

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELA INCOMPLETUDE DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY FOR THE INCOMPLETENESS OF THE FREE AND INFORMED CONSENT FORM

*Mestranda em Direito Negocial (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

Bacharel em Direito (Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, TOLEDO PRUDENTE/SP).

E-mail: bia_muchon@hotmail.com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1033-494X>.

Júlia Gaioso Nascimento

Mestranda em Direito Negocial (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

Bacharel em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

E-mail: julia_gn@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2903-4402>

** Mestranda em Direito Negocial (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). Bacharel em Direito (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR). E-mail: julia_gn@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2903-4402>

***Doutora em Direito (Universidade Federal do Paraná, UFPR/PR).

Mestre em Direito Negocial (Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR).

E-mail: rita.tarifa@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4177-9001>

e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES). Graduado em Direito (Faculdade de Direito de Vitória, FDV/ES). E-mail: ricardogoretti@fdv.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1933-0507>

Beatriz Vieira Muchon Crivilim*

Júlia Gaioso Nascimento**

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador***

Comocitar: CRIVILIM, Beatriz Vieira Muchon; NASCIMENTO, Júlia Gaioso; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. A responsabilidade civil médica pela incompletude do termo de consentimento livre e esclarecido. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 1, p. 164-177, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p164. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo versa sobre o instituto da “Responsabilidade Civil”, com enfoque na área médica. O consentimento informado consiste em informar previamente o paciente da prática médica, para que este manifeste sua vontade livremente, após os devidos esclarecimentos. O entrave se dá quando o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) é incompleto, pois gera reflexos jurídicos, sendo a grande questão definir se cabe caracterizar este TCLE como dano a um direito da personalidade. Para elaborar este trabalho foi empregado o método dedutivo, o qual corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a casos concretos. Será analisado o instituto do consentimento informado, sobretudo o TCLE, para aplicar na premissa geral de uma relação médico-paciente. O intuito é chegar na sua aplicabilidade, no que diz respeito às suas consequências na esfera da responsabilidade civil. As técnicas empregadas serão de levantamento de bibliografias, julgados e legislações. Além do método histórico, que se baseia na origem e transformação do instituto apresentado, analisando a origem e evolução histórica do consentimento informado e da responsabilidade civil médica. Será analisado o instituto da responsabilidade civil na esfera médica, buscando as suas raízes na antiguidade até chegar na contemporaneidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dever de informar. Termo de consentimento livre e esclarecido. Incompletude.

Abstract: This article deals with the institute of “Civil Responsibility”, with a focus on the medical field. Informed consent consists of previously informing the patient about the medical practice, so that he can express his will freely, after due clarifications. The obstacle occurs when the Term of Free and Informed Consent (TCLE) is incomplete, as it generates legal consequences, and the big question is to define whether this TCLE should be characterized as damage to a personality right. To prepare this work, the deductive method was used, which corresponds to the discursive extraction of knowledge from general premises applicable to concrete cases. The institute of informed consent will be analyzed, especially the TCLE, to apply in the general premise of a doctor-patient relationship. The aim is to arrive at its applicability, with regard to its consequences in the sphere of civil liability. The techniques employed will be a survey of bibliographies, judgments and legislation. In addition to the historical method, which is based on the origin and transformation of the institute presented, analyzing the origin and historical evolution of informed consent and medical civil liability. The institute of civil liability in the medical sphere will be analyzed, seeking its roots in antiquity until it reaches the contemporary world.

Keywords: Civil responsibility. Duty to inform. Free and informed consent form. Incompleteness.

INTRODUÇÃO

Antes dissertar a respeito da temática, faz-se necessário demonstrar os novos paradigmas que permeiam a relação médico-paciente. Com a acentuada valorização do princípio da autonomia do paciente, se estabeleceu a doutrina do consentimento informado, fundada no valor ético da autonomia da pessoa humana.

Deste modo, serão abordados os fundamentos jurídicos e bioéticos do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, assim como o modo de aplicação deste instituto e as consequências jurídicas de sua ausência ou incompletude. A extensão e conteúdo da informação serão abordados, visto que os limites do dever de informar têm um papel fundamental, pois delimitam a linha tênue que distingue a informação viciada, que ensejará responsabilização civil, daquela transmitida diligentemente.

