

RESPONSABILIDADE CIVIL E MEDICINA

A obra que ora apresentamos ao leitor é mais um resultado do profícuo trabalho que tem sido feito pelo Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (IBERC) em prol do desenvolvimento das discussões acerca da Responsabilidade Civil no Brasil. A partir das reflexões do grupo e da constatação da inexistência de um livro que esmiuçasse a relação desse ramo do Direito com a Medicina, surgiu a ideia de convidarmos autores nacionais e internacionais, todos membros do IBERC, para a presente empreitada, que conta com 21 artigos científicos.

Fica aqui, nosso convite para que o leitor nos acompanhe nesse percurso de muitas dúvidas, poucas certezas e uma grande vontade de discutir a Medicina à luz da Responsabilidade Civil. Aos autores e à Editora Foco, o nosso muito obrigado por acreditarem nesse projeto pioneiro.

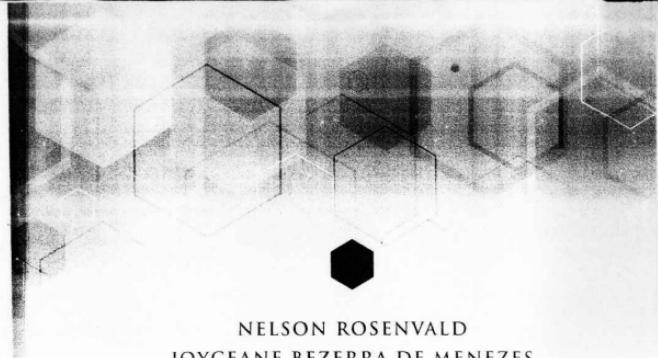
Nelson Rosenvald

Joyceane Bezerra de Menezes

Luciana Dadalto

ROSENVALD · MENEZES · DADALTO

RESPONSABILIDADE CIVIL E MEDICINA



NELSON ROSENVALD
JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES
LUCIANA DADALTO
COORDENADORES

RESPONSABILIDADE CIVIL E MEDICINA

AUTORES

ADRIANO MARTELETO GODINHO · ALEXANDRE GUERRA
ANA ELISABETE FERREIRA · ANA PAULA CORRÉA DE ALBUQUERQUE DA COSTA
ANDRÉ DIAS PEREIRA · CAMILO DE LELIS COLANI BARBOSA
DANIELA COURTES LUTZKY · DéBORA GOZZO · EDUARDO DANTAS · FERNANDA IVO PIRES
FERNANDA SCHAEFER · FLAVIANA RAMPAZZO SOARES · GABRIEL SCHULMAN
GLENDA GONÇALVES GONDIM · GRAZIELLA TRINDADE CLEMENTE · HELOISA HELENA BARBOZA
IARA ANTUNES DE SOUZA · JAMILA ARAÚJO SERPA · JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES · JULIANO RALO MONTEIRO · LEÂNDRO REINALDO DA CUNHA
LUCIANA DADALTO · LUCIANA FERNANDES BERLINI · MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ
MIGUEL KFOURI NETO · MÔNICA CECÍLIO RODRIGUES · NELSON ROSENVALD
PATRÍCIA RIZZO TOME · RAFAELA NOGAROLI
RAQUEL KATHLYN SANTOS DA SILVA · VÍTOR ALMEIDA

INDICADO PARA
ACADÉMICOS E
PROFISSIONAIS



Siga a EDITORA FOCO para
Dicas, Notícias, Lançamentos e Sorteios



2020 © Editora Foco

Coordenação: Nelson Rosenvald, Joyceane Bezerra de Menezes e Luciana Dadalto.

Autores: Adriano Martelete Godinho, Alexandre Guerra, Ana Elisabete Ferreira,

Ana Paula Corrêa de Albuquerque da Costa, André Dias Pereira, Camilo de Lelis Colani Barbosa,

Daniela Courtes Lutzky, Débora Gozzo, Eduardo Dantas, Fernanda Ivo Pires, Fernanda Schaefer,

Flaviana Rampazzo Soares, Gabriel Schulman, Glenda Gonçalves Condim, Graziella Trindade Clemente,

Heloisa Helena Barboza, Iara Antunes de Souza, Jamila Araújo Sepa, Javier Barceló Doménech,

Joyceane Bezerra de Menezes, Juliano Ralo Monteiro, Leandro Reinaldo da Cunha, Luciana Dadalto,

Luciana Fernandes Berlini, Maria de Fátima Freire de Sá, Miguel Kíouri Neto, Mônica Cecílio Rodrigues,

Nelson Rosenvald, Patricia Rizzo Tomé, Rafaela Nogaroli, Raquel Katilyn Santos da Silva e Vitor Almeida.

Dirutor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima

Impressão miolo e capa: META BRASIL

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

R484

Responsabilidade civil e medicina / Adriano Martelete Godinho ...[et al.] ; coordenado por Joyceane Bezerra de Menezes, Luciana Dadalto, Nelson Rosenvald. - 9. ed. - Indaiatuba, SP : Fritsco Foco, 2020.

400 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN 978-65-8242-453-7

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Responsabilidade civil. 4. Medicina. I. Godinho, Adriano Martelete. II. Gómez, Alexandre. III. Ferreira, Ana Elisabete. IV. Costa, Ana Paula Corrêa de Albuquerque da. V. Pereira, André Dias. VI. Barbosa, Camilo de Lelis Colani. VII. Lutzky, Daniela Courtes. VIII. Gozzo, Débora. VIII. Dantas, Eduardo. IX. Pires, Fernanda Ivo. X. Schaefer, Fernanda. XI. Soares, Flaviana Rampazzo. XII. Schulman, Gabriel. XIII. Condim, Glenda Gonçalves. XIV. Clemente, Graziella Trindade. XV. Barceló, Javier. XVI. Antunes, Heloisa. XVII. Sepa, Jamila Araújo. XVIII. Doménech, Heloisa. XIX. Menezes, Joyceane Bezerra de. XX. Cunha, Juliano Ralo. XXI. Cunha, Leandro Reinaldo da. XXII. Dadalto, Luciana. XXIII. Berlini, Luciana Fernandes. XXIV. Sá, Maria de Fátima Freire de. XXV. Kíouri Neto, Miguel. XXVI. Rodrigues, Mônica Cecília. XXVII. Rosenvald, Nelson. XXVIII. Torre, Patrícia Rizzo. XXIX. Nogaroli, Rafaela. XXX. Silva, Raquel Katilyn Santos da. XXXI. Almeida, Vitor. XXXII. Título.

2020-266

CDD 342 CDU 347

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito civil 342 2. Direito civil 347

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua edição/edições. A prática para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 da Código Penal e as sanções civis e as violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Avaliações e erros: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erros: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Alterações, eventuais erros por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (02.2020) – Data de Fechamento (02.2020)

2020

Todos os direitos reservados à

Editora Foco Jurídico Ltda.

