

FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

DAYANE SOARES DOS ANJOS

**ERRO MÉDICO: o livre consentimento informado e os limites da responsabilidade civil
do médico**

Juína/MT

2019

FACULDADE DO VALE DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO

DAYANE SOARES DOS ANJOS

**ERRO MÉDICO: o livre consentimento informado e os limites da responsabilidade civil
do médico**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito, da AJES - Faculdade do Vale do Juruena, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Ms. Luís Fernando Moraes de Mello.

Juína/MT

2019

AJES – FACULDADE DO VALE DO JURUENA

BACHARELADO EM DIREITO

ANJOS, Dayane Soares. **ERRO MÉDICO: o livre consentimento informado e os limites da responsabilidade civil do médico.** Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – AJES – Faculdade do Vale do Juruena, Juína – MT, 2019.

Data da defesa: ____/____/2019.

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador: Prof. Mestre Luís Fernando Moraes de Mello
ISE/AJES.

Membro Titular: Prof. Douglas Willians da Silva dos Santos
ISE/AJES.

Membro Titular: Profa. Veronica Jocasta Casarotto
ISE/AJES.

Local: Faculdade do Vale do Juruena
AJES – Unidade Sede, Juína - MT

DECLARAÇÃO DE AUTOR

*Eu, Dayane Soares dos Anjos, portadora da Cédula de Identidade - RG nº 2827981-6 SSP/MT, e inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - CPF sob nº 052.671.691-61, DECLARO e AUTORIZO, para fins de pesquisa acadêmica, didática ou tecnicocientífica, que este Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **ERRO MÉDICO: o livre consentimento informado e os limites da responsabilidade civil do médico, pode ser parcialmente utilizado, desde que se faça referência à fonte e ao autor.***

Autorizo, ainda, a sua publicação pela AJES, ou por quem dela receber a delegação, desde que também seja feita referência à fonte e ao autor.

Juína-MT, _____, _____ 2019.

Dayane Soares dos Anjos

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem ele esse sonho não seria possível. Aos meus pais, Ilma Soares dos Anjos e Milton Ferreira dos Anjos, e a minha irmã Tatyane Soares dos Anjos, razões da minha vida. E, em especial, dedico esse trabalho aos meus queridos avós, Carlinda Soares e Esmeraldo Soares (in memoriam) que me ensinaram valores importantes para toda a vida.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por ter me concedido saúde e forças para superar as dificuldades da caminhada acadêmica.

Agradeço a minha mãe, Ilma Soares dos Anjos e a meu pai, Milton Ferreira dos Anjos, pelo apoio, amor, carinho e incentivo nos momentos difíceis, de desânimo e cansaço.

À minha irmã, Tatyane Soares dos Anjos e a meu primo, Alison Rodrigo Soares que juntamente com os meus pais me apoiou e incentivou nos momentos finais do curso.

A minha melhor amiga, Gabrielly da Silva Batista, que desde o início me acompanhou e apoiou nesta jornada e que compartilhará a profissão de advocacia junto comigo.

As minhas amigas, Ana Caroline Alves da Mota, Aline Bento Lima Rodrigues, Lois Lene Bento de Sousa, Raíssa Sthephanie da Silva companheiras de faculdade, de amizade e futuramente colegas de profissão.

Ao meu orientador, Professor Me. Luís Fernando Moraes de Mello pela orientação, paciência, apoio e confiança.

E, por fim gostaria de agradecer a todos que contribuíram direta ou indiretamente a minha formação. Obrigada!

EPÍGRAFE

“Não deixe que seus medos tomem o lugar dos seus sonhos”.

(Walt Disney)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a responsabilidade civil do médico com enfoque no consentimento livre e informado. Desde os tempos mais remotos da história da humanidade já se tinha o entendimento de que a intervenção médica era necessária para a manutenção da saúde e o prolongamento da expectativa de vida do ser humano. Contudo, o entendimento de que o médico deveria ser responsabilizado pela má prática de sua técnica deu-se somente sob a vigência do Código de Hamurabi. Atualmente, o médico que provocar danos aos seus pacientes e desde que comprovada a sua culpa, por negligência, imperícia ou imprudência, são responsabilizados em três esferas jurídicas são elas: cível, criminal e administrativa e, ainda, pelo campo da ética médica. No tocante ao consentimento livre e informado registra-se, por importante, que se trata de um instituto que surgiu recentemente no âmbito da Medicina e do Direito. O consentimento livre e informado é regulamentado pela Recomendação do Conselho Federal de Medicina (CFM) Nº 1/2016 e, em resumo, consiste em um instrumento de autodeterminação do indivíduo, uma vez que, a partir dele a pessoa humana decide voluntariamente, após um processo informativo realizado pelo médico, a aceitar ou não determinado tratamento médico com seus riscos, benefícios e consequências. Neste diapasão será discutido os limites de reprovabilidade e responsabilização civil do médico pela violação do direito de autodeterminação do paciente no processo de consentimento livre e informado. Ao final do estudo, concluiu-se que a responsabilização civil do médico depende da “ausência” ou “presença” do consentimento livre e informado do paciente. Sendo ausente o consentimento livre e informado do paciente o médico será, independentemente de erro médico, responsabilizado civilmente, mas desde que comprovada a sua culpa por negligência (omissão de informação) e havendo a comprovação da culpa deverá indenizar o paciente à título de danos morais. Havendo o consentimento livre e informado do paciente entende-se que o médico não será responsabilizado pelas consequências informadas, todavia, surgindo consequências que não foram informadas ou tendo este provocado dano ao paciente, por negligência, imperícia ou imprudência, haverá a sua responsabilização se comprovada a sua culpa. Registra-se, por fim, que o presente trabalho se baseou em pesquisas bibliográficas realizada a partir de livros, artigos, revistas, teses, dissertações, monografias e jurisprudências.

Palavras-chaves: Responsabilidade Médica. Responsabilidade Civil do Médico. Consentimento Livre e Informado. Erro Médico. Conselho Federal de Medicina.

ABSTRACT

This paper aims to study the physician's civil liability with a focus on free and informed consent. From the earliest times in the history of mankind it was already understood that medical intervention was necessary for the maintenance of health and the prolongation of life expectancy of the human being. However, the understanding that the physician should be held responsible for the misconduct of his technique came only under the Hammurabi Code. Currently, the physician who causes harm to his patients and since proven guilty by negligence, malpractice or imprudence, are liable in three legal spheres are: civil, criminal and administrative and also by the field of medical ethics. Regarding free and informed consent, it is important to note that this is an institute that has recently emerged in the field of Medicine and Law. Free and informed consent is regulated by the Federal Medical Council (CFM) Recommendation No. 1/2016 and, in short, consists of an instrument of self-determination of the individual, since from it the human person voluntarily decides after a informative process performed by the doctor, whether or not to accept certain medical treatment with its risks, benefits and consequences. In this tuning fork will be discussed the limits of reprehensibility and civil liability of the doctor for violation of the patient's right of self-determination in the process of free and informed consent. At the end of the study, it was concluded that the physician's civil liability depends on the “absence” or “presence” of the patient's free and informed consent. If the patient's free and informed consent is absent the doctor will be, regardless of medical error, civilly liable, but provided proven guilty for negligence (omission of information) and if proven guilty should indemnify the patient as moral damages . If the patient has free and informed consent, it is understood that the doctor will not be held responsible for the informed consequences. However, if consequences arise that have not been informed or have caused harm to the patient through negligence, malpractice or recklessness, their liability will be proven. It's your fault. Finally, it is noted that the present work was based on bibliographical research conducted from books, articles, magazines, theses, dissertations, monographs and jurisprudence.

Keywords: Medical Responsibility. Physician's Liability. Free and Informed Consent. Medical error. Federal Council of Medicine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – O AGIR TÉCNICO NA SAÚDE E SEUS LIMITES ÉTICOS	14
1.1 A PESSOA E A DIGNIDADE HUMANA	15
1.2 A TÉCNICA E O AGIR ÉTICO NAS PRÁTICAS DE SAÚDE	22
1.3 OS EFEITOS BENEFICOS E PERVERSOS DO AGIR TÉCNICO.....	25
1.4 O ERRO MÉDICO E SUAS MODALIDADES	28
1.5 A INFORMAÇÃO SOBRE OS EFEITOS PERVERSOS E A POSSIBILIDADE/DEVER DE REPRESENTAÇÃO/ANTECIPAÇÃO	34
CAPÍTULO 2 – DEVERES E DIREITOS NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA.....	38
2.1 DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO E DO PACIENTE	39
2.2 OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE MÉDICA	45
2.3 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO AGIR MÉDICO	50
2.4 A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO AGIR MÉDICO.....	56
2.5 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO AGIR MÉDICO	58
2.6 A RESPONSABILIDADE HUMANA NA ARTE MÉDICA.....	59
CAPÍTULO 3 – O CONSENTIMENTO INFORMADO E OS LIMITES DA REPROVALIBILIDADE E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO NO PROCESSO DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO	62
3.1 O CONSENTIMENTO INFORMADO E O CONSENTIR DE INCERTEZAS.....	62
3.2 DEFINIÇÃO DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO E SEUS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE	66
3.3 EXCEÇÕES À OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO	70
3.4 O CONSENTIMENTO INFORMADO: INSTRUMENTO DE AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE OU LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA	71
3.5 ANÁLISE DE PARANOMAS JURISPRUDÊNCIAIS ACERCA DOS LIMITES DE REPROVABILIDADE E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO NO PROCESSO DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO	73
3.6. ANÁLISE DE DEMANDAS JUDICIAIS POR ERRO MÉDICO NOS ÚLTIMOS ANOS	80

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

É cediço que a intervenção médica é necessária para a manutenção da saúde e o prolongamento da expectativa de vida dos seres humanos. E, por ser uma atividade que envolve o maior patrimônio da pessoa humana, ou seja, “à vida” entende-se que é necessário resguardá-la do agir técnico médico exercido pelos profissionais de saúde, isto é, médicos, técnicos de enfermagem, enfermeiros, residentes e entre outros.

Com o intuito de resguardar à pessoa humana e, em contrapartida, exigir a ética dos profissionais de saúde no exercício da profissão o Direito atua em conjunto com a Medicina impondo o instituto da responsabilidade médica sobre aqueles profissionais que descumpram deveres ou provoquem danos à saúde ou à vida de seus pacientes.

A responsabilidade do médico pelo erro médico pode ocorrer em três esferas jurídicas, são elas: cível, criminal e administrativa e, ainda, no âmbito da ética médica. Registra-se, por importante, que o presente trabalho de conclusão de curso se limitará ao estudo da responsabilidade civil com enfoque no consentimento livre e informado.

O consentimento livre e informado trata-se de um instituto relativamente novo no âmbito da Medicina e do Direito e, atualmente, é regulamentado pela Recomendação do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1/2016. Frisa-se, em síntese, que o consentimento livre e informado consiste em um instrumento de autodeterminação do indivíduo, uma vez que, a partir dele a pessoa humana decide voluntariamente, após um processo informativo, aceitar ou não determinado tratamento médico com seus riscos, benefícios, finalidades e consequências.

Consigna-se que, a “informação” é fundamental no processo de concretização do consentimento livre e informado do paciente. Neste processo, o dever de informação é imposto ao médico que deve fornecer ao paciente todas as informações necessárias para a sua tomada de decisão, isto é, para o momento em que esse for decidir entre consentir ou não com determinado tratamento médico. Entende-se que esse dever é obrigatório do médico porque somente ele é capaz de entender as reais implicações da saúde do corpo humano.

Ante o exposto, destaca-se que a pretensão deste estudo é de entender quais são os limites de reprovabilidade e responsabilização civil do médico pela violação do direito de

autodeterminação do paciente no processo de consentimento livre e informado. Assim, visando tratar e responder esta problemática dividiu-se o presente trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo será analisado, a priori, o conceito de pessoa humana e dignidade humana. Em seguida, serão discutidos o agir técnico do médico na área da saúde, os efeitos benéficos e perversos derivados da técnica e, por fim, o dever de representação/antecipação de informações do médico sobre os efeitos perversos da atividade médica.

O segundo capítulo versará, em síntese, sobre os direitos e deveres dos médicos e dos pacientes na relação médico-paciente e, em seguida, será abordado à forma como ocorre a responsabilização do médico na área cível, criminal, administrativa e da ética médica.

No terceiro e último capítulo, será apresentado o instituto do consentimento livre e informado abordando à sua origem, definição, pressupostos de validade e exceções à sua obtenção e, por fim, será realizada a análise de parâmetros jurisprudências com o intuito de responder o problema lançado pelo projeto de conclusão de curso.

CAPÍTULO 1 – O AGIR TÉCNICO NA SAÚDE E SEUS LIMITES ÉTICOS

Neste primeiro capítulo será abordado, em síntese, o assunto referente ao agir técnico do médico na área da saúde, a importância do agir ético dos profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem, residentes e entre outros), os efeitos benéficos e perversos derivados da técnica e, por fim, o dever de representação/antecipação de informações sobre os efeitos perversos imposto pelo Código de Ética Médica Brasileiro como regra aos profissionais de medicina.

O presente capítulo divide-se em cinco tópicos, são eles: a pessoa e a dignidade humana; a técnica e o agir ético nas práticas de saúde; os efeitos benéficos e perversos do agir técnico; o erro médico e as suas modalidades e a informação sobre os efeitos perversos e a possibilidade/dever de representação/antecipação.

No primeiro tópico será apresentado o conceito de “pessoa humana” a partir da perspectiva do filósofo Immanuel Kant, bem como a definição de “dignidade humana” sob o ponto de vista filosófico, jurídico e da ética médica.

No segundo tópico será discutido a questão da técnica e seus avanços na modernidade, com base no pensamento do filósofo alemão Hans Jonas, escritor do livro “Técnica, Medicina e Ética” e, ainda, a importância do agir ético dos profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem, residentes e entre outros) no âmbito da medicina.

No terceiro tópico são definidos e distinguidos os efeitos benéficos e os efeitos perversos do agir técnico médico. Em seguida, no quarto tópico, será realizado um esboço acerca do erro médico e as suas modalidades, as quais são respectivamente: erro de tratamento; erro de diagnóstico; erro na prescrição de medicamentos; erro grosseiro; erro deliberado; erro escusável; erro estrutural e erro imaginário.

E, por fim, no quinto tópico, será realizada uma breve discussão acerca do dever de representação/antecipação de informações do médico ao paciente sobre os efeitos perversos, excepcionais e raros derivados do agir técnico médico.

1.1 A PESSOA E A DIGNIDADE HUMANA

A manutenção da saúde e o prolongamento da expectativa de vida dos seres humanos é, atualmente, o desafio dos profissionais da área de saúde. Por essa razão, vem a medicina, ao longo dos anos, desenvolvendo novas técnicas médicas em benefício da pessoa humana. No entanto, como a técnica compreende a uma atividade de risco à vida e a dignidade da pessoa surgiu-se a necessidade de resguardá-la. Visando atingir esses e demais outros objetivos o constituinte brasileiro incluiu ao rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito à dignidade da pessoa humana.

Com a inclusão deste fundamento no bojo da Constituição Federal Brasileira (artigo 1º, inciso III, CF/1988) resguardou-se o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica e à saúde da pessoa humana. Ademais, toda e qualquer ação humana entre particulares ou arbitrariedades praticadas pelo Estado em desfavor da pessoa passou a ser considerada uma violação a esse pressuposto constitucional.

A redação do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira de 1988, revela dois conceitos fundamentais e que merecem aqui ser estudados, separadamente, a pessoa humana e a dignidade humana. A priori será estudado o conceito de pessoa humana com enfoque na filosofia de Immanuel Kant e, em seguida, será abordada a questão da dignidade humana sob o ponto de vista filosófico, jurídico e da ética médica.

Immanuel Kant foi um dos principais filósofos da história da filosofia a estudar a fundo o conceito de pessoa humana. Para Kant, a pessoa é um ser dotado de razão e que possui um fim em si mesmo, ao contrário dos animais seres desprovidos de razão e reduzidos a fins de meio, isto é, a coisas. Os fins em si mesmo, na concepção do filósofo, são desejos que somente se manifestam nos seres dotados de razão, uma vez que, esses fins não é algo que simplesmente acontece, mas sim que precisam ser escolhidos. A pessoa que escolhe, por exemplo, aprender a falar inglês ou espanhol constitui um fim em si mesmo, haja vista que este fim possui um valor para esta pessoa. Os fins de meio, por outro lado, compreendem aos instrumentos utilizados para a consecução de algo¹.

¹ DEAN, Richard. **A fórmula da humanidade como um fim em si mesmo**. Revista da Sociedade Kant Brasileira. Qualis-CAPES: A2. Qualis-CAPES: A2. V. 13, n. 19, 2015. ISSN Impresso: 1518-403X. ISSN Eletrônico: 2317-7462. Disponível em: <<http://sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/224/0>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

Seguindo esse raciocínio ensina o filósofo que tudo que possui “fim” tem um “preço” ou “dignidade”, terá preço tudo aquilo que pode ser valorado (coisas/objetos) e possuirá dignidade tudo o que não pode ser valorado (pessoa humana)². Diante o exposto, é possível afirmar, então, que para Immanuel Kant o que torna a pessoa humana “um fim em si mesmo” e consequentemente dotada de “dignidade” é a sua “racionalidade”.

Na época e, ainda, hoje o pensamento de Immanuel Kant é alvo de críticas na doutrina. Segundo renomados doutrinadores o filósofo equivocou-se ao afirmar que somente as pessoas dotadas de “razão” possuem dignidade e merecerem ser valoradas, pois em que contexto ficariam as pessoas que se encontram, por exemplo, em estado vegetativo e que, devido a sua condição, não conseguem manifestar os seus desejos com a racionalidade necessária. Seriam esses indivíduos reduzidos a “fins de meio”? Ou simplesmente seria correto dizer que essas pessoas não possuem “um fim em si mesmo” como os demais seres humanos?³

Defendem esses críticos que a dignidade, na verdade, alcança todos os seres humanos, independentemente da ideia de “racionalidade”, uma vez que, trata-se de um valor intrínseco à pessoa, isto é, nasce com o ser humano e, por ser inerente, não pode ser retirada do indivíduo. Portanto, a tese defendida por Kant em parte é incorreta, haja vista que todo indivíduo pelo simples fato de ser da “espécie humana” já possui dignidade⁴.

Quanto à dignidade humana, registra-se desde logo, que não há na doutrina ou na própria legislação uma definição específica do termo, uma vez que, trata-se de um conceito amplo e que permite diferentes formas de interpretação. De acordo com o filósofo Robert Alexy, a dignidade humana é compreendida, basicamente, sob dois pontos de vista o filosófico e o jurídico⁵. Na ótica filosófica é vista como um fundamento da ética e já pelo olhar jurídico é

² FACHIN, Luís Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. p. 01. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 25 de set. 2019.

³ DEAN, Richard. **A fórmula da humanidade como um fim em si mesmo**. Revista da Sociedade Kant Brasileira. Qualis-CAPES: A2. V. 13, n. 19, 2015. ISSN Impresso: 1518-403X. ISSN Eletrônico: 2317-7462. Disponível em: <<http://societadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/224/0>>. Acesso em: 13 de out. 2019.

⁴ Ibid., p. 02.

⁵ FACHIN, Luís Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. p. 01. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 08 de set. 2019.

entendida como o princípio máximo do Estado Democrático de Direito.⁶ Por outro lado, Alexandre de Moraes entende por dignidade humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos⁷.

Considerando o entendimento do autor supracitado, afirma-se, então, que a dignidade humana compreende ao valor moral e espiritual que toda pessoa, pelo simples fato de existir, é detentora. Ademais, por ser a dignidade um valor inerente ao ser humano entende-se que não será permitida, em nenhuma hipótese, a sua redução ou a sua violação por parte de terceiros. Consigna-se, por outro lado, que a partir do momento em que surge a necessidade de resguardar esse valor é que a dignidade humana passa ser vista na esfera do Direito como princípio jurídico. Deste modo, ao encontro do pensamento de Robert Alexy, vê-se que a dignidade humana ao longo da história caminhou da Filosofia para o Direito, uma vez que, além de seu valor moral e espiritual passou a possuir, também, status jurídico.

O reconhecimento da dignidade humana, como princípio fundamental, corresponde a evento recente no bojo do ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Luís Roberto Barroso “somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político”⁸. Complementa, ainda, o autor que a ideia de dignidade humana como princípio jurídico deu-se em razão de dois movimentos, veja-se:

Após a 2ª Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo constitui na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos.⁹

Como visto, o primeiro movimento que contribuiu para o reconhecimento da dignidade humana como princípio jurídico foi o advento da cultura pós-positivista. Essa cultura pós-

⁶ Ibid., p. 01.

⁷ MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 5ª Edição. Editora: Atlas. São Paulo. 2005. p. 129.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. 2010. p. 10. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 09 de set. 2019.

⁹ Ibid., p. 04.

positivista trouxe a convicção de que a norma jurídica do direito posto, muitas vezes, torna-se insuficiente para a resolução de determinados conflitos que surgem entre os seres humanos e, por essa razão, deve ser complementada pelo ideário da filosofia moral e da filosofia política¹⁰.

Sendo assim, verifica-se que o movimento pós-positivista defende, em síntese, que o ordenamento jurídico brasileiro seja permeável aos valores morais, isto é, que leve em consideração no momento de decidir conflitos humanos tanto o disposto na norma positivada, quanto o valor moral inerente à pessoa.

O segundo movimento de que trata o autor compreende ao período em que a dignidade humana foi reconhecida como princípio jurídico no bojo das constituições de diversos países. A primeira república a reconhecer o princípio da dignidade humana foi a do México, no ano de 1917, e, em seguida, a da Alemanha em meados do ano de 1919. Posteriormente, a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a República Federativa da Alemanha com a edição da Lei Fundamental de Bonn (1949) e outros tratados e pactos internacionais também agregaram em seus textos o ideário do princípio da dignidade humana¹¹.

No Brasil, por outro lado, o reconhecimento da dignidade humana como princípio jurídico, deu-se, tardiamente, mas especificamente a partir do segundo pós-guerra quando o País, em razão do regime militar, encontrava-se marcado pela tortura e demais práticas desumanas. Assim, diante a esse cenário foi implantado, então, pela Constituição Federal Brasileira o princípio da dignidade humana com o intuito de resguardar à pessoa em toda sua integralidade das arbitrariedades praticadas pelo Estado e por particulares¹².

Para encerrar, importante frisar que além da perspectiva filosófica e jurídica a dignidade humana pode ser entendida, ainda, sob o ponto de vista da ética médica. Há vários dispositivos no bojo do Código de Ética Médica Brasileiro (Resolução CFM nº 1.931/09) que dispõem sobre a importância da dignidade humana, veja-se alguns exemplos:

VI – O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

XXV – Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão

¹⁰ Ibid., p. 11.

¹¹ Ibid., p. 11.

¹² SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. 1998. p. 01-02. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>. Acesso em: 12 de set. 2019.

vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

É vedado ao médico:

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 99. Participar de qualquer tipo de experiência envolvendo seres humanos com fins bélicos, políticos, étnicos, eugênicos ou outros que atentem contra a dignidade humana.