Nesse contexto, surge uma nova visão do dever de informar na relação médico-paciente, tratando a informação como uma obrigação autônoma, que gera, em caso de ausência ou vício, responsabilização civil. Essa reparação, surge a partir da violação do direito à liberdade: se a autodeterminação é um atributo da personalidade do paciente, a afronta a esse direito acarreta danos indenizáveis.

A pesquisa será qualitativa acerca do consentimento informado na prática médica utilizando revisão sistemática sobre os aspectos éticos e legais, além da análise de julgados que discutem o consentimento informado.

Dessa forma, a temática abordará a evolução da relação médico-paciente e as consequências no âmbito da responsabilidade civil médica quando há dano causado ao paciente e diferenciar se este é derivado de falha no dever de informar do médico, o que afeta a autonomia do paciente, independente do sucesso obtido no tratamento médico.

1 A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: DO MODELO HIPOCRÁTICO DE MEDICINA PARA O MODELO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Anteriormente, a prática médica era paternalista, tratava-se de uma medicina hipocrática, o médico era visto como um Deus, assim a participação do paciente nas decisões médicas era mínima, isso perdurou até o século XX. Houve um grande desenvolvimento no campo da Bioética e da Ética Médica, esse paternalismo médico foi sobrepujado pela valorização do princípio da autonomia do paciente.

1.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

A participação do paciente nas decisões em procedimentos médicos era ínfima. A atuação do profissional da saúde tinha um cunho paternalista, tratava-se de uma medicina hipocrática. Esse

modelo começa a ruir na segunda metade do século XX.

Para o modelo hipocrático de medicina, a autonomia do paciente nunca foi um objeto de preocupação ética para o profissional. O que se exigia do paciente era sua cooperação para que o médico pudesse exercer sua arte. O diálogo estabelecido limitava-se ao mínimo necessário para ganhar a confiança do paciente (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 59-60).

Sobretudo após a 2ª Guerra Mundial, ficou evidente toda a barbárie humana, onde a medicina praticou todos os seus experimentos, pessoas foram submetidas a testes científicos cruéis, nesse contexto, o consentimento informado adquiriu uma grande relevância.

Portanto, houve grande evolução no âmbito da Bioética e da Ética Médica, o paternalismo médico herdado de Hipócrates foi superado pela valorização do princípio da autonomia do paciente. A função do consentimento informado na relação médico-paciente é o ponto central para a compreensão dessa mudança de paradigma.

Nos Estados Unidos, o Tribunal da Califórnia, em 1957, empregou a expressão “*informed consent*”. Com isso, as decisões americanas passaram a disseminar o dever de informação do médico para com o paciente; isso foi difundido em outros ordenamentos jurídicos anglo-saxônicos e europeus. Dessa forma, a formação doutrinária sobre o termo “consentimento informado” passa a ser fundado no valor ético da autonomia da pessoa humana.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, surge a Declaração de Helsinque, o Código de Nuremberg e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração de Helsinque foi o primeiro texto internacional de ética médica a destacar o consentimento do paciente em pesquisas científicas.

O Código de Nuremberg estabeleceu o respeito aos direitos dos pacientes, proibindo experimentação científica antiética. É valorizada a proteção da dignidade humana adjunta ao conceito de autonomia, pois, ao empregar pessoas em pesquisas médicas, o Código de Nuremberg impôs o dever de informar, exigindo o consentimento livre e esclarecido de modo antecipado. Isso garante não só a proteção do paciente em relação a procedimentos indesejados, como também uma participação ativa nos procedimentos médicos adotados.

O paciente deixa de ser apenas o observador de seus direitos, para atuar como o titular destes. O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do consentimento informado, presente em uma relação médico-paciente. Pereira (2004, p. 56), ressalta que:

O fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, com responsabilidade própria face à intervenção, conhecendo os seus custos e consequências, bem como os seus riscos, assumindo-se assim o doente como senhor do seu próprio corpo.

