

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

FREDERICO MAGALHÃES DE ALMEIDA

**CONSENTIMENTO INFORMADO E RESPONSABILIDADE
CIVIL DO MÉDICO**

Recife
2015

FREDERICO MAGALHÃES DE ALMEIDA

**CONSENTIMENTO INFORMADO E RESPONSABILIDADE
CIVIL DO MÉDICO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Prof. Dra. Renata Andrade.

Recife
2015

Almeida, Frederico Magalhães de

O consentimento informado e suas implicações para a responsabilidade civil do médico. / Frederico Magalhães de Almeida. – Recife: O Autor, 2015.

43 folhas

Orientador(a): Prof^a. Dr^a. Renata Andrade

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de Conclusão de curso, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Consentimento informado. 3. Responsabilidade médica. 4. Direito a informação. I. Título.

34

CDU (2.ed.)

Faculdade Damas

340

CDD (22.ed.)

TCC 2015-355

FREDERICO MAGALHÃES DE ALMEIDA

CONSENTIMENTO INFORMADO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientadora Profa. Dra. Renata Andrade.

1º Examinador: Prof(a). Msc/Dr.

2º Examinador: Prof(a). Msc/Dr.

AGRADECIMENTOS

Após cinco anos chegamos ao final do curso, momento este em que dedicamos e agradecemos aqueles que foram importantes e nos possibilitaram alcançar os objetivos traçados anos atrás.

A todos os funcionários, professores, por me proporcionar conhecimento técnico importante na minha formação bem como toda a atenção e carinho dispensado.

Aos colegas e amigos de faculdade, pelas horas juntos de estudos, pela amizade, conquistas, alegrias que foram tão importantes ao longo do curso e certamente deverá se perdurar no curso de nossas vidas.

Aos amigos e colegas de modo geral pela compreensão, paciência, e ajuda nos momentos de dificuldades.

Agradecimento ao Professor Ricardo Silva pela inestimável colaboração na formatação deste trabalho, sempre atencioso e disponível em atender nossas demandas.

Em especial a Professora Renata Andrade orientadora deste trabalho, pela competência, paciência e tranquilidade na condução deste estudo. Sempre prestativa e atenciosa, em momento algum deixou sempre teve a preocupação em não somente ensinar, mas também no aprendizado, possibilitando discussões importantes na minha formação acadêmica.

A Kátia, Rodrigo e Rafael um obrigado mais que especial. Pela paciência e compreensão nas inúmeras horas de ausência, incluindo fins de semana e feriados ao longo do curso, o apoio e estímulo durante toda esta jornada e que foram fundamentais para eu tivesse a tranquilidade em cumprir todas as etapas necessárias a minha formação.

RESUMO

A relação médico e paciente apresentou uma mudança importante em seu contexto com a efetivação da Constituição Federal de 1988, posteriormente com o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Para a maioria da doutrina esta relação configura-se como de consumo, e, portanto impõe direito e deveres para ambas as partes, e principalmente exige maior garantia a alguns princípios e em especial o da dignidade da pessoa humana. Diante desta realidade faz-se necessário que diante de uma situação eletiva, todo ato médico necessita de um consentimento prévio do paciente, e que este seja antecedido de esclarecimento, porém em algumas situações de risco o mesmo poderá ser não obrigatório. Baseado neste entendimento é que a figura do consentimento informado torna-se importante ferramenta de garantia do individuo e limitação da atividade do profissional médico. Como resultado foi verificado que os médicos efetivamente ainda não estão atentos da importância deste instrumento contratual, no sentido de deixar a relação médico paciente mais segura e confiável, bem como salvaguardar os médicos dos aspectos legais advindos da obtenção deste contrato. Tal hipótese é corroborada pelas inúmeras decisões judiciais nas quais o tema é suscitado e tem como fator importante das decisões a ausência da obtenção do termo de consentimento informado ou livre.

Palavras-chave: Dever de Informar. Responsabilidade Médica. Termo de Consentimento Informado.

ABSTRACT

The relationship between doctor and patient had a major change in context with the implementation of the Federal Constitution of 1988 and the subsequent edition of the Consumer Protection Code and the Civil Code of 2002. For most of the doctrine this relationship appears as a relation of consumption and thus imposes rights and duties for both parties, mainly resulting in greater assurance to some principles, especially the dignity of the human person. It is necessary, given this reality, the prior consent of the patient to perform all medical act. Such consent must be preceded by explanation of the act to be performed. However, in some situations of risk, it may be dismissed. Based on this understanding, the figure of informed consent becomes important individual security tool and salutary limit to the professional medical activity. It was observed that doctors actually are not yet aware of the importance of this contractual instrument, which provides a more secure and reliable doctor-patient relationship, as well as protects the doctors from the contractual risks arising from the exercise of their profession. This risk is evident in the numerous judgments in which the subject is raised, one important fact for such trials is the presence or absence of free and informed consent.

Keywords: Duty to Inform. Medical liability. Term of Informed Consent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 CONSENTIMENTO INFORMADO	10
1.1 Conceito	10
1.2 Princípios	11
1.2.1 Autonomia da vontade	12
1.2.2 Beneficência	14
1.2.3 Boa fé	15
1.2.4 Informação	17
1.3 Requisitos	19
1.3.1 Forma	20
1.3.2 Capacidade	21
1.3.3 Conteúdo	23
CAPÍTULO 2 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO	27
2.1 Responsabilidade contratual	27
2.2 Reflexos do consentimento informado na responsabilidade civil do médico	31
2.3 Descumprimento do dever de informar	33
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, houve mudança importante no tipo de relação que envolve médico e paciente. Esta relação configura-se como de consumo, e, portanto impõe direito e deveres para ambas as partes. Neste tipo de relação é que a legislação pode regular a atividade médica através de mecanismos que podem ser utilizados contra a má prática médica.

É um avanço na garantia constitucional e respeito à dignidade da pessoa humana, porque até bem pouco tempo atrás o paciente poderia ficar dependente de decisão do profissional. Entretanto nos dias atuais, numa mesma situação, o profissional médico deverá respeitar que o paciente ou responsável decida sobre as diversas formas de procedimentos que possam ser realizados.

Resta claro que numa situação eletiva, todo ato médico necessita de um consentimento prévio, e que este seja antecedido de esclarecimento.

Diante desta nova realidade somente em situações de risco de morte e de urgência, é que o profissional de saúde terá ainda alguma autonomia para tomar decisão apesar da não concordância do paciente.

Neste contexto a figura do consentimento informado tornou-se importante ferramenta de garantia do individuo e limitação da atividade do profissional médico.

Tanto o Código de Ética Médica, Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, impõem ao profissional de saúde o dever de prestar informação adequada ao seu paciente. É dever do médico não só informar, como também, facilitar o acesso aos pacientes e/ou aos seus representantes legais à documentação médica necessária para perfeito conhecimento e entendimento da situação na qual as partes estão envolvidas.

A justificativa do estudo se deve a importância do objeto na relação entre médico e paciente, principalmente após a Constituição Federal de 1988 e o implemento do Código de Defesa do Consumidor, no qual esta relação se apoia.

Entretanto esta condição ainda não está pacificada na jurisprudência. Existem decisões judiciais nas cortes superiores nas quais afastam a relação consumerista entre médico e paciente.

Levando em consideração a preservação dos direitos do paciente e alguma preocupação da classe médica com relação às demandas judiciais originadas pela falta de informação a seus pacientes, o estudo ao final vai procurar responder ao problema posto.

Existe preocupação dos profissionais de saúde em informar aos pacientes sobre procedimentos a serem realizados?