Art. 110. Praticar medicina, no exercício da docência, sem consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado¹³.

Os presentes dispositivos, em síntese, reafirmam a necessidade de se respeitar e de proteger à pessoa humana, entretanto, em uma perspectiva diferente daquela versada na Filosofia e na Constituição Federal. O Código de Ética Médica Brasileiro pauta-se, em regra, no respeito e na proteção da pessoa especificamente contra o mau uso da medicina, em outras palavras, protege à pessoa humana e a sua dignidade do agir técnico médico praticado em desacordo com à ética.

Importante destacar que, apesar do Código de Ética Médica ser claro ao estatuir o respeito à dignidade humana, ainda, há profissionais da área que abusam de sua técnica violando, dessa maneira, a dignidade da pessoa humana. Entre os casos de maior repercussão na história da medicina em que foi reconhecido o desrespeito à dignidade humana tem-se as duas experiências com sífilíticos que ocorreram nos Estados Unidos (EUA), a primeira datada no ano de 1932¹⁴ e, a segunda, em meados dos anos de 1946¹⁵.

Frisa-se, por importante, que os “sífilíticos” se trata dos indivíduos que, na época, possuíam a doença denominada de “sífilis”. A sífilis é uma patologia infecciosa, exclusiva do ser humano, provocada pela bactéria conhecida como *treponema pallidum*¹⁶. A origem, causas e formas de tratamento eram desconhecidas pelos médicos e cientistas deste período da história e, por essa razão, realizou-se as referidas experiências que custaram a saúde e, até mesmo, a vida de vários indivíduos.

¹³ Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em:

<<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 14 de set. 2019.

¹⁴ **Ética em conflito:** uma análise ética sobre os experimentos realizados em seres humanos ocorridos durante o século XX. O estudo tuskegee sobre sífilis (1932-1972). Disponível em:

<<https://eticaemconflito.wordpress.com/estudo-tuskegee-sobre-sifilis/o-estudo-tuskegee-sobre-a-sifilis/>>. Acesso em: 15 de out. 2019.

¹⁵ GOLDIM, José Roberto. **Caso estudo de doenças venéreas de Guatemala**. 2010. Disponível em:

<<https://www.ufrgs.br/bioetica/guatemala.htm>>. Acesso em: 15 de out. 2019.

¹⁶ AVELLEIRA, João Carlos Regazzi. BOTTINO, Giuliana. **Sífilis:** diagnóstico, tratamento e controle. Revista Na Bras Dermatol. 2006. 81 (2): 111-26. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/%0D/abd/v81n2/v81n02a02.pdf>>. Acesso em: 24 de nov. 2019.

Como mencionado, a primeira experiência com sífilíticos ocorreu em 1932, na cidade de Tuskegee, Estados Unidos. A experiência foi comandada pelo Órgão de Serviço Público de Saúde dos Estados Unidos (SSP) com o objetivo de compreender a evolução natural da sífilis no corpo humano sem o devido uso de medicamentos. Os indivíduos envolvidos na presente pesquisa eram especificamente os afro-americanos pobres e analfabetos, ou seja, a parte mais vulnerável do País. Na época, esses indivíduos não foram informados acerca de seu diagnóstico, isto é, se eram ou não portadores de sífilis apenas foram comunicados que possuíam “sangue ruim”. Frisa-se que, segundo pesquisas realizadas por jornais e revistas a experiência contou com a participação de 258 (duzentos e cinquenta e oito) pessoas e, dessas, apenas 74 (setenta e quatro) sobreviveram ao estudo¹⁷.

Já, a segunda experiência com sífilíticos ocorreu em 1946, nos Estados Unidos sob a responsabilidade do pesquisador norte-americano John Charles Cutler que, associado ao Laboratório de Pesquisas em Doenças Venéreas do Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos (USPHS), infectou parcela dos indivíduos vulneráveis da cidade de Guatemala, como prisioneiros, soldados, prostitutas, doentes mentais e até mesmo crianças, com a doença de sífilis para, em seguida, tratá-los com o antibiótico denominado de “penicilina”. Foram aproximadamente 696 (seiscentos e noventa e seis) pessoas saudáveis envolvidas e dessas cerca de 71 (setenta e uma) faleceram no decorrer da experiência. Consigna-se que, assim como os afro-americanos da cidade de Tuskegee, os guatemaltecos também não foram informados acerca dos objetivos da pesquisa em questão¹⁸.

Dos dois casos expostos, é possível observar a patente violação à dignidade das pessoas envolvidas nas pesquisas, haja vista que foram conduzidas sem o devido consentimento livre e informado destas. Além disso, tanto os pesquisadores, como os médicos envolvidos possuíam o conhecimento de que as experiências eram antiéticas e, mesmo assim, omitiram informações e prosseguiram com os estudos o que também caracteriza violação a dignidade da pessoa humana¹⁹.

¹⁷ **Ética em conflito:** uma análise ética sobre os experimentos realizados em seres humanos ocorridos durante o século XX. O estudo tuskegee sobre sífilis (1932-1972). Disponível em: <<https://eticaemconflito.wordpress.com/estudo-tuskegee-sobre-sifilis/o-estudo-tuskegee-sobre-a-sifilis/>>. Acesso em: 15 de out. 2019.

¹⁸ GOLDIM, José Roberto. **Caso estudo de doenças venéreas de Guatemala**. 2010. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/guatemala.htm>>. Acesso em: 15 de out. 2019.

¹⁹ GASPAR, Gisele de Lourdes Friso Santos. **A bioética e as pesquisas com seres humanos:** uma análise sob a ótica dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae8e20f2c7acdb99>>. Acesso em: 24 de nov. 2019.

Devido a repercussão do caso de Tuskegee e dos guatemaltecos foram editadas várias normas acerca da proteção da dignidade humana frente as práticas médicas e, além disso, instaurou-se um Tribunal o qual denominou-se de “Tribunal de Nuremberg” que ficou responsável por julgar os médicos e cientistas responsáveis por essas e demais outras atrocidades praticadas no período da Segunda Guerra Mundial. Era o início do desenvolvimento da “bioética” vista, atualmente, por renomados doutrinadores como um ramo da Ética²⁰.

Registra-se, por importante, que a bioética é uma ciência fundada a partir de vários documentos internacionais e entre os de maior relevância destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Declaração de Helsinque (1964); Relatório Belmont (1978) e Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005)²¹.

A bioética, como ciência, difundiu-se em meados dos anos de 1970, e os primeiros a estudá-la foram os biólogos Van Potter e André Hellegers²². O termo bioética é definido pelo doutrinador Joaquim Clotet da seguinte forma “A bioética é o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e cuidado da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais²³. Ante o exposto pelo autor, é possível afirmar, então, que a bioética é uma ciência voltada à proteção da vida e da saúde do ser humano a partir da imposição de limites éticos ao agir técnico médico.

Ademais, é de suma importância salientar que a bioética se pauta em três princípios basilares, são eles: Princípio da Autonomia, Princípio da Beneficência ou Não-Maleficência e Princípio da Justiça. Em apertada síntese, o Princípio da Autonomia, primeiro princípio da bioética, estabelece que na relação médico-paciente, o paciente possui total autonomia para decidir sobre o tratamento que será submetido, bem como para interrompê-lo, a qualquer tempo, se essa for a sua vontade. Por outro lado, o Princípio da Beneficência ou Não-Maleficência determina que todas as técnicas, principalmente às exercidas pelos profissionais da área de saúde, devem trazer a pessoa humana benefícios e jamais malefícios. E, por fim, o Princípio da Justiça prega que é de responsabilidade do Estado assegurar o tratamento e a justa distribuição de verbas em favor da saúde, pesquisa e prevenção²⁴.

²⁰ Ibid., p. 05.

²¹ Ibid., p. 07-08.

²² Ibid., p. 05.

²³ CLOTET, Joaquim. **Bioética uma aproximação**. Editora: Edipucrs. 2ª Ed. Porto Alegre. 2006. p. 15.

²⁴ GASPAR, Gisele de Lourdes Friso Santos. **A bioética e as pesquisas com seres humanos: uma análise sob a ótica dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae8e20f2c7ac9999>>. Acesso em: 27 de nov. 2019.

Para encerrar, imperioso ressaltar que a bioética se complementa à ciência do biodireito que consiste, em síntese, em um ramo do Direito Público que tem por objetivo proteger à vida e a dignidade humana dos avanços da biotecnologia e da medicina através da imposição de normas e regras que determinem à observação dos postulados bioéticos. Assim, pode-se dizer que a bioética sugere limitações éticas e morais e, em contrapartida, o biodireito busca positivá-las, ou seja, atua para que as regras bioéticas sejam cumpridas e respeitadas pelos profissionais atuantes na área da ciência e da saúde²⁵.

1.2 A TÉCNICA E O AGIR ÉTICO NAS PRÁTICAS DE SAÚDE

Neste tópico será debatido, em primeiro momento, a questão da técnica e seus avanços na modernidade e, em segundo momento, será discutido sobre a importância do agir ético dos profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem, residentes e entre outros) na área da medicina. Registra-se que, o primeiro assunto, isto é, a técnica e seus avanços na modernidade será abordado com enfoque no pensamento do filósofo alemão Hans Jonas, escritor do livro “Técnica, Medicina e Ética”.

O filósofo alemão Hans Jonas, em seu livro “Técnica, Medicina e Ética”, não traz um conceito concreto e certo do termo técnica apenas afirma que “a técnica avança sobre quase tudo o que diz respeito aos homens – vida e morte, pensamento e sentimento, ação e padecimento, ambiente e coisas, desejos e destino, presente e futuro”²⁶. Assim, levando em consideração o exposto, é possível compreender que a técnica se trata de um fenômeno em constante evolução e dotado de poder que interfere significativamente em todos os aspectos que dizem respeito à pessoa humana.

Ensina Hans Jonas que, a técnica percorreu cinco estágios ao longo da história da tecnologia, sendo a última fase a mais poderosa e perigosa ao ser humano. Os cinco estágios da técnica são:

[...] o estágio mecânico (tida pelo autor como o primeiro estágio do desenvolvimento tecnológico); o químico (que ofereceu a possibilidade de interferir, alterar e redesenhar os próprios padrões naturais, gerando um novo âmbito de artificialidade); o estágio da tecnologia elétrica (que ampliou o âmbito da artificialidade, já que a eletricidade é uma força manipulável criada pelo homem); da eletrônica (que descarta definitivamente a ideia de uma imitação da natureza, para inventar objetos, objetivos

²⁵ ROCHA, Renata da. **O direito à vida e a pesquisa com células-tronco: limites éticos e jurídicos**. Editora: Elsevier. Rio de Janeiro. 2008. p. 131.

²⁶ JONAS, Hans. **Técnica, medicina e ética: sobre a prática do princípio responsabilidade**. Editora: Paulus. São Paulo. 2014. p. 16.

e necessidades próprias); e, por último, o estágio biológico (tida como a última fase e a mais poderosa e perigosa de todas)²⁷.

O estágio mecânico, primeira fase do desenvolvimento tecnológico, compreende ao momento da Revolução Industrial em que o ser humano utilizando-se da técnica desenvolveu as chamadas máquinas a vapor com o intuito de ampliar e acelerar a produção de roupas, sapatos, móveis, alimentos e etc., antes produzidos apenas mediante a mão-de-obra humana. Sendo assim, é possível observar que o primeiro estágio da técnica foi aquele que marcou a substituição da força de trabalho humana por máquinas²⁸.

Ao contrário da fase anterior, o estágio químico do desenvolvimento tecnológico está diretamente relacionado a ciência. Existe essa relação porque a técnica, nesse estágio, volta-se a especificação química, ou seja, a criação de substâncias através da reordenação de várias moléculas. Alguns exemplos dos avanços técnicos desenvolvidos neste período são os corantes sintéticos e as fibras têxteis sintéticas²⁹.

O terceiro estágio da técnica está relacionado ao período em que o ser humano passou a produzir artificialmente, através do calor e do vapor, energia elétrica. Com os avanços na área da eletricidade, a técnica evoluiu para seu quarto estágio que compreende a fase eletrônica. O estágio eletrônico foi o momento em que a pessoa humana utilizando-se da técnica desenvolveu novas ferramentas para a ampliação e circulação de informações entre pessoas³⁰.

Por fim, a técnica possui como último estágio o biológico. Neste estágio o desenvolvimento da técnica ocorre no âmbito da biotecnologia e das práticas médicas, em outras palavras, compreende ao período dos avanços da ciência na área da medicina. Para o autor, os avanços da técnica neste campo é o novo problema da época contemporânea, uma vez que, a sua má ou ineficaz aplicação pode gerar efeitos perversos capazes de prejudicar a própria existência do ser humano. Neste contexto, alerta Hans Jonas que essa nova técnica moderna precisa ser monitorada e limitada, urgentemente, “por novos critérios éticos, dado que os modelos tradicionais já não dariam conta da nova realidade”³¹.

Em outras palavras, o que o autor busca demonstrar é que as novas técnicas desenvolvidas na área da biotecnologia e da medicina precisam ser freadas e controladas pela ciência da ética, haja vista que toda ação do ser humano em favor ou contra outro ser humano precisa ser

²⁷ Ibid., p. 06.

²⁸ Ibid., p. 27-28.

²⁹ Ibid., p. 28-30.

³⁰ Ibid., p. 30-33.

³¹ Ibid., p. 05.

submetida a uma avaliação moral, a qual é realizada justamente através da ética. Por fim, importante não olvidar que o autor defende a aplicação de uma ética diferente da tradicional. Para ele somente a ética fundada no “princípio da responsabilidade” seria capaz de controlar os avanços da técnica moderna³².

Diante de todo o exposto, conclui-se que a técnica, nada mais é, que a capacidade do ser humano de criar algo ou de alcançar determinado resultado seja no campo da tecnologia, da arte, da indústria ou da saúde. E, como perfeitamente esclarecido pelo autor Hans Jonas, no âmbito da saúde, em especial, é de extrema importância que os profissionais ao desenvolverem ou aplicarem determinada técnica atuem em consonância com a ética, tendo em vista que nesse campo o objeto direto da técnica trata-se da pessoa humana.

Agir com ética, no campo da medicina moderna, significa atuar conforme os preceitos estabelecidos e exigidos no Código de Ética Médica e demais regimentos internos. Frisa-se, desde logo, que o dever-obrigação de ser ético não é exclusivo do médico, pois aplica-se também aos demais profissionais de saúde como enfermeiros, anestesistas, técnicos de enfermagem e residentes. Dentre os deveres-obrigações éticos impostos e exigidos pelo Código de Ética Médica Brasileiro (Resolução CFM nº 1.931/09) a esses profissionais de saúde se pode citar, a título de exemplo, os deveres de sigilo, atualização, vigilância e informação, respectivamente, *in verbis*:

XI – O médico guardará sigilo a respeito das informações de que tenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

V – Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

É vedado ao médico:

Art. 36. 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 a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal³³.

³² Ibid., p. 36.

³³ Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 21 de nov. 2019.

Cabe ressaltar, por outro lado, que além do cumprimento de deveres e obrigações impostos e exigidos por códigos de ética e demais regimentos e resoluções médicas é de suma importância, também, para a concretização do agir ético dos profissionais de saúde o trabalho em equipe, ou seja, que esses profissionais atuem em conjunto visando o benefício de seus pacientes. A troca de informações, o acatamento de novas opiniões, o diálogo e o compartilhamento de responsabilidades médicas são exemplos de um trabalho coletivo eficiente na área da saúde³⁴.

Para encerrar, importante registrar que o agir técnico dos profissionais de saúde em discordância com a ética é sinônimo de profissionais ruins e, conseqüentemente, de eventuais resultados ruins. E, é por essa razão que a medicina exige o agir ético de seus profissionais, além disso, como bem ensinado pelo filósofo alemão Hans Jonas “toda forma de ação humana está sujeita a uma avaliação moral”³⁵, dessa forma, como os profissionais de saúde exercem à sua técnica sobre à pessoa humana, nada mais justo, que suas ações sejam limitadas e observadas pela ciência da ética.

1.3 OS EFEITOS BENEFICOS E PERVERSOS DO AGIR TÉCNICO

O agir técnico, como exposto no tópico anterior, consiste em uma ação humana exercida com o objetivo de criar algo novo ou de alcançar determinado resultado. Na área da medicina, em específico, essa capacidade técnica é exclusiva dos profissionais de saúde. A busca por novos tratamentos para o câncer, o mapeamento genético, a fertilização in vitro, as intervenções estéticas para alterar ou corrigir a aparência física, o controle de doenças com o simples uso ou aplicação de medicamentos específicos no corpo humano e a substituição de cirurgias tradicionais por procedimentos cirúrgicos minimamente invasivos são alguns exemplos das inúmeras técnicas desenvolvidas no campo da medicina moderna.

Esses novos avanços do agir técnico proporcionou aos seres humanos uma série de benefícios. Através do mapeamento genético, por exemplo, é possível identificar possíveis doenças hereditárias como câncer, asma, diabetes e doenças no coração. O método da fertilização

³⁴ MONTENEGRO, Livia Cozer. **A expressão da ética nas práticas de profissionais da saúde no contexto de unidades de internação hospitalar**. Tese (doutorado): Universidade Federal de Minas Gerais, escola de enfermagem. Belo Horizonte. 2014. Disponível em: <<http://www.enf.ufmg.br/pos/defesas/655D.PDF>>. Acesso em: 24 de nov. 2019.

³⁵ JONAS, Hans. **Técnica, medicina e ética**: sobre a prática do princípio responsabilidade. Editora: Paulus. São Paulo. 2014. p. 36.

in vitro oferece às mulheres inférteis a oportunidade da maternidade. A busca por novos tratamentos para o câncer resultou na fabricação do fármaco “palbociclibe” utilizado no combate do câncer de mama³⁶. Enfim, observa-se que, em regra, todas as técnicas médicas são, atualmente, desenvolvidas e aplicadas visando a manutenção da saúde e o prolongamento da expectativa de vida dos seres humanos.

Entretanto, cabe ressaltar que as técnicas médicas não geram apenas efeitos benéficos existem, ainda, os efeitos perversos do agir técnico conhecidos, nos dias de hoje, como “dano médico” ou “erro médico”. O doutrinador Júlio Meirelles Gomes, conceitua o erro médico como “o dano, o agravo à saúde do paciente provocado pela ação ou inação do médico no exercício da profissão e sem a intenção de cometê-lo”³⁷. Já, o autor e professor Genival Veloso de França define o erro médico da seguinte forma:

[...] o erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma atípica e inadequada de conduta do profissional que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou a saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência do médico, no exercício regular de suas atividades profissionais. Devem ser levados em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados³⁸.

Considerando o pensamento de ambos os autores, é possível concluir que o erro médico, nada mais é, que o dano causado pelo profissional de saúde ao seu paciente. Este dano, como mencionado, ocorre em razão da conduta imperita, imprudente ou negligente do profissional no exercício da profissão. Em outras palavras, caracteriza-se no momento em que o profissional age inadequadamente ou, então, se omite de seu dever de praticar determinada técnica em benefício do paciente.

Neste contexto, importante frisar a opinião do filósofo alemão Hans Jonas sobre o agir técnico no âmbito da medicina:

Em geral, toda capacidade “como tal” ou “em si” é boa, e só se torna má pelo seu mau uso. Por exemplo, é inegavelmente bom possuir o poder da fala, mas é mau empregá-lo para enganar ou seduzir a outros, levando-os à ruína. Daí que seja totalmente sensato exigir: utilize esse poder, aumente-o, mas não faça mau uso dele. A esse respeito se pressupõe que a ética pode distinguir claramente entre ambos, entre o uso correto e o errado de uma mesma capacidade. Mas como ficam as coisas se nos movermos em um contexto de ação no qual todo uso de uma capacidade em grande escala, ainda que seja empreendida com a melhor das intenções, traz consigo um vetor crescente de efeitos em última instância ruins, que estão inseparavelmente ligados aos

³⁶ OB – Oncologia Brasil. **Anvisa aprova palbociclibe para câncer de mama**. 2018. Disponível em: <<https://www.oncologiabrasil.com.br/anvisa-aprova-palbociclibe-para-cancer-de-mama/>>. Acesso em: 22 de nov. 2019.

³⁷ GOMES, Júlio César Meirelles. DRUMOND, José Geraldo de Freitas. FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. Ed. 3ª. Editora: Unimontes. Montes Claros. 2001. p. 91.

³⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. Rio de Janeiro. Guanabara Koogan. 2001. p. 440.

pretendidos e próximos “bons” efeitos, e talvez os superando em muito, por fim? Se fosse este o caso da técnica moderna – como temos boas razões para crer –, então a questão do uso moral ou imoral de seus poderes não é mais matéria de distinções qualitativas, autoevidentes, e nem mesmo de intenções, mas se perde no labirinto das conjecturas. A dificuldade é esta: não apenas quando a técnica é malevolamente usada de modo ruim, quer dizer, para fins maus, mas mesmo quando benevolamente usada para seus fins mais legítimos e próprios, ela tem um lado ameaçador em si, que a longo prazo [langfristig] poderia ter a última palavra. E a “qualidade de ser a longo prazo” [Langfristigkeit] está de algum modo incutida no fazer técnico. Por sua dinâmica inerente, que assim a impulsiona, a técnica está negando o livre espaço da neutralidade ética, no qual precisamos nos preocupar apenas com a capacidade de rendimento. O risco do “excesso” sempre está presente na circunstância onde o germe congênito do “mal”, isto é, o prejudicial, é coalimentado e levado ao amadurecimento precisamente pelo impulso do “bem”, qual seja, o benéfico. O perigo reside mais no sucesso do que no fracasso – e, no entanto, o sucesso é reivindicado pela pressão das carências humanas. Uma ética apropriada para a técnica tem de entender esta ambiguidade [Mehrdeutigkeit] inerente da ação técnica³⁹.

Neste fragmento, o autor traz à baila que toda técnica médica é exercida para a consecução de um “bem”, no entanto, a partir do momento em que é “mal” empregada ou utilizada em “excesso” torna-se “ruim”. Em seguida, o filósofo faz a reflexão de que somente a ética seria capaz de distinguir aqueles indivíduos que se utilizam da técnica para o “bem” daqueles que a empregam em “excesso” ou para o “mal”.

Seguindo essa linha de raciocínio, expõe, por outro lado, que a “boa” técnica é mais perigosa que a técnica “ruim”, haja vista que é evidente que a técnica “ruim” apresentará como consequência resultados “ruins”, enquanto que a “boa” técnica esconde por de trás de suas vantagens “efeitos ruins” que somente incidem a longo prazo. Diante o exposto, verifica-se que Hans Jonas defende, em síntese, que a ética seja utilizada como instrumento de limitação da técnica, em outras palavras, entende que o indivíduo deve utilizar a sua capacidade técnica nos limites considerados “éticos” pela medicina.

Frisa-se, ademais, que os efeitos “ruins” derivados do agir técnico de que faz referência o filósofo alemão trata-se, justamente, do “dano médico” ou “erro médico” explicado anteriormente. Importante ressaltar, por fim, que para Hans Jonas os efeitos “ruins” da técnica, no âmbito da medicina moderna, afetam significativamente a pessoa humana e a sua existência na terra e, por essa razão, defende que os profissionais que exercem a medicina devem, urgentemente, ser submetidos a ética do ser (ontologia), isto é, a ética fundamentada no valor da vida humana.