Essas questões históricas modificaram a relação médico-paciente, que passa a ter um caráter contratual, é uma prestação de serviços de saúde, o médico, como fornecedor, deve prestar um serviço qualificado de modo diligente. Anteriormente o profissional possuía todo o poder

decisório quanto à submissão do paciente a exames e procedimentos, atualmente este tem sua autonomia reconhecida, tem capacidade de decidir a respeito de sua própria saúde.

Tanto esta transformação da relação médico-paciente, quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, podem ter influenciado na valorização do consentimento informado.

Dessa forma, a mudança no modo como se estabelece a relação médico-paciente pode ser a responsável pelo reconhecimento desse importante direito, mas também pode-se considerar que esse princípio seja apenas um desdobramento da dignidade da pessoa humana (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 73).

O médico não mais se encontra em uma posição de superioridade frente ao seu paciente. Nesse contexto que surge uma nova percepção sobre o dever de informar na relação médico-paciente, tratando a informação como uma obrigação autônoma que, em caso de ausência ou vício, gera indenização civil.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), é um documento que expressa o consentimento livre e esclarecido do paciente, de forma escrita, com todas as informações pertinentes, para o mais completo esclarecimento. Sem consentimento não há termo, o consentimento é o conteúdo do qual o TCLE é a sua forma exteriorizada.

O TCLE é um instrumento usado nas relações médico-paciente e nos Comitês de ética, em pesquisas que envolvem pessoas. O objetivo está no aspecto informativo e na autodeterminação dos pacientes. Quando utilizado por instituições para pesquisas, deve-se observar a Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde e, no âmbito da assistência médica, deve-se observar a recomendação do Conselho Federal de Medicina 01/2016.

De acordo com o artigo 22, da Resolução CFM nº 1.931/2009, é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal, após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado” (CFM, 2010, p. 37), portanto, não cabe ao médico obrigar o paciente a se submeter a qualquer procedimento. A exceção contida na mesma regra é destinada às hipóteses em que haja “risco iminente de morte”, caso em que o consentimento perde seu posto de destaque frente à urgência do caso apresentado e à absoluta impossibilidade de o paciente manifestar sua vontade em razão, por exemplo, de estado de inconsciência.

Tal exceção não se aplica em casos de doença incurável e terminal, se houver clara manifestação do paciente a não se submeter ao tratamento, tutelando sua autonomia. Em caso de urgência, quando o paciente está em risco iminente de morte, não se exige do médico a obtenção da manifestação de vontade, já que nem ao menos se caracteriza uma relação de consumo, não há a celebração de um contrato. Além disso, a vida humana está em risco e esperar o consentimento, colocaria em risco a vida e a dignidade da pessoa.

O consentimento confere validade ao ato jurídico. Este, para ser eficaz, deve se alicerçar

em três pressupostos: a suficiência da informação; a livre vontade do paciente e o paciente ser capaz para consentir.

O dever de informar, prestado de modo completo e suficiente, possibilita a equivalência do paciente, expressa por seu consentimento informado, visto que “só o consentimento devidamente esclarecido permite juridicamente transferir para o paciente os referidos riscos, que de outro modo deverão ser suportados pelo médico” (PEREIRA, 2004, p. 370). Outro pressuposto de validade do consentimento é sua voluntariedade, o paciente que consente não pode ser induzido ou coagido.

Outro ponto fundamental a ser analisado nesse processo de consentimento informado, é da capacidade de consentir do paciente. A capacidade de direito, atribuída a todas as pessoas físicas, nos termos do artigo 1º do vigente Código Civil, está vinculada à aptidão para ser sujeito de relação jurídica, ou seja, titular de direitos e deveres. O consentimento não se limita à capacidade jurídica do paciente, contudo ela é essencialmente parte integrante daquele.

A manifestação de vontade expressa pelo consentimento informado está inserida no âmbito da capacidade de fato, especificamente na capacidade para atos jurídicos. É um negócio jurídico, visto que há manifestação de vontade de forma a instrumentalizar a autonomia privada.

Ainda, a respeito da capacidade de consentir do paciente, há uma discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade de se inferir uma capacidade para consentir especial. Afinal, o conceito de capacidade civil de exercício ou de fato nem sempre é suficiente para aferir a capacidade de consentir do paciente.