O estudo tem como premissa que os profissionais de saúde (médicos), ainda não se atentaram para a importância da utilização deste instrumento para manter a relação médico e paciente mais transparente e equilibrada, bem como, como meio de proteção legal contra processos judiciais que possam advir desta relação, pelo fato de talvez esta inobservância seja por desconhecimento da legislação ou mesmo por negligência.

Diante desta realidade o presente estudo tem como objetivo geral rever os aspectos do consentimento informado na relação médico paciente e verificar se existe a responsabilização do profissional de saúde na não obtenção do mesmo. Como objetivos específicos, poderíamos destacar que serão analisados os principais conceitos e princípios utilizados pela doutrina e conceituar os requisitos de validade do objeto em estudo.

De acordo com a Constituição Federal que privilegia a dignidade da pessoa humana, o Código de Defesa do Consumidor que normatiza as relações de consumo, o Código Civil que impõe o princípio da autonomia das vontades, o conselho nacional de saúde, que orienta que os pacientes sejam conhecedores de seus direitos, o profissional de saúde tem obrigação de informar ao paciente todos os procedimentos diagnósticos ou terapêuticos os quais o mesmo será submetido. Tal obrigação deve ser realizada de acordo com a capacidade de entendimento, as condições clínicas e emocionais do paciente.

Diante da importância do tema, vários autores tem estudado o assunto, tais como: Almeida (2011), que aborda a responsabilidade civil do profissional de saúde à luz das inovações alcançadas pelo Código de Defesa do Consumidor, atrelada às impostas pelo Código Civil. O autor analisa de forma crítica as consequências práticas da incidência da Legislação consumerista na referida relação.

Outro autor que estuda o tema é Waz (2007), que traz revisão sobre o termo Consentimento Informado ou Livre, abordando suas características, e a responsabilização do médico na não obtenção do mesmo.

Em outro estudo que aborda o tema, Lima (2013) a autora concentra seus estudos na relação do termo de consentimento informado com a responsabilidade do médico, e os efeitos que este documento produz e as discussões atribuídas a ele no âmbito legal.

Ciente das informações necessárias, o paciente ou o seu responsável, possuidor de capacidade civil, poderá livremente decidir qual a melhor opção terapêutica ou diagnóstica proposta.

O estudo será dividido em dois capítulos. No primeiro será feita abordagem sobre diversos conceitos, princípios do Consentimento informado, que serão de fundamental importância para total compreensão do tema a ser abordado. Também serão abordados os principais requisitos de validade, formas admitidas, exceções à ausência do termo.

No segundo capítulo será revista o conceito da relação entre médico e o paciente, as responsabilidades advindas desta relação, e os reflexos jurídicos do consentimento ou descumprimento do dever de informar para o profissional de saúde.

A metodologia utilizada é estudo descritivo, tipo qualitativo, por método analítico, através de revisão bibliográfica. É descritiva porque faz observação do que já foi estudado sobre o tema.

Qualitativo uma vez que interpreta o fenômeno que observa, e na qual as hipóteses são construídas após a observação. É analítico por somente analisar os fenômenos já existentes sem intervenção, constatados, infere-se uma verdade geral não contida nas partes isoladamente examinadas.

Serão utilizadas pesquisas bibliográficas em livros, artigos jurídicos, legislação nacional, jurisprudência e legislação específica sobre profissional médico.

A partir da análise do tema estudado pode-se observar que este é bastante relevante para os profissionais de saúde visto que a elaboração correta e obtenção do termo de consentimento livre ou informado, pode diminuir de sobremaneira a lide judicial.

Pode-se analisar também que esta preocupação a mais do profissional de saúde acarretará numa maior garantia do paciente em seu atendimento médico.

CAPÍTULO 1 CONSENTIMENTO INFORMADO

1.1 Conceito

Com o advento da Constituição Federal de 1988 considerada constituição cidadã, e uma nova leitura do Código Civil de 2002 baseada nos princípios constitucionais, bem como de outras legislações infraconstitucionais, porém, com caráter principiológico como o Código de Defesa do Consumidor, trouxeram mudanças significativas nas relações contratuais de qualquer espécie, e também na relação que envolve médico e paciente. Esta relação configura-se como de consumo para grande parte da doutrina, e, portanto impõe direito e deveres para ambas as partes.

Neste contexto a figura do consentimento informado tornou-se indispensável para tornar esta relação mais transparente e que resguarde estes respectivos direitos e deveres.

Existem várias definições referentes ao Termo de Consentimento informado.

Para Kfoury Neto (2002) é o comportamento mediante o qual se autoriza alguém à determinada atuação.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, o Consentimento Informado ou Livre é a autorização do paciente obtida pelo profissional para que um determinado procedimento seja executado. É condição indispensável na atual relação médico-paciente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

O termo de consentimento informado, segundo Minossi (2011) é um documento assinado pelo paciente ou responsável, autorizando ao médico a realização de procedimento terapêutico ou diagnóstico, após receber as informações necessárias para sua realização. Sua principal finalidade continua o autor, garantir ao paciente a sua autonomia da vontade e limita a responsabilidade do profissional médico que realiza o procedimento.

Segundo entendimento de Clotet (2000), o consentimento informado trata-se de uma decisão voluntária, realizada por pessoa capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, suas consequências e dos seus riscos.

Para Cavalieri Filho (2014, p. 440): “o consentimento informado é a informação que tem como finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento”, e que de acordo com o mesmo autor é a pedra angular no relacionamento médico-paciente.

O consentimento informado também poderá ser considerado como o direito do paciente que goza de autonomia (capacidade civil) de participar de toda decisão sobre tratamento médico cirúrgico ou terapêutico que possa afetar sua integridade física ou psicológica, consistente no poder de decidir, de forma esclarecida, sobre a eventual submissão ao tratamento ou diagnóstico médico (VAZ, 2007).

De acordo com Cavalieri Filho (2014), o direito à informação faz parte dos direitos básicos do consumidor, como nos mostra o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, III, que se refere sobre a informação clara e adequada sobre os diversos produtos e serviços, bem como os riscos que os mesmos apresentam.

O consentimento informado envolve dois momentos. Num primeiro momento é em que a informação é concedida com clareza suficiente para que possibilite a correta compreensão e posteriormente ocorre à razão da reflexão do conhecimento adquirido há a manifestação livre da Vontade (CORDEIRO *apud* BELTRÃO, 2015).

Vale a pena ressaltar que o termo de consentimento informado, de acordo com Minossi (2011) não é irrevogável, sendo admitido ao paciente o direito de revogá-lo a qualquer momento, sem gerar consequências éticas ou jurídicas, salvo em situações de emergências, onde a manutenção da vida é o maior propósito do médico.

Após já termos abordados alguns conceitos doutrinários e legais sobre o Termo de Consentimento Informado ou Livre passaremos a estudar os princípios que regem o referido instituto.

1.2 Princípios

A relação contratual estabelecida entre médico e paciente já está solidificada no Código de Defesa do Consumidor, fazendo com esta não esteja somente balizada por este Código como também pelo Código Civil, em relações entre particulares.

Não resta dúvida que desta relação nasce um contrato entre médico e paciente, trazendo consigo elementos importantes como princípios contratuais e éticos que devem nortear esta relação. Diante desta relação fica claro que o ato médico possa ser considerado como ato negocial ou comercial para fins jurídicos.

Como em qualquer relação contratual, mesmo nas relações de consumo, tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor, subordinam a liberdade de contratar

a princípios que se subordinam a função social e a princípios relacionados à ordem pública e a proteção.