³⁹ JONAS, Hans. **Técnica, medicina e ética**: sobre a prática do princípio responsabilidade. Editora: Paulus. São Paulo. 2014. p. 37-36.

1.4 O ERRO MÉDICO E SUAS MODALIDADES

Na Antiguidade, os povos já possuíam, mesmo que superficialmente, o entendimento de que a intervenção médica era realizada em seu benefício, entretanto, desconheciam que os danos ou erros derivados desta prática ocorriam por falha daqueles que exerciam a medicina. Era ausente esse entendimento porque os povos desta época acreditavam no misticismo, isto é, no poder do sobrenatural, divindade⁴⁰.

Pregava-se que os deuses atribuíam aos médicos o “poder da cura”, dessa forma, caso o indivíduo não fosse curado ou havendo o agravamento de sua doença entendia-se que era da vontade dos deuses. Sendo assim, observa-se que neste período a figura do médico estava protegida por dogmas religiosos e, em razão disso, não se tinha uma concepção concreta e certa de “dano médico” ou “erro médico” e a sua consequente responsabilização⁴¹.

Com evolução das sociedades o misticismo aos poucos foi sendo superado e a concepção de atribuir responsabilidade aos médicos pelos erros advindos de sua conduta passou a ser reconhecida na humanidade. O primeiro documento que tratou em seu bojo sobre as implicações acerca do erro médico foi o Código de Hamurabi datado aproximadamente em meados dos anos de 1750 a.C. Neste código, reconheceu-se que os erros advindos da conduta inadequada dos médicos violavam à integridade física e psíquica da pessoa e, por essa razão, era necessário aplicar-lhes sanções como forma de punição⁴².

As sanções aplicadas pelo Código de Hamurabi aos médicos dependiam da lesão causada ao paciente, dessa forma, para cada caso havia-se uma punição específica. Como nessa época prevalecia-se a ideia de vingança privada (“olho por olho e dente por dente”) às punições aplicadas aos médicos eram severas e, por vezes, desumanas, uma vez que, consistia na amputação de uma de suas mãos ou, até mesmo, em sua morte⁴³.

A ideia de vingança privada imposta pelo Código de Hamurabi restou superada com a promulgação da “Lei Aquilia” no Direito Romano. A Lei Aquilia foi o primeiro corpo legal a estabelecer a possibilidade de se impor aos médicos o instituto da pena pecuniária ao invés do

⁴⁰ PIRES. Ariosvaldo de Campos. **Responsabilidade penal e civil do médico**. Revista da Faculdade de Direito. Minas Gerais: UFMG 1892. ISSN: 0304-2340. E-ISSN: 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1187>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁴¹ Ibid., p. 01-02.

⁴² CARVALHO. Patrícia Maria de. **Responsabilidade civil médica: obrigação de meio, sem exceções**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/download/Responsabilidade-Civil-M%C3%A9dica.pdf>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁴³ Ibid., p. 06.

instituto da vingança privada. Além disso, foi a responsável pela construção da doutrina da responsabilidade fundamentada na culpa, conforme até hoje se conhece, que prega a necessidade de apuração da culpa do médico no resultado danoso ao paciente⁴⁴.

Sobreveio, mais tarde, o Direito Francês estabelecendo que a responsabilidade dos médicos pelo erro médico deveria ser exclusivamente moral, sendo a obrigação pecuniária imposta apenas em casos específicos como, por exemplo, erro grosseiro, falta grave ou imprudência visível. No entanto, essa espécie de “imunidade” conferida aos médicos não perdurou por muito tempo, uma vez que, o aumento de casos por erro médico fez com que o legislador repensasse acerca desta questão⁴⁵.

Assim, em meados dos anos de 1832, André Marie Jean-Jacques Dupin, Procurador-Geral da Corte Civil do Tribunal de Cassação de Paris expediu um parecer reconhecendo e esclarecendo que os médicos são seres humanos passíveis de erros como os demais, entretanto, a eles recaem o dever de vigilância sobre todos os seus atos e a si mesmo e, por essa razão, a partir do momento em que este dever é violado deve-se, sem exceções, responsabilizá-los, desde que comprovada a sua culpa⁴⁶.

O parecer de André Marie Jean-Jacques Dupin é considerado o marco da “responsabilidade médica”, uma vez que, com a sua publicação o Direito Francês codificou as primeiras normas sobre o tema que, mais tarde, serviram de exemplo para o ordenamento jurídico de vários países, inclusive do Brasil.

O ordenamento jurídico brasileiro influenciado pelo Direito Francês adotou a teoria da culpa, portanto, é necessário a comprovação da “culpa médica” para que o profissional seja responsabilizado. O erro médico, como exposto no tópico anterior deste capítulo, trata-se de uma conduta imperita, imprudente ou negligente do médico no exercício da profissão capaz de produzir um dano ou agravo à saúde do paciente. A doutrina brasileira classifica o erro médico em 08 (oito) modalidades, são elas: erro de tratamento; erro de diagnóstico; erro na prescrição

⁴⁴ LIMA. Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina do Estado do Piauí. 2012. ISBN 978-85-87077-25-7. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁴⁵ CARVALHO. Patrícia Maria de. **Responsabilidade civil médica: obrigação de meio, sem exceções**. São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/download/Responsabilidade-Civil-M%C3%A9dica.pdf>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁴⁶ Ibid., p. 12.

de medicamentos; erro grosseiro; erro deliberado; erro escusável; erro estrutural e erro imaginário.

O erro de tratamento, primeira modalidade de erro médico, compreende a qualquer dano advindo do tratamento realizado em benefício do paciente, mas desde que haja a culpa do profissional. Ademais, ressalta-se que a mínima interferência do médico na liberdade de escolha do paciente no tocante ao tratamento a ser escolhido, a sua omissão em informá-lo sobre a evolução de seu quadro clínico, bem como a sua abstenção em buscar novos tratamentos diante da ineficácia do anterior são, também, consideradas condutas capazes de caracterizar essa modalidade de erro médico⁴⁷. Nesse sentido, tem-se as redações dos artigos 31, 32 e 34 do Código de Ética Médica Brasileiro:

É vedado ao médico:

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

Art. 33. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal⁴⁸.

Tendo em vista o exposto nos artigos anteriores é importante esclarecer que as únicas exceções em que é permitido ao médico abster-se de seu dever de agir ou de informação é quando determinada intervenção ou informação médica for capaz de ensejar riscos de morte ou graves danos à saúde do paciente. Nesses casos, a situação ou informação, deve ser comunicada ao representante legal do paciente.

O erro de diagnóstico, por outro lado, ocorre quando o médico falha na classificação da patologia do paciente. Há duas espécies de erro de diagnóstico, o erro inevitável que não gera responsabilização e o erro evitável que sendo comprovada a culpa do profissional gera responsabilização. Em apertada síntese, o erro de diagnóstico inevitável compreende aos danos que o médico não pode evitar ou prever antecipadamente por falha da própria medicina no que diz respeito ao fornecimento de técnicas e recursos suficientes para o diagnóstico de todas as patologias que prejudicam o corpo humano. Já, o erro de diagnóstico evitável é aquele que gera

⁴⁷ JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente:** minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá. 2018. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%C3%B4nio%20Carlos%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁴⁸ Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

responsabilização porque não há falha por parte da medicina, mas sim do profissional que se abstém de utilizar de todos os recursos médicos disponíveis para melhor elucidação do diagnóstico do paciente⁴⁹.

O erro na prescrição de medicamentos é entendido como “o erro de decisão ou redação não intencional, que pode reduzir a probabilidade de o tratamento ser efetivo ou aumentar o risco de lesão no paciente, quando comparado com práticas clínicas estabelecidas e aceitas”⁵⁰. Ou seja, a referida modalidade de erro ocorre quando o médico prescreve medicamentos diversos daqueles necessários para o tratamento do paciente ou, então, redige erroneamente a forma de consumí-los.

O Código de Ética Médica, em seu artigo 11, regula essa questão dispondo, em síntese, que é vedado ao médico emitir receitas, atestados ou laudos médicos ilegíveis ou em branco, haja vista que a não compreensão desses documentos pelo paciente, equipe de enfermagem ou, ainda, farmacêutica pode resultar no mau uso do medicamento e como consequência ser à saúde do doente prejudicada⁵¹.

A quarta modalidade de erro médico é o grosseiro, também chamado de inescusável. O erro grosseiro compreende a uma conduta imperdoável do médico, em outras palavras, ocorre quando o profissional por falta de atenção e cuidado provoca um grave dano à saúde do paciente. A utilização de instrumentos não esterilizados em uma cirurgia; a dosagem incorreta de anestesia e os utensílios médicos esquecidos no interior do corpo do paciente são exemplos de erros grosseiros ou inescusáveis⁵².

O erro deliberado, ao contrário dos demais erros médicos mencionados anteriormente, consiste em um erro necessário provocado pelo médico com o objetivo de evitar um perigo maior a vida ou à saúde do paciente, em outras palavras, é um mal necessário para a consecução

⁴⁹ JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente:** minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá. 2018. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁵⁰ ANACLETO, Tânia Azevedo. ROSA, Mário Borges. NEIVA, Hessem Miranda. MARTINS, Maria Auxiliadora Parreiras. **Erros de medicação.** Revista Pharmacia Brasileira. 2010. Disponível em: <http://www.cff.org.br/sistemas/geral/revista/pdf/124/encarte_farmaciahospitalar.pdf>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁵¹ Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 06 de out. 2019.

⁵² JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente:** minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá. 2018. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 de out. 2019.

de um bem maior. Todavia, apesar de necessário à prática de erro deliberado pode resultar na responsabilização do médico. Sobre o erro deliberado, esclarecedor o entendimento da doutrinadora e professora Irany Novah Moraes:

Quando se verifica um quadro agudo de choque hemorrágico, onde há a necessidade de transfusão de sangue imediatamente, e o banco de sangue dispõe do sangue, mas devido à falta de tempo hábil os resultados das provas sorológicas para afastar doenças graves não se completaram. Assim, o hospital tem o sangue compatível, mas não sabe se o sangue tem ou não aquelas temidas doenças; entretanto, se o doente não receber a transfusão, morre. Duas são as condutas compatíveis, não ministrar o sangue para não correr risco de estar ele contaminado, ou ministrar, correndo o risco de estar transfundindo também doença. Na primeira alternativa, se o doente falecer, o médico pode ser acusado de omissão de socorro e, na segunda, se o sangue estiver contaminado, ele poderá ser acusado de negligente ou imprudente⁵³.

Nota-se que a autora traz à baila um exemplo de erro deliberado em que o médico frente a uma situação de iminente risco de vida de seu paciente precisa decidir entre ministrar-lhe ou não sangue compatível e disponível no hospital, contudo, sem saber ao certo se esse estava contaminado ou não, haja vista que não se tinha concluído as análises sorológicas. Em seguida, ensina a doutrinadora que o médico poderá ser responsabilizado tanto por ministrar o sangue, como por não o ministrar. Sendo o sangue ministrado ao paciente seria o médico responsabilizado por negligência ou imprudência e não sendo ministrando seria responsabilizado por omissão de socorro.

Assim, a partir deste exemplo, é possível afirmar o exposto anteriormente de que o médico mesmo executando um erro com o objetivo de alcançar um bem maior, isto é, um benefício para o paciente existe a possibilidade de futuramente ser responsabilizado pelos atos médicos por si praticados.

Frisa-se, por outro lado, que é cediço que para uma eficaz atuação médica se faz necessário a mútua comunicação e a frequente troca de informações entre o médico e o seu paciente, tendo em vista que cada indivíduo apresenta sintomas diferentes, bem como reage de forma diversa aos tratamentos médicos aos quais são submetidos. Entende-se que, não havendo a prestação de informações pelo paciente acerca de seu estado de saúde aumenta-se a probabilidade de incidência de erros médicos, uma vez que, as contingências naturais do corpo humano e as próprias limitações da medicina impedem que os profissionais de saúde prevejam antecipadamente todos os riscos e danos que podem vir a surgir contra à saúde do paciente.

⁵³ MORAES, Irany Novah apud JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente:** minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá, 2018. p. 43. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 de out. 2019.

Seguindo esse contexto, entende-se que nos casos em que há a omissão de informações por parte do paciente os erros que eventualmente vierem a ser provocados pelos médicos serão escusáveis, isto é, perdoáveis pela medicina tendo em vista que o dano não é exclusivamente resultado da falha do profissional. Todavia, conforme ensina o autor e professor Delton Croce, o erro só será perdoável mediante a comprovação de que não houve, em qualquer hipótese: a culpa do médico; de que o dano provocado seja possível sob o olhar da técnica; diante da afirmação de que o médico utilizou-se de todos os meios e procedimentos disponíveis na medicina e, por fim, desde que o profissional comprove que o quadro clínico do paciente estava dentro das normalidades antes da ocorrência do dano médico⁵⁴.

O erro deliberado, penúltima modalidade de erro médico, refere-se aos danos advindos de falhas estruturais, isto é, de déficits em aparelhos de ventilação mecânica, raios-x, anestesia, de más condições de higiene que propiciam infecções hospitalares e, até mesmo, da inexistência de leitos ou ambulâncias específicas. A responsabilização do médico por erro deliberado somente será configurada se restar comprovado que, mesmo ciente das falhas estruturais existentes no ambiente hospitalar, este optou por tratar o paciente causando-lhe ao final um erro médico. Importante não olvidar que, além do profissional, o hospital, seja público ou particular, também poderá ser responsabilizado pelos danos causados ao paciente⁵⁵.

Para encerrar, destaca-se que há situações que surgem na medicina que até mesmo a melhor prática ou tratamento médico não é capaz de reverter ou resolver, é o caso por exemplo da morte cerebral. Registra-se que, são em casos semelhantes a esses que acontece o erro imaginário, última modalidade de erro médico. De acordo com a doutrinadora e professora Irany Novah Moraes, o erro imaginário é aquele que “permeia o imaginário da vítima ou de seus parentes, que em decorrência de um resultado adverso caracterizam a conduta médica com erro, contudo, após análise acurada da ocorrência, facilmente é descaracterizado o erro médico”⁵⁶.

⁵⁴ CROCE, Delton apud JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente**: minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá, 2018. p. 44. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 de out. 2019.

⁵⁵ JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente**: minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá, 2018. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 de out. 2019.

⁵⁶ MORAES, Irany Novah apud JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente**: minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá, 2018. p. 43. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 de out. 2019.

Em outras palavras, a autora descreve que o erro imaginário não se trata de um erro médico propriamente dito, uma vez que, o erro somente existe na concepção da vítima ou de seus familiares que por estarem abalados ou inconformados com a realidade dos fatos não se encontram em condições para compreender que o resultado adverso sofrido pelo paciente não aconteceu por culpa do médico, mas sim por causas naturais do próprio corpo humano ao qual a medicina, muitas vezes, não possui o controle. Assim, como não há a culpa do profissional, entende-se que o erro imaginário não gera responsabilização médica.

1.5 A INFORMAÇÃO SOBRE OS EFEITOS PERVERSOS E A POSSIBILIDADE/DEVER DE REPRESENTAÇÃO/ANTECIPAÇÃO

A informação, na seara médica, é imprescindível para evitar a propagação de erros médicos durante o tratamento do paciente. Entende-se que tanto o médico, quanto o paciente possuem, na relação médico-paciente, o dever de prestação de informações, o primeiro esclarecendo todas as complicações positivas e negativas advindas da atividade médica e o segundo fornecendo informações precisas acerca de seu real estado de saúde⁵⁷.

Assim, observa-se que o dever de informação, hoje, é regra na Medicina. Entretanto, importante registrar que nem sempre essa postura foi acatada pelos médicos, haja vista que, antigamente, esses profissionais entendiam que “quanto menos o paciente soubesse a respeito de seu estado de saúde maior seria a probabilidade de sua cura”⁵⁸. Em outras palavras, neste período, os médicos possuíam o poder de decidir entre informar ou não os seus pacientes sobre os riscos da atividade médica.

Todavia, como exposto alhures, esse cenário foi modificado e, atualmente, cabe ao médico informar o seu paciente sobre todos os riscos advindos da atividade médica, sejam positivos ou negativos, para que o paciente exercendo o seu direito de autodeterminação decida entre aceitar ou não determinado tratamento médico mediante a manifestação de seu “consentimento livre e informado”.

⁵⁷ GARFINKEL, Ana. **Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do tribunal de justiça do estado de São Paulo (síntese)**. Revista Direito GV. V. 3, N. 2. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35181>>. Acesso em: 19 de out.2019.

⁵⁸ MARTINS, Rafael Dutra Silveria. **O erro médico e a responsabilidade civil dos cirurgões plásticos estéticos: Uma nova análise a respeito do binômio meio versus resultado**. Florianópolis. 2016. Repositório Institucional UFSC. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/171217>>. Acesso em: 16 de out. 2019.

Seguindo este contexto, isto é, do dever de informação imposto ao médico, cabe destacar a seguinte questão: o dever de informação é tão amplo ao ponto de obrigar o médico a comunicar expressamente ao seu paciente todos os efeitos perversos, excepcionais e raros advindos dos procedimentos médicos aos quais este será ou poderá ser submetido ao longo do tratamento médico escolhido?

Sobre essa questão existem dois posicionamentos doutrinários, há por um lado os doutrinadores que são contra a informação dos efeitos perversos, excepcionais e raros e, do outro, doutrinadores que são a favor desta comunicação ao paciente. Os doutrinadores que são contra o fornecimento dessas informações entendem que na atividade médica somente é obrigatória a comunicação dos riscos previsíveis, ou seja, daqueles que realmente podem acontecer, os denominados excepcionais por se enquadrar como “fortuitos” não necessariamente precisam ser revelados, uma vez que, somente contribuiria para a recusa do paciente em se submeter a determinado procedimento médico por receio da possibilidade de eventuais danos⁵⁹.

Já, a outra parte dos doutrinadores entendem que quaisquer riscos, sejam comuns ou excepcionais, devem ser previamente informados ao paciente, pois somente assim seria atingindo o verdadeiro consentimento livre e informado⁶⁰.

Em análise as duas correntes de pensamento e considerando o exposto a princípio sobre a importância da prestação de informações tanto por parte do médico, como do paciente é possível dizer que a segunda corrente de doutrinadores é a mais coerente, uma vez que, como estatui o artigo 34 do Código de Ética Médica Brasileiro é vedado ao profissional deixar de informar o paciente sobre os riscos advindos ou que tem o conhecimento de que podem sobrevir no decorrer da atividade médica (danos perversos, excepcionais e raros), salvo nas hipóteses em que a informação possa provocar danos diretos ao paciente, contudo, neste casos a informação deverá transmitida ao seu representante legal. Nesta linha caminha nosso Supremo Tribunal Federal (STJ), veja-se:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATROMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO. 1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC,

⁵⁹ Ibid., p. 69.

⁶⁰ Ibid., p. 69.

quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. 2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação. 3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer ao paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínicos cirúrgicos, salvo quando tal informação possa afetá-la psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita ao seu representante legal. 4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações. 5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado. 6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente. 7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos. 8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes. 9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º). 10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação. (STJ-REsp: 1540580 DF 2015/0155174-9, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TR 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 02/08/2018, T4-QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/09/2018)⁶¹.

O presente julgado, do ano de 2018, reafirma o exposto até aqui acerca da necessidade do cumprimento do dever de informação, especialmente, por parte dos médicos que possuem capacidade técnica suficiente para antecipar os possíveis danos que possam sobrevir da atividade médica. Demais disso, afirma que a não antecipação dos riscos ao paciente prejudicam sua capacidade de autodeterminação, isto é, de ponderar os riscos e vantagens antes de consentir

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial**: RESP 1540580 DF 2015/0155174-9. Relator (a): Ministro Lázaro Guimarães. T4 –Quarta Turma. Julgamento em 02/08/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621592003/recurso-especial-resp-1540580-df-2015-0155174-9?ref=serp>>. Acesso em: 17 de out. 2019.

com o tratamento médico e, ainda, que é justamente em razão dessa privação de informações que surge a responsabilidade civil do médico e o dever de indenizar.

Portanto, diante do exposto é possível concluir que na seara cível existe a possibilidade de responsabilização do médico pela violação do dever de representação/antecipação dos riscos, isto é, pela falta de informação tanto dos riscos previsíveis, como dos riscos raros e excepcionais.

CAPÍTULO 2 – DEVERES E DIREITOS NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA

No presente capítulo será abordado, em primeiro momento, sobre os deveres e direitos dos médicos e dos pacientes na relação médico-paciente e, em seguida, será discutido à forma como ocorre a responsabilização do médico na seara cível, penal, administrativa e da ética médica.

Em síntese, os deveres dos médicos são, respectivamente: dever de informação; dever de obtenção de consentimento livre e informado; dever de atualização; dever de vigilância; dever de cuidado; dever de abstenção de abuso e dever de sigilo. Dentre os seus direitos pode-se citar, à título de exemplo, o direito de não exercer a profissão em hospitais públicos ou privados em que as condições de trabalho não sejam dignas ou que possam prejudicar a saúde do paciente; o direito de apontar falhas em normas, contratos e práticas internas em instituições que trabalhe; internar e assistir os seus pacientes em hospitais privados e públicos em caráter filantrópico ou não, etc.⁶².

Por outro lado, são deveres dos pacientes: o dever de remuneração do médico; o dever de fornecimento de informações e o dever de cumprir as prescrições médicas. Por fim, entre seus direitos pode-se citar, por exemplo, o direito de recusar tratamento médico; o direito de receber informações detalhadas sobre o seu problema de saúde e o direito de sigilo ou segredo médico⁶³.

Quanto à responsabilização médica, antecede-se que sendo caracterizada a responsabilidade cível do médico, por negligência, imperícia ou imprudência, surgirá o dever de reparação/indenização de danos materiais, morais ou psicológicos ao paciente. Sendo reconhecida a responsabilidade penal do médico, desde que comprovada a culpa (negligência, imperícia ou imprudência) e sendo o dano tipificado como infração penal, o profissional será submetido à multa simples ou privação de liberdade.

No que diz respeito a responsabilidade administrativa registra-se, desde logo, que somente incidirá sobre os médicos que prestam serviços aos entes públicos, isto é, União Federal, Estados, Municípios e Distrito Federal. As sanções advindas da responsabilização

⁶² Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 27 de nov. 2019.

⁶³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 33-34.

administrativa são, por exemplo, demissão; suspensão; advertência e destituição de função comissionada.

E, por fim, é possível haver, ainda, à responsabilização do médico no campo da ética e da moral por infração ao Código de Ética Médica Brasileiro. Nesse campo, as sanções são disciplinares e dentre elas pode-se mencionar, como exemplo, a advertência confidencial em aviso reservado; a suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias e a censura confidencial em aviso reservado.

Registra-se, por importante, que como o presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) limita-se à responsabilização do médico na esfera cível não serão abordados de maneira específica e detalhada a responsabilidade desses profissionais nos demais campos jurídicos, isto é, na seara criminal, administrativa e da ética médica, mas sim de forma breve e sucinta para melhor elucidação do tema proposto.

