM, Responsabilidade civil..., p. 63.

¹⁹³ DIAS PEREIRA, *O consentimento...*, p. 195.

¹⁹⁴ KFOURI NETO, *Responsabilidade civil...*, p. 178.

depois de cientificado o paciente das informações necessárias sobre o procedimento a que irá se submeter.

B.2.6 – O dever de informar na cirurgia estética

Necessária uma rediscussão acerca de se tratar a cirurgia plástica como obrigação de resultado e também sobre a importância do dever de informar nessa espécie de cirurgia.

Célebre caso ocorrido na França é narrado por Aguiar Dias. Uma jovem senhora, sob a garantia de tratar-se de procedimento simples, submeteu-se a cirurgia para retirada de gordura das pernas, sobrevivendo complicações que determinaram a amputação de um de seus membros. Segundo o autor, o caso serviu mais para pronunciar uma reprovação contra a cirurgia estética, do que para punir a má conduta do médico. Porém, já nesse caso, podemos perceber que, dentre os muitos erros cometidos pelo cirurgião estético, salienta-se a falta de informação à paciente das reais características da intervenção cirúrgica, de seus riscos e do prognóstico do pós-operatório; entretanto estes não foram considerados, à época, como determinantes à condenação do cirurgião¹⁹⁵.

Como dito, doutrina e jurisprudência brasileiras, majoritariamente, consideram que a obrigação derivada dessa espécie de procedimento médico seria de resultado.¹⁹⁶ Por esse aspecto, especial relevância tem a informação, que deve ser detalhada, bem compreendida pelo paciente e registrada pelo médico, pois somente ela pode estabelecer os limites do resultado definido pelo cirurgião e esperado pelo paciente.

Destaca-se neste ponto caso levado ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁹⁷. A paciente submeteu-se a mamoplastia pretendendo reduzir o número do sutiã de 44 e 46 para

¹⁹⁵ DIAS, *Da responsabilidade...*, v. 1, p. 269.

¹⁹⁶ Referimo-nos, aqui, a cirurgia estético em geral. A doutrina costuma distinguir entre a cirurgia puramente estética e a cirurgia estética reparadora, a nosso ver, em ambas existe obrigação de meios. Sobre a distinção, ver: KFOURI NETO, *Responsabilidade civil...*, p. 182. Pondera o autor, no entanto, que, mesmo a cirurgia estética, em geral, “apresenta características comuns às demais cirurgias: as reações do organismo são imprevisíveis e conseqüências indesejadas podem sobrevir.” (Ibid., p. 180).

¹⁹⁷ PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0353126-2. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/djud/jurisprudencia>> Acesso em: ago. 2008.

38. Além de não obter este resultado, e os julgadores considerarem a obrigação como de resultado, teve problemas de cicatrização. No exame do caso, serviu de prova o prontuário da paciente. Ali havia registro de que o médico havia perguntado à paciente se ela já teria tido problemas de cicatrização, ao que esta respondeu ser “normal”, referindo ter sido submetida a três cirurgias anteriores. Também constava do prontuário seu desejo de redução de mamas para número 38 de sutiã. Em perícia técnica, concluiu-se que não seria possível a redução pretendida em razão de características físicas da paciente e que haveria um exame específico para estabelecer a possibilidade de redução. O prontuário não foi preenchido de forma detalhada, constando nele informações, mas não advertências feitas sobre eventuais riscos do procedimento. Com base nessa falha, entre outras razões referidas no aresto, foi julgada procedente a demanda.

Ainda bem nítido nesta decisão o entendimento da obrigação do médico como resultado. Sobre as cicatrizes, admite o julgador “que cada organismo responde de maneira diversa à cicatrização”, porém essa questão foi desconsiderada porque “frutos de uma cirurgia que não gerou o resultado pretendido, ou seja, além de não ter sido possível a redução tão almejada, ainda resultou em cicatrizes e quelóides, que como visto, diante do quadro apresentado, eram desnecessários”.

Na cirurgia plástica, o processo de formular perguntas e responder a elas, envolvendo profissional e paciente, conforme Beauchamp e Childress, tem especial importância para que saiba o profissional as reais expectativas do paciente e este tenha conhecimento dos benefícios e riscos que envolvem o procedimento cirúrgico. Somente com esta providência estará apto a dar seu consentimento de forma, realmente, autônoma.

Essa necessidade da informação clara é marcada por Martins-Costa no seguinte trecho, sobretudo considerando a condição dos participantes da relação:

Considerado o tipo da relação contratual visada, observa-se que numa relação de troca, com interesses contraditórios, o nível de exigência quanto ao grau (mas não quanto à veracidade) tem de ser menor do que quando a informação é tida em vista de uma atividade no interesse alheio (v.g, tratamento médico) ou a colaboração num fim comum (sociedade), conquanto, em qualquer caso, a informação prestada, **além de ser verdadeira, deva ser suficientemente clara, consideradas as**

circunstâncias, isto é, se a relação entre profissional e leigo ou dois profissionais, ou dois leigos.¹⁹⁸ (grifamos)

Apenas informar ao paciente o que se passa não basta; é necessário, por vezes, um conselho:

*Tanto a informação falsa quanto a lacunosa e a inexata podem comprometer o consentimento contratual. Por vezes é necessário apenas a informação (como informação sobre determinado dado de fato), por outras se ajunta à informação o conselho em que há, para além da exposição do fato, uma opinião esclarecedora sobre aquela situação de fato.*¹⁹⁹

No contrato de prestação de serviços médicos, esta observação é essencial e deve ser bem registrada no prontuário do paciente, não apenas como “arma” num possível processo judicial, mas como marca passo a passo do processo do consentimento informado.

B.2.7 – O “consentimento informado” e a autonomia do paciente no transcorrer de um procedimento

Além de esclarecer, ponto crucial na atividade médica, é necessário obter do paciente o chamado “consentimento informado” para intervenções cirúrgicas ou terapêuticas, somente dispensável em casos de urgência.

Um exemplo da mudança da visão *paternalista* do exercício da medicina e reforço na proteção do princípio da autonomia percebemos no entendimento de que, no caso de surgimento de fato novo durante uma cirurgia, o ideal seria suspendê-la para obter o assentimento do paciente, desde que sem risco para este²⁰⁰.

Em caso relativamente recente, registra-se exemplo da situação acima referida. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina proveu apelo interposto em ação movida por paciente

¹⁹⁸ MARTINS COSTA, Um aspecto..., p. 341.

¹⁹⁹ Ibid., p. 348.

²⁰⁰ AGUIAR JR., Responsabilidade civil..., p. 36.

que procurou assistência médica em razão de fortes dores abdominais. Diagnosticada como portadora de miomas que causariam as dores, foi aconselhada a realizar exame explorador de vídeolaparoscopia para retirada dos miomas, procedimento para o qual deu seu consentimento. Ocorre que, no decorrer da cirurgia, depararam-se os médicos com situação em que o ideal seria uma histerectomia, ou seja, a retirada total do útero, o que foi feito. No entanto, para esse procedimento não havia o consentimento da paciente e, no caso, houve, inclusive, conforme consta do julgado, evidente adulteração do termo *videolaparoscopia* para *histerectomia*.

Afirmaram os médicos, em sua defesa, que protelar a cirurgia de histerectomia no aguardo do consentimento esclarecido da paciente traria riscos maiores a sua saúde. No entanto, os elementos dos autos apontavam para a conclusão de que não se tratava de situação de “vida ou morte”, como referiu o relator do processo; portanto, estando a paciente anestesiada, necessário se esperasse sua volta à consciência e, somente depois de fornecida a “devida informação à paciente e seus familiares e após as devidas cautelas, como a obtenção de autorização para o ato cirúrgico”, seria possível realizar a cirurgia convencional. A decisão considerou que:

[...] a conduta dos médicos colocada à prova neste processo se enquadra sobremaneira no art. 951 do Código Civil de 2002, porquanto agiram com negligência ao decidirem pela **histerectomia**, quando cediço que referida decisão cabia à paciente, ora apelante, não havendo, no presente caso, como entender tenham os facultativos, como já se disse, agido, naquele momento, na salvaguarda da vida da apelante²⁰¹.

No caso, assumiram os médicos a chamada atitude *paternalista* em relação à paciente, desrespeitando sua autonomia, havendo, portanto, relação de causalidade entre os danos causados e o descumprimento do dever de informar.

B.2.8 – O dever de informar sobre riscos no uso de instrumentos e aparelhos médicos

²⁰¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Proc. nº. 2005.000232-2. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 28 set. 2008.

Num outro ponto se revela o dever de informar do médico: quanto aos riscos derivados do uso de instrumentos e aparelhos médicos. Aguiar Dias contrapõe-se ao que preconizava Savatier, o qual afirmava que, em se tratando de contrato, teria o cliente aceito, salvo culpa do médico, as consequências do uso dos aparelhos. Porém, de acordo com a visão mais ampla dos deveres contratuais hoje concebidos, Aguiar Dias defende que “o cliente, de ordinário, ignora os riscos dos instrumentos médicos”. Nesse ponto, salienta o dever de informar do médico, afirmando:

Se a aplicação do instrumento oferece riscos, é dever do médico advertir deles o cliente, respondendo pelas consequências danosas, se não o faz. Em outros termos: a aceitação dos riscos não se presume. Pode, entretanto, deduzir-se dos conhecimentos do cliente, do uso generalizado do instrumento e de outras circunstâncias de fato que os juízes saberão apreciar.

Por tudo isso, conclui:

Pensamos ter dito o suficiente para mostrar que a responsabilidade médica se define de maneira eminentemente casuística. Para melhor reconhecê-la ou afastá-la, o mais seguro critério é investigar o caso concreto, de acordo com os princípios gerais acima enunciados.²⁰²

B.2.9 – Conteúdo e amplitude do dever de informar do médico – análise caso a caso com incidência da boa-fé objetiva

A análise do conteúdo e da amplitude do dever de informar deve ser estabelecida caso a caso. Embora incidentes na relação regras do direito do consumidor, a relação médico-paciente não é uma relação de mercado. Ensejando um grau maior de aproximação entre os contratantes, a relação é pautada pela confiança, o que lhe fornece um cunho especial, pois requer se estabeleça um grau de intimidade que permita uma sincera troca de informações, possibilitando, assim, ao médico entender a melhor forma de informar aquele indivíduo em particular. Passa por este maior contato entre médico e paciente a avaliação do que seria a informação verdadeira e clara no caso concreto.

²⁰² DIAS, *Da responsabilidade...*, v. 1, p. 263.

Aguiar Dias especifica as situações em que considera o consentimento prévio do doente necessário:

a) nas operações cirúrgicas; b) na anestesia; c) na inoculação de vírus ou sêrum; d) no tratamento ou na investigação por meio de eletricidade ou radiologia; e) de modo geral, em tudo quanto possa oferecer perigo real mais ou menos certo. O consentimento deve ser dado com conhecimento de causa e não pelo doente mal informado.²⁰³

Mas, como dito, a informação a ser fornecida parte mais de um exame casuístico, não havendo, assim, hipóteses em que seja necessária e outras não. Sempre o médico, na relação que estamos estudando, deve informar o paciente, e o conteúdo e a amplitude deste dever depende da análise do caso concreto e, nesse ponto, serve o princípio da boa-fé objetiva, que deve pautar o agir dos contraentes em todo o decorrer do contrato (art. 422 CC/02 e art. 4º, III, do CDC).