Desta forma ao estudarmos os princípios que norteiam a relação entre médico e paciente, temos por um lado princípios com maior ênfase na ética médica, e estão estabelecidos e fundamentados pelo Código de Ética Médica e pelas diversas resoluções do Conselho Federal de Medicina, e por outro lado princípios que terão uma maior importância dentro Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor em referência a relação entre particulares, com espectro mais comercial.

Não existem contratos diferenciados no Código de Defesa do Consumidor, os contratos são os mesmos do direito comum. A relação contratual de consumo se dá entre quem exerce atividade profissional organizada, denominada fornecedor, e o adquirente ou usuário de bens e serviços, denominado consumidor (LÔBO, 2011, p. 31).

Entre os principais princípios que norteiam uma relação contratual, podemos destacar:

1.2.1 Autonomia da vontade

Autonomia significa ter a liberdade da escolha. A atividade médica não pode limitar a autonomia do paciente em decidir, do contrário violaria um dos mais importantes preceitos constitucionais que é a Dignidade da Pessoa Humana, que se traduz em valor moral e espiritual inerente à pessoa.

Todo ato médico impõe a necessidade de um consentimento prévio e está justificado pelo direito que cada indivíduo tem de proteger sua integridade e de autodeterminar-se. Todo indivíduo tem o direito de ser o autor do seu próprio destino e optar pelo caminho que quer dar a sua vida. A atividade médica, mesmo de indiscutível valor, não implica um poder excepcional sobre a vida ou a saúde de alguém (FRANÇA, 2010, p. 108).

O princípio da autonomia é evidenciado no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da constituição federal de 88, em seu artigo 5º. II, que impõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei (DANTAS, 2014, p. 82).

Ainda de acordo com este autor a autonomia em relação do tratamento médico, tem seu ápice no direito de recusa ao tratamento oferecido. De acordo com Dantas (2014), é direito do paciente que sua vontade prevaleça sobre a terapia estabelecida pelo profissional de

saúde, mesmo ignorando argumentos puramente científicos ou técnicos, desde que, esteja consciente de sua decisão, por pessoa capaz e portadora de informação adequada.

De acordo com Bergstein (2013, p. 191), ao paciente é conferido o direito de ter acesso a todas as informações aptas a permitir sua decisão autônoma, ou por outro modo optar por não saber, cabendo ao mesmo à recusa sobre determinado tratamento do qual não quer se beneficiar. Este posicionamento do autor caracteriza efetivamente o princípio da autonomia.

Decorre do princípio da autonomia que o paciente tem o direito de decidir se quer ou não se submete a determinada intervenção médica, bem como sobre qual procedimento terapêutico ou diagnóstico quer adotar, desde que sejam eles adequados ao caso e respaldados pela ciência, cabendo ao médico respeitar essa decisão, salvo nos casos de comprovada iminência de morte (FRANÇA, 2010.).

Trata-se de uma decisão voluntária, podendo ser verbal ou escrita, realizada por indivíduo capaz, após ter posse de todas as informações necessárias, para que possa aceitar ou autorizar a realização de um tratamento específico consciente dos seus riscos, benefícios e possíveis consequências.

O respeito à autonomia deve ser interpretado dentro de um largo contexto, não podendo o mesmo ser aplicado às pessoas que não estejam em condições de agir de maneira autônoma. De acordo com Beltrão (2015), as pessoas incapazes, ignorantes, débeis, crianças, dependentes de drogas, não estão em condições de manifestar de forma livre e refletida sua vontade.

O próprio Conselho Federal de Medicina confere ao paciente ou seu representante legal o poder de decidir o limite de seu tratamento. Em resolução de número 1.805 de 2006 em seu Art. 1º determina que “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

O princípio da autonomia da vontade está estabelecido de forma bastante esparsa pelo ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com Dantas (2014), tanto o Código Civil de 2002, em seu artigo 15, Estatuto do Idoso bem como na Lei de Transplante de Órgãos, garantem a pessoa capaz a possibilidade de aceitar ou não determinado tratamento, considerando o que lhe seja mais favorável.

Porém o princípio da autonomia não pode ser entendido como absoluto, não podendo por si só responder a todos os conflitos éticos verificados na relação entre médico e paciente (FRANÇA, 2010).

Além deste princípio que norteia a relação entre médico e paciente, outros devem também ser invocados no sentido de manter esta boa relação bem como podem traduzir ainda melhor a perspectiva de segurança ao indivíduo.

1.2.2 Beneficência

A prática médica tem a beneficência como pilar norteador, visando o bem do paciente, seu bem-estar e seus interesses, cujos resultados e benefícios são estabelecidos de acordo com a literatura médica aceita (DRUMOND, 2000).

O princípio da Autonomia não é totalmente pleno. No Código de Ética Médica, o princípio da Beneficência é considerado como o mais importante e relevante, que vem a legitimar o ato do profissional médico de acordo com a indiscutível e imprescindível necessidade. Este princípio impõe ao profissional médico utilizar de todos os recursos disponíveis e que sejam considerados como necessários em favor de seu paciente (FRANÇA, 2010).

O princípio da Beneficência corresponde à atuação do médico, quando o paciente não pode decidir por si mesmo. Deste modo, o agir deve ser para beneficiar o paciente, para promoção do seu bem estar, quando o mesmo não possa exercer a sua autonomia (BELTRÃO, 2015).

De acordo com entendimentos de DRUMOND (2000), a beneficência pode ser entendida como princípio bioético da promoção do bem, e se diferencia da tradicional beneficência hipocrática por quatro fatores: A necessidade de definir o bem estar para cada paciente; A não aceitação de paternalismo existente na beneficência tradicional; A autonomia do paciente em decidir e por fim a utilização de critérios de equidade ou garantia de prioridade de acesso daqueles mais necessitados aos serviços de saúde.

Nos artigos 22 e 31 do Código de Ética Médica e em decorrência do respeito aos Direitos Humanos bem como a relação médico e paciente, é vedado ao médico não respeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

Nas situações em que o paciente encontrar-se incapacitado de decidir ou que, mesmo em condições de tomar uma decisão, e estando em iminente perigo de morte, a responsabilidade de decisão é do médico. O princípio da beneficência impõe que o médico aja, mesmo contrariando a vontade do paciente, caso este se encontre perante grave risco de morte. Situação semelhante acontece quando durante uma intervenção surge à exigência de uma conduta emergencial, mesmo diante da impossibilidade de obter o consentimento do paciente, o profissional deve agir no sentido de preservar a vida.

Poderíamos concluir que ao princípio da autonomia preserva a liberdade e no princípio da beneficência vem garantir a integridade física do paciente. Estes dois princípios quando interpretados conjuntamente visam à proteção da dignidade do indivíduo tanto nos aspectos morais como físicos.

Na atividade médica o princípio da beneficência consiste no dever de agir do profissional em busca de propiciar ao paciente um melhor conforto ou menor sofrimento possível a sua patologia. Também é um princípio que não deve ser tratado como absoluto, mas dentro de limites estabelecidos pela dignidade humana, respeitando a liberdade de decidir de cada um (DRUMOND, 2000).

Atualmente há explícita predominância do princípio da autonomia sobre o princípio da beneficência. Tanto que este é o fundamento basilar do consentimento informado e tem previsão expressa no Código Civil 2002 em seu art. 15, no qual preceitua ao não constrangimento de ser submetido a tratamento médico, bem como nos artigos 46 e 56 do Código de Ética Médica, que se refere à necessidade de esclarecer informar ao paciente sobre procedimento a ser efetuados bem como a livre decisão do mesmo (VAZ, 2007).

1.2.3 Boa fé

O princípio da Boa Fé pressupõe que as partes se comportem de forma correta no cumprimento do contrato.