2.1 DIREITOS E DEVERES DO MÉDICO E DO PACIENTE

Como previamente exposto no capítulo anterior recai tanto aos médicos, como aos pacientes o dever ético de prestação de informações. No entanto, importante destacar que, além do dever de informação, comum a ambos os sujeitos, existem, ainda, outros deveres a serem cumpridos na relação médico-paciente. E, como não poderia deixar de ser, é assegurado, por outro lado, direitos aos médicos e direitos aos pacientes. Há a imposição de deveres e, em contrapartida, a tutela de direitos porque a relação médico-paciente constitui uma verdadeira relação contratual onde o descumprimento dos deveres de conduta, por qualquer uma das partes contratantes, influenciam diretamente na tomada de decisões quanto a responsabilização ou não do profissional de medicina.

Entende-se que, o descumprimento dos deveres de conduta pelo médico, visto como fornecedor de serviços de saúde, pode resultar em responsabilização e consequente indenização ao paciente considerado consumidor e protegido juridicamente pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e do Código de Direito Civil (Lei nº 13.105/15). Já, o descumprimento dos deveres de conduta pelo paciente reflete significativamente no momento em que for apurado a responsabilidade do médico, seja a excluindo ou, então, a atenuando.

De acordo com o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09) são deveres dos médicos, respectivamente: dever de informação; dever de obtenção do consentimento livre

e informado; dever de atualização; dever de vigilância; dever de cuidado; dever de abstenção de abuso e dever de sigilo.

O dever de informação, previsto no artigo 34 da Resolução nº 1.931/09 (Código de Ética Médica), trata-se da obrigação imposta ao médico de informar o seu paciente acerca de todos os riscos, procedimentos e intervenções que este poderá ser submetido no decorrer do tratamento médico escolhido. Ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que o médico deve transmitir tais informações de uma forma simples, clara e precisa, sendo vedado a utilização de termos formais, complexos e de difícil compreensão, uma vez que, o paciente constitui a parte leiga da relação médico-paciente⁶⁴.

Neste contexto, cabe mencionar o entendimento do autor Genival Veloso de França de que o dever de informação é extensivo, ou seja, não se delimita à obrigatoriedade de comunicação sobre o tratamento médico ao qual o paciente será submetido, mas exige também a transmissão de informações quanto às condições disponíveis para alcançar esse fim, como por exemplo, se o hospital possui todos os aparelhos e instrumentos necessários para o início, prosseguimento e conclusão do tratamento, bem como se há o fornecimento de medicamentos para o controle da patologia do paciente, etc.⁶⁵.

O Código de Ética Médica exige que todas essas informações sejam transmitidas diretamente ao paciente, entretanto, como é cediço toda regra possui exceções e no âmbito da medicina não é diferente. A parte final do artigo 34 da Resolução nº 1.913/09 (Código de Ética Médica Brasileiro) traz a hipótese de que determinada informação poderá ser ocultada do paciente, desde que seja potencialmente capaz de provocar-lhe danos graves. Todavia, nessas situações, a orientação é de que o profissional informe o representante legal do paciente⁶⁶.

Por outro lado, tem-se o dever de obtenção do consentimento livre e informado que está diretamente vinculado ao dever de informação. Este dever impõe ao médico a obrigação de obter, após devidamente cumprido o dever de informação, o consentimento livre e informado do paciente, ou seja, o seu aceite quanto ao tratamento médico, bem como dos riscos que dele podem sobrevir.

⁶⁴ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Responsabilidade civil do médico**. In: Sávio de Figueiredo Teixeira. Direito e medicina: Aspectos Jurídicos da Medicina. (Coordenador). Belo Horizonte. 2000. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf>. Acesso em: 18 de out. 2019.

⁶⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 250.

⁶⁶ Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 18 de out. 2019.

A confecção do consentimento livre e informado é regra exigível pelo atual Código de Ética Médica Brasileiro, sendo dispensável apenas em casos de emergência ou urgência com risco de morte (artigo 22 da Resolução nº 1.913/09). É através do consentimento livre e informado que o paciente exerce o seu direito de autodeterminação, ou seja, de escolher o tratamento ao qual será submetido; de decidir sobre o início, continuação ou fim do tratamento; de aceitar ou não os riscos que podem sobrevir do tratamento clínico, terapêutico ou cirúrgico escolhido, etc.⁶⁷.

Importa salientar, ainda, que conforme ensina Genival Veloso de França, o consentimento livre e informado não se trata de um mero termo assinado pelo paciente, este para ser válido necessita cumprir determinados requisitos como: a capacidade civil do paciente; a capacidade intelectual para compreender as opções do tratamento; o conteúdo redigido de forma clara, simples e coerente; e, por fim, o termo de consentimento deve ser isento de vícios de coação, influência ou indução⁶⁸.

No que diz respeito ao direito de atualização estatui o Código de Ética Médica, no capítulo referente aos Princípios Fundamentais, “competete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente”⁶⁹. Em outras palavras, o citado dispositivo estabelece que ao médico recai a obrigação de aperfeiçoamento, qualificação, atualização e adequação de suas técnicas conforme os avanços da medicina e em prol da saúde de seus pacientes.

Nesta linha, entende o autor Genival Veloso de França ao advertir que a mera habilitação legal no Conselho Regional de Medicina (CRM) não é suficiente para demonstrar que determinado profissional está exercendo regularmente a profissão, uma vez que, por ser a medicina um campo em constante evolução é necessário que os seus profissionais a acompanhem e, para isso, o aprimoramento continuado é fundamental. Acrescenta, ainda, o autor que a atualização, a qualificação e o aprimoramento do médico pode ser feito através de estágios em centros médicos de referência, cursos de especialização, participação em congressos científicos, etc.⁷⁰.

⁶⁷ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Responsabilidade civil do médico. In: Sávio de Figueiredo Teixeira. DIREITO E MEDICINA: Aspectos Jurídicos da Medicina. (Coordenador). Belo Horizonte. 2000. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/23.pdf>. Acesso em: 18 de out. 2019.

⁶⁸ FRANÇA, Genival Veloso de França. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 41.

⁶⁹ Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 19 de out. 2019.

⁷⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 251.

O quarto dever médico trata-se do compromisso de vigilância assumido pelo médico para com o seu paciente. O profissional ao assumir o compromisso de vigilância fica obrigado a não abandonar o paciente, a prestar-lhe tratamento médico sem retardos e, quando for o caso, deve encaminhá-lo a outro profissional melhor habilitado para a resolução de seu problema ou prosseguimento de seu tratamento médico⁷¹. O dever de vigilância encontra-se previsto no artigo 36 do Código de Ética Médica, veja-se:

É vedado ao médico:

Art. 36. 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 a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessários ao médico que lhe suceder.

§2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos⁷².

Observa-se que, o referido artigo faz duas ressalvas sobre o dever de vigilância. No primeiro parágrafo é consignado que o dever de vigilância poderá ser renunciado, em outras palavras, é dizer que o médico possui o direito de não prosseguir com o tratamento do paciente, mas, para isso, é necessário que haja uma justificativa plausível para tanto e, desde que, o profissional forneça todas as informações sobre o tratamento do paciente ao médico que lhe suceder. Já, no segundo parágrafo ressalta-se que o dever de vigilância, exceto por motivo justo, não se esgota mesmo que o paciente seja portador de doença crônica ou incurável, uma vez que, trata-se de um dever-obrigação absoluto.

Destaca-se, ademais, que o dever de vigilância recai, ainda, aos profissionais que colaboram com a atividade do médico, como por exemplo, os radiologistas, patologistas, hematologistas e entre outros. Assim, sendo constatado quaisquer falhas ou erros desses profissionais na execução de seus serviços por falta de vigilância será apurado, do mesmo modo que na hipótese dos médicos, a sua responsabilidade⁷³.

O dever de cuidado, quinta modalidade de dever de conduta do médico, decorre do dever de vigilância. Em resumo, esse dever de conduta exige que o médico descreva ao seu paciente todas as precauções necessárias para manutenção de sua saúde. Registra-se que, da mesma forma que no dever de vigilância, o cumprimento do dever de cuidado é absoluto, ou seja,

⁷¹ Ibid., p. 252.

⁷² Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 19 de out. 2019.

⁷³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 253.

somente poderá ser renunciado mediante justificativa e desde que outro profissional substitua o médico anterior do paciente⁷⁴.

Como penúltima modalidade de dever de conduta do médico tem-se o dever de abstenção de abuso o qual estabelece que é vedado ao profissional ultrapassar os limites preestabelecidos no termo de consentimento livre e informado, isto é, de exceder-se nas formas de tratamento ou na aplicação de técnicas médicas sem o consentimento prévio do paciente. Sobre esse dever, expõe Genival Veloso de França que:

[...] O dever de evitar abuso é muitas vezes comprometido pela vaidade do profissional que decide ousar em técnicas audaciosas ou recém-criadas, sem a eficiência comprovada, abandonando uma prática convencional e segura, apenas para demonstrar uma capacidade inusitada⁷⁵.

Em outras palavras, o autor busca demonstrar que a violação do dever de abstenção de abuso está diretamente vinculada à vaidade do profissional, tendo em vista que esse por si próprio decide utilizar-se de tratamentos ou técnicas arriscadas à vida e a saúde do paciente com o intuito de mera promoção profissional. Intervenções cirúrgicas desnecessárias, delegação de práticas médicas a técnicos de enfermagem ou residentes, experiências no ser humano sem o seu prévio consentimento e a dispensa de anestesista em operações de alto risco são exemplos de abuso de poder capazes de provocar danos ao paciente e, por consequência, passíveis de responsabilização médica.

Por fim, a última modalidade de dever de conduta do médico trata-se do dever de sigilo ou segredo profissional previsto no Capítulo IX, artigos 73 a 79, da Resolução nº 1.193/09 (Código de Ética Médica). Em síntese, o dever de sigilo ou segredo profissional exige a confidencialidade do profissional quanto às informações do paciente, seja durante ou após o fim do tratamento médico. Frisa-se, por outro lado, que a quebra do sigilo profissional é permitida mediante expressa autorização do paciente ou em situações excepcionais apontadas pela Ética ou, então, pelo Direito⁷⁶.

⁷⁴ GARFINKEL, Ana. **Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do tribunal de justiça do estado de São Paulo (síntese)**. Revista Direito GV. V. 3, N. 2. 2007. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35181>>. Acesso em: 19 de out.2019.

⁷⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 254.

⁷⁶ BÔAS, Maria Elisa Villas. **O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente**. Revista Bioética. V.23, n. 3. 2015. ISSN: 1983-8034. Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1098>. Acesso em: 20 de out. 2019.

Assim como os deveres de conduta, os direitos dos médicos estão previstos no bojo do Código de Ética Médica Brasileiro, no entanto, ao contrário dos deveres de conduta, os direitos possuem capítulo próprio, veja-se:

Capítulo II

Direitos do Médicos

É direito do médico:

I – Exerce a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II – Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III – Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV – Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar sua saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V – Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI – Internar e assistir os seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte dos seus corpos clínicos, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII – Requer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII – Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX – Recusar-se de realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X – Estabelecer seus horários de forma justa e digna⁷⁷.

Os direitos supracitados são considerados pelo Código de Ética Médica Brasileiro como os principais a serem assegurados aos médicos na relação médico-paciente, todavia, importante ressaltar que os direitos desses profissionais não se limitam a esse rol taxativo existem, ainda, outros direitos esparsos nos demais capítulos da presente resolução e, além disso, cada Estado Brasileiro dispõe de seu “Manual de Orientação Ética e Disciplinar” e nesses são assegurados outros direitos aos médicos.

Para encerrar importante discorrer sobre os direitos e deveres dos pacientes. No tocante aos pacientes à legislação brasileira é omissa, uma vez que, não existe um código específico

⁷⁷ Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 24 de out. 2019.

que regule os direitos e deveres dos pacientes como no caso dos médicos que se dispõem do Código de Ética Médica Brasileiro. Os direitos e deveres dos pacientes são extraídos, na verdade, de dispositivos da Constituição Federal, Código Civil, Código Penal, Código de Defesa do Consumidor, Código de Ética Médica, Estatuto da Criança e do Adolescente e entre outros textos legais⁷⁸.

Como principais deveres dos pacientes destacam-se três que são, respectivamente: a remuneração do médico; o fornecimento de informações e o correto prosseguimento de prescrições médicas⁷⁹. O primeiro dever que corresponde ao de remuneração surge no momento em que o paciente contrata serviços médicos particulares em clínicas, consultórios ou hospitais privados. O dever de informação, por outro lado, trata-se da obrigação imposta ao paciente de transmitir ao médico informações precisas sobre o seu estado de saúde. E, o último dever, nada mais é, que a obrigação do paciente em seguir todas as prescrições e orientações médicas.

E, para encerrar são direitos dos pacientes segundo a doutrina de Genival Veloso de França, em síntese: direito a informações detalhadas sobre o seu problema de saúde; direito de recusar tratamento médico; direito a detalhes completos sobre o tratamento médico para facilitação da sua tomada de decisões; direito a discrição absoluta do tratamento escolhido; direito de sigilo dos registros médicos; direito de recusar tratamento terapêutico no caso de doença incurável ou de penoso sofrimento e direito de informações completas à família, nos casos em que o médico entender como dramático ao paciente⁸⁰.

2.2 OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

Os médicos que, no exercício da profissão, descumprirem as suas obrigações ou, em razão de uma conduta inadequada, provocarem danos aos seus pacientes ficam sujeitos à responsabilização. Consoante a doutrina de Fernando Gomes Correia Lima, a responsabilização médica pode ocorrer em quatro áreas distintas, são elas: área cível, criminal, administrativa e

⁷⁸ TIMI, Jorge R. Ribas. **O médico e os direitos do paciente**. Jornal Vascular Brasileiro. 2003. Disponível em: <<http://www.imaginologia.com.br/dow/direitos-deveres/o-medico-e-os-direitos-do-paciente.pdf>>. Acesso em: 24 de out. 2019.

⁷⁹ GARFINKEL, Ana. **Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do tribunal de justiça do estado de São Paulo (síntese)**. Revista Direito GV. V. 3, N. 2. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35181/33986>>. Acesso em: 24 de out. 2019.

⁸⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 33-34.

disciplinar⁸¹. No entanto, antes de discutir a responsabilização dos médicos nos campos supracitados, é necessário compreender os elementos da responsabilidade médica que, de certa forma, são levados em consideração por todas essas esferas jurídicas.

De acordo Genival Veloso de França, autor do livro *Direito Médico*, os requisitos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade médica são, respectivamente: autor; ato médico; culpa; dano e nexo de causalidade. Sobre esses pressupostos, assim dispõe:

1. O autor – É necessário que o profissional esteja habilitado legalmente no exercício da medicina; se não, além da responsabilidade, será punido por exercício ilegal da medicina, curandeirismo ou charlatanismo.
2. O ato – Deverá ser o resultado danoso de um ato lícito; pois, do contrário, tratar-se-á de uma infração delituosa mais grave, como, por exemplo, o aborto criminoso ou a eutanásia.
3. A culpa – Consiste na ausência do dolo, ou seja, que o autor tenha produzido o dano sem a intenção de prejudicar: por negligência, imprudência ou imperícia (...).
4. O dano. Sem a existência de um dano real, efetivo e concreto, não existe responsabilidade. Esse elemento objetivo, relativamente fácil de se estabelecer é condição indispensável. A determinação concreta do dano, além de indispensável em relação à responsabilidade, pode estabelecer grau da pena ou indenização.
5. O nexo causal – É a relação entre a causa e o efeito, um elo entre o ato e o dano. Quando o ato é praticado lícitamente, com moderação e a atenção devida, o resultado danoso pode ser considerado acidente⁸².

Como visto, o primeiro requisito exigível para a caracterização da responsabilidade médica é a figura do autor. O autor será o médico que possivelmente provocou danos à saúde ou a vida do paciente. Demais disso, importante não olvidar que, como exposto por Genival Veloso de França, a verificação da habilitação legal do médico no Conselho Regional Medicina (CRM) é fundamental, uma vez que, o profissional não habilitado, além da responsabilidade médica, responderá pelo exercício ilegal da medicina, curandeirismo ou charlatanismo.

Por outro lado, ensina o autor que o ato médico, segundo requisito, trata-se de uma conduta do profissional que pode ser lícita ou, então, ilícita. Sendo o dano derivado de um ato médico lícito entende-se que o profissional não desejava o resultado e, por essa razão, a sua infração será menos gravosa que aquela em que o resultado danoso deriva-se de ato médico ilícito cuja infração, evidentemente, será mais gravosa, uma vez que, o profissional, nessa circunstância, espera o resultado.

No tocante a culpa, o autor faz referência à culpa em sentido estrito (*stricto sensu*), modalidade prevista, no ordenamento jurídico brasileiro, como regra para apuração da

⁸¹ LIMA, Fernando Gomes Correia. *ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL*. CFM/CRM-PI. Brasília/DF. 2012. ISBN: 978-85-87077-25-7. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>>. Acesso em: 21 de out. 2019.

⁸² FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 254-255.

responsabilidade médica. A culpa *stricto sensu*, nas palavras do autor Sergio Cavalieri Filho, trata-se da “violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer ou observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível”⁸³. Em outras palavras, caracteriza-se a culpa “*stricto sensu*” no momento em que o médico, sem intenção dolosa, provoca danos ao seu paciente por negligência, imprudência ou imperícia.

O Diretor do Conselho Federal de Medicina, Clóvis Francisco Constantino, em seu artigo “Julgamento Ético do Médico” define com excelência os três elementos caracterizadores da culpa médica, veja-se:

Negligência – É a omissão da diligência devida, da conduta esperada; é a falta de cuidados e atenção, levando a resultados prejudiciais. É uma inação, pela inobservância de um dever que a situação indicava como imprescindível para impedir a superveniência de um resultado lesivo.

Imperícia – É o desconhecimento da *lex artis*, é incompetência, inexperiência, inaptidão técnica, despreparo profissional; carência de aptidão prática ou teórica. A imperícia não significa apenas desconhecer totalmente o procedimento, mas também aplicar deficientemente o conhecimento que o médico possui ou deveria possuir. Isso explica o aparente paradoxo de atribuir-se ignorância a um profissional habilitado para pleno exercício da medicina.

Imprudência – O médico é imprudente quando, tendo conhecimento do risco e não ignorando a ciência médica, toma a decisão de agir assim mesmo. É assumir uma conduta sem a observação dos cuidados necessários à realização do ato; é agir com açodamento, arrojo, ausência de ponderação. Essa temeridade significa pouca consideração pelo melhor alheio⁸⁴.

A negligência, primeiro elemento da culpa médica, trata-se da omissão do médico, ou seja, ocorre quando o profissional deixa de agir em situações as quais não poderia se omitir ou quando deixa de observar o seu dever de cuidado no momento de praticar determinada prática médica. O doutrinador Genival Veloso de França, ensina que o abandono do doente; a omissão de tratamento; a negligência de um médico pela omissão de outro; a prática ilegal por pessoal técnico; as prescrições médicas ilegíveis; a negligência de hospitais; o esquecimento de corpo estranho em cirurgia e a cirurgia do lado errado ou do paciente errado são exemplos de negligência médica⁸⁵.

⁸³ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. Ed. 13ª. Editora: Atlas. São Paulo. 2019. ISBN: 978-85-97-01878-3. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Programa-Responsabilidade-Civil-Sergio-Cavalieri-ebook/dp/B07JFLSJJ3/ref=asc_df_B07JFLSJJ3/?tag=googleshopp00-20&linkCode=df0&hvadid=379725664447&hvpos=1o2&hvnw=g&hvrand=2345251352945430355&hvpone=&hvpstwo=&hvmqmt=&hvddev=c&hvdvcmdl=&hvllocint=&hvllocphy=9047764&hvtargid=pla-812494938704&pssc=1>. Acesso em: 21 de out. 2019.

⁸⁴ CONSTANTINO, Clóvis Francisco. **Julgamento ético do médico**: reflexões sobre culpa, nexos de causalidade e dano. Revista Bioética. V. 16, n. 1. 2008. ISSN: 1983-8034. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/58>. Acesso em: 21 de out. 2019.

⁸⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 259-264.

A imperícia, por outro lado, é entendida como a inaptidão técnica, incompetência, despreparo ou inexperiência do médico no exercício da profissão. Assim, é possível afirmar que será considerado imperito o profissional que não possuir conhecimentos teóricos, técnicos e práticos suficientes para exercer com excelência à atividade médica.

A possibilidade de se atribuir culpa por imperícia ao médico é tema de controvérsias tanto na doutrina, como na jurisprudência. No tocante à essa questão existem duas correntes de pensamento, há aqueles que são contra o reconhecimento da imperícia e, por outro lado, tem-se aqueles que são a favor da imperícia médica.

Os doutrinadores que são contra à imperícia, como o autor Genival Veloso de França, entendem que inexistente médico imperito, haja vista que o diploma de graduação médica e a consequente habilitação legal no Conselho Regional de Medicina (CRM) são suficientes para demonstrar a capacidade técnica do profissional⁸⁶.

Já, os doutrinadores favoráveis ao instituto da imperícia defendem que o diploma de graduação e a habilitação legal do médico não são pressupostos suficientes para isentá-lo de condutas culposas decorrentes de imperícia. Ademais, destacam que, evidentemente, é impossível que os médicos possuam conhecimento sobre a integralidade das técnicas utilizadas na medicina e, por essa razão, devem buscar aperfeiçoar constantemente os seus conhecimentos visando o benefício do paciente e, na mesma senda, evitando eventuais condutas imperitas⁸⁷.

Por fim, como último elemento da culpa médica, tem-se a imprudência que ocorre quando o médico age de maneira descuidada e sem ponderação expondo, dessa maneira, o seu paciente à riscos médicos que, por vezes, poderiam ser evitados mediante a utilização da devida cautela.

Na imprudência, ao contrário da imperícia, o médico possui total conhecimento de que o exercício de determinada técnica médica pode resultar em danos à saúde ou a vida do paciente, mas, mesmo assim, assume os riscos e decide agir. A decisão do médico de agir é chamada de “conduta comissiva”, uma vez que, o dano provocado ao paciente é resultado de uma “ação” do profissional no exercício regular da profissão.

⁸⁶ Ibid., p. 265-267.

⁸⁷ CARVALHO, Bruno Ramalho de. RICCO, Rafaela Cristina. SANTOS, Raquel dos. CAMPOS, Maria Angélica de Figueiredo. MENDES, Eleonora Soubiê. MELLO, André Luiz da Silva. MELLO, Celia Helena Pereira. D'ÁVILA. Antônio Miguel Morena Pires. **Erro médico: implicações éticas, jurídicas e perante o código de defesa do consumidor.** Revista de Ciências Médicas. V. 15, n. 6. 2006. ISSN: 2318-0897 (Eletrônico). ISSN: 1415-5796 (Impresso). Disponível em: <<https://seer.sis.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/cienciasmedicas/article/view/1087/1063>>. Acesso em: 21 de out. 2019.