O paciente que consente deve ser capaz civilmente e ter discernimento para poder expressar validamente sua vontade. O discernimento é outra espécie de capacidade, que deve somar-se à capacidade de fato e de direito, vai além da capacidade, averigua a aptidão do sujeito para manifestação de vontade.

Dada a incapacidade do paciente para declarar seu consentimento, nos casos não excepcionados, este deve ser dado por seus representantes legais. O atual Código de Ética Médica, ao abordar sobre a capacidade do paciente para consentir na participação em pesquisas médicas dispõe no parágrafo único do seu art. 101 que “No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão”

Portanto, como o consentimento para procedimento médico tutela bens jurídicos conexos aos direitos de personalidade, é imperiosa uma capacidade além da simples capacidade negocial. Há ainda outros aspectos para se considerar para garantir um consentimento inequívoco por parte de quem o emite, são a personalidade, a atualidade e o fato de dever ser ele expresso.

Destaca-se a questão da atualidade, já que o dever de informação é um processo que se estende ao longo do tempo, assim, o consentimento expresso num momento anterior pode não mais representar a atual vontade do indivíduo.

O consentimento é relativo, pois quem o concede não declina da titularidade do bem ou interesse jurídico legalmente protegido. Se o paciente, após assentir, desistir do tratamento, como conserva o direito inalienável de a ele submeter-

se ou não, a decisão é válida e tira suporte de qualquer manobra profissional posterior, enquadrando-a, em tese, nos tipos ordinários de crime contra a vida ou a integridade física ou psíquica. A desistência pode se dar até o momento em que o médico vai iniciar a prática de qualquer ato necessário às manobras posteriores. Por exemplo, o corpo médico deve acatar a vontade do paciente que, após tomar injeção preparatória de anestesia, manifesta clara e inequivocamente não mais ter a intenção de se submeter à cirurgia. Os atos praticados até o momento da revogação do consentimento justificam as manobras já realizadas (CASTRO, 2005, p. 112).

Com isso, aquele procedimento aceito pelo paciente há seis meses, pode já não ser tão conveniente, em razão dos efeitos colaterais sofridos, por exemplo. O paciente pode revogar o seu consentimento a qualquer momento. O esclarecimento deve ser dado sempre antecipadamente a cada nova fase do procedimento, abordando os aspectos relevantes da prática médica, seus objetivos e decorrências, a fim de que o paciente possa consentir de modo consciente.

O conteúdo da informação deve abranger o prognóstico, diagnóstico e a terapêutica, sendo que o médico deve transmitir essas informações com termos adequados, considerando o estado emocional do paciente, sua capacidade de compreensão e seu nível cultural.

Cumpra-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor preenche três requisitos principais: adequação – os meios de informação devem ser compatíveis com os riscos do produto ou do serviço e o seu destinatário; suficiência – a informação deve ser completa e integral; veracidade – além de completa, a informação deve ser verdadeira, real. Somente a informação adequada, suficiente e veraz permite o consentimento informado, pedra angular na apuração da responsabilidade do fornecedor.

A informação, como já ressaltado, tem por finalidade dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer produtos e serviços e exercer escolhas conscientes. A nosso juízo, somente a manifestação de vontade “qualificada” opera efeitos vinculantes ao consumidor – diferentemente do regime tradicional, em que bastava a manifestação de vontade não formalmente viciada (CAVALIERI FILHO, 2022, p. 134).

O consentimento informado é um elemento típico do atual exercício da medicina, não é somente uma doutrina legal, porém um direito moral dos pacientes que suscita obrigações morais para os profissionais.

As informações devem ser “fornecidas dentro de padrões acessíveis ao nível intelectual e cultural do paciente, pois quando indevidas e mal organizadas resultam em baixo potencial informativo, em verdadeira desinformação” (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 65). O paciente tem que compreender o sentido das informações fornecidas pelo profissional, e para tanto devem ser elas adaptadas às circunstâncias socioculturais e psicológicas daquele.

2 A INCOMPLETUDE DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO COMO CAUSA GERADORA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O profissional da saúde, ao desempenhar a sua atividade, vincula-se em regra a uma obrigação de meio, ou seja, se compromete a aplicar os seus melhores esforços em prol de seu paciente. O médico deve se atentar aos deveres de diligência e conhecimento técnico, segundo a *lex artis*, visto que em sua atividade estão sempre presentes circunstâncias aleatórias e fatores externos que saem do seu controle, que não lhe permitem garantir um resultado.