Em seu amplo estudo sobre boa-fé objetiva, em obra de referência na bibliografia nacional, Martins-Costa, desde sempre afirma que esta não é apenas um reclamo à ética, como se vê nos seguintes segmentos abaixo transcritos:

[...] a potencialidade da boa-fé objetiva para atuar não como um vago cânone de ordem ética, um standard de cunho moral impreciso e incerto, mas como verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato.²⁰⁴

[...] Contudo, como insistentemente tenho referido, **a boa-fé objetiva é mais do que apelo à ética, é noção técnico-operativa que se especifica, no campo de função ora examinado, como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja a finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado.**²⁰⁵ (Grifamos.)

Tendo essas premissas demarcadas, evidente como bem atua princípio da boa-fé objetiva na análise de ter ou não se desincumbido o médico do seu dever de informar, quanto à amplitude e ao conteúdo da informação. Assim, o defeito no dever de informar do médico quando levada à apreciação judicial necessita da utilização de recursos técnico-jurídicos para sua solução, na qual teria um papel primordial o princípio da boa-fé objetiva.

²⁰³ DIAS, *Da responsabilidade...*, v. 1, p. 267.

²⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 418.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 437.

Para apreender o conteúdo desse dever de informar a partir da boa-fé objetiva, primeiro temos de verificar o seu alcance.

Concebemos o contrato de prestação de serviços médicos ora analisado como inserido na concepção da obrigação como processo, difundida entre nós pela obra *A obrigação como processo* de Clóvis do Couto e Silva²⁰⁶. Desde o primeiro parágrafo, esse autor esclarece a finalidade de sua obra: “salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”²⁰⁷. Assim ocorre com o contrato de prestação médica no que se refere ao dever de informar: desencadeia-se no tempo, de forma dinâmica, presente desde as primeiras tratativas, consideradas como fase pré-negocial, incluindo o tratamento em si e as indicações de procedimentos depois de finalizado o atendimento ao paciente.

O médico, portanto, tem, em relação ao paciente, o dever de informar antes e durante o tratamento e orientá-lo no pós-atendimento.

O que informar dependerá das especificidades do caso e da busca de uma atitude mais de acordo com a obrigação assumida; para isso, mais uma vez, fica evidente que o melhor caminho jurídico é ter presente a boa-fé objetiva, pois se trata de princípio que envolve esse descobrir as circunstâncias do caso. Mais uma vez, nos reportamos às conclusões de Martins-Costa:

Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. Mas é, incontrovertidamente, regra de caráter marcadamente técnico-jurídico, porque enseja a solução dos casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista das suas particulares circunstâncias. Solução jurídica, repito, e não de cunho moral, advindo a sua juridicidade do fato de remeter e submeter a solução do caso concreto à estrutura, às normas e aos modelos do sistema, considerado este de modo aberto²⁰⁸.

²⁰⁶ COUTO E SILVA, *A obrigação...*

²⁰⁷ COUTO E SILVA, *A obrigação...*, p. 17.

²⁰⁸ MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 412-413.

Esse exame circunstancial faz com que algumas informações não sejam englobadas pelo dever de informar, sem ofensa à boa-fé objetiva, como conclui a autora em recente artigo sobre o dever de informar na fase pré-negocial *verbis*:

[...] não há dever de informar sobre fatos notórios, que são ou deveriam ser do conhecimento da contraparte, não se podendo cogitar de um dever de informar com conteúdo ilimitado e destinado a operar de igual modo em todos os campos da realidade. Sendo o fato de domínio público ou passível de conhecimento por um esforço normal de diligência, não há exigibilidade – salvo se imposto por lei, como o aviso de que fumar faz mal à saúde –, não havendo então que se falar em afronta à boa-fé.²⁰⁹

Do todo analisado nessa primeira parte do trabalho, podemos afirmar que o dever de informar é resultado de um agir leal entre médico e paciente, o qual, no âmbito jurídico, é informado pelo princípio da boa-fé objetiva e decorrente do fundamento da dignidade humana, operacionalizado pela promoção da autonomia do paciente.

A análise do contrato de prestação de serviços médicos permite verificar a licitude da conduta e, por consequência, a configuração, ou não, da responsabilidade pelo dano relacionado com o descumprimento do dever de informar. Mas, para a responsabilidade civil, a ilicitude do agir e o dano não bastam, sendo essencial a relação de causalidade para gerar a dever de reparação, como já dito. É essa relação que passaremos a analisar: primeiramente delimitando o nexos de causalidade na responsabilidade médica, depois verificando hipóteses em que a falha do dever de informar pode ser nexos causal suficiente para determinar a responsabilidade médica.

²⁰⁹ MARTINS COSTA, Um aspecto..., p. 343.

II – CAUSALIDADE E DEVER DE INFORMAR

Na análise da responsabilidade médica, é bastante comum os autores dedicarem longos trechos de suas obras para tratar da culpa²¹⁰, mas poucas linhas ao tema do nexo de causalidade²¹¹. Entendemos que esta prática se relaciona com a própria dificuldade de estabelecer o nexo causal e também com o fato de a responsabilidade subjetiva do médico demarcar uma luz especial sobre o elemento culpa, que teve, junto como o dano, por muito tempo, papel central na análise da responsabilidade civil.

No entanto, entendemos que a melhor técnica prefere, por primeiro, verificar se há nexo de causalidade entre o dano e a conduta, para só então analisar a culpa. Não há confundir nexo causal com fator de imputação: o primeiro é a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano produzido. O segundo questiona por que é imputado a alguém o dever de indenizar²¹²; no caso da responsabilidade do médico, no âmbito estudado neste trabalho, é a culpa, conforme as bases normativas antes referidas.

Salientamos a essencialidade do elemento causal, pois, como afirma De Caso, “enquanto alguns dos elementos como o fator de atribuição subjetivo, a culpa, seja prescindível em alguns casos, não ocorre o mesmo com a relação causal”.²¹³

Argumenta De Caso que é opinião majoritária da doutrina que o elemento comum entre causalidade e culpabilidade seria a previsibilidade²¹⁴. Porém, enquanto a relação de

²¹⁰ Por exemplo: KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 63-88; GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2004, p. 33-70 (inclusive analisa os demais pressupostos da responsabilidade civil do médico como subdivisões do capítulo: Culpa e responsabilidade médica). CAVALIERI FILHO, *Programa...*, p. 393-399.

²¹¹ Esses mesmos autores, nas obras citadas: KFOURI NETO, op. cit., p. 97-102; GIOSTRI, op. cit., p. 69-71 como dito, trata do tema numa subdivisão da análise da culpa médica e CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 70-94 dentro de sua análise da responsabilidade civil do médico não faz referência ao nexo causal, porém, sendo sua obra mais geral, trata do tema como pressuposto da responsabilidade extracontratual subjetiva.

²¹² Conforme SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p.56.

²¹³ Tradução livre de: mientras alguno de los elementos como el factor de atribución subjetivo, la culpa, resulta prescindible en algunos supuestos, no ocurre lo mismo con la relación causal que es esencial. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Responsabilidad civil y relación de causalidad. In: SEGUROS y responsabilidad civil. Buenos Aires: Astria, 1984, p.25.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 28

culpabilidade se apóia numa previsibilidade *in concreto*, a previsibilidade na relação causal é *in abstracto*. Sua apreciação se faz *ex post facto*, conforme regras de experiência, ou seja, conforme o que comumente ocorre no curso natural e ordinário dos acontecimentos. Já a culpabilidade é apreciada do ponto de vista do interior do agente, por seu comportamento frente ao fato produzido, ou seja, “a voluntariedade é o que decide o julgamento de sua conduta”²¹⁵.

Portanto, é essa relação abstratamente considerada depois de concretizados os fatos, de caráter material, que será analisada no contexto da responsabilidade médica, para posteriormente verificarmos em que casos a violação do dever de informar do médico é causa suficiente para caracterizar sua responsabilidade civil.

A – O nexo causal na responsabilidade médica

A causa é objeto comum de investigações da filosofia e das ciências naturais, porém difere seu conceito no âmbito jurídico, porquanto dentre os muitos fatores concorrentes que estabelecem a causa, o direito elege um dentre eles. Para o direito importa o ato humano, e somente lhe importa o físico ou natural quando pode este desviar o ato humano do resultado ocorrido²¹⁶. Na responsabilidade civil do médico, vale sua conduta para se avaliar a relação de causa e efeito com determinado dano. Importante para se estabelecer o nexos causal na responsabilidade médica uma análise das teorias da causalidade para, posteriormente, se estabelecer como as teorias da causalidade podem responder à relação de causa e efeito no descumprimento ou cumprimento imperfeito do dever de informar do médico.

A.1 – Teorias da causalidade e direito brasileiro

²¹⁵ Tradução livre de: la voluntariedad es lo que decide el juzgamiento de su conducta. In COMPAGNUCCI DE CASO, Responsabilidad civil..., p.29.

²¹⁶ Ibid., p. 22.

Quando muito se lê sobre as teorias da causalidade, inúmeras possibilidades de conceitos e conclusões se afiguram, colocando-nos num verdadeiro labirinto, que demanda um esforço extra para verificar se as diferenciações apontadas não redundam num mesmo ponto, a demonstrar, em verdade, uma procura incessante de justificativas para uma tomada de posição.

Do todo pesquisado, entendemos que as teorias da causalidade podem ser enquadradas nas suas duas elaborações mais célebres: a teoria da equivalência de condições e a teoria da causalidade adequada, pois as várias derivações da causalidade adequada redundam na busca dentre as diversas *causas* de um dano, qual aquela que foi essencial a sua configuração.²¹⁷

A.1.1 – Equivalência das condições

Segundo a teoria da equivalência de condições, desenvolvida em 1860 e atribuída a Von Buri, seguindo este as lições de Burner, Halschner e Glaser, a totalidade das condições leva ao resultado.

Como referido rapidamente na introdução deste trabalho, na teoria da equivalência das condições “é causa toda condição da qual dependeu a produção do resultado, sem considerar sua maior ou menor importância”²¹⁸.

Avaliando a teoria sob o ponto de vista jurídico, Viney considera ter esta o inconveniente de não permitir nenhuma seleção entre as condições necessárias à produção do prejuízo porque, se uma ou outra tivesse faltado, ele não teria podido aparecer, ou seja, é abrangente demais²¹⁹. Agostinho Alvim sintetiza o fundamento da teoria: “A teoria da

²¹⁷ Ver, por exemplo, as ponderações de MARTINS-COSTA, *Comentários...*, p. 215 e SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 197.

²¹⁸ CRUZ, 2005, p. 37.