Segundo Lôbo (2011, p. 72): “a boa fé objetiva é a regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas contratuais”. A boa fé objetiva refere-se à conduta honesta, leal, correta. É a boa fé do comportamento.

O princípio da Boa Fé guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza (GONÇALVES, 2011).

A boa fé objetiva deve ser vista como padrão de conduta necessária à convivência social para que se possa acreditar, ter confiança e fé na conduta de outra pessoa, desta forma Cavalieri Filho (2014), descreve como as partes contratantes devem encarar o princípio da boa fé.

O princípio da boa fé apresenta duas divisões, Boa fé subjetiva e a Boa fé Objetiva. A primeira, ou seja, a boa fé subjetiva, diz respeito a conhecimento ou não da pessoa em relação a certos fatos. A boa fé objetiva é tida como norma de comportamento, na qual todos devem agir de boa fé em suas relações recíprocas (GONÇALVES, 2011).

Nesta hipótese, a boa fé está sedimentada na honestidade, retidão, lealdade, e na consideração nos interesses dos contratantes, principalmente na não sonegação de informações importante sobre o objeto do contrato e seu conteúdo (GONÇALVES, 2011).

O Código Civil brasileiro em seu art. 422 refere-se que este princípio aplica-se a ambos os contratantes e são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa fé. O Código de Defesa do Consumidor também aborda este tema, e em seu art. 4º, inciso III aplica-se este tanto a consumidores quanto a fornecedores de serviços, porém no que concerne a informação, o princípio da boa fé é aplicado em grande parte ao dever de informador do fornecedor. Estes dispositivos legais se harmonizam em torno deste princípio.

Uma das mais importantes aplicações do princípio da boa fé objetiva, diz respeito ao exercício inadmissível do direito, como a proibição de *venire contra factum proprium* (LÔBO, 2011, p. 75), teoria dos atos próprios ou proibição de comportamento contraditório. Este mesmo autor, afirma que nesta teoria ninguém é dado o direito de valer-se de determinado comportamento quando lhe for conveniente e vantajoso, e voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar mediante comportamento contraditório.

De acordo com Bergstein (2013) o princípio da boa fé objetiva marca a relação que se desenvolve entre o médico e paciente, sendo que seu principal fundamento é a confiança. Este princípio cria para ambos, médico e paciente deveres e direitos que devem ser seguidos por ambas as partes desta relação.

Tanto nas tratativas como na execução, e na fase posterior ao cumprimento do contrato (responsabilidade pós-obrigacional ou pós-contratual), a boa fé objetiva é fator basilar de interpretação. Desta forma, avalia-se a sob o princípio da boa fé objetiva tanto a responsabilidade pré-contratual, contratual e a pós-contratual (VENOSA, 2011, p. 388).

Desta forma o princípio da boa fé é tido como cláusula consagrada primeiramente no Código de Defesa do Consumidor e posteriormente no Código Civil de 2002 (CALADO, 2014). Ou seja, segundo este autor está como cláusula geral no direito privado, na mesma área onde se situa a relação jurídica médico e paciente.

1.2.4 Informação

Independentemente de como se pauta a relação entre médico e paciente, pelo Código do Consumidor ou não, ou devido a normas impositivas do Código de Ética Médica, a informação é um direito fundamental do paciente.

O direito à informação verdadeira, adequada e suficiente é um dos pilares do direito do consumidor (LÔBO 2001). Ainda de acordo com este autor, os efeitos do direito à informação vão além da legislação infraconstitucional, mas irradia-se na questão pública no campo da indisponibilidade da cidadania ativa.

O direito à informação constitui como direito fundamental do paciente e havendo regras deontológicas já estabelecidas que abordam a matéria, no sentido de possibilitar o mesmo a manifestar seu consentimento (CALADO, 2014).

Os direitos do consumidor e entre eles o da informação inserem-se nos direitos fundamentais de terceira geração e somente ao final do século XX é que foram concebidos (LÔBO, 2001).

O próprio Código de Defesa do Consumidor trata do direito à informação como garantia do consumidor e obrigação do fornecedor de serviços. Vários dispositivos tratam do tema, como nos artigos. 4º. IV, 6º e 36º

O dever de informação tem o intuito de municiar o consumidor a tomar uma decisão fundamentada, sobre determinado produto e serviço que irá adquirir (FERRAZ, 2009). Desta forma segundo este autor, as principais funções exercidas pelo dever de informar ao consumidor são: liberdade de escolha, proteção aos interesses econômicos e a segurança.

O Código de Ética Médica também aborda o direito à informação como sendo fundamental para manter a relação médico e paciente justa. Entre os mais distintos direitos do paciente está o direito a informação sobre diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. Ainda de acordo com este autor, alguns pacientes que esta não informação constitui uma afronta aos seus direitos fundamentais (FRANÇA, 2010).

O princípio de informar tem base no princípio da boa fé objetiva, e é a regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais (LÔBO, 2001).

Um dos requisitos importantes no processo de consentimento informado é a informação. O profissional de saúde, quando elaborar o termo de consentimento informado, deve ter a preocupação na seleção das palavras e expressões que serão utilizadas, pois o significado pode representar o próprio sentido das mesmas ou a expressão de um propósito (CLOTET, 2000).

Ainda de acordo com este mesmo autor outro importante elemento que possibilita a adequada transmissão da informação é o vocabulário utilizado. Em muitas oportunidades as palavras utilizadas são de conhecimento restrito a área de saúde, e seu significado são desconhecidos pela população em geral.

O Conselho Nacional de Saúde em sua Resolução nº 196/96, estabelece os princípios básicos de como as informações devem constar no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, entre os quais que o referido esclarecimento se faça em linguagem acessível e que deve incluir necessariamente os seguintes aspectos entre outros: Justificativa, objetivos e os procedimentos que serão utilizados; Desconfortos e riscos possíveis em os benefícios esperados; Métodos alternativos existentes e a forma de acompanhamento e assistência, assim como seus responsáveis (BRASIL, 1996).

De acordo com Beltrão (2015, p. 20): “o paciente deve receber uma informação adequada com o seu conhecimento e grau de instrução, de modo que possa de forma inteligente analisar os riscos e benefícios do tratamento médico, com condições de fazer sua melhor escolha”.

Com a globalização, o direito do consumidor se expande, e na era da informação, esta é elevada a direito fundamental do consumidor. A informação e o dever de informar tornam possível o direito de escolha e autonomia do paciente, de modo que o mesmo tenha condições para exercer a liberdade de escolha (LOBÔ 2001).

Em julho de 2015, foi aprovada a Lei Federal nº 13.146 que entrará em vigência em 180 dias, e que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Entre os vários dispositivos contidos na mesma, tem importância o que diz respeito à informação.

No Art. 3º, Inciso IV. “Consideram-se barreiras qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça o acesso a comunicação, a informação e a compreensão” (BRASIL, 2015).

No capítulo de Direitos Fundamentais, ficou evidente a preocupação do legislador em inserir o portador de deficiência quando da necessidade da obtenção do consentimento prévio, livre e esclarecido por parte do profissional de saúde. Nos artigos 11 e 12 desta lei ratifica os preceitos legais existentes no Código Civil e de Defesa do Consumidor bem como no Código de Ética Médica ao dispor que a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter à intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.

No tocante ao consentimento prévio, livre e esclarecido, dispõe a lei que o mesmo é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. Nos casos em que houver a curatela, deve ser assegurada a participação do deficiente em maior grau possível, para obtenção do consentimento.