O cirurgião que, em razão do atraso do anestesista, decide anestesiá-lo; o médico que reduz uma cirurgia de 03 (três) horas para 02 (duas) horas; o cirurgião que deixa de reservar vaga em Unidade de Terapia Intensiva (UTI) antes de iniciar uma cirurgia de alto risco e o cirurgião que decide realizar determinada cirurgia por meio de uma técnica recente ao invés de utilizar uma técnica tradicional são exemplos clássicos de imprudência descritos na doutrina brasileira⁸⁸.

Retomando à explicação acerca dos requisitos caracterizadores da responsabilidade médica destaca-se o dano. O dano médico, nada mais é, que o prejuízo ou a lesão suportada pelo paciente. A configuração do dano é indispensável na apuração da responsabilidade médica, uma vez que, ausente o dano ao paciente entende-se que é inexistente também a responsabilidade do médico seja na ordem civil, criminal, administrativa ou disciplinar⁸⁹.

Demais disso, como adverte o autor a apuração do dano, além de crucial para a caracterização da responsabilidade médica, é importante para determinar, ainda, o grau da pena em caso de lesão ou de indenização quando configurado prejuízos de cunho material, moral ou psicológico ao paciente⁹⁰.

E, por fim, a responsabilidade médica exige a caracterização do nexo causal que, conforme ensina o autor, trata-se da ligação existente entre a conduta do médico (ato médico) e o dano provocado ao paciente (dano médico).

Sendo preenchidos todos os requisitos retromencionados configura-se a responsabilidade civil do médico e, em contrapartida, recai ao profissional a obrigação de reparação/indenização de danos ao paciente. Entretanto, caso não haja a comprovação de um dos requisitos supracitados ou sendo ausentes registra-se que não será caracterizada a responsabilidade civil do médico e, em razão disso, não haverá, também, a obrigação de indenizar o paciente.

⁸⁸ NETO, Miguel Kfoury. **Responsabilidade civil do médico**. 8ª Ed. São Paulo. 2013. p. 108.

⁸⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 254.

⁹⁰ Ibid., p. 254.

2.3 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO AGIR MÉDICO

Para compreender a responsabilização do médico na área cível é necessário, a priori, discorrer sobre a teoria da responsabilidade civil subjetiva e a teoria da responsabilidade civil objetiva, ambas, aplicadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo das referidas teorias é necessário porque, no caso dos médicos, profissionais liberais, aplicar-se-á apenas uma delas. Demais disso, será abordado a questão das obrigações de meio e das obrigações de resultado na seara médica e, por fim, será analisado à forma como ocorre a responsabilização do médico na Justiça Cível.

Como mencionado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro adota duas modalidades de responsabilidade civil, sendo a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. Registra-se que, a responsabilidade civil subjetiva é regra, enquanto que a responsabilidade civil objetiva é exceção.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, em seu livro “Direito Civil Brasileiro”, conceitua a responsabilidade civil subjetiva da seguinte maneira, veja-se:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou com culpa⁹¹.

Ante ao exposto, é possível afirmar que a responsabilidade civil subjetiva, regra no ordenamento jurídico brasileiro, é fundamentada na ideia de culpa, ou seja, para que o agente causador do dano seja responsabilizado é necessário à comprovação da existência de culpa ou dolo em sua conduta para que, dessa forma, sobrevenha a obrigação de indenizar à vítima. Entende-se que, sendo ausente a comprovação da culpa ou do dolo não será reconhecida a responsabilidade civil subjetiva do agente e conseqüentemente não haverá qualquer reparação de danos à vítima.

A responsabilidade civil subjetiva tem previsão legal no artigo 186, caput, da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), complementada, ainda, pelo artigo 373, inciso I, da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), *in verbis*:

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

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Ed. 9ª. Editora: Saraiva. São Paulo. 2014. p. 48.

O artigo 186, caput, do Código Civil reafirma o exposto anteriormente de que a responsabilidade civil subjetiva é fundada no instituto da culpa. Ademais, o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil faz referência quanto ao ônus da prova. Em síntese, o ônus da prova consiste no encargo atribuído ao sujeito para comprovar fato que está alegando contra terceiro. No caso da responsabilidade civil subjetiva, como se extrai do inciso I do artigo supracitado, o ônus da prova, em regra, incumbe à parte autora.

Por outro lado, tem-se a responsabilidade civil objetiva considerada exceção no ordenamento jurídico brasileiro e assim definida por Carlos Roberto Gonçalves:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é ilegal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria dita objetiva, ou de risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa⁹².

Observa-se que, ao contrário da responsabilidade civil subjetiva, a responsabilidade civil objetiva independe da comprovação de culpa, basta que haja a presença do dano e do nexo de causalidade para surgir a obrigação de indenizar. Essa modalidade de responsabilidade civil está prevista no artigo 927, caput, e parágrafo único, da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), *in verbis*:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Compreendidas as teorias da responsabilidade civil surge, neste momento, a seguinte questão, de acordo com o disposto na legislação e na doutrina, a responsabilidade civil do médico será enquadrada no instituto da responsabilidade civil subjetiva ou da responsabilidade civil objetiva?

Hoje, é pacífico o entendimento de que a responsabilidade civil do médico é de natureza subjetiva, portanto, é necessário a comprovação da culpa por negligência, imperícia ou imprudência para surgir a obrigação de indenizar. Nesta linha, entende nossos Tribunais, veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRATAMENTO DE CATARATA. RUPTURA DA CÁPSULA POSTERIOR DO OLHO DIREITO, COM PERDA VÍTRE E LESÃO

⁹² Ibid., p. 48.

ENDOTELIAL COMO COMPLICAÇÕES DO PÓS-OPERATÓRIO. CONFIRMAÇÃO. POR UM LADO. DA EXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A INTERCORRÊNCIA – SEQUER INFORMADO NO RELATÓRIO DA CIRURGIA – E UM ATO FALHO DO RÉU. AUSÊNCIA POR OUTRO LADO DE ELEMENTOS A AFASTAR, DE FORMA CONVINCENTE, A OCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS INICIAIS. 1. É sabido que, de acordo com o art. 951 do Código Civil e o art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do médico é subjetiva. Ou seja, depende da apuração de existência de negligência, imprudência ou imperícia na conduta médica para ficar caracterizada a responsabilidade civil. Assim, ainda que se possa ser rigoroso na apreciação de eventuais falhas médicas, já que quanto mais importante e prestigiosas é a profissão, maior é a perícia e competência que se espera do profissional, fato que é sem a percepção de algum erro imputável ao médico, não há falar em responsabilização civil. 2. Não obstante isso, mesmo que subjetiva a responsabilidade perquirida, não há como negar que se trata de relação regida pelo influxo das regras consumeristas, que prescrevem. Devem ser facilitadas a defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo cível (art. 6º, VIII, do CDC), bem como que se está diante de contexto que recomenda a distribuição dinâmica do ônus probatório, há muito admitido em nosso direito e agora positivado no novo CPC – art. 373, §1º. 3. Caso concreto em que restou incontroverso que houve uma intercorrência na cirurgia de catarata realizada pelo réu na autora, com ruptura da cápsula posterior do olho operado. E se por um lado o perito judicial atesta que dita intercorrência é uma das complicações possíveis da cirurgia de catarata, isto pode ocorrer não só por questões alheias a eventual erro cometido pelo médico-cirurgião, tal como por “fragilidade da cápsula posterior e hipertensão vítrea”, mas também por “excesso de manipulação”, situação que nitidamente configura falha médica. 4. Nessa ordem das coisas, para se eximir da responsabilidade que lhe é imputada, deveria o réu comprovar que o que ocasionou a ruptura da cápsula posterior do olho direito da autora foram exatamente algumas das hipóteses que não a de excesso de manipulação. Ocorre que, prova minimamente convincente nessa direção não há, cujo ônus de produzir era do réu. 5. Situação em que o réu registrou que o procedimento por ele realizado transcorreu sem intercorrências, o que não corresponde à verdade. Além disso, o restante do conjunto probatório não é suficiente para confortar a hipótese de ausência do erro imputado ao réu. Reconhecimento, via de consequência, da responsabilidade do médico. 3. Danos materiais configurados, embora não na extensão pleiteada pela autora, 4. Dano moral advindo do fato de que a requerente, por conta do erro médico cometido, ter se visto obrigada a se submeter a outras duas cirurgias, com todas as implicações decorrentes de tal procedimento. Arbitramento em R\$ 10.000,00. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70075908996, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 13/12/2017). (TJ-RS-AC: 70075908996 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 13/12/2017, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/12/2017)⁹³.

Importante ressaltar que, como se observa da jurisprudência retromencionada, a responsabilidade civil subjetiva do médico é regulada, ainda, pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). O dispositivo que trata sobre o tema é o artigo 14, parágrafo §4º e, dependendo do caso concreto, aplica-se, também, o artigo 6º, inciso VIII, respetivamente, *in verbis*:

⁹³ BRASIL, Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação cível**: AC 70075908996 RS. Relator (a): Desembargador Eugênio Facchini Neto. Nona Câmara Cível. Julgamento 13/12/2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532327706/apelacao-civel-ac-70075908996-rs?ref=serp>>. Acesso em: 22 de out. 2019.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Em análise ao primeiro artigo verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor adota como regra a responsabilidade civil objetiva, ou seja, que prescinde da comprovação de culpa. No entanto, no parágrafo §4º, faz a ressalva de que no caso dos profissionais liberais, como por exemplo médicos, dentistas, advogados, psicólogos, arquitetos, engenheiros e entre outras categorias, é necessário a verificação da culpa, portanto, a eles recaem o instituto da responsabilidade civil subjetiva.

Ressalta-se, porém, que o dispositivo não faz vedação à aplicação do Princípio do Ônus da Prova previsto no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. Assim, verifica-se que, mesmo sendo à responsabilidade dos médicos de natureza subjetiva, existe a possibilidade de inversão do ônus da prova, isto é, que o encargo de comprovar a culpa médica seja retirado do paciente e transferido para o médico.

Frisa-se que, a inversão do ônus da prova somente é possível quando a atividade do médico for de resultado (obrigações de resultado), sendo atividade do profissional de meio (obrigações de meio) não se aplica a presente regra. De acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz, são obrigações de meio e de resultado:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga tão somente a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado sem, contudo, se vincular a obtê-lo (...). Seu conteúdo é a própria atividade do devedor, ou seja, os meios tendentes a produzir o escopo almejado, de maneira que a inexecução da obrigação se caracteriza pela omissão do devedor em tomar certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em visto o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só se considerando adimplida com a efetiva produção do resultado colimado⁹⁴.

Portanto, quando o médico se compromete tão somente a agir com prudência e a empregar os seus conhecimentos técnicos em benefício do paciente entende-se como uma

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Ed. 17. Editora: Saraiva. São Paulo. 2003. p. 191-193.

obrigação de meio, tendo em vista que o profissional não garante obrigatoriamente um resultado positivo ao doente. Já, as obrigações de resultado são caracterizadas, por outro lado, quando o médico se compromete a atingir determinado resultado.

São consideradas atividades médicas de meio a cirurgia geral, pediatria, cardiologista, endocrinologia, geriatria e etc., e atividades médicas de resultado a cirurgia estética, bioquímica, anestesia, análises clínicas e radiologia⁹⁵.

Para encerrar o presente tópico, se faz necessário descrever à forma como ocorre a responsabilização dos médicos na Justiça Cível. Sendo comprovada a culpa médica (negligência, imperícia ou imprudência) e demais requisitos caracterizadores da responsabilidade civil médica surge, como exposto nos parágrafos anteriores, a obrigação de indenizar o paciente por danos morais, materiais ou psicológicos. A indenização ao paciente é realizada observando-se o disposto no artigo 951 do Código Civil, *in 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, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

O artigo supracitado dispõe, em síntese, que a indenização será aplicada observando-se as circunstâncias do caso concreto, isto é, se houve morte, agravamento da doença, lesão ou inabilitação do paciente para o trabalho.

Ademais, importante ressaltar que o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 944, caput, e parágrafo único, estabelece que o montante da indenização a ser paga ao paciente será calculado com base na gradação da culpa médica e na extensão do dano, ou seja, o valor da indenização dependerá do grau da culpa médica que pode ser levíssima, leve ou grave e, ainda, da extensão do dano causado ao paciente.

Nesse sentido, entende Miguel Kfourri Neto:

[...] o julgador, após demonstrar, concretamente, em que consistiu o agir culposo do réu, deverá avaliar a intensidade da imprudência, imperícia ou negligência caracterizada *in casu*: grave, leve ou levíssima. Somente após análise fundamentada, tendo em conta o padrão de conduta do homem (ou médico) prudente, passará o juiz à quantificação da indenização [...]. Mas a culpa há de resultar configurada, plenamente provada. Impõe-se, agora, considerar a maior ou menor gravidade da culpa, não para se imputar responsabilidade, posto que, para tal basta a *existência* da culpa provada, mas para se estabelecer o *valor da indenização*⁹⁶.

⁹⁵ NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade civil do médico**. 8ª Ed. São Paulo. 2013. p. 208.

⁹⁶ NETO, Miguel Kfourri apud JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente**: minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá. 2018. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 de out. 2019.

No tocante à responsabilidade civil do médico e a consequente obrigação de indenizar o paciente importante apontar, ainda, o entendimento do doutrinador e professor Carlos Roberto Gonçalves, veja-se:

Quando o profissional se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou demonstra falta de diligência ou de prudência em relação ao que se podia esperar de um bom profissional [...] exsurge a responsabilidade civil decorrente da violação consistente de um dever ou de uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado.

[...] diante ao avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultrassom, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacarem o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente se verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso⁹⁷.

Em síntese, o autor reafirma o disposto no artigo 951 do Código Civil quanto a obrigação de reparação do dano médico e, em seguida, adverte que a legislação deveria ser mais rigorosa no momento de apuração da responsabilidade civil médica, uma vez que, os novos instrumentos tecnológicos à disposição dos médicos, nos dias de hoje, são capazes de os auxiliarem eficientemente no diagnóstico e tratamento do paciente, portanto, em sua concepção não existem justificativas plausíveis para constantes e crescentes falhas profissionais.

Por fim, registra-se que as ações indenizatórias para apuração de responsabilidade civil médica devem ser ajuizadas, em regra, pelos próprios pacientes, com a exceção dos menores de idade e incapazes que deverão ser representados por seus pais, curadores ou tutores. Sobre o ajuizamento de ação indenizatória, ensina Nehemias Domingos Melo que:

[...] se a própria vítima ingressar com ação de ressarcimento por danos morais em face de sequelas causada por erro médico, ninguém mais poderá demandar ao mesmo médico sob o mesmo pretexto. Seria insustentável para o lesante que, a todo o tempo, estivesse sujeito a novas ações visando à indenização pelo mesmo fato que já debateu com a vítima⁹⁸.

Isto é, sendo ajuizada ação de indenização pelo próprio paciente fica vedado a interposição de nova demanda por terceiros. Demais disso, consigna-se que nas hipóteses em que o paciente decide não interpor ação indenizatória, semelhantemente à vedação anterior, nenhum outro terceiro poderá demandar em seu nome, uma vez que, a legislação cível exige que eventual ação indenizatória seja interposta pelo lesado imediato do erro médico.

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Ed. 9ª. Editora: Saraiva. São Paulo. 2014. p. 271.

⁹⁸ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. Ed. 1ª. Editora: Atlas S.A. São Paulo. 2008. p. 160.

Registra-se, por fim, que a única exceção a essa regra é no caso de falecimento do paciente, conforme previsto no artigo 110 do Código de Processo Civil Brasileiro, veja-se: “Art. 110. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observando o disposto no art. 313, §§1º e 2º”.

Entende-se que é possível aplicação do referido artigo porque o paciente em razão de evento maior (morte), o qual não podia impedir, teve o seu direito de regresso retirado pelo médico, assim, nada mais justo que a legislação estabeleça, nesses casos em específico, legitimados para pleitear providências em seu nome.

2.4 A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO AGIR MÉDICO

Na área criminal, do mesmo modo que na esfera civil, aplica-se a teoria subjetivista da culpa, ou seja, é necessário a comprovação da culpa médica por negligência, imperícia ou imprudência para a responsabilização penal do médico, além claro, do preenchimento dos demais pressupostos caracterizadores da responsabilidade médica descritos no primeiro tópico deste capítulo.

Todavia, importante destacar que na responsabilidade penal médica exige-se, por outro lado, que a conduta praticada pelo profissional seja considerada crime no Código Penal Brasileiro (Lei nº 2.848/1940)⁹⁹. Sendo assim, caso o médico por negligência, imperícia ou imprudência provoque dano ao paciente e não sendo, entretanto, essa conduta considerada crime não será caracterizada à responsabilidade penal deste profissional.

São raros os casos em que é reconhecido a responsabilização penal do médico, haja vista a dificuldade de se comprovar a culpa médica (negligência, imperícia ou imprudência) neste campo jurídico. É por essa razão que grande parte dos pacientes, vítimas de falhas médicas, optam em buscar a Justiça Cível ao invés da Justiça Criminal¹⁰⁰. Ademais, é cediço, atualmente, que a esfera cível dispõe de maior celeridade e eficiência na tramitação processual e, além disso, a preferência por essa área é mais viável para aquelas vítimas (pacientes) que desejam não discutir sobre determinada falha médica ao qual foram submetidas¹⁰¹.

⁹⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013. p. 258.

¹⁰⁰ PIRES. Ariosvaldo de Campos. **Responsabilidade penal e civil do médico**. Revista da Faculdade de Direito. Minas Gerais: UFMG 1892. ISSN: 0304-2340. E-ISSN: 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1187>>. Acesso em: 23 de out. 2019.

¹⁰¹ Ibid., p. 22.

Apesar de raros, não são impossíveis os casos em que é reconhecido a responsabilidade penal do médico. Essa responsabilidade, como exposto anteriormente, surge no momento em que é caracterizado que a conduta praticada pelo médico é tipificada como crime no Código Penal Brasileiro. E, por ser a conduta médica considerada crime, será o profissional submetido, desde que comprovada a culpa médica, a uma sanção penal que pode variar entre multa simples ou, então, privação de liberdade.

Geralmente, à responsabilização criminal recai sobre os médicos que provocam lesões à saúde ou à integridade física do paciente, ou, então, a sua morte. Assim, por exemplo, o médico que causar lesão à saúde ou à integridade do paciente e desde que comprovada a sua culpa responderá pelo crime de lesão corporal previsto no artigo 129, §6º do Código Penal Brasileiro e se caso provocar a morte do paciente responderá pelo crime de homicídio culposo previsto no artigo 121, §3º do Código Penal¹⁰².

Para a apuração da responsabilidade penal do médico é necessário a instauração de processo criminal que pode ser feito mediante ofício, por requerimento de autoridade competente ou, ainda, por manifestação de interesse da própria vítima¹⁰³.

Após ajuizada a ação criminal inicia-se à fase de instrução momento em que é apresentado provas pelas partes, como por exemplo receituários, prontuários, atestados, laudos médicos etc., e, por outro lado, é realizado diligências e produção de provas em juízo, como por exemplo, oitiva de testemunhas, pedido de exame de corpo de delito, requisição de perícia e coleta de declarações do acusado. Finda a instrução o juiz competente procederá com a sentença absolvendo ou condenando o profissional¹⁰⁴.

Registra-se, por fim, que havendo a condenação do médico no Juízo Criminal há a possibilidade da vítima (paciente), após o trânsito em julgado da sentença, ajuizar demanda indenizatória na Justiça Cível, conforme estabelece o artigo 63, caput, do Código de Processo Penal Brasileiro. E, no caso de absolvição do médico, à vítima (paciente) pode, da mesma forma, pleitear indenização na seara cível consoante estabelece o artigo 66, caput, do Código de Processo Penal.

¹⁰² RIBEIRO, Priscilla Massinni Barbosa. **Erro médico**. Universidade Federal do Ceará. Repositório Institucional UFC. Fortaleza. 2007. Disponível em: <
<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/32566?locale=es>>. Acesso em: 23 de out. 2019.

¹⁰³ Ibid., p. 46.

¹⁰⁴ Ibid., p. 46.

2.5 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO AGIR MÉDICO

A responsabilidade administrativa recai somente aos médicos que fornecem seus serviços às pessoas jurídicas de direito público, isto é, União Federal, Estado, Município e Distrito Federal. Na seara administrativa, ao contrário da cível e criminal, quem ressarcir o dano provocado pelo médico ao paciente é o Estado, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal Brasileira, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em resumo, o presente artigo expõe que a Administração Pública responderá objetivamente pelos danos médicos provocados ao paciente. Dessa forma, sendo comprovado o nexo de causalidade existente entre o dano e a conduta do médico prestador do serviço público será a Administração Pública obrigada a ressarcir o paciente.

Por outro lado, na parte final do parágrafo §6º, o referido artigo dispõe que é possibilitado à Administração Pública propor, em seguida, ação de regresso contra o médico causador do dano visando à restituição dos valores pagos ao paciente. Entretanto, importante destacar que o médico somente restituirá os valores à Administração Pública se restar comprovada à sua responsabilidade administrativa subjetiva, isto é, que o dano resultou de negligência, imperícia ou imprudência médica¹⁰⁵.

A apuração da responsabilidade administrativa, conforme estabelece a Lei nº 8.112/1990 ocorre por meio de sindicância ou através de processo disciplinar¹⁰⁶. Sendo constatada à responsabilidade administrativa do médico na sindicância aplica-se às sanções previstas no artigo 145, *in verbis*:

Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar.

¹⁰⁵ QUEZADO, Paulo. **Responsabilidade administrativa, civil e penal do médico**. THEMIS, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Acer/Downloads/208-722-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 de out. 2019.

¹⁰⁶ BRANDÃO, Ricardo. **O erro médico na função pública**. Revista Bioética. V. 2. N. 2. ISSN: 1983-8034. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/463>. Acesso em: 24 de out. 2019.

Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.

A constatação da responsabilidade administrativa do médico mediante instauração, instrução e julgamento de processo disciplinar resulta, por outro lado, nas sanções previstas no artigo 127 da Lei nº 8.112/1990, *in verbis*:

Art. 127. São penalidades disciplinares:
I - advertência;
II - suspensão;
III - demissão;
IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
V - destituição de cargo em comissão;
VI - destituição de função comissionada.

Frisa-se, por fim, que conforme o artigo 125 da Lei nº 8.112/1990, as sanções administrativas aplicadas aos médicos poderão cumular-se com possíveis sanções advindas da esfera cível e, também, da área criminal.

2.6 A RESPONSABILIDADE HUMANA NA ARTE MÉDICA

Por fim, o médico pode ser responsabilizado no âmbito da própria medicina por infrações éticas, ou seja, pelo descumprimento das normas preestabelecidas no Código de Ética Médica Brasileiro (Resolução CFM nº 1.931/09). Geralmente, a apuração de infração ética do médico inicia-se mediante denúncia da Comissão Ética, do Presidente do Conselho Federal de Medicina, da Delegacia Regional, de ofício ou, então, por qualquer pessoa que tenha conhecimento da infração¹⁰⁷.