²¹⁹ VINEY, Geneviève. Les obligations: la responsabilité: conditions. In: GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Paris: L.G.D.F., 1982, p. 413.

equivalência das condições aceita qualquer das causas como eficiente. [...] A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria.”²²⁰

A crítica principal, que possibilitou o desenvolvimento da teoria da causalidade adequada, foi bem sintetizada por Malaurie, Ayné e Stoffel-Munck, conforme se percebe da leitura do seguinte trecho:

Essa teoria era suficiente para resolver o problema da causalidade quando a culpa era o fundamento quase exclusivo da responsabilidade. Hoje, quando admitimos que a simples iniciativa criadora de riscos pode caracterizar um fato gerador de responsabilidade, a aplicação generalizada da teoria da equivalência das condições conduziria a uma multiplicação infinita da responsabilidade. Considerar todas as causas levaria a responsabilizar cada homem por todos os males que devastam a humanidade. Civilmente (numa perspectiva filosófica ou religiosa, o problema é diferente) isto não é nem verdadeiro, nem possível; quando somos responsáveis por tudo, não somos responsáveis por nada: é necessário limitar a causalidade, isto que busca a teoria da causalidade adequada.²²¹

No direito brasileiro, a teoria da equivalência das condições, ainda hoje, é substrato essencial do Direito Penal (art. 13 CP).

Reale Júnior pondera que o nexo causal, apesar de apresentar dificuldades teóricas no âmbito penal, tem sua aplicação prática facilitada, até porque sua relevância restringe-se aos delitos cujo resultado é finalístico. Nestes, porém, a questão é primordial²²². Mas o problema de sua generalidade também é objeto de reflexões no Direito Penal. Em parte, as dificuldades que apresentava quando a causalidade centrava-se no tipo foram superadas pela teoria finalista da ação²²³ e, mais recentemente, pela teoria da imputação objetiva, cujas raízes são

²²⁰ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 345.

²²¹ MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. Paris: Defrénois, 2003, p. 45. Tradução livre do seguinte trecho: Cette théorie était suffisante pour résoudre le problème de la causalité lorsque la faute était le fondement quasi exclusif de la responsabilité. [...] Maintenant qu'on admet que la simple initiative créatrice de risques par autrui puisse caractériser un fait générateur de responsabilité, l'application généralisée de la théorie de l'équivalence des conditions conduirait à une démultiplication infinie de la responsabilité. [...] Retenir toutes ces causes tendrait à rendre chaque homme responsable de tous les malheurs qui ravagent l'humanité. Civilement (dans une perspective philosophique ou religieuse, le problème est différent), ce n'est ni vrai, ni possible; quand on est responsable de tout, on n'est responsable de rien: il faut limiter la causalité, ce que tente la théorie de la causalité adéquate.

²²² REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 175-175.

²²³ Ensina Roxin que, no sistema jurídico-penal clássico, considerava-se realizado o tipo toda vez em que alguém constituía uma condição para o resultado prático nele previsto, ou seja, toda vez que alguém o causava, no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes. A causalidade estava situada no tipo e as correções para as necessárias restrições jurídico-penais de seu alcance eram realizada em outros níveis do sistema, na antijuricidade ou na culpabilidade, onde se realizavam os elementos subjetivos do delito. A teoria finalista de

civilistas, com base nos estudos de Larenz, mais tarde analisados por Honig sob o aspecto jurídico-penal.

Ferreira da Silva defende, no entanto, a aplicabilidade da teoria nos dias de hoje. Um exemplo seria o disposto no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da responsabilidade do fornecedor por vício do produto ou serviço. Considera que “é a [teoria] que melhor se amolda à decisão – correta – do legislador, tendo em vista que é ela capaz de alargar o espectro dos responsáveis, melhor protegendo o consumidor”²²⁴. Em que pesem os argumentos trazidos pelo autor, entendemos especialmente delicado trazer a teoria da equivalência das condições a um contexto de responsabilidade objetiva, pois “permitiria a responsabilização solidária de todos os participantes na causação de um dano, ainda que sua participação tenha sido mínima ou inexpressiva, pois não há o limite do elemento culpa.”²²⁵ Nesse sentido, o médico profissional liberal, tanto na legislação ordinária quanto no microsistema do CDC, responde mediante verificação da culpa, tendo, portanto, o limite reclamado por Sanseverino. Seria, então, possível entender que no exame da responsabilidade do médico profissional liberal caberia a aplicação da teoria da equivalência das condições? Acreditamos que não.

Ferreira da Silva ressalta que a teoria não tem aplicação generalizada no Código de Defesa do Consumidor, citando expressamente o art. 18, que trata de *fornecedores de produtos duráveis e não duráveis*, e assim pondera porque no referido artigo considera, com Cláudia Lima Marques, que a responsabilidade se concentra no resultado, e não na conduta. Seguindo este raciocínio, poder-se-ia concluir que o art. 20 do mesmo Código, que trata da responsabilidade dos fornecedores de serviços por vícios que os tornem impróprios ao consumo ou que lhes diminuam o valor, ou ainda pela disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, também se concentra no resultado.

Welzel, desenvolvida na década de 1930, que compreendia a conduta como um ato finalístico, orientado a um objetivo, evitou o regresso ao infinito da teoria causal da ação, porquanto analisa o dolo como elemento do tipo, compondo sua parte subjetiva, o que é aceito unanimemente pela ciência jurídica alemã. (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101-102).

²²⁴ SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 190.

²²⁵ SANSEVERINO, *Responsabilidade civil...*, p. 252.

Porém, a hipótese do art. 20 é de responsabilidade objetiva, não reclama elemento subjetivo, como no caso dos profissionais liberais,²²⁶ e, como já dito, consideramos toda e qualquer obrigação do médico como de meios, não podendo este ser, automaticamente, responsabilizado por um mau resultado. Na análise da existência, ou não, de nexo de causalidade, deve ser investigado se a conduta do médico foi causa adequada ao dano alegado. Ou seja, permanece o centro do debate entre conduta e dano.

A.1.2 – Teoria da Causalidade Adequada

Embora numerosas, dentre as teorias que formulam distinções entre as condições, consideramos que a oposição evidencia-se com a teoria da causalidade adequada. Bem aceita pela jurisprudência em geral, essa teoria, proposta por Von Bar, em 1881, e fundamentada pelo filósofo Von Kries, em 1888, é aquela em que “[...] só podem ser tidos por efeitos de uma causa aqueles que, no normal andar dos acontecimentos, dela costumam decorrer”²²⁷. O problema seria estabelecer qual das condições assume o caráter de adequada. Do ponto de vista filosófico, todos os antecedentes são, virtualmente, determinantes para estabelecer o fato, nenhum podendo sobressair-se. Por outro lado, do ponto de vista jurídico, é necessário distinguir, entre as condições, a que se estabeleça como “causa”²²⁸.

Autores como Compagnucci De Caso aderem à teoria e consideram sua flexibilidade ponto positivo, capaz de proporcionar aos juízes meio idôneo de alcançarem a justiça em suas sentenças²²⁹.

Tepedino, em contrapartida, critica a mesma teoria alegando que essa reduziria “a investigação do nexo causal à equação de probabilidade, sendo cada uma das diversas causas abstratamente considerada”, fazendo com que não se escapasse a resultados exagerados e

²²⁶ “Na responsabilidade civil por acidentes de consumo, como modalidade de responsabilidade objetiva, o suporte fático do fato do consumo, em si, é composto apenas pelos danos causados por um produto ou serviço.” (Ibid. p. 167-168).

²²⁷ SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 192.

²²⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad civil...*, p. 45-46.

²²⁹ Ibid., p. 53.

imprecisos, tais como os gerados pela teoria da equivalência de condições²³⁰. Depois de analisar precedentes jurisprudenciais dos tribunais brasileiros, Tepedino conclui:

[...] pode-se considerar como prevalentes, no direito brasileiro, as posições doutrinárias que, com base no art. 1.060, do Código Civil brasileiro, autodenominado-se ora teoria da interrupção do nexos causal (Supremo Tribunal Federal), ora teoria da causalidade adequada (STJ e TJRJ), exigem a causalidade necessária entre a causa e o efeito danoso para o estabelecimento da responsabilidade civil.²³¹

Assim, defende a teoria da causalidade necessária, que teria sua origem no magistério de Agostinho Alvim, como a intrinsecamente aceita pela jurisprudência brasileira.

A.1.3 – “Teoria” da causa direta e imediata

Afirma a doutrina que a teoria da causa direta e imediata não seria uma *verdadeira teoria*, pois não oferece uma explicação do nexos causal, mas uma melhor explicação do texto legal, numa importante atuação hermenêutica. No entanto, não delimita um conceito da causalidade jurídica²³².

O entendimento da causa direta e imediata como teoria tem suas raízes no magistério de Agostinho Alvim. Ferreira da Silva sustenta que a conclusão de Alvim tem por base os estudos de Eduardo Espíndola, o qual defendia que seria esta a teoria própria do direito brasileiro, pela análise do artigo 1.060 do Código Civil de 1916 (equivalente, hoje, ao artigo 403 do Código Civil de 2002). A consagração desse entendimento, com o acolhimento pelo STF, se deu em razão da grande influência da obra de Alvim nos estudos sobre responsabilidade civil no país. Conforme precedente jurisprudencial da lavra do Ministro Moreira Alves, a teoria da causa direta e imediata é citada como a adotada por nosso Código Civil²³³.

²³⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001, p.7.

²³¹ *Ibid.*, p. 14.

²³² SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 186.

²³³ *Ibid.*, p. 183. Mesma análise em: ALVIM, *Da inexecução...*, p. 4. O precedente referido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia*

A teoria da causa direta e imediata é também conhecida como a da interrupção do nexos causal, e é assim, descrita por Agostinho Alvim:

Todas as Escolas, que pretendem explicá-la, concordam em que, se há uma violação de direito por parte do credor, ou de terceiro, interrompido está o nexos causal, e libertado de responsabilidade o autor da causa primeira.²³⁴

Porém, é difícil definir o que seria o “efeito direto e imediato”, a começar por uma questão semântica, “a expressão “efeito direto e imediato” é, seguramente, uma das mais imprecisas utilizadas pelo novo Código, ainda que se constitua em locução já tradicional no direito brasileiro e no direito comparado”, afirma Ferreira da Silva. Noronha aponta defeito na linguagem quando se tomam os termos “direto e imediato” em sua literalidade, pois se assim interpretados desvirtuariam o espírito da lei²³⁵.

Ocorre que, em geral, ao se interpretar literalmente a locução afasta-se o dano remoto, interpretando-a numa acepção temporal; a causa do dano seria a mais recente. Para Ferreira da Silva, seu autor – Pothier – não tinha essa intenção, mas “[...] visava com ela afastar a ressarcibilidade das conseqüências que, embora se tivessem oportunizado pelo inadimplemento, não decorreriam somente deste, mas de outros fatores que se seguissem.”²³⁶

Agostinho Alvim, pretendendo uma interpretação adequada para a letra da lei, defendeu a subteoria da *necessariedade da causa*. Segundo o autor:

Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano direto, como se verá.

[...]

Suposto certo dano, porque ele se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas.[...] causa necessária por não existir outra que explique o mesmo dano.²³⁷

parte preso foragido vários meses antes. Recurso Extraordinário nº 130.764-PR. Relator: Ministro Moreira Alves. 12 de maio de 1992. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 143, p. 270-287, jan-1993.