Rua Nove de Julho, 1779 - Vila Areial

CEP 13333-070 - Indaiatuba - SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Nelson Rosenvald, Joyceane Bezerra de Menezes e Luciana Dadalto

VII

UMA ÉTICA PARA A MEDICINA PÓS-HUMANA: PROPOSTAS ÉTICO-JURÍDICAS PARA A MEDIAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE HUMANOS E ROBÔS NA SAÚDE

Ana Elisabete Ferreira e André Dias Pereira

1

NOVOS OLHARES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SAÚDE: AUTONOMIA, INFORMAÇÃO E DESAFIOS DO CONSENTIMENTO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Gabriel Schulman e Vitor Almeida

21

O QUANTUM INDENIZATÓRIO NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE

Luciana Fernandes Berlini

37

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO HOSPITAL

Maria de Fátima Freire de Sá e Iara Antunes de Souza

57

O IDOSO COM DEMÉNCIA SENIL OU DEFICIENTE MENTAL NA RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE: CONSENTIMENTO INFORMADO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Débora Gozzo e Juliano Ralo Monteiro

77

DA NECESSÁRIA REVISÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO

Eduardo Dantas

109

DOS MÉDICOS COM E SEM VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO E A LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DO NOSOCÔMIO

Daniela Courtes Lutzky

123

RESPONSABILIDADE CIVIL E TELEMEDICINA

Alexandre Guerra	145
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO NA CIRURGIA ROBÓTICA E TELECIRURGIA: UMA ABORDAGEM DE DIREITO COMPARADO (ESTADOS UNIDOS, UNIÃO EUROPEIA E BRASIL)	
Miguel Kfouri Neto e Rafaella Nogaroli	159
TELEMEDICINA E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	
Fernanda Schaefer e Glenda Gonçalves Gondim	187
A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE MEDIAMENTOS DEFEITUOSOS	
Patrícia Rizzo Tomé	203
DANO AO PROJETO DE VIDA NO CONTEXTO DA EDIÇÃO GÊNICA: UMA POSSIBILIDADE	
Graziella Trindade Clemente e Nelson Rosenvald	227
REFLEXÕES ACERCA DOS SAVIOR SIBLINGS NO ATUAL ESTADO DA ARTE	
Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa	247
A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E A RESPONSABILIDADE CIVIL	
Mônica Cecilio Rodrigues	265
REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS DÚPLICES	
Heloisa Helena Barboza	277
A RESPONSABILIDADE CIVIL FACE À OBJEÇÃO AO TRATAMENTO DO TRANSGÊNERO SOB O ARGUMENTO ETÁRIO	
Leandro Reinaldo da Cunha	289
RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO PELOS DANOS CAUSADOS PELA VACINA CONTRA A INFLUENZA – SÍNDROME GUILLAIN-BARRÉ (SGB)	
Joyceane Bezerra de Menezes e Jamila Araújo Serpa	303

PANORAMA EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS EN LOS ENSAYOS CLÍNICOS

Javier Barceló Doménech	327
OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO	
Flaviana Rampazzo Soares	343
A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CRIOGÊNIA HUMANA	
Adriano Marteleto Godinho, Luciana Dadalto e Raquel Katlyn Santos da Silva	365
MISTANÁSIA E RESPONSABILIDADE CIVIL	
Camilo de Lelis Colani Barbosa e Fernanda Ivo Pires	379

NOVOS OLHARES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SAÚDE: AUTONOMIA, INFORMAÇÃO E DESAFIOS DO CONSENTIMENTO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Gabriel Schulman

Advogado. Doutor em Direito na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito (UFPR). Professor da Universidade Positivo, onde coordena a Pós-Graduação em Direito Empresarial. Membro da Comissão de Direito à Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/PR) e do Comitê Executivo da Saúde do CNJ. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC).

Vitor Almeida

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRJ/UFRN). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Vice-diretor do Instituto de Biomedicina e Bioética (IBOS). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Pós-doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

É bom promover debates de dimensão curativa das plantas medicinais com ação educativa sem que haja desavenças para evitar doenças recetar ação preventiva. (Zé Antonio)¹

Sumário: 1. Autonomia, informação e consentimento na era da medicalização: perspectivas a partir de novos riscos e danos autônomos – 2. Autonomia do paciente, participação ativa e consentimento informado: novos horizontes – 3. Desafios que brotam no campo da responsabilidade civil médica – 4. Referências

1. AUTONOMIA, INFORMAÇÃO E CONSENTIMENTO NA ERA DA MEDICALIZAÇÃO: PERSPECTIVAS A PARTIR DE NOVOS RISCOS E DANOS AUTÔNOMOS

O paciente Luis² sofreu traumatismo craniano. Após os tratamentos iniciais, sua recuperação alcançou sensível avanço. Luis recuperou as habilidades de falar e caminhar.

1. ZÉ ANTONIO. *Medicina popular decentada em cordel*. RIO DE JANEIRO. Núcleo de Cultura, Ciência e Saúde – Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://nccsrio.blogspot.com/2012/03/medicina-popular-decentada-em-cordel.html>>. Acesso em: 05 dez. 2019.
2. Adotou-se um nome fictício em atenção a promoção da privacidade.

Para tratar os tremores que permaneciam, o especialista recomendou um procedimento complementar, com 2 horas de duração e anestesia local.

A despeito do que havia sido acordado entre as partes, Luis foi surpreendido, posteriormente, ao descobrir que havia sido submetido a procedimento diverso, mais complexo do que havia sido acordado. A questão foi levada ao Poder Judiciário. Em sede pericial, avaliou-se não haver falha na técnica empregada para o procedimento, ou, nos termos dos autos, não houve "erro médico". O Tribunal de Justiça do Distrito Federal considerou que não haveria responsabilidade do médico, diante da inexistência de conduta culposa na realização do procedimento.

Em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça condenou o médico e o hospital à reparação por danos morais, no montante de R\$ 200.000,00, dos quais metade ao paciente e metade aos seus familiares³. A Corte reconheceu a informação como direito autônomo, pressuposto indispensável para o exercício da autonomia do paciente. Nesse sentido, entendeu-se, no caso em concreto, que a responsabilidade civil médica restava configurada pela violação ao dever de informação. Vale realçar, a falta de informação específica impediou o indispensável consentimento qualificado do paciente. Em acertada decisão, o Tribunal afirmou, que tal situação ofende o direito à autodeterminação, em nítida desvalorização da pessoa concretamente considerada por trás da abstrata figura do paciente.

Este caso disparador oferece importantes reflexões.

O intenso processo de medicalização,⁴ nos mais diversos aspectos da vida humana, descontina a questão da preservação e promoção da autonomia na tomada de decisão a respeito da sua saúde e integridade psicofísica. Em franca ascensão, o discurso biomédico condiciona a existência humana não somente em corpos debilitados e enfermos, mas alcança a prescrição de comportamentos individuais e estilos de vida, em nítido movimento de ampliação dos saberes médicos e proliferação das suas práticas interventivas em domínio individual e coletivo⁵.

A saúde protagoniza as atenções e passa a ser o foco central das sociedades contemporâneas, em nítido movimento que se denominou "healthism"⁶, que, em

3. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.540.580, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado do TRF 5ª Região). Rel. p/ Acórdão Min. Felippe Salomão, 4ª Turma, julg. 02 ago. 2018, publ. 04 set. 2018.

4. CRAWFORD, Robert. Salutarismo e medicalização da vida cotidiana. RECIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde, v. 13, n. 1, 2019, jan/mar., passim.

5. O processo de medicalização da vida humana, segundo Heloisa Helena Barboza, constitui "fenômeno social difuso nas sociedades ocidentais, que se instaurou talvez de modo não deliberado, mas, sem dúvida, definitivo". Tal processo foi acelerado "no século XX, gracias à marcante atuação da biomedicina". Desse modo, "nascimento, desenvolvimento e preservação da vida, e mesmo a morte deixaram de ser fatos naturais, transformando-se em ações médicas, de todo influentes para o direito. Nascentes e mortes ocorrem em hospitais, para grande parte da população brasileira, incluídos os mais caentes. A medicina determina como nascer, quando morrer, como viver, o que comer, o que fazer ou não, num processo contínuo de acompanhamento do indivíduo, de forma direta ou indireta, como a que ocorre por meio de campanhas ou orientações pelos meios de comunicação em massa". BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cancado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 778-779.