Josserand ressaltou a tendência na jurisprudência francesa de que a responsabilidade médica não mais deveria ser vista como delitual (DIAS, 1979, p. 280-281), trata-se da teoria do contrato *sui generis* que agrega à prestação dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da prestação, figurando, portanto, como um negócio atípico. Já Savatier defendeu que a prova na responsabilidade civil contratual incide sobre o devedor ou sobre o credor de acordo com a natureza da obrigação assumida, se esta é de meio ou de resultado (DIAS, 1979, p. 283).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, é contratual a relação estabelecida entre o médico e seu paciente (BRASIL, 2009). No Brasil prevalece que a relação médico-paciente se enquadra na responsabilidade contratual, apesar de estar inserida no capítulo dos atos ilícitos, artigo 951, do Código Civil. Afinal, a aludida relação é de consumo, o paciente é o consumidor, pois se aproveita diretamente dos conhecimentos do médico, que é remunerado pela prestação desse serviço, e, portanto, a responsabilidade é regida em princípio pelo Código de Defesa do Consumidor.

Diante da responsabilização, o profissional deve se preocupar em prestar um serviço humanizado e diligente. Isso engloba o respeito aos direitos do paciente à informação e à prestação de serviços de qualidade, de modo a respeitar a boa-fé contratual. O consumidor, no caso o paciente, deve ser informado sobre riscos e consequências do procedimento de saúde a que será submetido. Isso é materializado com a elaboração do termo de consentimento informado (TCI), em que o paciente assina que teve prévio e pleno conhecimento sobre o procedimento.

Quanto a natureza contratual da relação médico-paciente, há certa divergência doutrinária, porém em grande parte considera o contrato médico semelhante a um contrato de locação de serviços ou inominado.

Assim, considera-se que a natureza jurídica da relação instaurada configura uma locação de serviços *sui generis*, como o acréscimo da prestação remunerada de um serviço referente à saúde e deveres extrapatrimoniais, como assinala Tepedino, Terra e Guedes (2022, p. 213):

Em tal perspectiva, a natureza jurídica da relação instaurada entre médico e paciente, embora sem atrair o consenso doutrinário, pode ser considerada locação de serviços *sui generis*, agregando à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da avença.

O objeto do contrato da relação médico-paciente é a cura mediante os cuidados disponíveis

na ciência, sendo o contrato consensual, cujo aperfeiçoamento ocorre quando formalizado o consentimento, bilateral e comutativo.

Há situações em que a relação médico-paciente passa para a esfera extracontratual, quando não há um acordo de vontades capaz de ensejar a formação de uma relação negocial. Como por exemplo, no caso do médico que presta socorro a alguém na rua.

[...] a discussão a respeito do enquadramento de tal responsabilidade dentro da culpa contratual ou extracontratual está hoje superada. A doutrina e a jurisprudência são francamente pela responsabilidade *ex contractu* do médico (LOPEZ, 2009, p. 109).

No entanto, mesmo nas situações em que a relação médico-paciente não nasce de um acordo de vontades, haverá dever de indenizar, caso presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil está presente quando há a infração a uma norma do direito privado, o que obriga o responsável pelo dano a repará-lo, através de uma sanção restitutiva ou indenizatória. No artigo 186, do Código Civil, extrai-se os pressupostos para se configurar a responsabilidade civil: a conduta humana comissiva ou omissiva, o dano e o nexo de causal entre eles.

É um liame contratual complexo a relação entre o médico e seu paciente, o profissional compromete-se a dar o melhor de seus conhecimentos em benefício do paciente, e a responsabilização civil ficará condicionada a verificação da culpa, além da conduta, dano e nexo causal, ressalvadas as hipóteses legais relativas ao ônus da prova, previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A obrigação de informar é autônoma, presente no artigo 31, do CDC, e forma com a obrigação de fazer nuclear proveniente do contrato médico, um feixe obrigacional, ocupando ambas posições de obrigações principais. Afinal “[...] o consentimento é a expressão máxima do princípio da autonomia, constituindo um direito do paciente e um dever do médico” (BARBOZA, 2004, p. 10).