Desta forma podemos constatar a importância e dimensão do princípio da informação e como o mesmo está intimamente relacionado com o contrato do consentimento livre e esclarecido. Para que seja válida a aceitação de uma determinada prática diagnóstica ou terapêutica, o paciente deverá receber e ter as informações em uma linguagem simples e acessível sobre os riscos, vantagens e desvantagens, para que se possa configurar um consentimento livre e informado ou esclarecido, ou seja, o princípio da informação (FRANÇA, 2010).

1.3 Requisitos

Não menos importantes que os princípios abordados, para considerarmos a responsabilidade contratual, se deve examinar a existência de um contrato, e se os requisitos exigidos na formação dos mesmos são válidos ou não.

Os requisitos ou condições de validade dos contratos podem ser de duas espécies: a) de ordem geral, comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei; b) de ordem especial, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades (GONÇALVES, 2011).

O dever de informar é cumprido quando a informação recebida pelo consumidor, no nosso estudo o paciente, preenche os requisitos de adequação, suficiência e veracidade, e os mesmos devem estar interligados. A falta de qualquer um deles pode importar no descumprimento do dever de informar (LÔBO, 2011). Os principais requisitos envolvidos numa relação contratual serão estudados a seguir.

1.3.1 Forma

A doutrina e a jurisprudência não determinam quais as formas que as informações devam ser fornecidas ou prestadas. Existem divergências sobre a necessidade de informações serem prestadas de forma escrita ou verbal.

O Código Civil de 2002 refere-se que a forma de contratar é livre, senão quando a lei expressamente exigir.

De acordo com alguns autores entre eles Kfoury Neto (2002), o termo de consentimento informado deverá ser expresso preferencialmente de forma escrita, no caso de verbal recomenda-se que seja testemunhado. De acordo com este autor, quanto mais complexo e maiores riscos for o procedimento, os cuidados deverão ser maiores para obtenção da aceitação do paciente ou familiar.

A ausência de legislação específica sobre o tema determinando o contrário, deve prevalecer à oralidade, visto que este tipo de relação é estabelecido na confiança mútua. Não obstante a ausência de legislação específica no Brasil sobre o assunto, existe uma preocupação crescente dos médicos em formalizar o termo, e que de acordo com pareceres dos Conselhos de Medicina, deverá a forma escrita ser adotada nos casos em que haja mínima possibilidade de risco para paciente (BERGSTEIN 2013).

Segundo Kfoury Neto (2013, p. 45): “a necessidade de ser por escrito a comprovação pelo qual médico obtenha o consentimento para um determinado procedimento pode deixar de existir”.

França (2010, p. 45) declara que: “o Termo de consentimento informado que antes era exigência de ser escrito, atualmente o mesmo é admitido em todos os meios admitidos no direito”.

O Conselho Federal de Medicina entende que o consentimento do paciente deva ser somente realizado em sua forma escrita quando houver procedimento em caráter invasivo ou que possa acarretar risco de morte para o mesmo.

A recomendação do Conselho Federal de Medicina é de que as autorizações para os procedimentos estejam documentadas, serem registradas pelo menos no prontuário do paciente, o que poderia comprovar que o profissional médico cumpriu com sua obrigação (FRANÇA, 2010, p. 108).

Em se tratando de procedimentos eletivos e principalmente as plásticas com finalidades estéticas o termo consentimento informado deva ser escrito e em presença de testemunhas (KFOURI NETO, 2013).

Sobre este tema, o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro já emitiu Parecer (nº124/2003), orientando que o termo de consentimento informado não pode ser padrão e deve atender às particularidades do paciente, do médico, da relação entre eles e do próprio procedimento.

O importante é fixar do que o que foi dito foi efetivamente compreendido, e possa haver mecanismos de comprovação do todo o processo. “entre o dever de informar e o dever de se obter consentimento, situa-se o dever de averiguar se o interessado (paciente) entendeu as explicações que lhe foram dadas” (CALADO, 2014, p.161).

O consentimento informado deverá ser registrado e documentado, do contrário o profissional médico poderá ficar impossibilitado de provar sua efetiva obtenção, podendo gerar consequências graves no âmbito da responsabilidade civil. Ainda para este mesmo autor, o documento escrito é meio de prova e não é requisito essencial para o ato (KFOURI NETO, 2013).

A obtenção do consentimento informado não substitui a necessidade do diálogo que deva ser realizado entre médico e paciente para que esta relação seja mantida da forma mais clara e objetiva possível.

1.3.2 Capacidade

Como qualquer contrato no âmbito do direito civil, este instrumento deve necessariamente conter elementos válidos, entre os quais indivíduos capazes civilmente.

Bergstein (2013, p. 173) declara que: “se o consentimento, em seu significado jurídico, reporta a um ato de vontade livre, a sua formalização válida deve observar os requisitos legais que o precedem”.

Não podemos confundir legitimidade com capacidade. Legitimidade é um limitador da capacidade em certos negócios jurídicos. A legitimidade é o interesse ou autorização para agir em certos contratos previstos em lei. A pessoa pode ser capaz, mas pode não ter legitimidade para agir naquele caso específico (MENEZES, 2011).

O sujeito do consentimento livre, portanto, deve ser capaz do ponto de vista civil e ter condições adequadas de discernimento para poder expressar validamente sua vontade (BERGSTEIN, 2013).

Um dos mais importantes componentes do consentimento informado é a capacidade da pessoa para consentir. De acordo com Clotet (2000, p. 57): “A validade moral e legal do referido consentimento depende da capacidade do indivíduo”.

Outro ponto importante a ser apreciado é a pessoalidade, atualidade e o fato dele ser expresso. Nos casos em que o indivíduo é capaz, o consentimento não deve ser expresso através de representação, do contrário seria uma violação ao princípio bioético da autonomia e do valor juridicamente protegido da liberdade, e constante na Constituição Federal e Código Civil (BERGSTEIN, 2013).

O médico deverá sempre observar a personalidade do paciente, sua capacidade de compreensão, seus valores éticos, morais, religiosas, culturais, filosóficas, entre outros. O que pode ser desprezível para outro pode ser fundamental, cabendo ao médico analisar cada pessoa (EFING; NEVES, 2014).

Existem algumas situações nas quais a representação é aceita, nos casos de incapazes (menores, os portadores de transtornos mentais e pessoas em estado de inconsciência).

O consentimento informado será eficaz somente se for fundamentado no conhecimento provindo de uma informação completa e compreensível por seu destinatário. É o consentimento informado que traçará a linha divisória e a delimitação dos riscos que deverão ser suportados pelas partes: médico e paciente (BERGSTEIN, 2013).

Além da capacidade civil exigida para que o paciente ou responsável possam autorizar determinado procedimento, é importante lembrar quais os sujeitos legitimados a atuar neste processo.

É o médico assistente responsável pelo dever de informar. Vários autores corroboram esta afirmação. Conforme Bergstein (2013, p. 127): “a responsabilidade pelo dever de informar nas relações médico e paciente, via de regra recai sobre o profissional assistente, que consultado pelo paciente assume uma prestação infungível de informar adequadamente”.

Este dever de informar que na relação médico - paciente, assume uma condição de obrigação principal, é também dever ético do médico, de acordo com Código de Ética Médica, e em caso de seu descumprimento pode acarretar penalidades para o mesmo. Todavia em se tratando de equipe médica, principalmente a cirúrgica, é admitido pela doutrina qualquer membro da equipe poderá assumir este papel, e não necessariamente o cirurgião chefe da equipe. De maneira geral é o paciente e somente ele, o destinatário da informação, e

pela qual poderá emitir seu consentimento livre e esclarecido, porém esta escolha poderá ser atribuída ao representante legal, em se tratando de incapacidade de compreensão daquilo que se procura transmitir (BERGSTEIN, 2013).