²³⁴ ALVIM, op. cit., p. 348.

²³⁵ NORONHA, *Direito das obrigações...*, p. 594.

²³⁶ SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 181.

²³⁷ ALVIM, *Da inexecução...*, p. 356.

Tepedino se alinha a essa proposição, afirmando que

[...] o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa. Pode-se identificar, assim, na mesma série causal, danos indiretos, passíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência direta (o adjetivo pode aqui ser empregado), porque necessária, de um ato ilícito ou atividade objetivamente considerada.²³⁸

Mas a *necessariedade* em si não torna menos árdua a delimitação do nexos causal na responsabilidade civil. Embora concordemos com Tepedino quando afirma que, na jurisprudência brasileira, sempre há a busca de um liame de *necessariedade* entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo²³⁹, a conclusão de Ferreira da Silva nos parece mais acertada, *verbis*:

[...] inexistente uma relação de oposição ou exclusão entre as doutrinas analisadas, mas sim de complementariedade, no sentido de que a compreensão jurídica do fenômeno causal é mais corretamente feita e explicada – tornando-se com isso mais compreensível – na medida em que elementos de influência múltipla são racionalmente concatenados.

Assim também concluímos: na análise que faremos do nexos causal no dever de informar do médico, tomaremos em conta um sincretismo lógico das teorias acima referidas, em busca de uma “causa adequada”.

Por fim, não se desconhece que não cessam de surgir novas teorias que pretendem analisar a relação causal. Duas delas são citadas por Ferreira da Silva – a da análise econômica do direito²⁴⁰ e a do “âmbito de proteção da norma”²⁴¹ - porém, não aprofundaremos seu estudo no âmbito deste trabalho, pois consideramos suficientes as teorias clássicas para conformar o campo de estudo a que nos propomos.

²³⁸ TEPEDINO, Notas..., p. 8.

²³⁹ TEPEDINO, Notas..., p. 9.

²⁴⁰ [...] constitui uma teoria própria da causalidade, pela qual a repartição dos custos dos acidentes não deve ser feita de acordo com um critério moral prévio, como seria no caso da imputação pela culpa, mas sim por critérios que pudessem ensejar um aumento (ou uma não diminuição) geral da riqueza. (SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 198).

²⁴¹ [...] depois de superadas as análises causais decorrentes da equivalência das condições e da causalidade adequada, o julgador deve avaliar eventual finalidade protetiva da norma. (Ibid., p. 199).

A.2 - O processo de descoberta do nexo de causal entre a falha do dever de informar e o dano alegado

A busca pelo nexo causal, como antes referido, a nosso ver passa por uma utilização sincrética e lógica das diversas teorias antes citadas, tendo por norte a teoria da causalidade adequada, que melhor responde ao nosso sistema legal.

Couto e Silva refere que “O problema da causalidade adequada deve ser proposto apenas quando se verificou a causalidade no sentido da teoria das condições ou da equivalência”²⁴². Nesse espírito, válida a proposta de procedimento para a descoberta do nexo causal de Ferreira da Silva, assim descrito:

[...] busca-se desvendar, inicialmente, quais os elementos que propiciaram que o dano se produzisse, aplicando-se os ditames da equivalência de condições; posteriormente, entre as condições do dano, deve-se buscar aquela ou aquelas que foi ou foram adequadas à sua produção, afastando-se as demais, intervindo, portanto, a causalidade adequada. Segue-se disso a análise da prova, que poderá, inclusive, afastar a causa aparentemente adequada, visto não ser esta, no caso concreto, a causa necessária. [...] Para definição acerca do surgimento de um outro liame causal, os fatores de imputação exercerão importante papel (culpa, risco). Além disso, independentemente da análise da culpa, as intervenções voluntárias de alguém, vítima ou terceiro, devem ser especialmente consideradas na quebra do liame causal, tendo em consideração a responsabilidade própria decorrente de qualquer ato humano. A boa-fé objetiva deve ser aqui também utilizada.²⁴³

A “descoberta” do nexo causal entre o defeito do dever de informar e o dano, confirma a consagração que a necessidade do consentimento informado tomou em nossa sociedade, modificando as bases da relação médico-paciente. Porém, consagrar esse direito do paciente não pode servir a um afastamento da técnica para atender a um sentimento de justiça, tendência que não é novidade na responsabilidade civil em geral, como Jossierand, ao seu tempo, constatara:

Temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e, sim, pretendemos determinar a incidência

²⁴² COUTO E SILVA, Clóvis V. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 195.

²⁴³ SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 197-198

definitiva. Ou, se o quiserem, o acidente não nos parece mais como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem.²⁴⁴

Quando o dever de informar do médico e o nexos de causalidade na responsabilidade médica recebem um tratamento maleável, no sentido de não respeitar os elementos de avaliação próprios do sistema jurídico em que estamos inseridos, aumentam os riscos de a justiça alcançada vir maculada por uma noção apenas subjetiva do julgador. Cremos que o Direito, embora impulsionado pelo que podemos denominar “sentimento de justiça”, é “dever ser” com fundamentos técnicos e dogmáticos, que são condições para a manutenção da segurança jurídica e do respeito à igualdade. Ou, como disse Martins-Costa, referindo-se a outro tema:

Uma jurisprudência sentimental, divorciada da dogmática, e uma doutrina que substitui a produção dogmática por palavras de ordem, ainda que embaladas por bons propósitos, desservem ao Direito, pois dissolvem o sistema.²⁴⁵

A.2.1 – O exame dos casos a partir da proposta de síntese das teorias

Nesse primeiro caso, verificamos como é afastada a causa, de início, com base na equivalência das condições.

O defeito no dever de informar foi o fundamento para condenar médica que não esclareceu a paciente sobre a possibilidade de perfuração da alça intestinal durante exame de laparoscopia, evento considerado risco comum do procedimento pela literatura médica.²⁴⁶ Ajuizado o processo em decorrência de uma alegada negligência no pós-exame, em que a profissional médica confundiu sintomas de uma peritonite com aqueles comuns no pós-laparoscopia, findou por fundamentar-se também a condenação na falta do dever de informar, pois não foi a paciente esclarecida sobre os possíveis riscos do procedimento, embora, como dito, não fosse o fundamento do pedido da autora. Pode-se afirmar que a ausência de informação é causa, com base na teoria da equivalência das condições, se a reclamação da paciente, ou seja, se o dano alegado era em relação ao tratamento inadequado no pós-exame?

²⁴⁴ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 84, p. 548-559, jun. 1941, p. 550.

²⁴⁵ MARTINS-COSTA, *Os avatares...*, p. 32.

²⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70018207043. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Julgada em: 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

Se soubesse a paciente dos sintomas do pós-exame, teria ela também os confundido com os sintomas da peritonite, o que realmente a afligia? Entendemos que o dever de informar não foi uma das causas dos alegados danos sofridos pela autora, nem na forma mais genérica da equivalência das condições. Assim, não há falar em adequação.

Em outro julgado, uma sucessão de defeitos no dever de informar foi reconhecida, considerando adequada a falta de informação para o surgimento do dano. Diagnosticada gravidez gemelar por duas profissionais - uma, inclusive, realizou ultrassom no terceiro trimestre de gestação especificando as dimensões de cada feto no laudo - a paciente é surpreendida, assim como a profissional médica que a assistiu durante todo o pré-natal, com o nascimento de uma só criança. Na mesma ocasião, a paciente foi submetida à cirurgia de laqueadura de trompas e, quatro meses depois, retorna ao consultório da médica reclamando estar, novamente, grávida, possibilidade que desconhecia, conforme alega. São condenadas as profissionais médicas a reparar a paciente por danos morais, em razão de esta ter enfrentado toda a gestação na expectativa de dar à luz a gêmeos, sofrendo forte abalo ao sair da maternidade com apenas uma criança. Também condenada a médica pela laqueadura malsucedida, não por erro no procedimento, mas por não ter informado a paciente da falibilidade, embora pequena, da cirurgia para esterilização²⁴⁷.

Os danos reclamados pela autora são de ordem moral e, nos parecendo correto estabelecer o nexo entre a informação fornecida com erro e os danos morais sofridos pela autora. A informação equivocada de gravidez gemelar foi causa de uma série de abalos morais sofridos pela paciente. Num segundo momento, analisa-se o agir culposos das médicas, que pode se configurar por negligência e imperícia. Quanto à laqueadura, verifica-se o nexo entre o *dano moral* pela gravidez indesejada e a ausência de informação sobre a falibilidade do método, pois retirou da paciente o direito de avaliar a possibilidade de não realizar a intervenção, escolhendo outro método anticoncepcional ou assumindo o pequeno risco próprio do procedimento, atitude que estaria respaldada no princípio da autonomia. No caso, sobressai-se o dano moral, porque vinha a mesma paciente de um erro no diagnóstico de gravidez gemelar que não se concretizou.

²⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70017079187. Relator: Tasso Cauby Soares Delabary. Julgada em: 07 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

Correta, por outro lado, a sentença quando afastou o nexo entre o evento morte do bebê gerado pós-laqueadura e a não informação quanto à possibilidade de gravidez, porquanto, nesse ínterim, outros elementos se sobrepuseram, tornando o dano totalmente alheio à falha no dever de informar, como, por exemplo, a ausência da mãe nos exames pré-natais.

A.2.1 – Causa Virtual e Superveniência de Causa Relativamente Independente

Nem sempre um dano pode ser atribuído a uma única causa e o problema se coloca não pela concomitância de causas, mas pela superveniência de causas, sendo uma aparente e outra operante.²⁴⁸

Pode ocorrer que duas causas tenham contribuído para um dano de forma sucessiva. Supondo que o primeiro nexo causal foi interrompido pelo surgimento de uma causa real, relativamente independente da primeira, que concretizou o dano de forma também relativamente independente, ou seja, o dano pode ser atribuído tão-somente ao segundo fato, “a regra é: a causa mais próxima afasta a mais remota”²⁴⁹, considerando-se que a primeira causa não é adequada para a efetivação do dano. Porém, cabe ressaltar que a causa superveniente tornou-se a causa operante não por uma questão temporal, mas sim por uma proximidade lógica com o dano efetivado²⁵⁰. A interrupção do nexo causal pode se dar pela própria vítima, por terceiro ou por caso fortuito ou força maior.

Pondera Martins-Costa que:

pela Teoria da Causalidade Adequada [...] a causa virtual é – enquanto causa virtual – positivamente irrelevante, não constituindo fundamento de uma obrigação de indenização senão parcialmente e na medida em que a causa virtual foi, efetivamente, a causa operante.

²⁴⁸ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, v. 5, t. 2, p. 511.

²⁴⁹ MARTINS-COSTA, *Comentários...*, v. 5, t. 2, p. 512.

²⁵⁰ CRUZ, *O problema...*, 164 e MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 514.