Portanto a necessidade de haver consentimento por parte do paciente integraria as regras da *lex artis*. O tribunal espanhol entendeu que:

Esta situación [...] provocada por la falta de información [...] supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención [...] la falta de información se constituye como un daño moral que deberá indemnarse siguiendo los criterios generales de toda clase de daños morales¹ (ZAPLANA, 2006, p. 383-388).

É evidente que a ciência médica não é nem nunca será exata, mesmo diante de toda a tecnologia disponível e aplicada na área da saúde. Não é possível o médico prever todos os riscos passíveis de concretização e, conseqüentemente alertar o paciente.

¹ Tradução Livre: “a falta de informação supõe em si mesma dano moral grave, distinto e separado do dano corporal derivado da intervenção médica. Ela se constitui como um dano moral, que deverá ser indenizado seguindo os critérios gerais de toda a classe dos danos morais” (ZAPLANA, 2006, p. 383-388).

Dessa forma, os limites da extensão do dever de informar estão diretamente ligados com a falibilidade da ciência médica e com os riscos decorrentes desta. Se exige comunicação prévia apenas dos riscos previsíveis, esperados e já identificados claramente na prática médica.

Portanto, a ocorrência de um risco inesperado, mesmo que não informado previamente pelo médico, não deve gerar dever de indenizar. Sobre o risco inesperado e imprevisível, não recai o dever de informar.

Na jurisprudência brasileira, recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manifestou o entendimento no sentido de que o médico deve ser responsabilizado em virtude de danos decorrentes de uma intervenção médica, quando as sequelas suportadas pelo paciente não foram prévia e adequadamente informadas, mesmo não havendo nenhuma falha técnica no agir do profissional.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. DEVER DE INFORMAÇÃO. CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO PACIENTE. INOCORRÊNCIA. DOENÇA DEGENERATIVA. PACIENTE QUE RESTOU PARAPLÉGICO. DANOS MORAIS OCORRENTES. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. CASO CONCRETO. [...] 2. Hipótese em que restou evidenciado o agir culposo do médico, não pela má técnica na realização das cirurgias, mas porque deixou de riscos dos procedimentos a serem realizados, resultando em imediata piora do quadro clínico e invalidez permanente da paciente. [...] 4. Dano material. Pedido rejeitado, por ausência de indicação e comprovação. 5. Danos morais evidenciados pelo próprio evento danoso, configurando-se in re ipsa, porque presumíveis os desconfortos e sofrimentos experimentados pelo autor em razão da situação vivenciada, circunstância que indubitavelmente causou transtornos de ordem emocional. Valor fixado em R\$50.000,00. Peculiaridades do caso concreto. 6. A situação posta nos autos permite a aplicação analógica da teoria da perda de uma chance, pois é possível concluir que caso cumprido o dever de informação, teria o paciente a possibilidade de não realizar o tratamento e prosseguir com os poucos sintomas (dor nas costas) ao invés da invalidez constatada já após a realização do primeiro procedimento cirúrgico. Destarte, o dano que o demandado causou ao autor consubstancia a perda da chance de, eventualmente, ter permanecido com os movimentos dos membros inferiores por tempo indeterminado, caso o dever de informação fosse eficazmente atendido. [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA (TJ-RS - AC: 70084872910 RS. Relator: Isabel Dias Almeida. Data de Julgamento: 11/06/2021. Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 29/06/2021) (PORTO ALEGRE, 2021).

Acerca da perda da chance decorrente do dever de informar na relação médico-paciente, ainda que o evento danoso seja inevitável, dispõe Noronha (2013, p. 274):

Porém, pode acontecer que, mesmo quando o evento danoso fosse inevitável, possa ainda haver responsabilidade, mas não pelos danos inevitáveis e também não por perda de chance. É o que acontece nas hipóteses em que se possa afirmar

que a violação do dever geral de informação que estiver em causa integra o que em capítulo anterior se designou de ofensa a deveres gerais de agir conforme os ditames da boa-fé; nesta situação, a omissão das informações pode acarretar danos específicos, em especial anímicos, como já se consignou [7.3.6.e.2]; exemplo elucidativo é o caso do médico que não presta ao paciente as informações que seriam razoáveis sobre os riscos da intervenção cirúrgica a que este será submetido e que depois se verificam, causando um sofrimento que poderia ter sido evitado.