As pessoas consideradas incapazes serão substituídas por seu procurador ou por um ente familiar mais próximo. Os quais devem ser devidamente informados quanto aos tratamentos que devem ser praticados, seus riscos e benefícios (BELTRÃO, 2015).

Como já mencionado anteriormente, nos próximos meses entrará em vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e exigirá de todos a necessidade de inclusão destas pessoas nas decisões em que as mesmas são parte direta no sentido de promover maior participação do em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Deste modo mesmo os indivíduos considerados incapazes terão uma maior participação de acordo com grau de possibilidade, não devendo ser excluído somente pelo fato de ser portador de deficiência ou necessidades especiais.

Ainda abordando a Lei nº 13.146 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa portadora de necessidades especiais somente poderá ser atendida sem o consentimento, prévio, livre e esclarecido, em situações de risco de morte e de emergência, o mesmo que se aplica a outras pessoas.

Da mesma forma se existe o direito do paciente em receber a informação adequada, é dever do mesmo oferecer ao profissional de saúde a mesma adequadamente sobre sua condição de saúde e fatos relevantes que possam ajudar ao médico na formulação de procedimentos diagnósticos e terapêuticos.

1.3.3 Conteúdo

Que dados são importantes ao paciente para que o mesmo possa exercer sua autonomia da vontade e consentir de forma livre a determinado procedimento? O próprio Código de Defesa do Consumidor impõe que a informação prestada pelo fornecedor deve considerar especificação correta da quantidade, características, preço, composição e riscos, que determinado produto ou serviço possa acarretar. Este conteúdo determinado pelo Código de Defesa do Consumidor pode ser também expandido para área médica, auxiliado por outras legislações específicas para garantir consentimento informado (FERRAZ 2009).

Exemplo de outras legislações que garantem os direitos dos pacientes é a Lei Estadual de São Paulo de nº 10.241 de 1999, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências, na qual determina qual conteúdo que a informação deve necessariamente conter:

Em seu artigo 2º Inciso VI dispõe que o paciente deverá receber informações claras, objetivas e compreensíveis sobre as possíveis hipóteses diagnósticas; diagnósticos realizados; exames solicitados; ações terapêuticas; riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas; duração prevista do tratamento proposto; Em tratando de procedimentos diagnósticos e terapêuticos invasivos, a necessidade ou não de anestesia, qual tipo de anestesia a ser realizado, o instrumental a ser utilizado, as partes do corpo afetadas, os efeitos colaterais, os riscos e consequências indesejáveis e a duração esperada do procedimento; exames e condutas a que será submetido; a finalidade dos materiais coletados para exame; possíveis alternativas diagnósticas e terapêuticas existentes, no serviço de atendimento ou em outros serviços e por fim o que se julgar necessário (SÃO PAULO, 1999).

O consentimento informado deverá conter algumas características, sem as quais o paciente não poderá emitir juízo de valor em autorizar ou não determinado procedimento médico.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, o consentimento informado deve necessariamente conter informações referentes à: Identificação do paciente ou de seu responsável legal; Nome do procedimento a ser realizado; Descrição técnica do procedimento (em termos que o leigo consiga entender); Possíveis complicações do procedimento (antes, durante e após a realização); Informações sobre procedimento anestésico (se couber); Possibilidade de intercorrências durante o procedimento e possíveis modificações durante o procedimento; Confirmação que as explicações foram efetivamente compreendidas e conseqüentemente a autorização do procedimento, com indicação da data provável do evento; Possibilidade de revogação do procedimento; Assinatura de testemunhas.

De qualquer forma tanto o Termo de Consentimento Informado como as informações fornecidas de forma oral devem satisfazer às expectativas e necessidades do paciente, devendo ser levada em consideração as condições sócio-econômico-culturais, e que sejam corretas, honestas e compreensíveis (MINOSSI, 2011).

Deverá ser analisada em relação o quantum de informação deve ser apresentado ao paciente para que o mesmo possa ter entendimento claro da situação e deve conter

elementos importantes e relevantes dos atos e práticas médicas, bem como objetivos e consequências. Desta forma deve abranger diagnóstico, terapêutica e prognóstico da doença (BERGSTEIN, 2013).

O conteúdo adequado deve estar atrelado a adequação e aos meios de informação utilizados, nos quais os meios devem ser compatíveis com determinado serviço e o consumidor final, que em nosso caso será o paciente (LOBÔ 2001).

A doutrina em entendimento majoritário entende que o conteúdo do dever de informar, abrange todas as informações necessárias e suficientes, para o devido conhecimento e esclarecimento do paciente, em relação aos aspectos mais importantes sobre riscos, consequências do procedimento, possibilidades de êxito, efeitos colaterais, para que o mesmo possa tomar sua decisão de forma mais plena e segura (CAVALIERI FILHO, 2014).

O termo de consentimento informado deve ter linguagem técnica adaptada para compreensão do leigo, evitando com isso questionamentos sobre a validade (vícios de consentimento) (MINOSSI, 2011).

O Código de Defesa do Consumidor também aborda o conteúdo da informação, quando em seu artigo 6º, dispõe que é direito básico do consumidor que a informação seja adequada e clara sobre os diferentes serviços, bem como todos os riscos inerentes aquele serviço que será prestado.

Também neste mesmo Código em seu art. 43, §1º, são estabelecidas as exigências relativas ao conteúdo dos dados a serem informados. As informações deverão ser claras, objetivas, verdadeiras e em uma linguagem acessível e de fácil compreensão.

A exigência deste artigo supracitado tem por finalidade que o interessado ao receber a informação, possa compreender exatamente seu conteúdo e real significado da mesma. Não se deve aceitar informações com demasiada linguagem técnica, em idioma estrangeiro, prolixa, o que podem fazer que o não entendimento do conteúdo da informação possa anular este requisito do contrato (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2014).

No Recurso Especial nº 586.316, sobre direito à informação, transparência do consumidor, o relator do recurso entende que a informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa. Principalmente no campo da saúde em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, e que é um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que

padecem de enfermidades ou de necessidades especiais é frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316 - MG (2003/0161208-5). Segunda Turma. Rel. Herman Benjamin, julg. 17/04/2007).

Diante do exposto fica evidente a importância do conteúdo como requisito na elaboração do termo de consentimento informado, visto que a informação para ser entendida como tal precisa apresentar um conteúdo claro, objetivo e de fácil entendimento para a tomada de decisão.

A depender da função exercida pelo dever de informar, o conteúdo da informação pode assumir caráter distinto. Função com interesse econômico e de segurança, seus conteúdos são mais evidentes numa fase pré - contratual, pois a escolha de determinado serviço pode depender a princípio pelo fator econômico ou pelo uso que vai ser utilizado e pela segurança que possa fornecer. Desta forma continua o autor, a mesma informação pode ser válida no momento da decisão como no momento do uso (FERRAZ, 2009).

CAPÍTULO 2 A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO PELO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO

Após abordagem dos aspectos referentes ao consentimento informado, em relação a conceito, os princípios que o regem e requisitos, será estudada neste capítulo a relação entre o médico e paciente, seus aspectos contratuais, reflexo do consentimento informado nesta relação e qual as consequências que existem no descumprimento neste dever de informar.

2.1 Responsabilidade contratual

No momento em que o paciente solicita os serviços de um profissional médico, configura-se uma forma de contrato, possuindo características especiais de vulnerabilidade do paciente, ainda que este tipo de contrato não tenha forma determinada, desde que se trata de objeto lícito, possível e determinável, com partes capazes e não sendo o mesmo defeso por lei, está-se diante de um contrato juridicamente válido (EFING 2014).