6. O "healthism" ou, em livre tradução, "salutarismo" é termo utilizado "como forma de cristalizar algumas importantes contradições da nova consciência de saúde e dos movimentos por ela orientados (para um uso anterior, consulte Irving Zola). Em linhas gerais, salutarismo é definido aqui como a preocupação com a saúde pessoal

certa medida, inundou o Poder Judiciário com demandas relativas ao bem-estar físico, mental e social, cujo fenômeno se convencionou designar de "judicialização da saúde".⁷

Sob certas concepções, hoje, "ter saúde" ou "ser saudável" não significa ausência de doenças, e nem bem-estar físico, psíquico e social. As definições englobam para além da ausência de sintomas, um agir de acordo com performances e estilos de vida compreendidos como vitais no cotidiano para um padrão de "vida saudável". Abre-se o debate da saúde não apenas como um direito do cidadão, mas até mesmo como um dever, sob a ótica de uma transição paradigmática da concepção de saúde a partir das práticas sanitárias atuais ditadas pelo Estado.⁸

Tal cenário revela a necessidade indeclinável de garantir a autonomia do paciente como forma de promover a soberania da pessoa sobre sua própria vida, saúde e corpo, de modo a afastar intervenções indevidas sobre esfera que se confunde com sua própria existência⁹. Nessa direção, indiscutível que o princípio do consentimento informado, laconicamente previsto no art. 15 do Código Civil, porém afirmado em diversas Resoluções de diferentes Conselhos profissionais para casos específicos, como o Conselho Federal de Medicina, é o vetor para as intervenções médicas, cirúrgicas ou não. Tal princípio, ancorado na autonomia privada e na dignidade da pessoa humana, exige de forma essencial a prestação de informação adequada e clara, ajustada para o paciente-alvo.

Sobre tudo, a partir de uma leitura constitucional, a compreensão das vulnerabilidades é imprescindível para a densificação, especialização e adequação do conteúdo da informação transmitida para o exercício da autonomia existencial de crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, mulheres, usuários de drogas, idosos, etc. É fundamental preservar e promover a autonomia de grupos vulneráveis,

como foco primário – muitas vezes “o” principal foco – para a definição e realização do bem-estar. Um objetivo que deve ser atingido primeiramente por meio da modificação de estilos de vida, com ou sem ajuda terapêutica. A etiologia da doença pode ser vista como complexa, mas o salutarismo trata do comportamento individual, de atitudes e emoções como sintomas relevantes que necessitam de atenção”. CRAWFORD, Robert. Salutarismo e medicalização da vida cotidiana. RECIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde, v. 13, n. 1, 2019, jan/mar., p. 104.

7. CÉ, SANTOS, Athelle de Oliveira (Org.). *Coletânea Direito à Saúde Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde*. Brasília, CONASS, 2018; SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética - Conselho Federal de Medicina*, v. 25, n. 2, p. 290-300, 2017; MAPELI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017; WANG, DANIEL WEI L., et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, v. 48, p. 1191-1206, 2014.

8. Segundo Fermin Roland Schramm: "Se olharmos não somente os aspectos críticos da saúde pública, como a medicalização do corpo social, mas também – e – dialeticamente – seu aspectos positivos e razoáveis, as atuais estratégias biopolíticas não podem, sem mais, ser reduzidas à dimensão do autoritarismo biomedicamento aplicado aos estilos de vida de indivíduos, grupos e populações. Podem ser vistas, mais corretamente, como uma tensão diaética entre "uma medicalização do social e do individual" e "uma socialização e individualização da medicina, a qual, dessa maneira, excede a si mesma e se transforma de forma radical". SCHRAMM, Fermin Roland. A saúde é um direito ou dever? Autocrítica da saúde pública. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 187-200, 2006, p. 198.

9. SZASZ, Thomas. *Faith in Freedom: Libertarian Principles and Psychiatric Practices*. New Brunswick (Estados Unidos): Transaction Books, 2004; O'NEILL, Onora. Paternalism and partial autonomy. *Journal of Medical Ethics*, v. 10, p. 173-178, 1984.

cujos riscos à integridade psicofísica são sempre maiores, reforçando a necessidade de consentimento específico na medida de suas vulnerabilidades e em respeito à sua dignidade¹⁰.

O binômio esclarecimento-consentimento, já consagrado na esfera dos ensaios clínicos, amplia sua repercussão como pressuposto de uma nova compreensão das atividades de autodeterminação sobre o corpo em suas mais variadas projeções – tais como tratamentos clínicos, autonomia sobre a sexualidade e sobre o gênero, direitos reprodutivos, entre outros.

Ademais, torna-se ainda mais dramático a obtenção do consentimento nas hipóteses de incapacidade dos vulneráveis¹¹ ou incompetência para a tomada de decisão a respeito de procedimento, intervenções ou pesquisas em seu próprio corpo, o que exige redobrada atenção para se buscar preservar a autonomia possível da pessoa.¹²

As resistências a um processo de livre consentimento informado e, de modo geral o protagonismo do paciente são de variadas ordens, mas residem, sobretudo, na perenidade do paternalismo médico, que se baseia no domínio exclusivo do saber e da técnica pelos experts e na crença de uma tomada de decisão sempre mais acertada por parte da equipe médica em detrimento das escolhas individuais, ainda que ácráticas e não compatíveis com a intangibilidade da vida.

Na medida em que “consentir equivale a ser”¹³, indiscutível que o trinômio informação-autonomia-consentimento se transforma em fórmula-base para as relações entre os profissionais da saúde e pacientes, uma vez que o exercício da autonomia para fins de saúde e integridade psicofísica depende da informação adequada para um consentimento efetivamente livre e esclarecido. Ao passo que o dever de informar se torna um padrão de conduta exigido nas relações entre médicos e pacientes, inevitavelmente, a responsabilidade civil é convocada como ferramenta para compensar os danos sofridos em razão de intervenções e procedimentos realizados sem o devido consentimento ou com informações equivocadas ou incompletas.

As transformações em curso atingem o direito de danos e a responsabilidade dos profissionais da saúde. A ideia de “erro médico” calcada em danos físicos ou psíquicos causados aos pacientes em razão de condutas culposas, em sentido subjetivo ou psicológico, cede terreno para a responsabilização civil médica orientada a partir de uma noção

10. Cf., por todos, BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEGINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Bochado; ALMEIDA, Vitor (Orgs.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2017. p. 37-50.

11. WONG, Grace Josephine, et al. Capacity to make health care decisions: its importance in clinical practice, *Psychological Medicine*, v. 29 n. 2, p. 437-446, 1999.

12. Cf., no caso de consentimento para a saúde de pessoas com deficiência, PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Arts. 11 a 13. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (orgs.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 92-102. SCHULMAN, Gabriel. Consentimento para atos na saúde à luz da convenção de direitos da pessoa com deficiência: da discriminação ao empoderamento. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Orgs.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 271-297.

13. RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 260.

normativa de culpa, ancorada em deveres específicos de conduta profissional a depender das circunstâncias de cada caso concreto¹⁴.

Nesse passo, o dever de informar os pacientes a respeito das intervenções médicas inscritas em seu corpo é nodal no exercício da autonomia existencial em questões sensíveis e limítrofes em um mundo altamente medicalizado e no qual a ideia de saúde é profundamente supervalorizada. A autonomia do paciente é enaltecida a partir do vetor fundante da cláusula geral de dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, o respeito às suas decisões se torna peça-chave a guiar a relação médico-paciente.¹⁵

A informação é um dever imputado ao médico e seu efetivo cumprimento depende de esclarecimentos específicos em relação ao caso da pessoa-paciente, “não se mostrando suficiente a informação genérica”. O esclarecimento deve ser feito de maneira efetiva, clara, laestrado em um processo de livre e esclarecido consentimento realizado de forma pessoalizada¹⁶, o que torna sem valor¹⁷ a mera obtenção do consentimento de forma genérica¹⁸ (*blanket consent*).¹⁹

O presente trabalho se debruça justamente sobre os (novos) contornos e desafios da responsabilidade civil médica em razão da violação do princípio do consentimento informado, expressão da autonomia existencial do paciente nas relações médicas.