Com o recebimento da denúncia, o Conselho Regional de Medicina (CRM), em que o médico se encontra habilitado, faz a abertura de sindicância para apuração dos fatos denunciados e para a coleta de provas. No prazo de 30 (trinta) ou 60 (sessenta) dias, quando prorrogado, o sindicante emite relatório dispondo sobre a existência ou não de indícios de infração ética do médico. Sendo verificado indícios de infração instaura-se PEP, isto é, Processo Ético-Profissional para apuração da responsabilidade ética e moral do médico¹⁰⁸.

Instaurado o Processo Ético-Profissional nomeia-se, em seguida, um Conselheiro Instrutor que será o responsável pela instrução do processo. Na fase instrutória será realizada a citação do acusado, a oitiva de testemunhas, a apuração de novos fatos e novas provas e etc.

¹⁰⁷ Ibid., p. 41.

¹⁰⁸ Ibid., p. 41-43.

Finda a instrução o Conselheiro Instrutor proferirá relatório, sem resolução do mérito, e o encaminhará ao Presidente ou Corregedor do Conselho Federal de Medicina (CFM) que o examinará no prazo de 30 (trinta) ou 60 (sessenta) dias¹⁰⁹.

Transcorrido o prazo de reexame do Conselho Federal de Medicina (CFM), as Câmaras de Julgamento, formadas por médicos conselheiros dos Conselhos de Medicina, proferem sentença decidindo pela absolvição ou condenação do médico. No caso de condenação, aplicar-se-á ao médico uma das cinco penas disciplinares previstas no artigo 22 da Lei nº 3.268/57, *in verbis*:

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 Federal¹¹⁰.

A advertência confidencial em aviso reservado e a censura confidencial em aviso reservado são penas privadas, em outras palavras, consistem em sanções aplicadas aos médicos as quais a sociedade não possui o conhecimento, uma vez que, por serem impostas em aviso reservado, isto é, de forma particular pelo Conselho Regional de Medicina (CRM) não podem ser publicadas ao público externo. Frisa-se que, em razão do caráter de confidencialidade as penas impostas aos médicos serão registradas em prontuário médico¹¹¹.

As demais penas disciplinares, isto é, a censura pública oficial, a suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias e a cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal são sanções públicas, haja vista que são publicadas em sites oficiais para conhecimento do público externo. É imperioso esclarecer que, a cassação do exercício profissional, última sanção disciplinar exposta no artigo 22, alínea “e” da Lei nº 3.286/57, consiste na perda do CRM, ou seja, no momento em que é retirado do médico o direito de exercer a Medicina¹¹².

Registra-se, por importante, que a perda da CRM pelo médico, por infração de norma ética, o impede de exercer a Medicina somente no Brasil, sendo assim, caso o profissional

¹⁰⁹ Ibid., p. 43.

¹¹⁰ Lei Nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 24 de out. 2019.

¹¹¹ SILVA, Marco Antônio Medeiros e. **Penalidades aplicadas pelos Conselhos de Medicina**. Disponível em: <http://www.crmdf.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21592:das-penalidades-aplicadas-pelos-conselhos-de-medicina&catid=3>. Acesso em: 27 de nov. 2019.

¹¹² Ibid., p. 01.

instale-se em outro País há a possibilidade de continuidade da profissão, mas desde que este revalide o seu diploma médico¹¹³.

Ante o exposto, é possível observar que as sanções aplicadas pelo Conselho Regional de Medicina (CRM) aos médicos possuem natureza intrinsecamente disciplinar, ou seja, repercutem somente no campo da moral e da ética profissional, portanto, não geram efeitos de reparação (cíveis) ou de restrição da liberdade de ir e vir (criminais). Portanto, é correto afirmar que a sentença condenatória por infração ética do médico esgota-se na matéria de ordem disciplinar.

Destaca-se, por fim, que a responsabilização do médico na área cível ou criminal não substitui a sanção disciplinar aplicada pelo Conselho Regional de Medicina (CRM), ou seja, ainda que o médico seja condenado a indenizar o paciente ou a responder criminalmente por erro médico haverá a sua responsabilização no campo da ética e da moral.

¹¹³ Ibid., p. 01.

CAPÍTULO 3 – O CONSENTIMENTO INFORMADO E OS LIMITES DA REPROVALIBILIDADE E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO NO PROCESSO DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

Neste terceiro e último capítulo será abordado sobre o consentimento livre e informado instituto que surgiu recentemente no âmbito da Medicina e do Direito. E, por fim será discutido os limites da reprovabilidade e responsabilização civil do médico no processo de consentimento livre e informado.

Registra-se que, o capítulo foi dividido em cinco tópicos, são eles: o consentimento informado e o consentir de incertezas; definição de consentimento informado e seus pressupostos de validade; exceções à obtenção do consentimento livre e informado; o consentimento informado: instrumento de autodeterminação do paciente ou limitação de responsabilidade médica e análise de parâmetros jurisprudenciais acerca dos limites da reprovabilidade e responsabilização civil do médico no processo de consentimento livre e informado.

No primeiro tópico será discutido sobre a origem do consentimento livre e informado e o momento em que o presente instituto passou a ser aplicado no Brasil. Adiante, no segundo tópico, será apresentado definições doutrinárias do termo “consentimento livre e informado”, bem como expostos seus pressupostos de validade que são, respectivamente: a capacidade, a informação e a voluntariedade. Em seguida, no terceiro tópico, serão descritas às situações excepcionais em que não é necessário à obtenção do consentimento livre e informado do paciente. No quarto tópico, será abordado sobre o processo de consentimento livre e informado em uma perspectiva polêmica e atual. E, por fim, no último tópico, será demonstrado a forma como ocorre à responsabilização civil do médico com a “ausência” e com a “existência” do consentimento livre e informado do paciente.

3.1 O CONSENTIMENTO INFORMADO E O CONSENTIR DE INCERTEZAS

O termo “consentimento livre e informado” foi mencionado pela primeira vez em uma sentença judicial, datada no ano de 1957, no Estado da Califórnia, Estados Unidos (EUA). O caso que resultou na referida sentença é conhecido como “Salgo V. Leland Stanford Jr University Board of Trustees” e trata-se de uma demanda judicial proposta por Martin Salgo que fora submetido, à época, a um procedimento cirúrgico minimamente invasivo denominado

de aortografia diagnóstica que resultou na paralisia de seus membros inferiores. No mérito, o autor alegou que não havia sido informado pelos médicos acerca da possibilidade deste possível efeito adverso e que, caso houvesse sido previamente informado, poderia ter decidido não se submeter ao procedimento cirúrgico em questão. A corte, então, pela primeira vez entendeu que o médico infringe o direito de tomada de decisão do paciente sempre que não o informa sobre os riscos advindos dos procedimentos clínicos ou cirúrgicos que poderão ser submetidos no decorrer de um tratamento médico e, por essa razão, era necessário adotar-se a postura de se obter o consentimento livre e informado do paciente, antes da realização de qualquer técnica médica”¹¹⁴.

No Brasil, o reconhecimento da necessidade de obtenção do consentimento livre e informado do paciente deu-se em meados dos anos de 1970. Inicialmente, o processo de consentimento livre e informado fora empregado somente nos casos de experiências científicas, isto é, apenas nas hipóteses de experiências envolvendo o corpo humano é que se exigia o cumprimento do consentimento livre e informado, ou seja, a obrigação de informar o paciente sobre os riscos advindos de determinada experiência científica. A exigência de consentimento livre e informado para assistência médica apenas ocorreu após determinação específica do Conselho Federal de Medicina no ano de 1980¹¹⁵.

Entretanto, ressalta-se que a obtenção do consentimento livre e informado do paciente não era realizado conforme exige-se atualmente, tendo em vista que neste período da história as informações eram transmitidas superficialmente e, além disso, buscava-se isentar de responsabilidade alguns indivíduos responsáveis pela realização de determinada experiência ou intervenção médica dos riscos que futuramente viessem a surgir por consequência de seus atos, o que não é autorizado nos dias de hoje¹¹⁶.

Como exemplo desta prática, se pode citar o caso do Órgão de Divisão de Vigilância Sanitária de Medicamentos do Ministério da Saúde (DIMED) que no ano de 1981 instaurou a portaria 16/81 determinado o uso do “Termo de Conhecimento de Risco” para quaisquer

¹¹⁴ ALHO, Clarice. FEIJÓ, Ana Maria. GOLDIM, Gabriel Gauer José R. HAMMES, Érico. PIVATTO, Délio Kipper Pergentino. ZILLES, Paulo Vinicius S. de Souza Urbano. SOUZA, Ricardo Timm de Souza. **Ciência e ética: os grandes desafios**. Ed. 1ª. Editora: Edipucrs. Porto Alegre. 2006. ISBN: 85-7430-548-0. p. 46-47. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Ylkke0nSARkC&oi=fnd&pg=PA45&dq=CONSENTIMENTO+LIVRE+E+INFORMADO&ots=aO3cW9oPRS&sig=Ko9GbYeTV-5pv7GYuWLV3oH0X4w#v=onepage&q=CONSENTIMENTO%20LIVRE%20E%20INFORMADO&f=false>>. Acesso em: 27 de out. 2019.

¹¹⁵ Ibid., p. 48.

¹¹⁶ Ibid., p. 49.

pesquisas realizadas com drogas não-registradas e, ainda, especificando que toda pesquisa era exclusivamente de responsabilidade do pesquisador e do patrocinador, sendo o Ministério da Saúde isento de qualquer responsabilidade por danos que porventura surgissem do projeto de pesquisa¹¹⁷.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar, então, que o consentimento livre e informado do paciente deve ser obtido em duas situações, isto é, para fins de pesquisa e para fins assistenciais. Importante esclarecer que existem peculiaridades entre o consentimento livre e informado para fins de pesquisa e para fins assistenciais que merecem aqui ser destacados.

Na assistência, o paciente busca determinado profissional do âmbito da medicina para lhe prestar serviços de saúde, como por exemplo, intervenção cirúrgica, prescrição de medicamentos ou para possível diagnóstico de dor ou desconforto, dessa maneira, surge a obrigação do médico de assisti-lo visando solucionar o seu problema de saúde¹¹⁸.

A partir desse momento caracteriza-se uma relação contratual entre o médico e o paciente, e por ser esse último a parte mais vulnerável da relação entende-se que, antes de iniciar determinado tratamento, é necessário que o médico, detentor de conhecimentos técnicos, o informe sobre os riscos da técnica médica escolhida e, em seguida, proceda com a obtenção de seu consentimento livre e informado, ou seja, o seu aceite para que, dessa forma, se inicie o tratamento médico¹¹⁹.

Na pesquisa, ao contrário da assistência, o pesquisador é quem busca o paciente que possivelmente se encaixe nos padrões exigidos para o início ou prosseguimento de determinada experiência científica. O dever do pesquisador de obter o consentimento livre e informado do paciente surge no momento em que o convida para participar da experiência. Essas experiências, muitas vezes, não geram benefícios diretos e imediatos para os pacientes da pesquisa, mas sim à longo prazo caso alguma técnica seja descoberta em prol da saúde da sociedade¹²⁰.

Registra-se, por outro lado, que o processo de obtenção do consentimento livre e informado é revestido de incertezas, uma vez que, não se sabe ao certo se o paciente realmente compreendeu às informações fornecidas pelo médico no momento da tomada de decisão entre aceitar ou não o tratamento médico proposto. Neste contexto, ensina Piaget e Kohlberg que o

¹¹⁷ Ibid., p. 49.

¹¹⁸ Ibid., p. 50.

¹¹⁹ Ibid., p. 50.

¹²⁰ Ibid., p. 51.

consentimento livre e informado pode ser obtido em três estágios psíquicos do paciente, são eles: anomia, heteronomia e autonomia¹²¹.

O consentimento livre e informado obtido sob o estágio psíquico de anomia é aquele em que o paciente por impulso aceita participar de experiência científica ou a se submeter a determinado tratamento médico¹²². Por ser uma tomada de decisão por impulso entende-se que o paciente não compreende com veracidade às informações prestadas pelo médico no que diz respeito aos riscos à sua vida ou a sua saúde e, por essa razão, há doutrinadores que afirmam que o processo de consentimento livre e informado de certa forma resta prejudicado no quesito de informação.

Por outro lado, tem-se o consentimento livre e informado obtido sob o estágio psíquico da heteronomia. Ressalta-se, à priori, que o termo “heteronomia” significa dependência, submissão ou obediência. Em resumo, diz-se que neste estágio psíquico o paciente ao ter ciência das informações referentes à experiência ou, então, ao tratamento médico não manifesta o seu direito de indagação, isto é, não questiona o profissional sobre as suas dúvidas pelo fato de se sentir constrangido e, por essa razão, acaba consentindo com a proposta oferecida pelo médico ou pesquisador¹²³.

Há o entendimento de que nos casos de heteronomia, especificamente na área de assistência médica, o paciente não consegue exercer livremente o seu direito de tomada de decisão porque a proposta do profissional é vista como uma obrigação decorrente da relação de confidencialidade entre médico e paciente, assim, a não aceitação é constrangedora na percepção do paciente e como consequência o processo de consentimento livre e informado resta por prejudicado¹²⁴.

Por fim, o consentimento livre e informado obtido sob o estágio psíquico da autonomia é aquele em que o paciente exerce plenamente o seu direito de autodeterminação, ou seja, de decidir entre se submeter ou não a determinada experiência científica ou tratamento médico com base em sua vontade individual¹²⁵.

Entende-se que no estágio psíquico da autonomia, antes de consentir ou não com a proposta do médico ou pesquisador, o paciente consegue assimilar as informações por eles

¹²¹ Ibid., p. 60-61.

¹²² Ibid., p. 61.

¹²³ Ibid., p. 61.

¹²⁴ Ibid., p. 61.

¹²⁵ Ibid., p. 62.

fornecidas e, ao mesmo tempo, indagá-los sobre as suas dúvidas resultando, dessa forma, em um consentimento livre e informado dotado de significado e valor¹²⁶.

3.2 DEFINIÇÃO DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO E SEUS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE

Ante ao exposto no tópico anterior, é possível dizer que o consentimento livre e informado consiste em um processo de informação em que o médico ou pesquisador comunica o seu paciente sobre todos os riscos, sejam benéficos ou perversos, que podem sobrevir de determinada experiência ou tratamento médico e, em seguida, para concretização desse processo de informação o profissional busca obter o consentimento do paciente que exercendo o seu direito de autonomia decide entre aceitar ou não a experiência ou o tratamento médico proposto.

Para melhor compreensão do termo importante destacar duas definições, a primeira do doutrinador Joaquim Clotet e, a segunda, da Recomendação do Conselho Federal de Medicina (CFM) Nº 1/2016, veja-se:

[...] consentimento informado é uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências (CLOTET, 2000 apud VAZ. REIS, 2007)¹²⁷.

O consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados. [...] As informações e os esclarecimentos dados pelo médico têm de ser substancialmente adequados, ou seja, em quantidade e qualidade suficientes para que o paciente possa tomar sua decisão, ciente do que ocorre e das consequências que dela possam decorrer. O paciente deve ter condições de confrontar as informações e os esclarecimentos recebidos com seus valores, projetos, crenças e experiências, para poder decidir e comunicar essa decisão, de maneira coerente e justificada¹²⁸.

As definições retromencionadas complementam a ideia de consentimento livre e informado exposto a princípio. Ambas as definições trazem que o consentimento livre e informado consiste na decisão do paciente de aceitar ou não determinada experiência ou

¹²⁶ Ibid., p. 62.

¹²⁷ VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. *Revista Jurídica Cesumar*. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184, p. 492. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>. Acesso em: 27 de out. 2019.

¹²⁸ RECOMENDAÇÃO CFM Nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 27 de out. 2019.

tratamento médico após devidamente comunicado de seus riscos, benefícios e possíveis consequências.

O consentimento informado, como ensina Joaquim Clotet, pode ser manifestado de forma verbal ou por escrito. Frisa-se que, consoante a Recomendação do CFM Nº 1/2016, o consentimento informado escrito deve ser elaborado com letras legíveis e de fácil compreensão, sendo vedado a utilização de termos técnicos e desconhecidos ao paciente.

Ademais, importante não olvidar que conforme a definição do Conselho Federal de Medicina no processo de consentimento livre e informado é necessário reconhecer o direito do paciente de questionar e de exigir o esclarecimento de informações do médico sempre que entender necessário para a sua tomada de decisão, isto é, para o momento em que decidir entre consentir ou não com determinado tratamento clínico, cirúrgico ou terapêutico.

Para que o consentimento livre e informado seja válido no âmbito da medicina é necessário que o médico observe e cumpra três pressupostos de admissibilidade, sendo eles: capacidade, informação e voluntariedade¹²⁹. A falta de qualquer um dos requisitos de admissibilidade citados anteriormente tornam o consentimento livre e informado insuficiente e ineficaz para atingir os seus fins pretendidos.

A capacidade, primeiro pressuposto do consentimento livre e informado, nada mais é que a aptidão do paciente para compreender as informações fornecidas pelo médico quanto aos riscos, benefícios e consequências do tratamento clínico, terapêutico ou cirúrgico ao qual será submetido para a manutenção de sua saúde ou, então, para o seu benefício próprio como no caso de cirúrgicas estéticas¹³⁰.

A verificação da capacidade do paciente é realizada conforme exige o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02). Sendo assim, observa-se que será considerado capaz para manifestar consentimento livre e informado aquele paciente que possuir maioridade civil, ou seja, que dispuser de 18 (dezoito) anos de idade completos ou mais¹³¹. Registra-se, por outro lado, que as demais regras dispostas no Código Civil Brasileiro no tocante aos menores de idade

¹²⁹ SILVA, Milton Rodrigues de. PETRY, Alexandre Torres. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico**. Revista Justiça & Sociedade. V. 3, n. 1. 2018. ISSN: 2525-3883. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/692>>. Acesso em: 28 de out. 2019.

¹³⁰ Ibid., p. 579-580.

¹³¹ RECOMENDAÇÃO CFM Nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 28 de out. 2019.

e às pessoas portadoras de alguma deficiência física ou mental também serão aplicadas no âmbito da medicina como será demonstrado a seguir.

No caso do paciente que seja menor de idade, isto é, que possuir menos de 16 (dezesesseis) anos completos o consentimento livre e informado será obtido de seus representantes legais, ou seja, de seus pais. No entanto, importante destacar que havendo divergência entre os representantes do paciente em consentir ou não com tratamento médico para a manutenção de sua saúde aplicar-se-á as regras do artigo 1.567 e artigo 1.631 do Código Civil Brasileiro de 2002¹³².

Quanto aos indivíduos maiores de 18 (dezoito) anos que se encontrem, temporariamente ou absolutamente, incapazes por alguma razão, como por exemplo, doença física ou mental, inconsciência ou, então, debilidade exige-se que o consentimento livre e informado seja obtido de seu representante legal, cônjuge e, em último caso, de seus familiares¹³³.

Frisa-se, ainda, que não havendo responsáveis pelo paciente é imposto ao médico à obrigação de requerer em juízo autorização para início do tratamento em prol da saúde do paciente ou, então, de solicitar a nomeação de representante legal para posterior obtenção de consentimento livre e informado¹³⁴.

A informação, segundo pressuposto de admissibilidade, é indispensável para a validação do consentimento livre e informado. Como já dito alhures, é através da informação fornecida pelo médico que o paciente exerce o seu direito de autonomia, ou seja, decide entre se submeter ou não à riscos, benefícios ou consequências de qualquer tratamento médico. O direito de informação assegurado ao paciente está previsto tanto no artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor (CDC), como no artigo 34 do Código de Ética Médica Brasileiro. Ensina o autor Gustavo Borges que a informação deve feita pelo médico da seguinte maneira, veja-se:

[...] informações acerca do estado de saúde devem ser fornecidas aos pacientes de forma clara, completa e sempre adaptadas à individualidade de cada paciente para o possível e ampliado alcance de compreensão, dentro de suas condições pessoais. É de se esperar do médico dedicação didática ao explicar, detalhadamente, ao paciente, tanto os limites técnicos, quanto os riscos operatórios para provê-los dos subsídios necessários para a sua tomada de decisão autônoma e esclarecida¹³⁵.

¹³² VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>. Acesso em: 27 de out. 2019.

¹³³ Ibid., p. 498.

¹³⁴ Ibid., p. 498.

¹³⁵ BORGES, Gustavo apud SILVA, Milton Rodrigues de. PETRY, Alexandre Torres. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico**. Revista Justiça & Sociedade. V. 3, n. 1. 2018. ISSN: 2525-3883. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/692>>. Acesso em: 28 de out. 2019.

Em outras palavras, o autor ressalta que ao médico recai à obrigação de observar o paciente de forma individualizada e não genérica, tendo em vista que cada indivíduo assimila de uma forma diferente determinada informação. Diante ao exposto, é possível afirmar, então, que segundo o entendimento do autor para que seja alcançado um verdadeiro consentimento livre e informado o profissional, primeiramente, precisa estudar às condições pessoais do paciente e, somente em seguida, deve transmitir-lhe às informações sobre o seu estado de saúde. Ademais, acrescenta que às informações precisam ser claras, completas, detalhadas e de fácil compreensão ao paciente.

De acordo com a doutrinadora Fernanda Schaefer, o consentimento não-esclarecido ou insuficiente é considerado no âmbito jurídico e na seara médica como inexistente, uma vez que, a falta de informação sobre os riscos e possíveis consequências advindas de determinado procedimento ou tratamento médico retira do paciente à possibilidade de ter negado consentimento à proposta do profissional e, por essa razão, esse último é responsabilizado por ausência do dever de informação (negligência médica)¹³⁶.

A voluntariedade, último pressuposto do consentimento livre e informado, está relacionada à tomada de decisão do paciente de consentir ou não com o tratamento proposto pelo médico. Diz-se que o consentimento do paciente é voluntário quando à sua decisão for isenta de vícios de dolo, coação, fraude ou simulação. Registra-se que, havendo quaisquer um dos vícios retromencionados no processo de consentimento livre e informado será o médico responsabilizado¹³⁷.

Portanto, diante de todo o exposto, observa-se que para o consentimento livre e informado ser válido e consequentemente surtir os efeitos pretendidos na relação médico-paciente não basta o preenchimento apenas de um ou dois pressupostos é necessário o cumprimento de um processo que se inicia com a verificação da capacidade do paciente, após com o fornecimento de informações pelo médico e, por fim, com a tomada de decisão do paciente através de sua vontade voluntária.

¹³⁶ SCHAEFER, Fernanda apud VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>. Acesso em: 27 de out. 2019.

¹³⁷ SILVA, Milton Rodrigues de. PETRY, Alexandre Torres. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico**. Revista Justiça & Sociedade. V. 3, n. 1. 2018. ISSN: 2525-3883. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/692>>. Acesso em: 28 de out. 2019.

3.3 EXCEÇÕES À OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

Com a vigência da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1/2016, à obtenção do consentimento livre e informado tornou-se obrigação a ser cumprida pelo médico antes de iniciar qualquer procedimento ou tratamento médico em prol da saúde ou da vida de seus pacientes. Entretanto, importante destacar que fora reconhecida, por outro lado, três situações excepcionais que justificam a ausência do consentimento livre e informado do paciente na seara médica, são elas: hipóteses de privilégio terapêutico; casos de tratamento compulsório e renúncia do paciente ao direito de informação.