Algumas profissões, pelos riscos que representam para sociedade, estão sujeitas a disciplina especial. Alguns erros profissionais podem ser fatais, razões pela qual é necessário o preenchimento de alguns requisitos legais para o exercício de algumas atividades profissionais, e neste elenco de profissão encontra-se a do médico. O preenchimento destes requisitos não exime o profissional de responder pelos danos que possam vir a causar (CAVALIERI FILHO, 2014).

A atuação do médico em sua essência constitui-se numa obrigação de fazer, que, onde a parte obrigada qual seja o médico, deve prestar assistência da melhor forma possível à outra parte (credor obrigacional). Ainda para este autor, sendo uma obrigação de fazer, o sujeito obrigado ou passivo incorre na obrigação de indenizar quando este não a fizer, ou se ainda houver defeito na prestação realizada (CALADO, 2014).

A relação médico e paciente é disciplinada no Brasil por dois institutos: Código de Defesa do Consumidor e pelo Código de Ética Médica Porém temos que questionar se o exercício médico, e conseqüentemente a relação médico e paciente pode ser caracterizada como relação de consumo, nos moldes aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor (DANTAS, 2014).

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade contratual do médico deve ser examinada por dois aspectos. O primeiro aspecto é a responsabilidade decorrente da prestação do serviço diretamente prestado pelo médico como

profissional, e o segundo aspecto decorre de serviços médicos prestados de forma empresarial (CAVALIERI FILHO, 2014).

O Código de Defesa do Consumidor é bem claro quando cita que a responsabilidade subjetiva ao profissional médico (responsabilidade pessoal), não abrange a pessoa jurídica na qual ele trabalhe ou na qualidade de empregado ou como sócio. Para este autor, a natureza do contrato celebrado entre o médico e paciente é divergente na doutrina. Para alguns seria contrato de prestação de serviços e para outros um contrato *sui generis*. Visto que o profissional médico não se limite a prestar somente serviços técnicos, mas também portar-se como guardião, conselheiro do paciente e às vezes de seus familiares (CAVALIERI FILHO, 2014).

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, § 4º estabelece como regra geral a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais prestadores de serviço, apesar desta posição ainda não estar pacificada na doutrina. Algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça ainda não aplicam a esta relação o Código de Defesa do Consumidor, por entenderem que não se trata de uma relação de consumo, como teremos oportunidade de verificar.

É majoritário o entendimento doutrinário no Brasil de que a relação médico-paciente enquadra-se na hipótese de responsabilidade contratual (BERGSTEIN, 2013). De acordo com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a relação entre o médico e paciente tem caráter contratual, desta forma aplica-se o Código de Defesa do Consumidor.

Após o advento do Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade médica deve ser vista sob dois aspectos: em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. A segunda a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços empresariais, aí incluem-se hospitais, clínicas, bancos de sangue etc., porém segundo este autor, esta divergência doutrinária em nada altera a responsabilidade contratual do médico (CAVALIERI FILHO, 2014).

A importância deste entendimento sobre caráter da relação, é que se entendida como contratual é o paciente que tem a obrigação de fazer a prova e o dano, e em relação ao médico caberá ao mesmo provar que agiu dentro do dever de cuidar.

O médico ao exercer sua atividade fica vinculado a uma obrigação de meio, que através de todos os esforços possíveis exerça sua atividade em benefício do paciente (BERGSTEIN, 2013).

A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, de modo que se o tratamento não produz o efeito esperado, não se pode falar a princípio em inadimplemento contratual. Desta forma continua o autor, que a responsabilidade do médico embora seja contratual, é considerada subjetiva e com comprovação de culpa. Caberá ao paciente ou seus responsáveis legais provarem que houve culpa do profissional (CAVALIERI FILHO, 2014).

A responsabilidade médica é de natureza contratual, porém não apresenta o resultado de presumir a culpa. Ainda de acordo com este mesmo autor, o médico não se compromete com a cura, mas realizar os procedimentos de acordo com as regras e métodos da profissão (KFOURI NETO, 2013).

É que independentemente da classificação jurídica que se adote na relação médico e paciente, contratual ou extracontratual, é imposto ao médico deveres os quais, independentemente das situações o mesmo é obrigado a adotar (BELTRÃO, 2015).

O médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, porém atua também como conselheiro, como protetor do enfermo, entende que a natureza do contrato é *sui generis*. Tal natureza não altera a responsabilidade do médico, e tratando-se de responsabilidade contratual é imperativo saber se a obrigação gerada pelo contrato é de meio ou de resultado. A responsabilidade médica embora contratual, é subjetiva e com culpa provada (CAVALIERI FILHO, 2014).

O Código de Defesa do consumidor em seu artigo 14, § 4º abriu exceção ao sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido. Dispõe este artigo “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL, 1990). Ainda dispõe o Código de Defesa do Consumidor que a exceção abrange tão somente a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorece, portanto a pessoa jurídica para qual o mesmo trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade.

O estudo da natureza jurídica da relação médico-paciente é o importante para o direito de forma que se pode determinar em que tipo de relação se encaixa, a fim de possibilitar aplicação correta de seus preceitos, em relação a prazo prescricional, das obrigações decorrentes do conteúdo do contrato ou do serviço, bem como ônus da prova (BELTRÃO, 2015).

Ainda conforme este autor, além do enquadramento jurídico da relação médico e paciente, o procedimento e atuação do médico obedecem à função social, com o estado impondo normas que devem ser observadas como regras e limites ao exercício da profissão.

Em relação a esta questão de responsabilidade contratual ou extra contratual, se aplica ou não o Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência considera que se aplica o código de defesa do consumidor à atividade médica, de acordo com decisão abaixo:

No Recurso Especial nº 731.078, sobre erro médico e aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que: “[...] que é aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas existentes no §4º. artigo 14 deste mesmo código” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 731.078 - SP (2005/0036043-2). Terceira Turma, Rel. Castro Filho, julgado em 13/12/2005, publ. 13/02/2006).

Porém a discussão doutrinária e divergência da jurisprudência ainda existem. Outro julgado do Superior tribunal de Justiça entendeu que a relação médico paciente não é de consumo, de acordo com outro recurso especial julgado pela corte Superior.

No Recurso Especial nº 466.730, sobre reparação de danos em procedimento médico, o Superior Tribunal de Justiça decidiu: “[...] No entanto, a interpretação consumerista não se aplica à espécie, dado que a lide foi decidida sem a invocação protecionista da inversão probatória, visto não se tratar de relação de consumo” (BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 466.730 - TO (2002/0109327-0) Quarta Turma, Rel. Hélio Quaglia Barbosa, julg. 23/09/2008, publ. 01/12/2008).

Já não há mais dúvidas em relação à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e nesta inclui-se a relação médico e paciente. Deste modo assegura este autor, não se pode deixar de analisar esta relação sob a ótica de um dos fundamentos da república que é a dignidade da pessoa humana. Ainda, ao analisar o cidadão pelos preceitos constitucionais não pode deixá-lo de vê-lo como consumidor, e diante da vulnerabilidade presumida do consumidor, o fornecedor de serviços deve atentar por estas garantias e princípios, sobretudo se estamos falando da relação médico e paciente (CALADO, 2014).

O Código de Ética Médica é claro quando impõe que todo ato médico precisa de consentimento prévio, e é justificado pelo direito que cada paciente tem de decidir seu destino (FRANÇA, 2010). Ainda de acordo com este autor, o vínculo firmado entre paciente e médico acarreta num contrato de prestação de serviços, e que houve delegação para que algo possa ser feito. Corresponde a um binômio de necessidade e consciência.