14. Conforme leciona Eduardo Nunes de Souza, “[A]firmada sua natureza subjetiva, a análise da responsabilidade civil do médico exige cautela. Com efeito, o direito civil contemporâneo não se coaduna com o tradicional conceito psicológico de culpa, exigindo, em vez dele, a atenção a standards de conduta, procedimentos-padrão cuja observância permite evidenciar a conduta diligente do profissional. Tais procedimentos, de difícil tipificação em abstrato, devem ser extraídos da prática profissional da própria comunidade médica, conduzindo o julgador a um imprescindível diálogo com especialistas. O desafio atual, portanto, consiste na busca de mecanismos para harmonizar o parecer do perito médico diante do caso concreto e o juizido realizado pelo hermenêutica, a quem cabe juridicizar e conferir segurança à aplicação das normas e procedimentos profissionais”. SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun/2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Souza-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>. Acesso em 26 dez. 2019.

15. Cf. PEREIRA, Paula Moura Francesconi Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Sobre o consentimento para atos de fim de vida, conferir: DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 4^a ed. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 14 e ss.

16. MEFIRELLES, Jussara Maria L. de; TEIXEIRA, Edurado Didone. *Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossusciente*. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira; TEPEGINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena et al. (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

17. CURRAN, William. Public health and the law: Informed consent and blanket consent forms. *American Journal of public health*; Jun; 1971, v. 61, n. 6, p. 1245-6.

18. ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade civil na área médica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, v. 8, p. 373-420, 2018. p. 387.

19. Para resgatar o caso com o qual se inicia este estudo, vide item 5 da ementa: “Haverá efetivo cumprimento do dever de informar 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”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.540.580, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado do TRF 5º Região), Rel. p/ Acórdão Min. Felipe Salomão, 4^a. Turma, julg. 02 ago. 2018, public. 04 set. 2018.

2. AUTONOMIA DO PACIENTE, PARTICIPAÇÃO ATIVA E CONSENTIMENTO INFORMADO: NOVOS HORIZONTES

How does your patient, doctor?

*Doctor Not so sick, my lord,
As she is troubled with thick coming fancies,
That keep her from her rest.*

MACBETH

*Cure her of that.
Canst thou not minister to a mind diseased,
Pluck from the memory a rooted sorrow,
Raze out the written troubles of the brain
And with some sweet oblivious antidote
Cleanse the stuff'd bosom of that perilous stuff
Which weighs upon the heart?*

Doctor

*Therein the patient
Must minister to himself.²⁰*

Se no estágio atual, encontram-se superados não apenas a soberania da decisão do profissional da saúde, como também a concepção do consentimento como mera formalidade, os passos seguintes são tão importantes, quanto nebulosos.

A partir do caso inicialmente apresentado, em que o paciente Luís não teve a oportunidade de compreender para que pudesse, de forma adequada, consentir, resta claro que a falha na prestação de informações é fonte autônoma do dever de reparar. Indo mais além, é preciso ter em conta que a consagração do binômio esclarecimento-consentimento atrai novas questões, tais como os critérios que sinalizam a adequada prestação das informações, os meios de demonstração do consentimento, a natureza do dever de informar, a existência ou não de relevância da prestação do tratamento constituir obrigação classificada como de meio ou de resultado, a diferenciação entre procedimentos estéticos e estritamente terapêuticos, a personalização para pacientes com singularidades em razão de idade, capacidade cognitiva, maturidade, sofrimento psíquico.

Há questões complexas também sobre a possibilidade (e os limites) da recusa²¹ a procedimentos, a imposição de tratamento,²² dispensa do consentimento, ou mesmo a renúncia ao direito de receber informações²³. Também é preciso pensar sobre os diferentes modelos de relação paciente-médico, diferentes concepções de autonomia e de modelo de deliberação do processo de consentimento para atos em saúde. Embora nem

todas as questões possam aqui ser aprofundadas, a seguir, procura-se apresentar alguns elementos que possam contribuir para uma reflexão sobre o tema.

Com base nos elementos usualmente oferecidos pela literatura médica e jurídica, pode-se estabelecer como elementos essenciais para a prestação do dever de informar o esclarecimento correto acerca dos riscos envolvidos, das alternativas possíveis e dos efeitos de cada procedimento médico. A partir desses elementos, é possível estabelecer um conjunto de perguntas que podem (ou eventualmente devem) estar presentes como parte do processo de informação para que seja devidamente preenchido o dever de esclarecer. Entre possíveis questões a serem enfrentadas, sugere-se: Qual o impacto de um certo procedimento? Quais os riscos de sua realização? Quais as consequências de um adiamento? Há alternativas razoáveis? Há efeitos colaterais? Qual o tempo de recuperação? Haverá restrições à qualidade de vida? Qual o prognóstico usual? Enfim, quais as vias e perigo em cada caso?

A adoção de modelos fechados pode também não oferecer uma resposta completa para as questões propostas. Nesse sentido, deve-se ter em conta também que há diferentes modelos de relação médico paciente, com variações de aspectos tais como os objetivos do médico na interação, as obrigações do profissional de saúde, o papel atribuído aos valores de paciente e a distintas concepções sobre autonomia do paciente²⁴.

Refletir sobre tais questões é importante para que não se promova a superação apenas do consentimento como ato formal, mas também do próprio dever de informar.

Uma melhor definição desses aspectos se faz necessária, o que envolve avaliar a fundamental mudança em curso da própria relação paciente-médico. Mesmo que timidamente, observa-se um gradativo fenômeno de superação do paternalismo médico²⁵ hipocraticamente considerado – cujo desiderado era o de sempre tomar decisões no lugar do paciente – para ceder espaço a uma relação dialógica, na qual convoca-se o paciente a uma participação ativa na tomada de decisões a respeito da sua vida e saúde²⁶.

Se por um lado a centralidade do profissional de saúde resta superada, aclarara a maneira como ocorrerá a colaboração entre paciente e médico é uma tarefa que precisa ser enfrentada. Nas palavras de Ronald Dworkin, o paternalismo consiste em uma “interferência na liberdade de ação do indivíduo, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coagida”²⁷. Uma de suas facetas se expressa no chamado paternalismo médico, que dominou a relação médico-paciente nos últimos tempos e ainda se encontra presente na formação dos profissionais médicos.²⁸

20. SHAKESPEARE, William. *Macbeth*. Disponível em: <<http://shakespeare.mit.edu/macbeth/full.html>>. Acesso em 25 nov. 2019.

21. Como apontam Buchanan e Brock, faz-se necessário levar em conta o conflito entre autodeterminação e bem-estar, já que haver um conflito entre a proteção do direito do paciente decidir e o interesse na tutela da saúde do paciente. BUCHANAN, Alan; BROCK, Dan. *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 319.

22. Consulta-se referir: SCHULMAN, Gabriel. *Saúde mental, drogas e internação forçada*. Indaiatuba: Foco, 2020.

23. O “exercício do direito de não-saber deixará de ser considerado um gesto positivo excepcional, que carece de documentação”. OLIVEIRA, Guilherme de. *Nota sobre a informação para o consentimento (a propósito do Ac. do STJ de 09.10.2014)* / Guilherme de Oliveira Lex Medicinae. *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, a.12 n. 23-24 (2015), p.149-153. p. 152.