Como mencionado, a primeira exceção à obtenção do consentimento livre e informado do paciente são nas hipóteses de privilégio terapêutico. Em síntese, o privilégio terapêutico é caracterizado em situações de emergência/urgência, onde o médico decide tratar do paciente, sem o seu prévio consentimento livre e informado, sob a justificativa de protegê-lo de iminente risco de vida ou grave lesão física¹³⁸.

Nesta primeira situação excepcional entende-se que há uma sobreposição do princípio da beneficência sobre o princípio do consentimento livre e informado, uma vez que, o caráter de urgência/emergência é suficiente para demonstrar que não há tempo hábil para a realização do processo de consentimento livre e informando devendo o médico atuar em benefício do paciente imediatamente. Exemplo clássico de situação de privilégio terapêutico são os acidentes automobilísticos¹³⁹.

Como segunda situação excepcional à obtenção do consentimento livre e informado tem-se o tratamento compulsório. Entende-se que o tratamento compulsório, no âmbito da medicina, é necessário quando uma significativa parcela de pacientes portadores de doenças transmissíveis, como por exemplo, meningite, tuberculose, rubéola e entre outras, negam consentimento para tratamento médico. Assim, visando o benefício da saúde pública é autorizado aos médicos procederem com o tratamento compulsório, isto é, com a intervenção médica em prol da saúde desses pacientes, mesmo ausente o consentimento livre e informado.

¹³⁸ VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>. Acesso em: 28 de out. 2019.

¹³⁹ Ibid., p. 504.

Portanto, observa-se que nesses casos a saúde pública se sobrepõe a autonomia individual do paciente¹⁴⁰.

E, por fim a última situação excepcional à obtenção do consentimento livre e informado é quando há a recusa do paciente. É reconhecida a referida exceção porque na medicina, como exposto nos tópicos anteriores, prioriza-se a autonomia do paciente, assim, não havendo a sua vontade de ser informado sobre o seu estado de saúde cabe ao médico respeitar à sua decisão. No entanto, importante registrar que somente é admitido essa exceção quando às informações médicas forem potencialmente prejudiciais à saúde física ou psíquica do paciente¹⁴¹.

Dessa maneira, verifica-se, então, que sendo caracterizada uma das situações excepcionais expostas acima é autorizado ao médico proceder com tratamento médico independentemente da obtenção de consentimento livre e informado do paciente, porém, nos demais casos a ausência do consentimento livre e informado do paciente gera responsabilização médica.

3.4 O CONSENTIMENTO INFORMADO: INSTRUMENTO DE AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE OU LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA

O consentimento informado, por ser um assunto recente que surgiu no âmbito da Medicina e do Direito, vem sendo discutido por grande parte dos doutrinadores e, também, pela sociedade. A grande questão em torno deste tema é a seguinte, o consentimento livre e informado trata-se de um instrumento utilizado para a autodeterminação do paciente ou para a limitação da responsabilidade médica? Antes de responder à essa indagação se faz necessário entender, à priori, as causas que deram origem à presente discussão.

Na medicina antiga à figura do médico sobrepunha-vá-se a do paciente, ou seja, enquanto que o médico era visto como um indivíduo “superior” por possui conhecimentos técnicos-científicos os pacientes, por outro lado, eram considerados “objetos de atuação” do profissional de medicina¹⁴².

¹⁴⁰ Ibid., p. 504.

¹⁴¹ Ibid., p. 504-505.

¹⁴² LIGIERA, Wilson Ricardo. **A responsabilidade civil do médico e o consentimento informado**. DISSERTAÇÃO DE MESTRADO. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. 2009. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-26032012-102549/publico/Ligiera_Wilson_Ricardo_versao_simplificada.pdf>. Acesso em: 29 de out. 2019.

Entretanto, com o advento da Segunda Guerra Mundial onde milhares de pessoas foram submetidas, sem o seu devido consentimento, a terríveis experiências médicas surgiu-se à concepção de que os pacientes deveriam ser, de alguma forma, protegidos das atrocidades praticadas pelos médicos e cientistas da época¹⁴³.

Dessa maneira, novos direitos foram assegurados à pessoa humana, dentre eles, o direito à dignidade humana, os direitos humanos e o direito de liberdade e de autonomia, sendo esse último o responsável pelo surgimento da ideia de consentimento livre e informado do paciente. A autonomia, nas palavras das professoras Gloria Jóluskin e Teresa Toldy, trata-se da capacidade que toda pessoa humana possui para “tomar decisões por si mesmo com base na deliberação”¹⁴⁴. Em outras palavras, a autonomia é o direito de todo o ser humano de se “autogovernar”, ou seja, de decidir sobre o seu próprio corpo, saúde e vida.

Na seara da medicina os indivíduos que se utilizam do direito de autonomia, considerado hoje um princípio da bioética, são os pacientes. Através da autonomia os pacientes decidem entre se submeter ou não à determinado procedimento ou tratamento médico e, após essa tomada de decisão, surge à obrigação do médico de obter o seu consentimento livre e informado, isto é, o seu aceite para que seja iniciado o tratamento médico.

A partir do momento em que o paciente consente com determinado procedimento ou tratamento médico entende-se que o profissional não será responsabilizado, na esfera jurídica e da ética médica, pelos riscos ou danos que insurgir à saúde do paciente, mas registra-se que não haverá responsabilização pelos riscos e consequências que foram previamente informados, quanto aos demais riscos e danos que vierem a ser causados por culpa do médico (negligência, imperícia ou imprudência), haverá a sua consequente responsabilização pelo descumprimento do dever de informação¹⁴⁵.

É justamente neste instante em que é demonstrado à forma como é realizada a responsabilização do médico “com” ou “sem” o consentimento livre e informado do paciente que surge à questão exposta à princípio nesse tópico, isto é, se o consentimento livre e

¹⁴³ Ibid., p. 10.

¹⁴⁴ JÓLLUUSKIN, Gloria. TOLDY, Tereza. **Autonomia e consentimento informado:** um exercício de cidadania? Revista Antropológicas. Nº 12. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/Acer/Downloads/1036-Texto%20do%20Trabalho-2458-1-10-20120731%20(1).pdf>. Acesso em: 29 de out. 2019.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Vitor Lisboa. PIMENTEL, Déborah. VIEIRA, aria Jésia. **O uso do consentimento livre e esclarecido na prática médica.** Revista Bioética. V. 18. n. 3. 2010. ISSN: 1943-8042. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533254015>>. Acesso em: 31 de out. 2019.

informado é um instrumento para autodeterminação do paciente ou para isentar o médico de responsabilidade.

No tocante a essa questão à aqueles que entendem que o consentimento livre e informado é realmente um instrumento de autodeterminação, haja vista que através dele o paciente decide entre se submeter ou não a determinado tratamento médico e, por outro lado, existem aqueles que acreditam que, atualmente, o consentimento livre e informado tornou-se instrumento para isentar o médico de responsabilização, uma vez que, com o consentimento do paciente o profissional não responde pelos riscos, danos e consequências que previamente foram informados.

Diante do exposto até aqui acerca do consentimento livre e informado pode-se dizer que à primeira corrente de pensamento é a mais coerente, isto é, de que o consentimento livre e informado é um instrumento para a autodeterminação do paciente.

3.5 ANÁLISE DE PARANOMAS JURISPRUDÊNCIAIS ACERCA DOS LIMITES DE REPROVABILIDADE E RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO NO PROCESSO DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

A responsabilidade civil do médico no processo de consentimento livre e informado ocorre pelo descumprimento do dever de informação, ou seja, será caracterizada a responsabilidade do médico independentemente da ocorrência de erro médico, basta que haja o descumprimento do dever de informar. Isso ocorre porque a relação médico-paciente, como já mencionado nos capítulos anteriores, é vista como uma relação contratual onde ambas as partes possuem direitos e, também, deveres. E, na hipótese de violação do dever de informação por parte do médico será caracterizada a sua responsabilização, mas desde que comprovada a sua culpa, neste caso, por negligência médica¹⁴⁶.

A doutrina pátria e a jurisprudência brasileira entendem que a responsabilidade civil do médico por ausência de consentimento livre e informado, isto é, pelo descumprimento do dever de informação é de natureza subjetiva, portanto, fundada na culpa (negligência). Deste modo,

¹⁴⁶ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar. Ed. 1ª. Editora: Hoffmann. Itaperuna/RJ. 2011. Disponível em:

<<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirCivil/artigos/consentimento.informado.e.tutela.dos.direitos.existenciais.pdf>>. Acesso em: 29 de out. 2019.

os dispositivos que regulam a questão em comento são os artigos 6º, inciso III e 14, parágrafo §2º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)¹⁴⁷.

Importante não olvidar que para a responsabilização do médico por violação do dever de informação é necessário, além da comprovação da culpa médica por negligência (omissão), a constatação dos demais elementos da responsabilidade médica estudados anteriormente, isto é, o autor, o ato médico, o dano e o nexo causal¹⁴⁸.

No que tocante à questão da responsabilidade civil do médico por ausência de informação no processo de consentimento livre e informado a jurisprudência pátria vem, atualmente, reconhecendo essa possibilidade, veja-se o presente julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DO PLANO DE SAÚDE E DO MÉDICO. REALIZAÇÃO DE POSTECTOMIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PLANO DE SAÚDE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. 1. Cuida-se de ação indenizatória, na qual a autora pretende indenização por dano moral em virtude de alegado erro médico. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. 2. O caso dos autos trata de responsabilidade subjetiva do médico, segundo réu. Por sua vez, com relação ao primeiro réu, o plano de saúde, há responsabilidade objetiva pelos danos causados pelo profissional credenciado. 3. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Ausência de designação de AIJ e realização de prova oral, nada obstante deferida na decisão saneadora, ou mesmo de oitiva da perita, caracteriza cerceamento de defesa, apto a ensejar a nulidade da sentença. Ao juízo cabe, de ofício ou a requerimento da parte, identificar as provas necessárias ao julgamento adequado da lide (art. 370, CPC/2015), sendo dele a aferição quanto à relevância e à pertinência de sua produção. 4. Ausência de motivo que justifique a realização de nova perícia. 5. O momento adequado para impugnar as qualidades da especialidade do perito é o da sua nomeação, restando precluso o direito se o reclama depois que a perícia é realizada. 6. A prova pericial realizada, por perito capacitado, obedeceu, regimento, as disposições do diploma processual civil, com claras oportunidades às partes, oferta livre de quesitos, e acesso à ampla defesa e ao contraditório, todos devidamente respondidos, inclusive em esclarecimentos complementares (sobre os quais manifestou-se a destempe, sem comprovar a alegada ausência de intimação para de manifestar), não sendo a irresignação com as conclusões e respostas aos quesitos suficientes à realização de nova perícia. 7. Laudo pericial que, apesar de atestar complicações, conclui não ter havido negligência, imprudência ou imperícia na realização do ato cirúrgico, nem falha na indicação do procedimento, destacando-se a predisposição do autor a complicações pós-cirúrgicas, e que as apresentadas podem ocorrer após a postectomia mesmo tendo sido a cirurgia realizada de acordo com a boa prática médica. 8. Contudo, não se verifica, nos autos, Termo de Consentimento Informado assinado pelo autor relativo a nenhuma das duas cirurgias de postectomia, como consta do laudo em mais de uma oportunidade. 9. O réu faltou com o dever de informação, direito básico e fundamental de todos os consumidores (art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor). 10. A falta de informação pelo médico ao paciente é considerada ilícito contratual, configurado culpa dos profissionais, na modalidade de negligência (omissão no dever de informar), a ensejar o dever de reparar os danos. 11. Plano de saúde que responde solidariamente por eventuais danos, haja vista que a fornecedora dos serviços responde objetivamente pelos danos causados pelos médicos

¹⁴⁷ Ibid., p. 83.

¹⁴⁸ Ibid., p. 85.

a ela vinculados que tenham, no exercício de sua profissão, procedido de forma inadequada. 12. Dano moral in re ipsa. 13. Valor arbitrado em R\$ 15.000,00, com correção do julgado e juros da citação. 14. Reforma da sentença. 15. Ônus da sucumbência invertido. 16. Provimento do recurso. (TJ-RJ-APL: 00006961420088190014 RIO DE JANEIRO CAMPOS DOS GOYTACAZES 1º VARA CIVIL, Relator: Des (a). MÔNICA MARIA CONSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 02/10/2018, OITAVA CÂMARA CÍVEL)¹⁴⁹.

Em análise à referida jurisprudência oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ), datada no ano de 2018, observa-se que não foi reconhecido quaisquer erros médicos provenientes da conduta do médico que fossem capazes de caracterizar à sua culpa por negligência, imperícia ou imprudência, entretanto, verificou-se que o profissional não obteve o consentimento livre e informado do paciente antes de realizar em seu favor duas cirurgias de postectomia.

Assim, mesmo não havendo a constatação de erro médico, o Tribunal do Rio de Janeiro (TJ/RJ) com base nos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso III) entendeu que o médico deveria ser responsabilizado, na modalidade de negligência, uma vez que, fora descumprido o dever contratual de informação exigido no processo de consentimento livre e informado. Dessa maneira, o médico foi condenado a indenizar o paciente no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) à título de danos morais.

Nesta mesma linha, segue a seguinte jurisprudência oriunda do Supremo Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO. 1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. 2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação. 3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal. 4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação:** APL 000696-14.2008.8.19.0014. Relator (a): Des (a) Mônica Maria Costa Di Piero. Oitava Câmara Cível. Julgamento em 02/10/2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657531631/apelacao-apl-6961420088190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goitacazes-1-vara-civel?ref=serp>>. Acesso em: 29 de out. 2019.

diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações. 5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado. 6. O dever de informar é dever de conduta decorrente de boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil *per se*. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente. 7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos. 8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes. 9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º). 10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação. (STJ-REsp: 1540580 DF 2015/0155174-9, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 02/08/2018, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/09/2018)¹⁵⁰.

O presente julgado do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), assim como o julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ) citado anteriormente, reconheceu o dever de indenização por violação do dever de informação, no entanto, neste julgado, em específico, o médico não deixou de informar o paciente, mas a informação, por outro lado, foi reconhecida como insuficiente para à validação do consentimento livre e informado e, por essa razão, condenou-se o profissional à indenização por danos extrapatrimoniais em favor do paciente.

Do julgado acima, importante destacar algumas peculiaridades trazidas em seu texto, como por exemplo, à valoração do princípio da autonomia da vontade do paciente ou autodeterminação; a incidência da boa-fé objetiva e a responsabilidade *per se* e, por fim, o instituto do ônus da prova.

O princípio da autonomia da vontade, também conhecido como princípio da autodeterminação que faz ênfase o julgado retromencionado é um princípio da bioética que

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: REsp 1540580 DF 2015/0155174-9. Relator (a): Ministro Lázaro Guimarães. T4 – Quarta Turma. Julgamento em 02/08/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621592003/recurso-especial-resp-1540580-df-2015-0155174-9/inteiro-teor-621592011?ref=serp>>. Acesso em: 29 de out. 2019.

assegura ao paciente o direito de tomada de decisão no tocante a qualquer tratamento médico, seja clínico, terapêutico ou cirúrgico, que vier a ser submetido ao longo da vida.

No que diz respeito à boa-fé objetiva a jurisprudência acima busca demonstrar, em síntese, que em toda relação contratual, independentemente que seja no âmbito da saúde, deve ser revestida de boa-fé das partes contratantes, uma vez que, à sua inobservância resulta em inadimplemento contratual e, como consequência, é reconhecida a responsabilidade *per si*.

E, por fim, quanto ao ônus da prova é frisado que o encargo de obtenção do consentimento livre e informado sempre será do médico ou, então, do hospital público ou particular à que este último esteja vinculado.

A doutrina entende que a ausência de consentimento livre e informado, isto é, a falta de cumprimento do dever de informação por parte do médico no processo de obtenção do consentimento livre e informado constitui “lesão autônoma”. Há esse entendimento porque acredita-se que à ausência ou falha na informação ao paciente violam, além de seu direito de autodeterminação, os seus direitos de personalidade¹⁵¹.

Assim, diante de todo o exposto, é possível afirmar, então, que à ausência de consentimento livre e informado, isto é, a não obtenção do consentimento do paciente para determinado tratamento ou procedimento médico resulta em responsabilização do profissional, independentemente de qualquer incidência de erro médico, uma vez que, o dever de informação tem natureza “autônoma”, ou seja, gera por si próprio o dever de reparação civil quando eventualmente vier a ser descumprido pelo médico.

Por outro lado, importante destacar, ainda, a seguinte indagação: e na hipótese em que o paciente exercendo o seu direito de autodeterminação decide consentir com determinado tratamento ou procedimento médico como fica a responsabilização do profissional caso surja efeito adverso, como por exemplo, um possível erro médico? Para responder à essa questão é necessário analisar, à priori, o teor das jurisprudências descritas abaixo que tratam sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS DECORRENTES DE ALEGADO ERRO MÉDICO. AUTORA QUE REALIZOU CIRURGIA PLÁSTICA DE MAMOPLASTIA E AFIRMA TER RESULTADO DO PROCEDIMENTO DEFORMAÇÕES E CICATRIZES INDESEJADAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO ALMEJADO COM A INTERVENÇÃO CIRÚRGICA DEVERIA TER SIDO ALCANÇADO.

¹⁵¹ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais**: uma visão interdisciplinar. Ed. 1ª. Editora: Hoffmann. Itaperuna/RJ. 2011. Disponível em:

<<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirCivil/artigos/consentimento.informado.e.tutela.dos.direitos.existenciais.pdf>>. Acesso em: 29 de out. 2019.

PROCEDIMENTO REALIZADO DE FORMA ADEQUADA. CICATRIZES INERENTES AO PROCEDIMENTO REALIZADO. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO FIRMADO PELA AUTORA EM QUE HÁ A INFORMAÇÃO DE QUE A CIRURGIA DEIXARÁ CICATRIZES PERMANENTES E DE QUE EXISTE A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE COMPLICAÇÕES EM CASO DE PACIENTES TABAGISTAS. EXAME PERICIAL QUE CONSTATOU A UTILIZAÇÃO DE TÉCNICA ADEQUADA PELO CIRURGIÃO, BEM COMO A INEXISTÊNCIA DE DANOS ESTÉTICOS. DESCONTENTAMENTO COM O RESULTADO OBTIDO COM A INTERVENÇÃO QUE NÃO PODE REDUNDAR EM RECONHECIMENTO DE ALGUM DANO À AUTORA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O descontentamento da paciente com o resultado do procedimento realizado por cirurgião plástico, não implica em responsabilização do profissional. RECURSO ADESIVO DO RÉU. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA ARBITRADA EM QUANTIA ADEQUADA E SUFICIENTE À REMUNERAÇÃO CONDIGNA DO ADVOGADO. VALOR MANTIDO, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC-AC: 00123038020098240036 Jaraguá do Sul 0012303-80.2009.8.24.0036, Relator: Saul Steil, Data de Julgamento: 13/06/2017, Terceira Câmara de Direito Civil)¹⁵².

APELAÇÃO CÍVEL. Relação de consumo. Contrato de prestação de serviços médicos de natureza estética. Procedimento estético de que teria resultado frustração da paciente quanto ao resultado e até dano estético, a merecer reparação por dano moral. Responsabilidade civil de natureza subjetiva. Obrigação de resultado. Lifting de pescoço e preenchimento labial com aplicação da substância PMMA, cujo uso era autorizado pela ANVISA. Autora informa sobre o procedimento e suas consequências, tendo firmado termo de consentimento que não mereceu impugnação de sua parte. Laudo técnico que atestou a correção do procedimento, que foi realizado sem intercorrências, e cujo resultado se mostrava adequado às condições físicas da paciente. Afastada conduta imperita do profissional médico. Manutenção da sentença que se impõe. Desprovisionamento do recurso. (TJ-RJ – APL: 00292540820088190204, Relator: Des (a). MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS, Data de Julgamento: 17/07/2019, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL)¹⁵³.

Dos julgados acima, é possível observar que foram discutidos, em ambos os casos, o direito do paciente de receber indenização por danos/erros médicos estéticos, entretanto, ao final, todos os dois casos restaram improvidos pelo Tribunais, sob o fundamento de que os médicos obtiveram, antes da realização dos referidos procedimentos estéticos, o consentimento livre e informado dos pacientes, dessa forma, não havia que se falar em responsabilidade do profissional, uma vez que, esses cumpriram o seu dever de prestação de informações.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível**: AC 0012303-80.2009.8.24.0036 Jaraguá do Sul 0012303-80.009.8.24.0036. Relator (a): Saul Steil. Terceira Câmara de Direito Cível. Julgamento em 13/06/2017. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469678163/apelacao-civel-ac-123038020098240036-jaragua-do-sul-0012303-8020098240036?ref=serp>>. Acesso em: 29 de out. 2019.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação**: APL 00292540820088130204. Relator (a): Margaret de Olivaes Valle dos Santos. Décima Oitava Câmara Cível. Julgamento em 17/07/2019. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/736869122/apelacao-apl-292540820088190204/inteiro-teor-736869130?ref=serp>>. Acesso em: 29 de out. 2019.

No entanto, importante registrar que à obtenção do consentimento livre e informado do paciente não é instrumento absoluto e isentador de responsabilidade civil do médico. Nesse sentido ensina Élica Séguin:

[...] esclarecimento do paciente ou o termo de consentimento informado sobre os riscos de insucesso não minimiza a responsabilidade, por resultado insatisfatório. Consentimento informado não é um salvo-conduto para o médico. Se este agiu com imperícia, imprudência ou negligência, independentemente da existência de termo de consentimento informado, haverá responsabilidade civil¹⁵⁴.

Isto é, havendo o consentimento livre e informado do paciente, o médico não será responsabilizado pelo descumprimento do dever de informação e, tampouco, por eventuais riscos ou danos que antecipadamente havia informado ao paciente, entretanto, surgindo efeitos, danos ou erros médicos por negligência, imperícia ou imprudência, aos quais não foram informados o profissional será responsabilizado na área cível, independentemente da obtenção do consentimento livre e informado do paciente.

Ante todo o exposto, conclui-se que os limites de reprovabilidade e responsabilização civil do médico no processo de consentimento livre e informado depende da “ausência” ou “presença” de obtenção do consentimento livre e informado do paciente. Sendo ausente o consentimento livre e informado do paciente o médico, independentemente da ocorrência de erro médico, será responsabilizado pelo descumprimento do dever de informação, sendo obrigado a indenizar o paciente por danos morais. Já, havendo à obtenção do consentimento livre e informado do paciente o médico somente será responsabilizado pelos possíveis riscos e erros médicos que não foram informados ao paciente e desde que comprovada a sua culpa por negligência, imperícia ou imprudência.