No mesmo arrembido, de acordo com Lorenzetti (1998, p. 212), “Cuando el tratamiento es prestado con culpa, normalmente es irrelevante la discusión sobre el deber de informar, porque la responsabilidad existe con la demostración del primer aspecto”². Assim, se a informação não tiver sido prestada, ou tiver sido prestada de modo deficiente, de maneira a impedir a adequada manifestação do consentimento do paciente, deverá, no mínimo, agravar a responsabilidade do médico, já que foram causados danos múltiplos ao paciente, quais sejam: o dano à integridade física em razão do agir culposo na própria prestação do serviço de saúde e o dano ao seu direito de liberdade e autodeterminação, já que o paciente poderia ter escolhido não se submeter ao procedimento proposto.

Neste sentido, leciona Rosenvald, Farias e Netto (2019, p. 1335):

Os deveres de informação são deveres de conduta, exigem uma postura positiva e ativa. O médico que negligencia o dever de informação pode ser condenado a indenizar (STJ, REsp 332.025, rel. Min. Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 5-8-2002). Informar corretamente, esclareça-se, é informar com clareza, de modo completo, útil e gratuito. A ausência de informação (ou a informação defeituosa) gera responsabilidade civil, desde que conectada, em nexo causal, a um dano de qualquer espécie.

Quanto a uma conduta omissiva danosa do profissional de saúde, o dever de indenizar não necessita da absoluta ausência da disponibilidade de consentimento posterior à informação dada, bastando para existir a pretensão do paciente à reparação a mera incompletude ou inexatidão de informação transmitida pelo médico a respeito de eventuais riscos. O dever de reparar prossegue independentemente do resultado proposto ou da intervenção ter sido alcançada.

[...] Caso o resultado pretendido com o tratamento seja obtido a despeito do inadimplemento de se buscar, antes, o consentimento expresso e consciente do destinatário-, é evidente que o pleito de indenização não poderá ser formulado como se os piores e maiores danos tivessem efetivamente ocorrido por um erro de conduta no procedimento clínico, cirúrgico ou laboratorial prestado, mas sim, estarão circunscritas a um outra ordem de valores, em especial aquela do ressarcimento de danos morais. (SCAFF, 2010, p. 99).

A reparação surge a partir da violação do direito à liberdade, visto que, se a autodeterminação

² Tradução Livre: “quando o tratamento é prestado com culpa, normalmente é irrelevante a discussão sobre o dever de informar porque a responsabilidade existirá com a demonstração do primeiro aspecto” (LORENZETTI, 1998, p. 212).

é um atributo da personalidade do paciente, a afronta a esse direito acarreta danos indenizáveis.

Disso decorre que toda intervenção médica, sobretudo quando há riscos relevantes a serem considerados - riscos previsíveis propiciados pelo avanço médico, somente seria legítima quando o processo de decisão fosse compartilhado com paciente (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 53-54).

Beauchamp e Faden destacam que o direito à autodeterminação do paciente, que ulteriormente seria chamado de consentimento informado, passa a ser concebido como um dano físico autônomo pela violação à privacidade, ou seja:

O agente [profissional de saúde] pode não ter a intenção de causar um dano e pode ser que de sua ação não resulte dano algum [no sentido de malversação do agir médico], mas esta ação, por si só, já seria considerada ofensiva (por ter havido um contato físico não consentido) (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 82).

É necessário ponderar que o termo de consentimento livre e esclarecido outorgado pelo paciente ao seu médico não libera este das consequências de um agir imprudente, imperito ou negligente. O TCLE apenas exime o profissional de responsabilização por eventuais riscos que foram objeto de informação e que se concretizaram, embora o profissional tenha seguido a *lex artis*.

CONCLUSÃO

Antes, o médico estava um patamar acima do paciente em uma relação médico-paciente, hoje ambos estão equiparados, o paciente se encontra no centro, visto que pode analisar suas opções, e, legitimamente exercer a soberania sobre o próprio corpo.