24. Tais critérios são propostos por EMANUEL, Ezekiel J.; EMANUEL, Linda L. *The Physician-Patient Relationship*. *Journal of the American Medical Association* – JAMA, v. 267, n. 16, April, 1992, p. 2221-2226.

25. PEREIRA, Andre Gonçalo Dias. *Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Estudo de Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

26. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia Privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

27. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 156.

28. Dentro as críticas ao consentimento informado do ponto de vista da área médica, vale transcrever: “Clinicians critical of the doctrine of informed consent (or informed choice, which is a more meaningful expression) might argue that there is not enough time to spend talking about personal values and patient preferences when there are lives to be saved and operations to be performed. Clinicians can also argue that valuable clinical time should not be spent discussing things which patients do not need to know and are unlikely to understand. These arguments may have some validity,

O enfraquecimento da ética paternalista no campo biomédico e, por consequência, a prática do consentimento informado como expressão da autonomia de pacientes é recente nas rotinas dos serviços de saúde²⁹. O respeito aos pacientes e a sua vontade é o fundamento legitimador da exigência do consentimento submetido às práticas, procedimentos, intervenções médicas. Dessa forma, com a existência, sob o prisma bioético, da primazia do princípio do respeito à autonomia³⁰ do paciente envolvido numa intervenção clínica, afirma-se que a pessoa tem competência e direito à escolha autônoma, devendo-se, ao menos, se considerar, na diade médico-paciente, a decisão como compartilhada.

Vale sublinhar o reconhecimento do consentimento livre e esclarecido como direito fundamental. Como define o Código de Nuremberg, "1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial". Em sintonia, o Pacto de San José da Costa Rica, assegura, art. 5º, item 1, que "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral". Não custa lembrar que o consentimento é também assegurado como direito fundamental às pessoas com deficiência intelectual,³¹ legalmente incapazes³², como sublinha o Comissariado para Direitos Humanos do Conselho

*but they should not be used as an excuse for failing to involve patients in their care. Time constraints are an everyday reality in the business of providing patient care, and what may be advisable is a sensible policy on delegating all or part of the process of seeking patients' consent (provided the person appointed to the task has the appropriate knowledge). Affording the luxury of extensive consultations with senior staff would be counterproductive if ultimately it resulted in denial of care or unnecessary delays for other patients further down the line". WORTHINGTON, R. Clinical issues on consent: some philosophical concerns. *Journal of Medical Ethics*, n. 28, p. 377-380, 2002, p. 378. Em tradução livre: "Críticos da doutrina do consentimento informado (ou escolha informada), que é uma expressão mais significativa) podem argumentar que não há tempo suficiente para falar sobre valores, pessoas e preferências do paciente quando há vidas a serem salvas e operações a serem realizadas. Os médicos também podem argumentar que um valioso tempo não deveria ser gasto para discutir aspectos que os pacientes não precisam compreender e dificilmente entenderiam. Esses argumentos podem ter alguma validade, mas não devem ser usados como desculpa para não se envolver os pacientes nos cuidados com sua saúde. As restrições de tempo são uma realidade cotidiana na atividade de prestação de atenção à saúde do paciente, e o que pode ser recomendável é uma política sensata para delegar todo ou parte do processo de busca do consentimento dos pacientes (desde que a pessoa nomeada para a tarefa tenha o conhecimento adequado). Proporcionar o luxo de consultas longas com funcionários seniores seria contraprodutivo se, em última análise, resultasse na negação de atendimento ou atrasos desnecessários para outros pacientes na fila".*

29. De acordo com Vera Mincoff Menegon, as trajetórias entre o consentimento informado e as rotinas de serviços de saúde "mostram o enrelaçamento entre os campos biomédico, jurídico-legal e filosófico, apresentando em sua matriz, conforme conceito de Hacking, reflexões éticas sobre direitos e deveres de pacientes e profissionais, alimentadas por situações-chave, tais como: processos por erro médico, o julgamento e Código de Nuremberg (e mais tarde a Declaração de Helsinque) e os avanços da biotecnologia moderna, com a concomitante formação do campo bioético. É comum citar o Código de Nuremberg, formulado no final de 1946 e que utiliza a nomenclatura *consentimento voluntário do paciente humano*, como marco do consentimento informado. Esse código, entretanto, vincula-se mais à obtenção de consentimento para pesquisa do que para rotina assistencial, cuja trajetória remete aos processos legais imputados contra Estados Unidos, a partir da passagem para o século XX. Nessa ocasião institui-se a necessidade de comunicar possíveis riscos antes da intervenção; na década de 1950 é nomeado de consentimento informado, em sua versão na língua inglesa, *informed consent*". MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambiguidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, n. 3, Rio de Janeiro, 2004, p. 846.

30. BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F. *Principles of biomedical ethics*. 4^a ed. New York: Oxford, 1994.

31. BARIFFI, Francisco José. *El Reglamento jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Circa, 2014, p. 280-281.

32. LEITE, Gustavo Pereira. Consentimento informado e pessoas com deficiência psíquica/intelectual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas após a Convenção de Nova York e a Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 733-762, p. 738. A Resolução CFM nº 1.598/2000, a qual "Normatiza o atendimento médico a pacientes portadores de transtorno mental", estabelece: Art. 6º - *Nenhum tratamento deve ser administrado a paciente psiquiátrico sem o seu consentimento*

da Europa,³³ na Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁴ e também do Conselho Federal de Medicina³⁵.

Desse modo, o consentimento informado requer sempre uma atuação participativa entre médicos e pacientes³⁶. Como bem observa Worthington, "[...] a validade ética do consentimento livre e esclarecido não depende da palavra escrita, mas da qualidade da interação entre um paciente e um especialista. Formalizar o registro é apenas uma parte do processo [...]".³⁷ Nessa perspectiva, a partir do paradigma assumido de valorização da vontade do paciente, busca-se a fixação de critérios para o exercício juridicamente seguro e eficaz da autonomia existencial em atos de saúde, em que somente poderiam ser válidas as vontades manifestadas caso o emitente tivesse competência para decidir sobre o ato específico, houvesse recebido e compreendido todas as informações pertinentes para sua situação, sem, ainda, ter sido vítima de qualquer espécie de coação.

Assim, estabelecem-se como elementos do consentimento a capacidade para consentir ou competência, informação ou esclarecimento, compreensão dos dados expostos e voluntariedade, não só para participar ou aceitar, mas também para recusar ou se retirar da pesquisa/procedimento a qualquer momento. Além disso, acrescenta-se que ele deve ser exercido por meio de um processo contínuo e ininterrupto, através do qual a interação entre médicos e pacientes deve permanecer mesmo após a assinatura de algum documento escrito que venha a formalizá-lo, não sendo a forma solene parte integrante de sua essência. Basicamente, o consentimento informado se compõe da competência ou capacidade, informação adequada e específica e do consentimento voluntário.

Funda-se o processo de consentimento livre e informado, que culmina no termo formalmente documentado, na essencialidade da autonomia dos participes no terreno médico, servindo como uma forma de resguardar os profissionais e outros integrantes destas relações, na tentativa de antever seus possíveis efeitos. Contudo, o consentimento informado atua como instrumento de preservação da autonomia privada existencial ao permitir que a vontade válida do paciente seja respeitada. Indiscretível que a autonomia privada, desvincula-se exclusivamente da liberdade de celebrar negócios jurídicos

esclarecido, salvo quando as condições clínicas não permitirem a obtenção desse consentimento, e em situações de emergência, caracterizadas e justificadas em prontuário, para evitar danos imediatos ou iminentes ao paciente ou a outras pessoas.