Registra-se, por fim, que a indenização “com” e “sem” consentimento livre e informado do paciente são distintas no que diz respeito ao quesito “valor”. A indenização por inadimplemento do dever de informação, por ser à título de danos morais, é menor que aquela resultante de erro médico. E, já as indenizações derivadas de erros médicos possuem valor mais elevado, uma vez que, são realizadas com base na extensão do dano (materiais, morais ou psicológicos) e na gradação da culpa que, como já explicado no Capítulo II, tópico 2.3, referente a responsabilidade civil do agir médico, poderá ser leve, levíssima ou grave.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Vítor Lisboa apud PIMENTEL, Déborah. VIEIRA, Maria Jézia. **O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. Revista Bioética.** Vol. 18, n. 3. 2010. ISSN: 1943-8042. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533254015>>. Acesso em: 29 de out. 2019.

3.6. ANÁLISE DE DEMANDAS JUDICIAIS POR ERRO MÉDICO NOS ÚLTIMOS ANOS

Com o intuito de enriquecer o presente Trabalho de Conclusão de Curso e complementando o tópico anterior, será apresentada a seguir, uma breve pesquisa acerca das demandas judiciais por erro médico nos últimos anos no Brasil e, ao final, será demonstrado como o conselho do médico, isto é, a informação por ele prestada ao paciente é essencial para o controle de ações judiciais ajuizadas para apurar eventuais erros praticados por profissionais de saúde.

A medicina, como exposto no decorrer deste trabalho, é um campo em que a todo instante são exercidas atividades de risco, tendo em vista que a sua finalidade é a de cuidar da saúde e da vida da pessoa humana. E, é por essa razão que são impostos aos profissionais de saúde, isto é, médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem, residentes, etc., vastos deveres que, uma vez, descumpridos geram a sua responsabilização ética e, também, jurídica na área cível, criminal ou administrativa.

A respeito das demandas judiciais por erro médico no Brasil registra-se que segundo pesquisa realizada, no ano de 2014, pela página do Tribunal do Paraná constatou-se que:

“[...] nos últimos dez anos o país teve um aumento de 1.600% no número de processos judiciais envolvendo médicos, além de um crescimento de 180% de profissionais condenados nos tribunais de ética dos Conselhos Regionais de Medicina. 7% dos médicos brasileiros respondem a processos”¹⁵⁵.

Neste contexto, cabe destacar, também, a pesquisa realizada pela página do G1, no ano de 2018, referente as ações judiciais ajuizadas perante o Estado de São Paulo, no período de 2013 a 2017. Em síntese, a pesquisa constatou que no ano de 2013 e 2017, houve um aumento de 101% das ações judiciais por erro médico, tendo sido ajuizadas aproximadamente 489 (quatrocentos e oitenta e nove) ações somente no ano de 2017¹⁵⁶.

De grande valia ressaltar, por outro lado, que em pesquisa realizada pelo Tribunal do Paraná restou apurado que as áreas medicadas que frequentemente são processadas são, respectivamente: ginecologia e obstetrícia (30,0%); ortopedia e traumatologia (14,44%), clínica

¹⁵⁵ TRIBUNA PARANÁ. **Processos judiciais contra médicos registram alta de 1.600%**. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/parana/processos-judiciais-contra-medicos-registram-alta-de-1-600/>>. Acesso em: 29 de nov. 2019.

¹⁵⁶ G1. **Ações na Justiça por erro médico crescem 101% entre 2013 e 2017 em SP**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/01/acoes-na-justica-por-erro-medico-crescem-101-entre-2013-e-2017-em-sp.ghtml>>. Acesso em: 29 de nov. 2019.

médica (11,11%); cirurgia geral (8,89%); oftalmologia (8,89%); cirurgia plástica (5,55%); urologia (5,55%) e, por fim, anestesiologia (3,33%)¹⁵⁷.

Demais disso, fora realizado pesquisas acerca das maiores condenações concedidas pelo referido Tribunal e, à título de exemplo, destaca-se as seguintes: paciente submetida a mamoplastia abdominoplastia e lipoaspiração (R\$ 300.000,00); meningite não diagnosticada antecipadamente (R\$ 150.000,00); esquecimento de restos placentários no útero da parturiente (R\$100.000,00) e menor submetida para a correção de luxação patelar (R\$75.000,00)¹⁵⁸.

Diante do exposto e levando em consideração o estudo realizado no decorrer do presente trabalho de conclusão de curso, o qual demonstrou a importância da prestação de informações do médico ao paciente é imperioso salientar que o processo de consentimento informado, isto é, a prestação de informações (conselho do médico) e a posterior obtenção do consentimento livre e informado do paciente (aceite do paciente quanto ao tratamento ou procedimento médico proposto) auxilia na redução de demandas judiciais, uma vez que, como demonstrado no tópico anterior o médico que informa os riscos, benefícios e consequências advindos de tratamento ou procedimento médico não será responsabilizado pelos eventuais danos (erros médicos) que foram previamente informados, mas somente pelos quais não informou ao paciente e, desde que comprovada a sua culpa, por negligência, imperícia ou imprudência.

¹⁵⁷ TRIBUNA PARANÁ. **Processos judiciais contra médicos registram alta de 1.600%**. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/parana/processos-judiciais-contra-medicos-registram-alta-de-1-600/>>. Acesso em: 29 de nov. 2019.

¹⁵⁸ TRIBUNA PARANÁ. **Processos judiciais contra médicos registram alta de 1.600%**. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/parana/processos-judiciais-contra-medicos-registram-alta-de-1-600/>>. Acesso em: 29 de nov. 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, buscou-se discutir o instituto da responsabilidade civil médica com enfoque no consentimento livre e informado. O consentimento livre e informado é visto hoje como um instrumento de autodeterminação do indivíduo, uma vez que, a partir dele a pessoa humana decide voluntariamente, após um processo informativo, aceitar ou não determinado tratamento médico com seus riscos, benefícios e consequências. No entanto, para que a pessoa alcance essa autonomia é necessário que o médico a informe sobre os riscos, benefícios e consequências do tratamento, tendo em vista que somente o referido profissional possui conhecimentos técnicos suficientes para entender as reais complicações do estado de saúde do ser humano.

Sendo ausente ou insuficiente a informação prestada pelo médico entende-se que restará prejudicada a capacidade de autodeterminação do paciente no momento de manifestar voluntariamente o seu consentimento livre e informado. É, a partir desse cenário que insurge o problema da presente pesquisa a qual busca entender os limites de reprovabilidade e responsabilização civil do médico pela violação do direito de autodeterminação do paciente no processo de consentimento livre e informado.

Registra-se, por importante, que para responder a referida indagação é necessário retomar alguns pontos importantes discutidos no decorrer do presente trabalho de conclusão de curso. À priori, vale relembrar que não foi sempre que se assegurou à pessoa humana o direito de autonomia sobre o seu próprio corpo e à sua saúde, haja vista que na Antigamente a figura do médico e do pesquisador sobrepunha-vá-se a do paciente visto, nesse período, como mero “objeto” de atuação desses profissionais, sem qualquer direito a autonomia.

Foi somente a partir da repercussão das experiências cruéis e desumanadas com povos vulneráveis de Tuskegee e da Guatemala, comentadas no Capítulo I, tópico 1.1, que ocorreu nos Estados Unidos (EUA) durante o período da Segunda Guerra Mundial, as quais configuraram uma patente violação à dignidade humana das pessoas envolvidas, que esse cenário fora modificado, pois surgiu-se a concepção de que o paciente deveria, de alguma maneira, ser protegido das atrocidades praticadas por médicos e cientistas.

Dessa forma, assegurou-se ao paciente o direito à dignidade humana, direitos humanos, direito à liberdade e direito à autonomia, sendo esse último o responsável pelo surgimento da doutrina do consentimento livre e informado.

A doutrina do consentimento livre e informado fundamentada no princípio da autonomia do paciente estabelece, em síntese, que nenhum ser humano será submetido a experiência ou tratamento médico sem o seu livre consentimento e sem antes ser informado sobre os riscos, benefícios, alternativas, finalidades e consequências advindos do tratamento médico escolhido.

Outrossim, determina ao médico que, após devidamente cumprido o seu dever de informação, busque obter o consentimento livre e informado do paciente. Adverte, ademais, que a ausência ou falha na informação durante o processo de obtenção do consentimento livre e informado do paciente caracteriza violação do dever de informação (negligência) e ofensa ao direito de autodeterminação do doente e, por essa razão, insurge responsabilização civil e consequentemente obrigação de indenizar o paciente.

Nessa perspectiva, verifica-se, então, que ausente ou havendo falha do dever de informação no momento de obtenção do consentimento livre e informado do paciente entende-se que será caracterizada a responsabilização do médico independentemente de erro médico (negligência, imperícia ou imprudência), pois basta que haja o descumprimento do dever de informar (negligência) para surgir a sua responsabilidade civil, no entanto, importante não olvidar que a responsabilidade do médico é subjetiva, portanto, se faz necessário a comprovação da culpa por negligência (falta/falha do dever de informa) para que o médico seja obrigado a indenizar o paciente.

Entende-se que existe essa possibilidade porque a relação médico-paciente constitui uma verdadeira relação contratual, onde o médico é visto como fornecedor de serviços de saúde e o paciente, em contrapartida, como consumidor. Assim, havendo violação do dever de informação (dever contratual) surge a possibilidade de responsabilidade civil do médico por negligência (omissão em informar). Frisa-se que a essa questão aplica-se os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inciso III e 14, parágrafo §2º.

Por outro lado, importa compreender, ainda, a situação inversa da questão, ou seja, como fica a responsabilização do profissional no caso de surgimento de efeito adverso (erro médico) após finalizado o tratamento em que o paciente exercendo o seu direito de autodeterminação manifestou consentimento.

Entendem os Tribunais, como demonstrado no Capítulo III, tópico 3.5, que havendo o consentimento livre e informado do paciente não será reconhecida a responsabilidade civil do médico, uma vez que, presume-se que o profissional cumpriu o seu dever de informação,

portanto, não há que se falar em responsabilização por riscos e consequências que foram antecipadamente informados ao paciente.

No entanto, caso surja consequências à saúde do paciente que não foram previamente informadas ou em razão de conduta negligente, imperita ou imprudente o médico provoque dano (erro médico) ao paciente será reconhecida a sua responsabilidade civil e sendo comprovada a sua culpa surgirá o dever de indenizar, independentemente do consentimento livre e informado do paciente. Além disso, cabe ressaltar que, nessa segunda hipótese, há a possibilidade de o médico ser responsabilizado, ainda, na esfera penal, administrativa e da ética médica.

Diante de todo o exposto e respondendo à pergunta lançada pelo presente trabalho de pesquisa, conclui-se que, os limites de reprovabilidade e responsabilidade civil do médico pela violação do direito de consentimento livre e informado do paciente depende da “ausência” ou “presença” do consentimento do informado.

Não havendo o consentimento livre e informado do paciente será o médico, independente da ocorrência de erro médico, responsabilizado pelo descumprimento do dever de informação e havendo a comprovação de sua culpa por negligência deverá indenizar o paciente. Já, havendo o consentimento livre e informado do paciente o médico não será responsabilizado pelas consequências que foram informadas, mas somente por aquelas não foram informadas ou que forem provocadas ao paciente em razão de sua conduta negligente, imperita ou imprudente (erro médico).

Por fim, registra-se que os valores da indenização são distintos em ambas as situações. A indenização por descumprimento do dever de informação resulta apenas em indenização por danos morais, portanto, o montante será menor que aquela resultante de erro médico.

E, as indenizações derivadas de erros possuem valor mais elevado, uma vez que, a indenização será calculada com base na extensão do dano e na gradação da culpa que, como já explicado no Capítulo II, tópico 2.3, pode ser leve, levíssima ou grave. Frisa-se que, nessa hipótese, o médico além de danos morais pode ser condenado a pagar, também, por danos materiais.

REFERÊNCIAS

- ALHO, Clarice. FEIJÓ, Ana Maria. GOLDIM, Gabriel Gauer José R. HAMMES, Érico. PIVATTO, Délio Kipper Pergentino. ZILLES, Paulo Vinicius S. de Souza Urbano. SOUZA, Ricardo Timm de Souza. **Ciência e ética: os grandes desafios**. Ed. 1ª. Editora: Edipucrs. Porto Alegre. 2006. ISBN: 85-7430-548-0. p. 46-47. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Ylkke0nSARkC&oi=fnd&pg=PA45&dq=CONSENTIMENTO+LIVRE+E+INFORMADO&ots=aO3cW9oPRS&sig=Ko9GbYeTV-5pv7GYuWLV3oH0X4w#v=onepage&q=CONSENTIMENTO%20LIVRE%20E%20INFORMADO&f=false>>.
- ANACLETO, Tânia Azevedo. ROSA, Mário Borges. NEIVA, Hessem Miranda. MARTINS, Maria Auxiliadora Parreiras. **Erros de medicação**. Revista Pharmacia Brasileira. 2010. Disponível em: <http://www.cff.org.br/sistemas/geral/revista/pdf/124/encarte_farmaciahospitalar.pdf>.
- AVELLEIRA, João Carlos Regazzi. BOTTINO, Giuliana. **Sífilis: diagnóstico, tratamento e controle**. Revista Na Bras Dermatol. 2006. 81 (2): 111-26. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/abd/v81n2/v81n02a02.pdf>>.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. 2010. p. 10. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>.
- BÔAS, Maria Elisa Villas. **O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente**. Revista Bioética. V.23, n. 3. 2015. ISSN: 1983-8034. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1098>.
- BORGES, Gustavo apud SILVA, Milton Rodrigues de. PETRY, Alexandre Torres. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico**. Revista Justiça & Sociedade. V. 3, n. 1. 2018. ISSN: 2525-3883. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/692>>.
- BRANDÃO, Ricardo. **O erro médico na função pública**. Revista Bioética. V. 2. N. 2. ISSN: 1983-8034. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/463>.
- BRASIL, Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação cível: AC 70075908996 RS**. Relator (a): Desembargador Eugênio Facchini Neto. Nona Câmara Cível. Julgamento 13/12/2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532327706/apelacao-civel-ac-70075908996-rs?ref=serp>>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial: RESP 1540580 DF 2015/0155174-9**. Relator (a): Ministro Lázaro Guimarães. T4 –Quarta Turma. Julgamento em 02/08/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621592003/recurso-especial-resp-1540580-df-2015-0155174-9?ref=serp>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível:** AC 0012303-80.2009.8.24.0036 Jaraguá do Sul 0012303-80.009.8.24.0036. Relator (a): Saul Steil. Terceira Câmara de Direito Cível. Julgamento em 13/06/2017. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469678163/apelacao-civel-ac-123038020098240036-jaragua-do-sul-0012303-8020098240036?ref=serp>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação:** APL 000696-14.2008.8.19.0014. Relator (a): Des (a) Mônica Maria Costa Di Piero. Oitava Câmara Cível. Julgamento em 02/10/2018. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657531631/apelacao-apl-6961420088190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goytacazes-1-vara-civel?ref=serp>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação:** APL 00292540820088130204. Relator (a): Margaret de Oliveira Valle dos Santos. Décima Oitava Câmara Cível. Julgamento em 17/07/2019. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/736869122/apelacao-apl-292540820088190204/inteiro-teor-736869130?ref=serp>>.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais:** uma visão interdisciplinar. Ed. 1ª. Editora: Hoffmann. Itaperuna/RJ. 2011. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirCivil/artigos/consentimento.informado.e.tutela.dos.direitos.existenciais.pdf>>.

D'ÁVILA. Antônio Miguel Morena Pires. **Erro médico:** implicações éticas, jurídicas e perante o código de defesa do consumidor. Revista de Ciências Médicas. V. 15, n. 6. 2006. ISSN: 2318-0897 (Eletrônico). ISSN: 1415-5796 (Impresso). Disponível em: <<https://seer.sis.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/cienciasmedicas/article/view/1087/1063>>.

CARVALHO. Patrícia Maria de. **Responsabilidade civil médica:** obrigação de meio, sem exceções. São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/download/Responsabilidade-Civil-M%C3%A9dica.pdf>>.

Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09. Brasília. 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>.

CONSTANTINO, Clóvis Francisco. **Julgamento ético do médico:** reflexões sobre culpa, nexo de causalidade e dano. Revista Bioética. V. 16, n. 1. 2008. ISSN: 1983-8034. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/58>.

CROCE, Delton apud JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente:** minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá, 2018. p. 44. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%C3%B4nio%20Carlos%20TC.C.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

DEAN, Richard. **A fórmula da humanidade como um fim em si mesmo**. Revista da Sociedade Kant Brasileira. Qualis-CAPES: A2. Qualis-CAPES: A2. V. 13, n. 19, 2015. ISSN Impresso: 1518-403X. ISSN Eletrônico: 2317-7462. Disponível em: <<http://sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/224/0>>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Ed. 17. Editora: Saraiva. São Paulo. 2003.

Ética em conflito: uma análise ética sobre os experimentos realizados em seres humanos ocorridos durante o século XX. O estudo tuskegee sobre sífilis (1932-1972). Disponível em: <<https://eticaemconflito.wordpress.com/estudo-tuskegee-sobre-sifilis/o-estudo-tuskegee-sobre-a-sifilis/>>.

FACHIN, Luís Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo:** uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. p. 01. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. Ed. 13ª. Editora: Atlas. São Paulo. 2019. ISBN: 978-85-97-01878-3. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Programa-Responsabilidade-Civil-Sergio-Cavalieri-ebook/dp/B07JFLSJJ3/ref=asc_df_B07JFLSJJ3/?tag=googleshopp00-20&linkCode=df0&hvadid=379725664447&hvpos=1o2&hvnetw=g&hvrand=2345251352945430355&hvpone=&hvptwo=&hvqmt=&hvdev=c&hvdvcmdl=&hvlocint=&hvlocphy=9047764&hvtargid=pla-812494938704&psc=1>.

FRANÇA, Genival Veloso de França. **Direito médico**. 12ª Ed. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. Rio de Janeiro. Guanabara Koogan. 2001.

G1. **Ações na Justiça por erro médico crescem 101% entre 2013 e 2017 em SP**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/01/acoes-na-justica-por-erro-medico-crescem-101-entre-2013-e-2017-em-sp.ghtml>>.

GARFINKEL, Ana. **Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do tribunal de justiça do estado de São Paulo (síntese)**. Revista Direito GV. V. 3, N. 2. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35181>>.

GASPAR, Gisele de Lourdes Friso Santos. **A bioética e as pesquisas com seres humanos:** uma análise sob a ótica dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae8e20f2c7accb99>>.

GOLDIM, José Roberto. **Caso estudo de doenças venéreas de Guatemala**. 2010. Disponível em: < <https://www.ufrgs.br/bioetica/guatemala.htm>>.

GOMES, Júlio César Meirelles. DRUMOND, José Geraldo de Freitas. FRANÇA, Genival Veloso. **Erro médico**. Ed. 3ª. Editora: Unimontes. Montes Claros. 2001.

JÓLLUUSKIN, Gloria. TOLDY, Tereza. **Autonomia e consentimento informado: um exercício de cidadania?** Revista Antropológicas. Nº 12. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/Acer/Downloads/1036-Texto%20do%20Trabalho-2458-1-10-20120731%20(1).pdf>.

JONAS, Hans. **Técnica, medicina e ética: sobre a prática do princípio responsabilidade**. Editora: Paulus. São Paulo. 2014.

JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente: minimizando os riscos das demandas judiciais**. Araranguá. 2018. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TC%20C.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

Lei Nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **A responsabilidade civil do médico e o consentimento informado**. DISSERTAÇÃO DE MESTRADO. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. 2009. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-26032012-102549/publico/Ligiera_Wilson_Ricardo_versao_simplificada.pdf>.

LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília. Conselho Federal de Medicina do Estado do Piauí. 2012. ISBN 978-85-87077-25-7. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>>.

MARTINS, Rafael Dutra Silveria. **O erro médico e a responsabilidade civil dos cirurgões plásticos estéticos: Uma nova análise a respeito do binômio meio versus resultado**. Florianópolis. 2016. Repositório Institucional UFSC. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/171217>>.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. Ed. 1ª. Editora: Atlas S.A. São Paulo. 2008.

MONTENEGRO, Livia Cozer. **A expressão da ética nas práticas de profissionais da saúde no contexto de unidades de internação hospitalar**. Tese (doutorado): Universidade Federal de Minas Gerais, escola de enfermagem. Belo Horizonte. 2014. Disponível em: <<http://www.enf.ufmg.br/pos/defesas/655D.PDF>>.

MORAES, Irany Novah apud JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente: minimizando os riscos das demandas judiciais**. Araranguá, 2018. p. 43. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TC%20C.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

NETO, Miguel Kfourir apud JÚNIOR, Antônio Carlos de Souza. **Responsabilidade civil na relação médico-paciente:** minimizando os riscos das demandas judiciais. Araranguá. 2018. Disponível em: <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5155/Ant%c3%b4nio%20Carlos%20TC.C.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

NETO, Miguel Kfourir. **Responsabilidade civil do médico.** 8ª Ed. São Paulo. 2013.

OB – Oncologia Brasil. **Anvisa aprova palbociclibe para câncer de mama.** 2018. Disponível em: <<https://www.oncologiabrasil.com.br/anvisa-aprova-palbociclibe-para-cancer-de-mama/>>.

OLIVEIRA, Vítor Lisboa apud PIMENTEL, Déborah. VIEIRA, Maria Jéssia. **O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica.** *Revista Bioética.* Vol. 18, n. 3. 2010. ISSN: 1943-8042. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533254015>>.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. **Responsabilidade penal e civil do médico.** *Revista da Faculdade de Direito. Minas Gerais: UFMG* 1892. ISSN: 0304-2340. E-ISSN: 1984-1841. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1187>>. Acesso em: 23 de out. 2019.

QUEZADO, Paulo. **Responsabilidade administrativa, civil e penal do médico.** *THEMIS, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.* Fortaleza. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Acer/Downloads/208-722-1-PB.pdf>.

RECOMENDAÇÃO CFM Nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>.

RIBEIRO, Priscilla Massinni Barbosa. **Erro médico.** Universidade Federal do Ceará. Repositório Institucional UFC. Fortaleza. 2007. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/32566?locale=es>>.

SCHAEFER, Fernanda apud VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente.** *Revista Jurídica Cesumar.* V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>.

SCHRAMM, Femin Roland. **A bioética, seu desenvolvimento e importância para as ciências da vida e da saúde.** *Revista Brasileira de Cancerologia.* 2002. Disponível em: <http://www1.inca.gov.br/rbc/n_48/v04/pdf/opinioao.pdf>.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** 1998. p. 01-02. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>>.

SILVA, Milton Rodrigues de. PETRY, Alexandre Torres. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico.** *Revista Justiça & Sociedade.* V. 3, n. 1. 2018. ISSN: 2525-

3883. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/692>>.

TIMI, Jorge R. Ribas. **O médico e os direitos do paciente**. Jornal Vascular Brasileiro. 2003. Disponível em: <<http://www.imaginologia.com.br/dow/direitos-deveres/o-medico-e-os-direitos-do-paciente.pdf>>.

TRIBUNA PARANÁ. **Processos judiciais contra médicos registram alta de 1.600%**. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/parana/processos-judiciais-contra-medicos-registram-alta-de-1-600/>>. Acesso em: 29 de nov. 2019.

VAZ, Wanderson Lago. REIS, Clayton. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Revista Jurídica Cesumar. V. 7, n. 1. ISSN: 2176-9184. p. 498. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>.