No plano legal há, no entanto, hipóteses em que a chamada causa virtual negativa gera dever de indenizar, como no disposto no art. 399 do CC/2002²⁵¹:

O devedor em mora responde pela impossibilidade a prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Em exemplo jurisprudencial, já utilizado, possível a reflexão sobre a superveniência de defeito no dever de informar superveniente que torna o primeiro uma causa virtual, embora assim não tenha sido entendido pelo Tribunal. É o caso da paciente que se submeteu a cirurgia de retirada das veias safenas de ambas as pernas, por indicação do médico “A”, que a atendeu em Posto de Saúde. Posteriormente, foi realizada a cirurgia no Hospital “X”, pelos médicos “B” e “C”. Como não fora informada pelo primeiro médico que a atendeu dos riscos da cirurgia, respondeu este pelo dever de indenizar, mesmo que tenha a paciente procurado outros profissionais para o atendimento, que também não teriam cumprido o dever de informar. Entendendo o consentimento informado como um processo dialógico que tem como um de seus instrumentos o dever de informar, mais evidente fica a condição de causa virtual da conduta do primeiro médico. Não teve continuidade o atendimento, tendo sido interrompido pelo início de um novo processo que, segundo constou do acórdão, também foi falho no sentido de informar a paciente dos riscos do procedimento²⁵². Porém, como visto, o dever de informar foi visto pelo julgador de forma estanque, como um fim em si mesmo.

B – A Violação do Dever de Informar do Médico como causa suficiente para a geração do Dever de Indenizar

Temos afirmado que o dever de informar do médico é anexo ao dever principal na prestação dessa espécie de serviço, instrumental para que se estabeleça o consentimento informado. Para delimitarmos quando a violação do dever de informar pode estabelecer nexos causal adequado para configuração do dano alegado, gerando dever de indenizar, faremos

²⁵¹ A observação é de MARTINS-COSTA, op. cit., p. 518.

²⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70012108171. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Julgada em: 22 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

primeiro uma rápida distinção entrenexo causal e fator de imputação. Com essa delimitação, refletiremos sobre a espécie de dano surgido a partir do defeito no dever de informar, com base no pressuposto que a condenação a esta violação desse dever tem fundamento último na proteção da dignidade humana.

B.1 – Nexo causal: pressuposto que independe do fator de imputação

Quando falamos emnexo causal, nunca é excesso sopesar a diferença entrenexo causal e fator de imputação, sobretudo na responsabilidade médica ora analisada, na qual a culpa é pressuposto para gerar o dever de indenizar.

B.1.1 – Referência indistinta dos conceitos ‘causa’ e ‘culpa’

Ao estabelecer os diferentes suportes fáticos das regras jurídicas sobre indenização, Pontes de Miranda demonstra quenexo de causalidade e fator de imputação são conceitos diferentes, ressaltando estar sempre presente a *causação* no dever de indenizar *verbis*:

Os suportes fáticos das regras jurídicas sobre indenização são diferentes entre si. Em alguns, é elemento fático necessário a culpa. Noutros, prescinde-se de qualquer culpa, mas exige-se a causação entre o ato e o dano. Noutros, abstrai-se de qualquer culpa ou ato. A causação é entre ato-fato ou fato “stricto sensu” e dano.²⁵³

Ferreira da Silva, quando examina nexo de causalidade e fator de imputação, assim sintetiza:

Por causalidade entende-se a relação entre um efeito (no caso, o dano) e sua causa, ou seja, o que o tenha gerado. Por sua vez, a imputação é imposição do dever de indenizar, que decorre de uma razão jurídica, que pode ser a culpa do causador, ou o risco por ele produzido, ou uma garantia [...].²⁵⁴

No acórdão que tratava da cirurgia das veias safenas, acima referido, resta evidente a sobreposição de conceitos como culpa, culpa lato sensu, causa, causa remota, etc. Não raro, os

²⁵³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado ...*, v. 22, p. 181.

²⁵⁴ SILVA, J. C. F., *Inadimplemento...*, p. 178.

pressupostos da responsabilidade civil são assim trazidos pela jurisprudência, porém necessário estabelecer distinções. No caso, se primeiro deveria considerar a relação causa e efeito, para dela retirar ou não o nexos de causalidade. Posteriormente, o fator de imputação seria considerado. Porém, não é o que se percebe da leitura do aresto; o relator assim se expressou “a condenação do réu deu-se pelo fato de ele ter faltado com o dever de informação quanto aos riscos do procedimento levado a efeito na autora, demonstrando negligência quanto a este dever”, ou seja, cogita-se causa e efeito entre conduta e dano alegado, mas somente para caracterizar a conduta culposa gerada pelo defeito no dever de informar. Não se especifica se os danos são efeito do defeito no dever de informar.

B.1.2 – A dificuldade da delimitação da causa na responsabilidade médica

Na responsabilidade médica, Aguiar Jr. já referiu a dificuldade de delimitação do tema da causalidade:

A resolução do tema da causalidade, em se tratando de responsabilidade médica, tem sido sempre um tormento para a doutrina, e também para os tribunais, uma vez que a ação médica se faz presente em situações peculiares, provocando reações orgânicas e psíquicas às vezes imprevisíveis, e de conseqüências sérias.²⁵⁵

Se o nexos causal é elemento tormentoso na responsabilidade civil dos médicos, quando os exemplos de danos são, em geral, os mais palpáveis, como a falha num dever de cuidado, por exemplo, a negligência nas visitas²⁵⁶, que se dirá do nexos de causalidade que poderá se estabelecer entre o prejuízo sofrido e o dever de informar do médico, conceito muito mais fluido, de conteúdo impreciso e de difícil comprovação.

Jean Penneau, autor de obra dedicada à responsabilidade civil do médico, inicia o capítulo que trata da causalidade, avaliando que a necessidade de um liame de causalidade

²⁵⁵ AGUIAR JÚNIOR, *Responsabilidade civil...*, p. 51.

²⁵⁶ Tomamos aqui a decomposição dos deveres médicos estabelecida por Aguiar Dias, em deveres de (I) conselho; (II) cuidados e (III) abstenção de abuso ou desvio do poder. (DIAS, *Da responsabilidade...*, p. 256).

direto e certo com o ato culposo e o prejuízo, concepção clássica, havia se reduzido diante da jurisprudência francesa recente, desenvolvida em torno da teoria da perda de uma chance de sobrevivência²⁵⁷.

Afirma o autor que a investigação da causa é especialmente difícil em relação à responsabilidade médica, *verbis*:

O exame do fator causal é, efetivamente, particularmente delicado em matéria médica. O médico age num contexto biológico, conseqüentemente instável, e, na maioria dos casos para amenizar uma situação patológica. Dedicar seus cuidados a um indivíduo doente, ou seja, cuja própria doença tem seus riscos próprios de evolução. [...] Tudo pode se complicar de maneira imprevisível, conduzindo à morte ou a um quadro de seqüelas irreversíveis. [...] É, portanto, bastante difícil, mesmo para o técnico bem avisado dizer que a culpa do médico, supondo-a cometida, é, verdadeiramente, a causa do prejuízo a que foi submetido o doente.

Essas dificuldades foram reconhecidas pela jurisprudência francesa, que tem exonerado o médico da responsabilidade quando subsiste séria dúvida sobre a causalidade. Assim, restou firmado que não responde o médico quando o prejuízo sofrido pelo doente seria inevitável ou quando a eficácia de exame ou tratamento fosse incerta²⁵⁸.

Nada obstante esse raciocínio elogiado por Penneau, a jurisprudência francesa sofreu modificações a partir de 1965, quando a *Cour de Cassation* passou a utilizar a noção de perda de uma chance de sobrevivência do paciente para responsabilizar o médico.

A dificuldade de aplicação da noção de perda de uma chance de sobrevivência na responsabilidade médica também reside no elemento causalidade, como bem explica Penneau: “Classicamente, a noção de perda de chances concerne ao prejuízo, enquanto a perda de chances de sobrevivência está relacionada com a causalidade.”²⁵⁹ Ou seja, a perda

²⁵⁷ PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977, p. 110-111.

²⁵⁸ PENNEAU, *La responsabilité...*, p. 110-114. Tradução livre do seguinte trecho: L'examen du facteur causal est, en effet, particulièrement délicat en matière médicale. Le médecin agit dans un contexte biologique, donc labile, et dans la plupart des cas pour pallier une situation pathologique. Il donne ses soins à un individu malade, c'est-à-dire atteint d'une affection qui a ses risques propres d'évolution.

[...]

Toutes peuvent se compliquer d'une manière imprévisible et aboutir soit à la mort, soit à un état séquelair définitif

[...]

Il est alors bien difficile, même pour le technicien le plus averti de dire si la faute du médecin – à la supposer commise – a véritablement causé le préjudice subi par la malade.

²⁵⁹ Tradução livre de: Classiquement, la notion de perte de chances concerne le préjudice; la notion de perte de chances de survie est relative, elle, à la causalité. (Ibid., p. 115).

de uma chance em sua noção clássica originara-se de um prejuízo definido, verificando-se, a partir dele, a responsabilidade do agente que teria gerado a perda da chance. Na responsabilidade por uma perda de chance de sobrevivência, faz-se um raciocínio inverso e pode-se não ter o prejuízo final. Bem exemplifica Pettefi da Silva, quando questiona:

[...] imagine-se ainda o caso de um médico que não efetua um procedimento recomendado pela boa técnica – retirando quarenta por cento (40%) das chances de vida do paciente – mas este não sofre qualquer seqüela, devido a sua excepcional compleição física. Existiria a possibilidade de uma ação de indenização por parte do cliente e do paciente supramencionados?

Pettefi da Silva pondera que a necessidade de esperar o final do processo para poder conduzir uma demanda indenizatória, mesmo já tendo sido constatado ato que levaria à perda de uma chance, macularia a “*autonomia das chances perdidas*”. Afirma: “Com efeito, as chances da vítima perdem-se no momento da falha médica, ficando a vítima condicionada à perda definitiva da vantagem esperada, mesmo que isso ocorra em momento temporal muito distante”²⁶⁰.

Porém, em que pese essa perda de autonomia, tal possibilidade, como acima posta no exemplo, seria de difícil harmonização com o nosso direito, considerando o disposto no art. 944 do Código Civil Brasileiro, *verbis*: *A indenização mede-se pela extensão do dano*. Ora, não havendo dano, em tese, não seria possível quantificar a indenização pela simples hipótese de esta vir a ocorrer.

B.2 – A espécie de dano surgido a partir do defeito no dever de informar

Quanto às hipóteses em que a violação do dever de informar pelo médico seja causa suficiente à sua responsabilização pelo prejuízo sofrido pelo paciente a questão passa pela análise de qual proteção jurídica seria ofendida pela informação recusada ou deficiente.