33. CONSELHO DA EUROPA; Comissariado para Direitos Humanos. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*. França: Abril, 2012, p. 11 e 16.

34. Confira-se a sentença do caso Ximenes Lopes. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006.

35. A respeito, confira-se a Resolução CFM nº 1.598/2000 e a Recomendação do CFM nº. 01/2016, que "Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica".

36. "O consentimento livre e esclarecido, também chamado de vontade qualificada, constitui elemento essencial na relação médico-paciente, é um ato de decisão voluntária e consciente do paciente, livre de qualquer vício, que ocorre quando este, apesar devidamente informado e orientado pelo médico, é capaz de decidir acerca do tratamento médico, aceitando ou recusando a indicação médica". PEREIRA, Paula Moura Franscione Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen 2011, p. 114.

37. WORTHINGTON, R. Clinical issues on consent: some philosophical concerns. *Journal of Medical Ethics*, n. 28, pp. 377-380, 2002, p. 378, apud ANDNDA, Pamela. Consentimento livre e esclarecido. In: DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce; SUGAI, Andréa; SCHÜLENK, Udo (Orgs.). *Etiologia em pesquisa: experiência de treinamentos em países sul-africanos*. 2. ed., rev. e ampli., Brasília: LetrasLives e Editora UnB, 2008, p. 50.

patrimoniais e, atualmente, sobretudo, abarca as questões ligadas ao desenvolvimento pessoal, à autorrealização existencial de cada indivíduo dentro de suas singularidades e vulnerabilidades, com âncora na cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana.

A autonomia existencial³⁸ tem por objetivo a realização de escolhas ligadas não ao patrimônio, mas aos atributos que constituem a identidade que individualiza e caracteriza cada pessoa em sua teia social. Desse modo, é fundamental para a garantia do seu pleno desenvolvimento, "que a pessoa possa escolher a forma de vida que mais lhe realize, bem como concretize o seu projeto de vida individual".³⁹

No campo da saúde, os atos de autonomia nas decisões afetas ao próprio corpo⁴⁰, saúde e vida são cruciais para o viver com dignidade. O consentimento informado espelha, dessa forma, a esfera de liberdade dos indivíduos – a autonomia privada, constituindo o principal instrumento jurídico posto à disposição das pessoas envolvidas nas práticas médicas. O principal objetivo por trás do imperativo de buscar consentimento válido dos pacientes antes de uma intervenção é defender e reforçar o conceito de autonomia do paciente.

O consentimento informado valoriza os pacientes e permite que eles participem da tomada de decisões críticas, desde que aceitem desempenhar um papel ativo e tenham capacidade/competência para fazê-lo. A rigor, o respeito à autonomia do paciente é totalmente compatível com a tendência hodierna de valorização aos direitos do paciente no contexto geral da prestação de serviços de saúde. É de se buscar, no entanto, os desafios a obtenção de um consentimento informado nos casos de pacientes vulneráveis ou incapazes de exprimir sua vontade de forma válida. Tal tarefa torna-se ainda mais importante quando se tem que, a despeito da omissão legislativa⁴¹, não resta dúvida que o consentimento do paciente, legitimamente prestado, constitui hipótese apta a afastar o dever de reparar.⁴²

38. V TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Dírito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr/jun. 2018; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Dignidade, autonomia e escolhas existenciais. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDc*, v. 4, p. 253-278, 2015.

39. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/fiduerj/article/viewFile/1357/11459>>. Acesso em 25 nov. 2019.

40. V. MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Vieiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar, Fortaleza*, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez., 2014.

41. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53; FACCHINI NETO, Eugênia. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 76, p. 17-63, 2010. p. 58. Vale salientar que, a despeito do silêncio da legislação sobre o consentimento como excludente do dever de reparar, há inúmeras disposições normativas que reaffirmam sua essencialidade, inclusive a Lei n. 8089/90, art. 7º, da Lei da Sua Mental (Lei n. 10.216/2011). Isto brasileira da inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146). Sublinha-se ainda seu fundamento constitucional e seu caráter de direito fundamental.

42. Segundo Giselda Hironaka: "apresentar-se-a como situação de descarte da responsabilidade, porque destrói a relação de causalidade aquela circunstância em que a vítima efetivamente sofre dano, mas é certo que o mesmo se produziu sob a sua própria apropriação". HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novas. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. *Revista IMES*. Direito, São Caetano do Sul, v. 3, p. 62-74, 2001. Dados os estritos limites deste artigo, deixa-se de aprofundar o instigante tema das excludentes do dever de reparar.

3. DESAFIOS QUE BROTAM NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Expostas as premissas, identifica-se como elementos-chaves do novo momento das relações médico paciente, a consagração da autonomia. Esse novo contexto traz à tona, por outro lado, um importante conjunto de novos desafios, para os quais, não há respostas totalmente seguras. Uma leitura crítica do consentimento deve ser apta a superar não apenas a adoção de termos de consentimento genéricos dos pacientes, como também deve ser capaz de estabelecer critérios para uma avaliação do efetivo preenchimento da relação informação-consentimento. À luz de uma visão concreta, é preciso ter em conta inúmeros desafios, entre os quais, o privilégio terapêutico (hipótese em que o paciente não deve ser informado) e os limites da possibilidade de compreensão do paciente.

Outros elementos relevantes envolvem a própria possibilidade de desinteresse do paciente em tomar a decisão. Uma pesquisa realizada pelo Institute of Medicine com pacientes de língua inglesa identificou que mais da metade dos pacientes preferia não ter que tomar decisões, e 44% sinalizaram preferir confiar nos médicos para obter as informações necessárias para tratamentos, do que buscar por si as informações⁴³. Como lidar com a inércia do paciente ou sua opção por concordar com o que o médico entender como mais adequado?

A respeito, é de grande importância observar que a pesquisa não sustenta um modelo que ignora o paciente. Como explica o estudo:

The vast majority of people want to discuss options and share their opinions about treatment with physicians. During discussions about options, patients can clarify their views and can share their personal reflections about the advantages and disadvantages of treatment approaches. This deliberation is a bilateral interaction in which physician and patient weigh the choices in light of an individual patient's wishes, desires, and personal circumstances. Our findings support the idea that this component of decision making is widely valued by patients.⁴⁴

Além disso, embora o levantamento apresente limites, assinala a importância de se levar em conta padrões e preferências nem sempre iguais, nem racionais. Igualmente, deve-se ter presente a possibilidade de o paciente optar por recusar o recebimento de informações. Ao lado deste aspecto, há um difícil equilíbrio entre a proteção do paciente de si mesmo e sua autonomia. Se *prima facie* a autodeterminação deve abranger, inclusive como pressuposto lógico, a possibilidade de recusar tratamentos e tomar decisões aparentemente ruins ou incomuns, de outro lado exige apurada avaliação da compreensão do paciente tal como, aliás, deve ocorrer também quando o paciente escolhe dentro do que

43. LEVINSON, Wendy et. al. Not all patients want to participate in decision making. *Journal of General Internal Medicine*, v. 20, n. 6, 2005, p. 531-535.

44. LEVINSON, Wendy et. al. Not all patients want to participate in decision making. *Journal of General Internal Medicine*, v. 20, n. 6, 2005, p. 531-535. Em tradução livre: "A vasta maioria das pessoas deseja discutir suas opiniões e compartilhar suas opiniões sobre tratamentos com os médicos. Durante a discussão sobre as opiniões, os pacientes podem esclarecer suas visões e dividir com o profissional reflexões sobre as vantagens e desvantagens das diferentes abordagens de tratamento. A deliberação é uma interação bilateral na qual o paciente e o profissional de saúde ponderam as possibilidades à luz dos desejos individuais do paciente, seus sentimentos e circunstâncias pessoais. Os resultados de nossa pesquisa corroboram a ideia de que este componente do processo de decisão é amplamente valorizado pelos pacientes".