O consentimento válido emitido pelo paciente resulta da informação prestada de maneira clara, compreensível e completa. A liberdade de se autodeterminar do paciente jamais será possível sem a informação necessária para se fazer uma escolha própria, autêntica, íntegra. Além disso, a informação prestada também promove o reequilíbrio das posições do médico e paciente.

Evidente que a informação deve ser qualitativamente modulada para que todos os pacientes tenham iguais possibilidades decisórias sobre o procedimento médico. Deve-se olhar para o paciente em concreto, e não para um padrão do “homem médio”.

A relação médico-paciente é um feixe obrigacional, que encerra deveres recíprocos de conduta aos quais as partes estão sujeitas e que vão muito além da prestação tradicionalmente chamada de principal. Portanto, dada a natureza da relação e dos bens nela envolvidos, a informação assume um caráter fundamental, sendo o elemento decisivo capaz de fazer com que esta relação se desenvolva legitimamente.

O dever de informar na relação médico-paciente, é autônomo, capaz de gerar

responsabilização do médico independentemente de haver ou não dano decorrente da prestação relacionada a saúde, ao diagnóstico e/ou cura do paciente, tradicionalmente entendida como “principal” no âmbito desta relação.

Assim, o descumprimento do dever de obter consentimento informado gerará a obtenção de ressarcimento pelo paciente, esse inadimplemento é causa autônoma de culpa, fere a liberdade e direitos da personalidade do paciente e, por si só, é capaz de gerar pretensão distinta à obtenção de uma indenização. As jurisprudências estudadas, demonstram que os Tribunais já reconhecem que a infração ao dever de informação constitui dano autônomo e indenizável. No entanto, entendem que há necessidade de que ocorra simultaneamente a concretização de riscos não informados.

A infração ao dever de informação causa um dano, um dano de natureza moral decorrente da infração das garantias de informação e seu posterior consentimento. Esse dano deve ser indenizável por ferir a autonomia do paciente, corolário da dignidade da pessoa humana, independentemente de danos físicos ocorridos ou não, e que devem ser valorados, por conseguinte, individual e separadamente.

O descumprimento constitui causa autônoma de culpa capaz de ensejar a responsabilidade civil do médico por evidente violação a um direito da personalidade que, também, em determinadas circunstâncias, assume contornos de um dever contratual.

Dessa forma, o defeito de informação sem a ocorrência de falha no tratamento é relevante e a culpa por não haver informado ou por tê-lo feito de forma deficiente gera sim responsabilidade, independentemente de ter havido ou não negligência no tratamento técnico dispensado ao paciente. Dado que, se o paciente houvesse sido corretamente informado a respeito dos riscos envolvidos, poderia ter optado por não se submeter ao procedimento e ter evitado a intercorrência geradora do dano que se concretizou, mesmo tendo havido correto adimplemento da prestação do serviço profissional.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil.

Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, v. 1, n. 2, p. 5-14, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ - Recurso Especial: Resp 1104665 RS**

2008/0251457-1. Relator: Ministro Massami Uyeda. T3 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe, 4 ago. 2009.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 6. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.931, de 17/09/2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. **Consentimento informado na relação médico-paciente**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: Abuso do direito. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 49-68.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MABTUM, Mateus Massaru; MARCHETTO, Patrícia Borba. Reflexões sobre o consentimento livre e esclarecido. *In*: MABTUM, Mateus Massaru; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. p. 73-87.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. *In*: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: CFM, 1998. p. 53-70.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: Estudo de direito civil**. Coimbra: Coimbra, 2004.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça. **TJ-RS - AC: 70084872910 RS**. Recurso Parcialmente Provido, por Maioria. Relator: Isabel Dias Almeida. Data de Julgamento: 11/06/2021. Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 29 jun. 2021.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves D.; NETTO, Felipe Peixoto B. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ZAPLANA, José Guerrero. **Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios**. 5. ed. Valladolid: Lex Nova, 2006.

Como citar: CRIVILIM, Beatriz Vieira Muchon; NASCIMENTO, Júlia Gaioso; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. A responsabilidade civil médica pela incompletude do termo de consentimento livre e esclarecido. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 1, p. 164-177, mar. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n1p164. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 28/06/2022

Aprovado em: 25/01/2023