²⁶⁰ PETEFFI SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 51

B.2.1 – Dever de informar do médico, proteção da dignidade humana e proteção à personalidade

Cristoph Fabian lembra que, em geral, quanto aos deveres de informação invocam-se valores constitucionais, destacando que, no direito alemão, em especial, recorre-se ao direito geral de personalidade:

Para manifestar deveres de informação invocam-se, muitas vezes, valores constitucionais. Estes podem ser a saúde e a vida. [...] No direito alemão, destaca-se como valor constitucional o direito geral da personalidade [...] Ele tem importância, por exemplo, para a postulação de deveres no direito médico. A liberdade de o paciente decidir sobre o tratamento (autonomia decisiva) é compreendida como concretização do dever geral da personalidade e demanda um esclarecimento sobre o tratamento e seus riscos.²⁶¹

Esclarece o autor que uma das concretizações do dever da personalidade é o direito à autodeterminação. O dever de informar do médico residiria, então, no direito do paciente de decidir livremente sobre uma intervenção corporal. Fabian também afirma que devem os médicos documentar o tratamento para garantir informação permanente ao paciente no curso do tratamento, sobretudo considerando as inovações tecnológicas da área médica. Com isso, estar-se-ia garantindo ao paciente conhecimento sobre seu tratamento ao longo de todo o processo. Nesse sentido, o autor afirma *in verbis*:

A proteção da autonomia pessoal fica cada vez mais importante diante das inovações tecnológicas e também médicas. [...] Vários tratamentos modernos já estão tão complicados que a falta de informação não é apenas uma questão de proteger a saúde do paciente; a questão é que, por falta de informação, o paciente não compreende mais o que acontece com ele.²⁶²

Destaca Fabian a necessidade de a informação estar correta, afirmando que informação errada na fase da diagnose pode resultar em indenização por um dano decorrente do tratamento. O autor, portanto, amplia a relação causa/efeito, entendendo que, por exemplo, a má utilização de técnica que resulte em dano ao paciente é diretamente ligada ao defeito na informação na fase da diagnose. Utilizemos o exemplo da gestação gemelar supramencionada. No diagnóstico, erraram as médicas, porquanto a gravidez era de uma criança apenas. A autora, no processo, reclama das falsas expectativas que lhe foram criadas, do

²⁶¹ FABIAN, *O dever de informar...*, p. 49.

²⁶² *Ibid.*, p. 75-76.

constrangimento perante a comunidade em que vivia, gerando boatos de que teria vendido o outro bebê. Não se percebe de seu relato outro transtorno que o de ordem emocional, ou seja, tecnicamente, afora o erro na informação, não houve danos à paciente. No raciocínio de Fabian, caso tivesse a paciente sofrido algum dano de ordem técnica, este teria relação direta de causa e efeito com o erro da informação. Entendemos isso possível, em hipótese, mas se deveria verificar se essa outra causa, o erro de técnica, não teria interrompido o nexo causal, sendo causa adequada para o dano surgido.

Referindo o dever de informar na documentação médica, pondera Fabian: “o paciente tem direito de se informar na documentação médica sobre o tratamento”, direito fundamentado no “*contrato*” entre médico e paciente. Fazendo considerações sobre os objetivos desse direito do paciente, Fabian assim os enumera: a) assegurar a autonomia informativa do paciente durante o tratamento, para controlar a atividade do médico e verificar se os honorários são justificados e (b) pré-constituir provas como “preparativo para um processo de responsabilidade civil contra o médico”. Quanto à abrangência do direito de informar, interessam os fatos objetivos; apreciações subjetivas pertencem unicamente ao médico: “[...] o que não importa para o controle do tratamento o paciente não precisa saber. Porém encontra-se aqui uma possibilidade pré-processual de o médico selecionar a documentação a seu favor.”²⁶³

Essas duas últimas observações do autor, a nosso ver, findam por transferir o foco da necessidade do agir leal entre médico-paciente para uma relação de desconfiança e prevenção. Ou seja, é o fortalecimento da medicina defensiva, na qual a informação é registrada visando à justificação de honorários ou precavendo contra um futuro ajuizamento de demanda por parte do paciente. A intenção é pré-constituir prova para afastar qualquer responsabilidade. Tais atitudes viriam de encontro ao fundamento de que o dever de informar faz parte de um processo de consentimento, que tem por pressuposto o agir com boa-fé objetiva, numa atitude de lealdade e respeito entre os cocontratantes.

Por certo, não se pode desconsiderar, ingenuamente, que a documentação no contrato de prestação de serviços médicos é importante meio de prova no processo judicial. Com razão pondera Heloisa Barbosa que “a informação é um processo gradual [...] um processo

²⁶³ FABIAN, *O dever de informar...*, p. 92.

verbal que não pode substituir-se por um texto escrito, sem prejuízo de ser feito um documento”, porque única forma de garantir que todos os esclarecimentos foram prestados e que o paciente consente livremente²⁶⁴. Porém, como citamos anteriormente, o consentimento informado é “[...] uma forma humanitária, legal e eticamente correta de exprimir e conduzir as relações entre o profissional de saúde, especialmente o médico, e o paciente”, e não deve ter somente “o significado de gerar uma prova deste processo de informação, na expectativa de eximir o profissional de futuras conseqüências advindas dos mesmos.”²⁶⁵

Essa forma de entender o consentimento informado melhor se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III, da Constituição brasileira, que tem a função de informador dos direitos fundamentais²⁶⁶.

Importante referir que o conceito de pessoa recebeu diversas interpretações no decorrer da história. Embora não caiba aqui aprofundar o tema, tomamos as palavras de Martins-Costa:

[...] Hoje em dia o panorama é diverso e podemos entrever a entrada em cena das pessoas humanas: não mais “situações” ou representações corporativas, não mais indivíduos desconectados de sua personalidade cidadã, não apenas sujeitos como formais elementos de uma formalizada relação intersubjetiva, não somente os indivíduos proprietários, mas as complexas e concretas *peçoas situadas* numa sociedade transversal e complexa.²⁶⁷

O paciente deve ser reconhecido em sua humanidade. Edelman, refletindo sobre o conceito jurídico de humanidade, pondera que digno em nós (devendo ser protegido) é o que nos qualifica como integrantes da espécie humana²⁶⁸.

É essa pessoa humana que tem sua dignidade como fundamento no art. 1º, III, da CRFB/88. Porém, é preciso ressaltar que o princípio da dignidade humana opera de forma

²⁶⁴ BARBOZA, Heloísa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos. Separata de MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia L. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 24.

²⁶⁵ CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, *Consentimento...*, p. 9-10 e p. 18.

²⁶⁶ LUDWIG., *O direito ao livre desenvolvimento...*, p. 561.

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade: ensaio de uma qualificação*. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. obra não publicada, p. 99.

²⁶⁸ ENDELMAN, Bernard. La dignité de la personne humaine, un concepte nouveau. In : EDELMAN, Bernard. *La personne em danger*. Paris: PUF, 1999, p. 512.

mediata, sendo operacionalizado pela proteção aos direitos da personalidade constantes no Código Civil/2002, porque, como afirma Martins-Costa, “[...] o princípio não diz respeito, diretamente, à esfera da singularidade da pessoa, nem à sua liberdade e autodeterminação”. A proteção imediata de sua singularidade como pessoa é protegida de forma direta pelo princípio do livre desenvolvimento da personalidade.²⁶⁹

Assim, no âmbito de nossa análise, consideramos que:

[...] a autonomia, auto-determinação e a liberdade das pessoas estão, de forma imediata, abrangidas pelo princípio do livre desenvolvimento da personalidade e, apenas de modo mediato, pelo princípio da dignidade humana;²⁷⁰

Nesse sentido, o consentimento informado, que tem como um de seus instrumentos o cumprimento do dever de informar do médico, tem por base a autonomia privada, “um princípio fundante do Direito Civil”. Não mais o único, como na história se chegou a conceber, mas convivendo com outros “princípios fundantes”²⁷¹, como a proteção da confiança, entre outros.

Não obstante, essa autonomia não deve ser concebida apenas como singularidade, como pondera Martins-Costa:

A autonomia é o que demarca o campo operativo dos direitos da personalidade: este é o campo da autodeterminação das pessoas, entendidas concretamente, em sua singularidade e em sua “relacionalidade”. É o que há de específico nas singulares personalidades, é o que distingue os bens da personalidade da órbita de atuação do princípio da dignidade humana. Essa autonomia não é exercício de egoísmo. Ela é exercida no intermundo, é uma autonomia solidária.²⁷²

O dever de informar do médico é um instrumento no contexto do processo do consentimento informado para fortalecer esta autonomia da pessoa humana, promovendo o princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Como entendidas concretamente, as personalidades das pessoas têm que ser vistas caso a caso, não sendo possível definir de imediato o conteúdo e a amplitude do dever de informar. Tampouco é possível desprender do

²⁶⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 159.

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, *Pessoa...*, p. 159.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 193.

²⁷² *Ibid.*, p. 203.

concreto a relação de causa e efeito entre o dano alegado e o defeito no dever de informar, razão pela qual se considera ser este dever anexo, instrumental, construído no processo do consentimento. Assim, nada tem de obrigação de resultado.

A jurisprudência nos traz exemplo em que o defeito no dever de informar do médico sobreveio de um tratamento falho no respeito à autonomia do paciente, ferindo, em consequência, o livre desenvolvimento da personalidade, e, mediatamente, sua dignidade como pessoa.

O paciente havia engolido um prego, havendo necessidade de retirada do corpo estranho. Realizada cirurgia, estranhou o paciente sua permanência no hospital depois de recuperado, e a administração de laxantes pelo corpo clínico do hospital. O corpo estranho acabou sendo expelido pelas vias naturais. O paciente concluiu, então, que fora submetido a uma intervenção cirúrgica desnecessária, acionando médico e hospital. No processo, restou comprovada a necessidade da cirurgia porque houvera perfuração de alça intestinal, porém o cirurgião foi condenado por não ter informado o paciente desta circunstância, tampouco de que o objeto estranho não fora retirado e o seria por outra forma, por isso sua permanência no hospital e o uso de laxantes. Alegou o paciente que houve descaso no esclarecimento de todas essas circunstâncias pelo médico, e concluiu o relator do acórdão “que, na relação médico-paciente deve haver observância ao direito à informação. Este direito é mais do que uma decorrência da boa-fé objetiva; é um desdobramento da autonomia e da dignidade da pessoa humana, primado da ordem jurídica brasileira”²⁷³. Portanto, tecnicamente correta a conduta do médico, porém ilícita sua conduta quanto ao dever de informar o paciente. Veja-se que a pessoa, no caso, foi tratada de forma “desumanizada”, interferindo-se em sua esfera física sem seu conhecimento sobre as implicações do procedimento, com ofensa direta ao art. 15 do Código Civil/2002.

Tendo por fundamento a proteção à pessoa humana, o defeito no dever de informar quando comprovado o nexos causal entre o evento e a consequência danosa são, em geral, de ordem extrapatrimonial. A intervenção sem o devido consentimento informado do paciente

²⁷³ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0243144-5. Relator: Juiz Convocado Francisco Luiz Macedo Júnior. Julgado em: 20 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>> Acesso em: 29 set. 2008.

equivale a uma “intervenção médica não autorizada, um delito contra a liberdade, e portanto violação do direito geral da personalidade”²⁷⁴ ou, de forma melhor acabada, como afirma Ludwig, há ferimento ao livre desenvolvimento da personalidade, “princípio que tem pleno vigor em nosso sistema jurídico, ainda que de modo implícito, e embasa tanto a proteção da intimidade quanto o reconhecimento e preservação da autonomia privada, sendo tarefa da jurisprudência descobrir e trabalhar todas as suas potencialidades”²⁷⁵.