é considerado o padrão esperado. Naturalmente a proteção do paciente é importante, todavia, é indispensável notar que não há autonomia se restrita a concordar com o que o médico espera, é o que se extrai das lições de Stuar Mill⁴⁵ e Gerald Dworkin.⁴⁶

O dever de informação, sob tal perspectiva, não se resume a apresentar dados ao paciente. É preciso integrá-lo no processo de tomada de decisão. Em sintonia, Liana Fraenkel e Sarah McGraw⁴⁷ sublinham a importância do incentivo, pelo médico, da participação do paciente. Embora possa soar contraditório que ao mesmo tempo em que haja crítica a centralidade do médico, haja a percepção de que o paciente por vezes não apresenta tanto interesse na prática, quanto nos modelos teóricos, tal circunstância reforça os deveres dos profissionais de saúde, eis que alcançarão o dever de promover a aderência do paciente.

Para Fraenkel e McGraw são motivadores da participação do paciente: "i-) grau conhecimento; ii-) incentivo ativo à participação na decisão; iii-) apreciação da responsabilidade / direitos do paciente de desempenhar um papel ativo papel na tomada de decisão; iv-) consentimentação da escolha; v-) tempo". Tratam-se de aspectos úteis para assegurar uma tomada de decisão mais qualificada, com participação efetiva.

O próprio processo de comunicação com o paciente passa a ser alvo de atenção.⁴⁸ Grosso modo, implica deslocar a atenção do que foi informado para aquilo que foi aprendido. Naturalmente não se propõe aqui a prevalência do que o paciente ouviu (ou quis ouvir). No entanto, não se pode desprezar que a distância entre os dois pontos assinala também demanda a construção de pontos importantes no processo informacional.

Tradicionalmente o campo da responsabilidade civil enfoca a possibilidade (ou não) de fixação de um dano reparável. Na seara da saúde, como adverte a Organização Mundial da Saúde, os registros de demandas judiciais são uma potencial fonte de estudo para aprimoramento das práticas e, não obstante, são raramente empregadas para tal finalidade.⁴⁹ O estudo mais adequado pode identificar correlações entre corte de gastos e resultados, uso de Medicina defensiva (com indicações desnecessárias por medo de ações judiciais), ou mesmo subnotificações. É interessante notar que no caso da China, as ações de responsabilidade civil saltaram de 75 em 2010 para 6947, em 2014, das quais mais de um quarto se devem a alegação de falta de consentimento.⁵⁰

Entre as novas perspectivas, pode-se afirmar que a falta ou a insuficiência de informações ao paciente é fonte autônoma do dever de reparar, assim como a falta de consentimento. Portanto, a falha na intervenção corporal não é indispensável para que haja a imposição do dever de reparar na esfera dos atos da saúde. Na medida em que a

informação é pressuposto para o consentimento, que por sua vez é indispensável para atender à autodeterminação do paciente. A contrario sensu, a falta de informação adequada atinge o consentimento e, por sua vez, impõe o dever de reparar.

Ademais, é preciso advertir que a sistemática segundo a qual se possa admitir a presunção de que o paciente teria consentido, segundo uma análise hipotética, como é admitida, por vezes, no ordenamento português,⁵¹ tende a fragilizar os avanços obtidos que colocam como central o eletivo consentimento. Quanto mais concreta a análise, tanto mais acertada será a apreciação. Neste sentido, reitere-se a comparação feita com a recente Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que demanda consentimento específico e inequívoco.

Como exposto, a transformação das relações paciente-médico demanda novas reflexões, com profundas repercussões para as discussões do direito de danos. A gradativa superação do paternalismo médico, com a valorização da autonomia do paciente, tanto na esfera da ética médica, quanto no plano jurídico, oferece respostas importantes, ao mesmo tempo em que proporciona novas questões. A consagração do caráter essencial do consentimento do paciente e seu reconhecimento como direito fundamental constitui ponto de partida para novas indagações. As mudanças em curso exigem uma (re)leitura crítica do processo de consentir, bem como de seus critérios.

Vale enfatizar, a simples afirmação da importância do consentimento de forma vazia pode terminar por substituir a soberania da decisão do médico, pela utilização do consentimento como simples burocracia – ou até mesmo como maliciosa tentativa para fugir de responsabilidades. A percepção de diferentes modelos de relação paciente-médico, obriga problematizar tais questões, até mesmo para que se possa definir parâmetros mais claros para a avaliação do preenchimento do dever de informar que, por sua vez, é pressuposto para a efetiva deliberação do paciente e por consequência, constitui condição sine qua non para a validade do consentimento.

De modo a procurar organizar alguns critérios ou ao menos considerações úteis sobre a temática sob exame, permita-se sintetizar algumas proposições aqui lançadas:

a. É preciso uma leitura humanista do processo de consentimento, com o reconhecimento da proteção da pessoa concreta e de seus diferentes fundamentais, inclusive na deliberação para atos que envolvem tratamentos e outras formas de disposição de corpo (inclusive esterilização, aborto, cirurgias terapêuticas e estéticas);

b. Não há consentimento adequado, sem informação adequada; a falta de consentimento impõe o dever de reparar, o qual pode ser imposto também em favor dos familiares, inclusive por *dano em ricochete*;

c. Assim como o consentimento não constitui mera burocracia, o ato de informar também não deve ser visto como simples formalidade. Deve-se esclarecer o paciente, de maneira pessoalizada e adequada ao seu quadro clínico, idade, capacidade de compreensão;

45. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Ontario (Canada): Batoche Books: Kitchener, 2001. p. 85.

46. DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2008, p. 123. (Coleção: Cambridge Studies in Philosophy).

47. FRAENKEL, Liana; McGRAW, Sarah. What are the essential elements to enable patient participation in medical decision making? *Journal of General Internal Medicine*. v. 22, n. 5, May, 2007. p. 614-619. p. 615.

48. LEVINSON, Wendy. Patient-centred communication: a sophisticated procedure. *British Medical Journal*. v. 20, n. 10, may, 2011. p. 823-825. p. 823.

49. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Bulletin of the World Health Organization*, n. 95, Genebra, WHO, 2011. Disponível em: <https://www.who.int/bulletin/volumes/95/6/16-179143/en/>. Acesso em 21 nov. 2019.

50. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Bulletin of the World Health Organization*, n. 95, Genebra, WHO, 2011. Disponível em: <https://www.who.int/bulletin/volumes/95/6/16-179143/en/>. Acesso em 21 nov. 2019.

51. PEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira. O consentimento informado em Portugal: breves notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. v.12, n.2, dez. 2017, p. 21-34, p. 31.

d. Consentir não é ato, é processo substancial. Não há validade no consentimento se não se admitir ao paciente assumir riscos.

e. Não é indispensável constar todas as possibilidades de tratamentos e riscos para que a informação seja considerada prestada;

f. O consentimento não se presume, portanto, mesmo quando devidamente prestada a informação o consentimento deve ser colhido. Essa circunstância se reforça pelo fato de o consentimento ser um processo e, portanto, pode não estar claro ao paciente o momento em que deve expressar sua concordância ou divergência sobre o procedimento sugerido;

g. Os riscos inerentes ao procedimento (e a sua não realização) devem ser esclarecidos, mas riscos remotos podem ser omitidos; a avaliação da relevância da informação deve levar em conta a pessoalização da estatística, ou seja, levar em conta o perfil do paciente (histórico familiar, idoso, mulher, preferências, etc.);

h. Em sintonia com as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, a informação deve ser inteligível, clara, adequada; como aponta a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018), o consentimento deve ser uma "manifestação livre, informada e inequívoca";

i. O consentimento, se prestado adequadamente, constitui hipótese de excludente do dever de reparar;

j. O consentimento do paciente é sempre revogável;

k. Deve ser admitida a renúncia, pelo paciente, ao direito de saber, a qual, todavia, é também revogável. Eventual renúncia do paciente à informação deve ser devidamente documentada por escrito. A qualquer tempo o paciente pode demandar novas informações e esclarecimentos.

4. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Dignidade, autonomia e escolhas existenciais. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, v. 4, p. 253-278, 2015.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (orgs.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Bochado; ALMEIDA, Vitor (Orgs.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2017.
- BARIRIFI, Francisco José. *El Régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Cinca, 2014.
- BEAUCHAMP TL, CHILDRESS JF. *Principles of biomedical ethics*. 4th ed. New York: Oxford, 1994.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. R.Esp. 1.540.580, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado do TRF 5^a Região), Rel. p/ Acórdão Min. Felipe Salomão, 4^a. Turma, julg. 02 ago. 2018, publ. 04 set. 2018.

BUCHANAN, Alan; BROCK, Dan. *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

CONSELHO DA EUROPA; Comissariado para Direitos Humanos. *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*. França: Abril, 2012.

CRAWFORD, Robert. Salutarismo e medicalização da vida cotidiana. *RECIS – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde*, v. 13, n. 1, jan./mar., 2019.

CURRAN, William. Public health and the law. Informed consent and blanket consent forms. *American journal of public health*, v. 61, n. 6, p. 1245-6, jun., 1971.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 4. ed. São Paulo: Foco, 2018.

DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EMANUEL, Ezekiel J.; EMANUEL, Linda L. The Physician-Patient Relationship. *Journal of the American Medical Association – JAMA*, v. 267, n. 16, April, 1992, p. 2221-2226.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 76, p. 17-63, 2010.

FRAENKEL, Liana; McGRAW Sara. What are the essential elements to enable patient participation in medical decision making? *Journal of General Internal Medicine*, v. 22, n. 5, May, p. 614-619, 2007.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novas. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. *Revista IMES*. Direito, São Caetano do Sul, v. 3, p. 62-74, 2001.

LEITE, Gustavo Pereira. Consentimento informado e pessoa com deficiência psíquica/intelectual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas após a Convenção de Nova York e a Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

LEVINSON, Wendy et al. Not all patients want to participate in decision making. *Journal of General Internal Medicine*, v. 20, n. 6, 2005.

LEVINSON, Wendy. Patient-centred communication: a sophisticated procedure. *British Medical Journal*, v. 20, n. 10, May, 2011.

MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena et al. (orgs.) *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENEGON, Vera Minciof. Consentindo ambiguidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, n. 3, Rio de Janeiro, 2004.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Ontario (Canada): Batoche Books: Kitchener, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez., 2014.

OLIVEIRA, Guilherme. De Nota sobre a informação para o consentimento (a propósito do Ac. do STJ de 09.10.2014). *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, a, 12, n. 23-24, p. 149-153, 2015.

ONEILL, Onora. Paternalism and partial autonomy. *Journal of Medical Ethics*, v. 10, p. 173-178, 1984.

- PEREIRA, Andre Gonçalo Dias Pereira. O consentimento informado em Portugal: breves notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 12, n. 2, p. 21-34, dez. 2017.
- PEREIRA, Andre Gonçalo Dias. *Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Estudo de Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- PEREIRA, Paula Moura Francesconi Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari, Laterza, 2012.
- ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. Responsabilidade civil na área médica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, v. 8, p. 373-420, 2018.
- SANTOS, Atelehele de Oliveira (Org.). *Coletânea Direito à Saúde Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde*. Brasília, CONASS, 2018.
- SCHRAMM, Fermín Roland. A saúde é um direito ou dever? Auto crítica da saúde pública. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 187-200, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHULMAN, Gabriel. *Saúde mental, drogas e internação forçada*. São Paulo: Foco, 2020.
- SCHULMAN, Gabriel. Consentimento para atos na saúde à luz da convenção de direitos da pessoa com deficiência: da discriminação ao empoderamento. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Orgs.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética – Conselho Federal de Medicina*, v. 25, n. 2, p. 290-300, 2017.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a 2, n. 2, abr.-jun/2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Souza-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>. Acesso em 26 dez. 2019.
- SZASZ, Thomas. *Faith in Freedom: Libertarian Principles and Psychiatric Practices*. New Brunswick (Estados Unidos): Transaction Books, 2004.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jul. 2018;
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia Privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/fiduer/article/viewFile/1357/1145>>. Acesso em 25 nov. 2019.
- WANG, DANIEL WEIL et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública* v. 48, p. 1191-1206, 2014.
- WONG, Grace Josephine, et al. Capacity to make health care decisions: its importance in clinical practice. *Psychological Medicine*, v. 29, n. 2, p. 437-446, 1999.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Bulletin of the World Health Organization*, n. 95, Genebra, WHO, 2011.
- WORTHINGTON, R. Clinical issues on consent: some philosophical concerns. *Journal of Medical Ethics*, n. 28, pp. 377-80, 2002.

O QUANTUM INDENIZATÓRIO NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE

Luciana Fernandes Berlini

Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC/Minas. Professora e Coordenadora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras. Professora do Curso de Direito Médico do IEC – PLU/C Minas. Membro do IBERC. Presidente da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB/ MG. Membro do IBDFam. Autora de livros e artigos jurídicos. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8274959157658475>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5379-974X>. Email: luciana@berlini.com.br.

Sumário: 1. Introdução – 2. Das indenizações por erro médico – 3. Dos critérios de fixação dos danos por erro médico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 3.1. Do sistema bifásico de quantificação dos danos extrapatrimoniais – 4. Considerações finais – 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar a difícil tarefa do Judiciário de arbitrar o quantum indenizatório nas relações médico-paciente. Trata-se de relevante e atual tema a ser investigado, ante a falta de harmonização na fixação dos danos extrapatrimoniais por erro médico no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalva-se, desde já, que a opção pela terminologia “erro médico” foi feita em razão de ser a expressão mais utilizada pelo Judiciário quando se trata de responsabilização civil na relação médico paciente. Assim, por estratégia científica elegeu-se a expressão, mas sem desconsiderar as limitações que ela carrega, optando-se por sua utilização tão somente para uniformizar a busca e a linguagem do presente trabalho.

Adentrando a temática, a responsabilidade médica é subjetiva e, consequentemente, o dano deverá ser fruto de ação ou omissão negligente, imprudente ou imperita para que surja o dever de reparar ou compensar os danos. O regime jurídico de responsabilidade civil tem como fundamento o princípio da reparação integral. O que significa dizer que a responsabilização médica abarca, portanto, a indenização por danos materiais e a compensação por danos morais e danos estéticos. No entanto, a fixação dos danos extrapatrimoniais é ainda tormentosa, gerando grandes discrepâncias em casos similares.

Isto porque, o direito brasileiro não prevê critérios objetivos para fixação desses danos extrapatrimoniais, motivo pelo qual compete, exclusivamente, ao Judiciário a apreciação do quantum.

Ademais, não se pode estabelecer uma tabela ou critérios absolutos para fixação de danos, sob pena de prejuízo e não compensação razoável em casos semelhantes.