B.2.2 - Relação de causa e efeito entre dano alegado e dever de informar, com ferimento ao âmbito existencial da pessoa humana

Vejamus no caso concreto a relação de causa e efeito entre o dano alegado e o defeito no dever de informar tendo por consequência o ferimento deste âmbito existencial da pessoa humana.

Um jovem sofria de ptose²⁷⁶ palpebral severa, sendo-lhe aconselhada pelo médico cirurgia em um dos olhos. No dia da cirurgia, no entanto, os pais, ao vê-lo na sala de recuperação, verificaram que havia sido operado o olho considerado são. Chamado o médico para informar o engano, esclarece este que tinha optado por operar ambos os olhos, começando pelo que não apresentava problemas, técnica possível no caso. A cirurgia, segundo a perícia judicial, foi tecnicamente correta, porém foi condenado o médico por danos morais considerando-se que “não há dúvidas da angústia, da agonia e da dor moral suportada pelo requerente e por seus pais, que chegaram a acreditar que o médico havia trocado um olho por outro”²⁷⁷. Os danos qualificados pelo relator do processo incidiram na desconsideração da autonomia privada do paciente que, no caso, menor de idade, seria representado por seus pais.

²⁷⁴ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...*, p. 274.

²⁷⁵ LUDWIG, *O direito ao livre desenvolvimento...*, p. 302.

²⁷⁶ Segundo Houais eletrônico, edição , ptose é “queda ou localização anormalmente baixa de um órgão; descenso”.

²⁷⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 390-175-4/3-00. Relator Des. José Luiz Gavião de Almeida, Julgado em: 03 jun. 2008. Disponível em: <Http:\\<http://www.tj.sp.gov.br/consulta/Jurisprudencia.aspx>> Acesso em: 29 set. 2008.

Nos casos narrados no decorrer do trabalho, verifica-se desconsideração com a autonomia dos pacientes, embora entendamos, em alguns deles, que a relação causa e efeito não seja uma decorrência concreta dos danos. Na cirurgia de retirada da veia safena, houve defeito na informação, ferindo a autonomia da paciente, pois esta, considerando os riscos elevados, poderia optar por não se submeter à cirurgia. Porém, no caso, questiona-se se não houve interrupção donexo causal pelos outros interventores no processo, pois há circunstâncias “em que o agente se envolve em determinado evento danoso sem que lhe tenha dado causa, mas de tal forma que, à primeira vista, possa parecer responsável pelo resultado”. Consideramos que a “1ª série causal, em curso na direção do dano, ainda não o produziu, quando teve lugar a 2ª série que por sua parte o provocou”²⁷⁸.

No exame de laparoscopia, houve, outrossim, defeito no dever de informar, mas os danos reclamados em juízo não guardam relação com este defeito. A paciente sofreu com o diagnóstico errôneo que confundiu sintomas comuns no pós-exame com outros decorrentes de peritonite. Vemos aqui um ferimento ético à autonomia da paciente, mas este ferimento não chegou a atingir seu direito de livre desenvolvimento da personalidade, tanto que não reclama desta falta de informação inicial, mas do erro de diagnóstico que resultou em outra sucessão de causa e efeito.

Por fim, no diagnóstico errôneo de gravidez gemelar, não verificamos propriamente ferimento à autonomia da paciente, mas uma ofensa às expectativas legítimas decorrentes do erro na prestação de serviço. Já a falta de informação sobre a falibilidade da laqueadura demonstra ofensa a sua autonomia, pois a paciente poderia escolher método distinto de contracepção, ou decidir correr o risco mínimo de mais uma gravidez.

Entendemos que, na grande maioria das vezes, o dano gerado por defeito no dever de informar é de ordem extrapatrimonial, como já referimos. Excepcionalmente, cumulam-se danos patrimoniais. No caso da gestação gemelar, seria isso possível, tivesse autora comprovado danos, por exemplo, com a compra de enxoval para duas crianças. Outra possibilidade seria no caso de defeito no dever de informar em cirurgia estética: além do dano extrapatrimonial, poderiam ser ressarcidos danos de ordem patrimonial, como gastos com outras cirurgias.

²⁷⁸ CRUZ, *O problema...*, p. 157.

CONCLUSÃO

O estudo realizado proporcionou uma série de reflexões que ora serão expostas a título de conclusão.

1. Tanto o dever de informar na obrigação médica, como o nexos causal no ambiente geral da responsabilidade civil são temas que, embora bastante estudados, trazem grandes dificuldades na delimitação do caso concreto. Em virtude da sua superposição, na hipótese de o dano derivar da omissão de informação devida, deve haver o esforço em seu discernimento.

2. A evolução da medicina como ciência por vezes pode dar a impressão de que todos os males relacionados à saúde têm solução. No entanto, tal percepção é falaciosa diante das peculiaridades do organismo humano e da humanidade do profissional médico, que não domina todas as informações e é falível tanto quanto qualquer outro profissional.

3. O dever informativo do médico tem fundamentos históricos, respaldados por normas éticas e legislativas, e também em documentos de ordem internacional, como a Convenção de Oviedo.

4. No Brasil, no âmbito deste tema, incidem diretamente o Código de Ética Médica, com disposições de várias ordens, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, e todos os princípios e normas do sistema jurídico que se refletem no direito privado.

5. Aparentemente nada mudou com a entrada em vigor do Código do Consumidor, tendo em vista permanecer a responsabilidade médica como subjetiva; porém, é necessário considerar o microsistema como um todo, sobretudo suas garantias ao consumidor acerca de uma informação clara e acessível.

6. A inversão do ônus da prova é garantia possível nas ações de responsabilidade médica. Porém, sua aplicação é exceção, pois incide como regra a determinação do art. 333 do

CPC, sobretudo quanto à existência ou não de nexo causal nas ações de responsabilidade civil do médico.

7. A amplitude e o conteúdo do dever de informar são controvertidos. Como conteúdo mínimo, podemos enumerar a especificação da doença, as prescrições, os riscos possíveis e os cuidados no tratamento. A partir deste núcleo mínimo poderá haver variações, que dependerão da relação médico-paciente. Esta dever ser pautado pela lealdade e respeito à autonomia do paciente visto em sua singularidade.

8. No âmbito moral, importante não resumir a informação à questão da revelação da doença. Esta, embora central, deve seguir um processo dialógico de perguntas e respostas que revele as necessidades do paciente, o que, ao fim, a torna mais ampla que o próprio termo sugere.

9. No âmbito jurídico, a configuração do processo de consentimento informado no campo ético é afeito ao conceito de boa-fé objetiva do direito privado. O diálogo médico-paciente se estende no tempo, e a informação deve ter por norte o agir leal entre as partes.

10. O dever de informar está sempre presente na obrigação decorrente de prestação de serviços médicos, seja esta considerada de meio ou resultado. Entendemos a obrigação do médico sempre de meios, inclusive quanto ao dever de informar, pois instrumental ao consentimento informado, dependendo das interações entre médico e paciente.

11. Nas cirurgias estéticas, que majoritária doutrina e jurisprudência qualificam como obrigação de resultado, o dever de informar ganha maior ênfase, pois deve o paciente estar ciente do resultado a que está se obrigando o médico.

12. A causalidade na responsabilidade médica, como em toda responsabilidade civil, deve partir de uma causa jurídica. Para gerar o dever de indenizar, não basta a causa natural.

13. Na responsabilidade civil como um todo, tem-se percebido o que Schreiber denominou de “erosão dos filtros da reparação”, que se observa também na avaliação do nexo causal.

14. As conseqüências dessa “erosão” devem ser bem avaliadas, pois a boa utilização da técnica torna mais segura a decisão judicial, afastando o excesso de subjetivismo na análise do caso concreto.

15. O termo do consentimento informado é instrumento importante como prova de licitude do agir médico. Porém, compreendemos que seu papel não se restringe a sua inegável importância como meio de prova. Deve ser instrumento que demonstre o agir leal das partes e conduza a uma “forma humanitária, legal e eticamente correta de exprimir e conduzir as relações entre o profissional de saúde, especialmente o médico, e o paciente”, no sentido proposto por Clotet, Francisconi e Goldim.

16. A relação médico-paciente, embora inserida numa sociedade massificada, deve se orientar de acordo com o alto grau de proximidade dos participantes dessa relação. O paciente deve ser entendido na suas particularidades e o médico, na condição de parte que melhor conhece a sua ciência, conciliar seu saber técnico com o diálogo com o paciente. Dessa maior aproximação se chegará aos pontos que deverão ser revelados, esclarecidos e decididos pelo paciente ou o que ficará a cargo do médico.

17. Necessário, para responsabilizar o médico, que o defeito no dever de informar gere dano, o que, na maioria das vezes, não se relaciona com a má utilização da técnica. O dano decorrente do dever de informar atua na esfera da proteção da autonomia da pessoa e do respeito a sua autodeterminação. Na análise do nexo causal, deve-se ter por norte a ligação entre esse dano e a conduta do médico.

18. Quando judicializada a causa, a noção da boa-fé objetiva deve ser um norte para estabelecer quando houve ferimento do dever de informar, atingindo a autonomia do paciente e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

19. Os casos judiciais estudados demonstram a avaliação atécnica do pressuposto *nexo causal*, embora demonstrem um reconhecimento do dever de informar do médico. A falha no uso da técnica traz como consequência a utilização do dever de informar como forma de “fazer justiça”, quando o direito, dever-ser, possui fundamentos técnicos e dogmáticos garantidores da segurança jurídica.

20. Haverá *nexo causal* entre o dano e a falha no dever de informar quando o paciente não for orientado para consequências do agir médico, e destes sobrevier prejuízo, direta e imediatamente relacionado com a falta de informação, como, por exemplo, não informar ao paciente a necessidade de abster-se de fumar após a realização de cirurgia estética, pois o hábito interfere na cicatrização.

21. A especificação do que informar dependerá da condução do processo de consentimento informado, tido, como antes referido, como forma humanitária, legal e ética de conduzir a relação médico-paciente.

22. Os prejuízos decorrentes do defeito do dever de informar têm *nexo* tanto com danos patrimoniais, quanto com extrapatrimoniais. Porém, como proteção da autonomia, como forma de garantia ao princípio do livre desenvolvimento da personalidade e, mediamente à dignidade humana, ganha ênfase a ofensa à esfera moral da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago .1995.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues. *Responsabilidade médica perante o paciente, o médico, o jurista e o seguro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2001.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra , 1984.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARBOZA, Heloísa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos. Separata de MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia L. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 205-229.

BARBOZA, Heloísa Helena. *Responsabilidade civil médica no Brasil*. In: RESPONSABILIDADE civil dos médicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade média e o dever de informar. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 31, n. 106, p. 283-289, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: Conceituação, Origens e Atualidade. *Revista do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, v. 3, 1995. Disponível em:
<<http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v3.htm>> Acesso em: 7 fev. 2008.

CLOTET, Joaquim. O consentimento informado: uma questão do interesse de todos. *Jornal Médico*, Brasília: n. 122, out./nov. 2000. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/jornal/jornais2000/10_112000/Bioetica.htm> Disponível em: 28 fev. 2009.

CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto (Org.). *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Responsabilidad civil y relación de causalidad. In: SEGUROS y responsabilidad civil. Buenos Aires: Astria, 1984.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer nº 74/2004 Assunto: Realização de Histerossalpingografia após Ligadura Tubária. In: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO GRANDE DO SUL. Câmaras Técnicas. *Pareceres selecionados*: Porto Alegre: Stampa, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1021/80*. Disponível em:
<<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>> Acesso em: 21 mar. 2009.

COUTINHO, Léo Meyer. *Código de Ética Médica comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

COUTO E SILVA, Clóvis V. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 217-234.

_____. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
_____. *A obrigação como processo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

_____. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit bresilien et compare*. [s.n.t.].

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

D'AMICO, Giovanni. Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbliazioni di mezzi e di risultato: atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista: Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale. *Rivista di Diritto Civile*, n. 6, p. 141-162, nov./dez. 2006.

DALL'AGNOL JÚNIOR Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica*, n. 280, p. 5-20, fev. 2001.

DE CUPIS, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925. v. 5.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.) *Responsabilidade civil dos médicos*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 435-498.

DIAS, *Da responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13: arts .927 a 965.

EDITORIAL. *Plástica e Beleza*, São Paulo, v. 11, n. 100, 2009, edição especial.

ENDELMAN, Bernard. La dignité de la personne humaine, un concepte nouveau. In: EDELMAN, Bernard. *La personne em danger*. Paris: PUF, 1999.

EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. 2. ed. tradução de A. F. Cascais. Lisboa: Veja, 2000.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Hayghert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. *Revista do Hospital de Clínicas de Porto Alegre e Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 2, p. 78-82, 2007.

FISIOTERAPIA dermato funcional. *Plástica e Beleza*, São Paulo, v. 11, n. 100, 2009, edição especial.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido. *Revista Bioética*, Brasília, n. 2, p. 129-135, 1994.

FOURNIER, Claude. et al. Précis d'évaluation du dommage corporel. Paris: L'Argus, 2001. AREDOC – Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v.38, suplemento, 1994.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Necessidade de uma revisão na consideração da natureza da obrigação do cirurgião plástico*. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14089> Acesso em: 19 mar. 2009.

_____. A responsabilidade civil dos médicos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 19, n. 55, p. 116-139, jul. 1992.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GAWANDE, Atul. *Complicações: dilemas de um cirurgião diante de uma ciência imperfeita*. Tradução Ana Deiró. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2004.

GOLDIM, José Roberto. *A transfusão de sangue nos Testemunhas de Jeová*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/transfus.htm>> Acesso em: 07 mar. 2009.

GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Responsabilidade médico-hospitalar em face do direito do consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 10, p.128-140, abr./jun. 2002.

HART, H. L. A; HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. 2. ed. Nova York: Printed Hong Kong, 1994.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 84, p. 548-559, jun. 1941.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova. Presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus da prova e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria. Responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. _____. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade humana. In: MARISN-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 551-570.

LIFTING 3D. *Plástica e Beleza*, São Paulo, v. 11, n. 100, 2009, edição especial.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. com o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. Tradução Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista Tribunais, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 265-305.

MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. Paris: Defrénois, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/Costajudith.pdf>> Acesso em: 25 set. 2008.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Capacidade de consentir na esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações – Arts. 389 a 420*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2.

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 789, p. 21-47, jul. 2001, p. 24.

_____. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, p. 106-131, jan. 2005.

_____. *Pessoa, personalidade, dignidade*: ensaio de uma qualificação. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. obra não publicada.

_____. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. Separata de: A EVOLUÇÃO do direito no século XXI, estudos em homenagem do professor doutor Arnaldo Wald. Coimbra: Almedina, 2007.

MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Leon. *Traité théorique e pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle*. 4. ed. Paris: Sirey, 1949. v. 2.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, p. 52-91, jul./set.. 2007.

MONTAIGNE, Michel de. *Essais*. Paris: Garnier, 1948, v.3.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1: Fundamentos do Direito das Obrigações: Introdução à Responsabilidade Civil.

OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). *Responsabilidade civil dos médicos*: integrado no projeto bianual Responsabilidade Civil dos Médicos. Coimbra: Coimbra, 2005.

PARGLENDER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith . *A ressignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa*. Disponível em:
<http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm> Acesso em: 08 set. 2008.

PEIXOTO, Ester Lopes. A tutela da engenharia genética: reflexões sobre a sua concretização no âmbito do direito privado. In MARTIS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 571-608.

PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. *Revue Internationale de Droit Compare*, Paris, n. 42, p. 525-543, avril/juin 1990.

PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977.

PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos Ministério das Finanças, 1972.

PETEFFI SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PINNA, Andrea. La responsabilité médicale em France après la loi du 4 mars 2002. In OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 95-126.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 22: Parte Especial, Direito das Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações.

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 1: Parte Geral, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.

REALE, Miguel. O Código de Ética Médica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 66, n. 503, p. 47-53, set. 1977.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado*. Curitiba: Juruá, 2006.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *O princípio da reparação integral no Código Civil de 2002 e sua concretização no dano-morte*. Porto Alegre, 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

_____. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAUWEN, Regina Fiuza e HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito "in vitro": da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. v. 2.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área de saúde: ação, dano e nexos causal: fundamentos da responsabilidade civil na área de saúde: culpa ou risco. a prova. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.). *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVEIRA, Reinaldo. Breves considerações sobre a responsabilidade civil do médico e o Código de Defesa do Consumidor. A proposta do contrato do seguro profissional para mitigar problema insolúvel. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 41, p. 263-275, jan./mar. 2002.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

STUART MILL, John. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica*. Tradução João Marcos Coelho. In: OS PENSADORES. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001.

_____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Jurídica*, n. 311, p. 18-43, set. 2003.

TRIGO REPRESAS, Félix A. *Reparación de daños por “mala praxis” médica*. 2. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994.

VINEY, Geneviève. Les obligations: la responsabilité: conditions. In: GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Paris: L.G.D.F., 1982.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 130.764-PR. Relator: Ministro Moreira Alves. 12 de maio de 1992. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 143, p. 270-287, jan. 1993.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0353126-2. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/djud/jurisprudencia>> Acesso em: ago. 2008.

_____. Apelação Cível nº 0243144-5. Relator: Juiz Convocado Francisco Luiz Macedo Júnior. Julgado em: 20 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>> Acesso em: 29 set. 2008.

_____. Apelação Cível. Apelação Cível n. 0353126-2. Relator: Desembargador Tufi Maron Filho. Julgado em: 23 nov. 2006. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/djud/jurisprudencia>> Acesso em: 27 ago. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70018207043. Relatora: Des^a Marilene Bonzanini Bernardi. Julgada em: 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

_____. Apelação Cível nº 70014448351. Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga. Julgado em: 24 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 20 mar. 2009.

_____. Apelação Cível nº 70009295981. Relator: Dr. Ney Wiedemann Neto. Julgada em: 15 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

_____. Apelação Cível nº 70018207043. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Julgada em: 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

_____. Apelação Cível nº 70017079187. Relator: Tasso Cauby Soares Delabary. Julgada em: 07 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 27 fev. 2008.

_____. Apelação Cível nº 70008789323. Relator: Des. Artur Arnildo Ludwig. Julgada em: 24 nov. 2004. Disponível na Internet: <<http://www.tj.rs.gov.br>> Acesso em: 08 set. 2008.

_____. Apelação Cível nº 70009315268. Relatora: Drº Marta Borges Ortiz, Julgada em: 1 dez. 2005. Disponível em: <[http\\www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em: 27 fev. 2008.

_____. Apelação Cível nº 70009315268. Relatora: Drº Marta Borges Ortiz. Julgada em: 01 dez. 2005. Disponível em: <[http\\www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em: 27 fev. 2008.

_____. Apelação Cível nº 70012108171. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Julgada em: 22 fev. 2006. Disponível em: <[http\\:www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em: 27 fev. 2008.

_____. Apelação Cível n. 70016392847. Relatora: Desª Marilene Bonzanini Bernardi. Julgada em: 13 set. 2006. Disponível em: <[http\\:www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em: 20 mar. 2009.

_____. Apelação Cível nº 70005056551. Relatora: Mara Larsen Chechi. Julgada em: 30 out. 2002. Disponível em: <[http\\:www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)> Acesso em: 27 fev. 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2005.000232-2. Relator: Des. Substituto Sérgio Izidoro Heil. Julgado em: 8 maio 2007. Disponível em: <[http\\:http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2005.0002322&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAATAAAcINAA6](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2005.0002322&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAATAAAcINAA6)> Acesso em: 28 set. 2008.

_____. Proc. nº. 2005.000232-2. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 28 set. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 390-175-4/3-00. Relator Des. José Luiz Gavião de Almeida, Julgado em: 03 jun. 2008. Disponível em: <[http:\\http://www.tj.sp.gov.br/consulta/Jurisprudencia.aspx](http://www.tj.sp.gov.br/consulta/Jurisprudencia.aspx)> Acesso em: 29 set. 2008.

ANEXO A – ERRO MÉDICO

Obtêm-se os seguintes números, colocando-se o termo “ERRO MÉDICO”, no repertório jurisprudencial disponível nos sites dos tribunais de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, em pesquisa realizada em 30 de setembro de 2008:

ANO	TJSP	TJMG	TJRJ
1998	0	2	21
1999	2	16	28
2000	6	210	41
2001	11	241	20
2002	13	266	68
2003	20	296	79
2004	27	506	77
2005	12	484	112
2006	41	599	178
2007	206	690	198
2008	449 (em 30/09/2008)	585 (até 30/09/2008)	151(até 30/09/2008)

No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça publica em sua página da Internet relatórios com dados sobre a distribuição anual de processos no 2ª grau. Estes mostram o crescimento das demandas, em geral, na matéria responsabilidade civil, dentre elas as relativas à responsabilidade médica. Utilizamos dos números disponíveis no site (até o ano de 2007) para elaborar o quadro abaixo, inserindo, na última coluna, nossa pesquisa pelo termo “erro médico” no repertório jurisprudencial do tribunal gaúcho:

ANO	PROCESSOS DISTRIBUÍDOS – CÍVEL	PROCESSOS JULGADOS – CÍVEL	PROCESSOS DISTRIBUÍDOS MATÉRIA RESP. CIVIL (dados disponíveis a partir de 2000)	PROCESSOS JULGADOS MATÉRIA RESP. CIVIL (dados disponíveis a partir de 2003)	INCIDÊNCIA “ERRO MÉDICO” NO REPERTÓRIO JURISPRUDENCIAL DO TJRS
1998	73.442	40.499			26
1999	112.715	78.710			41
2000	126.396	141.944	5.545		39
2001	162.082	117.790	6.970		22
2002	179.003	127.988	8.551		47
2003	225.950	234.504	11.159	10.512	51
2004	286.147	285.542	2.560	9.880	75
2005	331.631	326.201	10.963	9.344	111
2006	422.109	392.728	14.374	11.721	115
2007	450.580	457.296	16.302	14.618	169
2008					160(ATÉ 30/09/2008)