Diante deste vínculo contratual que se forma, não pode o termo de consentimento informado ser estritamente técnico, deve-se ter explicação simples, objetiva, honesta, permitindo com isso que o paciente possa tomar uma posição que lhe satisfaça ou

beneficie. Continua o autor, que o termo de consentimento informado não cria obrigações diante do que é grave e abusivo a vida e a saúde, como também não exclui o médico de responsabilidade ética e jurídica, se comprovada à culpa (FRANÇA, 2010).

2.2 Reflexos do consentimento informado na responsabilidade civil do médico

Neste tópico abordaremos quais os reflexos jurídicos da responsabilidade civil do médico em sua relação com o paciente.

O dever de informar é derivado do princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual, estando disposto artigo 422 do Código Civil. Sendo este princípio violado, caracterizar-se-á espécie de inadimplemento contratual (EFING, 2014).

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

O consentimento informado obtido do paciente não é um salvo-conduto para o médico cometer excessos e descuidar da técnica a todos imposta. Continua este autor, que o consentimento informado não isenta o médico do dever de cautela, de diligência e perícia, servindo como legitimação à intervenção médica, sem o que pode existir crime contra a integridade física ou mesmo constrangimento ilegal, apesar de legitimar a ação médica, não afasta a possibilidade de reparação civil em caso de dano (SILVA, 2003).

O termo de consentimento informado produz efeitos, e que legitima a atuação do médico e o isenta de responsabilidade civil quando não houver culpa (VAZ, 2007).

Conforme ensina Silva (2003, p. 1): “ao consentir com o tratamento sugerido o paciente está apenas autorizando a aplicação dos meios indicados, mantendo o direito de exigir que o profissional tenha diligência”.

O termo de consentimento esclarecido ou livre não pode ser confundido com possíveis causas de exclusão de responsabilidade, como ausência denexo causal, caso fortuito, força maior, entre outras (KFOURI NETO, 2002).

Diante da inexistência do Consentimento Informado, a culpa do médico já se faz existente pela negligência quanto a um dos seus deveres, que por outro lado constitui direito do paciente de conscientemente e esclarecido decidir sobre as ações que possam incidir sobre a sua integridade física (SILVA, 2003).

O termo de consentimento informado reflete direito do paciente e um dever do médico. Este tipo de contrato cria proteção para ambas às partes da relação médico e paciente, por um lado garante o direito de se autodeterminar ao paciente, garante ao profissional médico, meio de prova em caso de necessidade, que os deveres do mesmo foram adequadamente cumpridos. Um dos principais reflexos do consentimento informado contribui para que a relação entre médico e paciente seja baseada em confiança e respeito ao indivíduo em seus valores fundamentais, e representa peça importante para exclusão da responsabilidade civil do médico de acordo com caso em concreto (LIMA, 2013).

Outro reflexo do consentimento informado na relação médico e paciente é que, quando um determinado procedimento é realizado sem consentimento do paciente, ou por ser vicioso, ou por proibição, tem como resultado uma violação aos direitos da personalidade do paciente (LIMA, 2013).

O termo de consentimento informado não deve ser usado como alternativa ou substituta da comunicação oral, devendo ser visto como ajuda ao diálogo, não sendo necessário obter assinatura do paciente em todo procedimento, configurando desta forma medicina defensiva. E não garante segundo o autor, que este tipo de conduta evite futuras demandas judiciais, além de gerar desconfiança na relação entre médico e paciente (MINOSSI, 2011).

Os prontuários médicos de acordo com recomendação do Conselho Federal de Medicina devem ser sempre elaborados e conterem informações adequadas do atendimento médico. Segundo Minossi (2011), deve incluir as informações que foram transmitidas e o grau de participação dos pacientes ou responsáveis legais nas decisões terapêuticas ou diagnósticas. Estes documentos podem servir de comprovação que o dever de informar foi cumprido de forma adequada.

Para grande parte da doutrina o ônus da prova na obtenção do consentimento informado cabe ao médico. De acordo com Cavalieri Filho (2014, p. 378): “só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou ao hospital”.

A Corte Superior tem firmado a necessidade da realização do consentimento informado. No Recurso Especial nº 1.180.815 que aborda a responsabilidade do profissional médico em obter o termo de consentimento informado registramos o seguinte voto da relatora deste Recurso Especial:

[...] de atribuir ao ‘termo de consentimento informado’ a capacidade de excluir o dever do médico de indenizar o paciente por danos provocados por negligência, imprudência ou imperícia. O documento assinado pela recorrida somente comprova a boa-fé que orientou o recorrido durante a relação com a paciente, enumerando os benefícios e complicações normalmente diagnosticadas na intervenção a que se submeteu a recorrente inclusive as hipóteses de caso fortuito, que escapam ao controle da ciência médica. É possível concluir que a recorrente, ao anuir com os termos do documento elaborado pelo recorrido, estava ciente da possibilidade de falha na cirurgia realizada e a possibilidade de maior evidência das cicatrizes, em virtude de sua maior predisposição genética e racial. Assim, não só a atuação regular do profissional retirou o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, como também foi cumprido o dever de colher o consentimento informado da recorrente, nos termos do art. 34 da recente Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (Código de Ética Médica), que veda ao médico deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. Diante desse panorama, não vislumbro ofensa aos artigos 186 e 927 do CC/02 e 14 do CDC. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.180.815 - MG. Terceira Turma, Rel. Nancy Andrighi, julg 19/08/2010).

Percebe-se nesta decisão a importância da obtenção do termo de consentimento informado para profissional de saúde responsável pela condução do caso, que ao ter registrados eventos adversos que podem surgir decorrentes de determinado procedimento terapêutico, demonstrando boa fé na relação médico paciente e com anuência do paciente ou seu responsável legal, isenta o profissional de infringir preceitos éticos e legais não podendo o mesmo a vir ser responsabilizado por danos ocorridos salvo na presença do elemento culpa.

Passaremos a estudar a reponsabilidade médica no descumprimento do dever de informar ao paciente e na não obtenção do termo de consentimento informado.

2.3 Descumprimento do dever de informar

Neste tópico abordaremos as consequências que podem advir no descumprimento de informar, bem como, se existem situações nas quais pode haver a não obrigatoriedade de informar sem acarretar prejuízo ao profissional de saúde.

A princípio, todo e qualquer ato médico requer o consentimento para ser realizado. Existem algumas exceções nas quais o próprio ordenamento jurídico brasileiro condena a inatividade do profissional de saúde (LIMA, 2013).

Para que possa haver legitimidade no descumprimento do princípio da autonomia, e conseqüentemente na não obtenção do termo de consentimento esclarecido, se faz necessário que esteja caracterizado de forma inequívoca o iminente perigo de morte, sem o qual não haverá justificativas éticas ou morais. Em casos de urgência e emergência com iminente perigo de morte não parece haver grandes problemas de entendimento, porém a

situação se torna delicada, nos casos em que o paciente ou família, não aceitam continuar determinado tratamento ou realizar exames, por acharem os mesmos fúteis ou desnecessários. Nestes casos deverá o médico tentar de todas as formas possíveis em conquistar a adesão dos mesmos (FRANÇA, 2010).

O próprio Código Penal Brasileiro em seu artigo 135 define a situação de omissão de socorro, dispondo que deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo e sem risco, à pessoa abandonada, inválida ou ferida, ou em grave e iminente risco, não pedir socorro a autoridade pública é passível de detenção ou multa. Ainda ressalta que a pena poderá ser aumentada se desta omissão resultar em lesão corporal grave ou morte.

Porém existem situações conhecidas que são exceções ao dever de obter o consentimento informado, ou dever de informar de acordo com Ferraz. Entre elas podemos destacar: situações de interesse público (emergências de saúde pública), situações de urgências ou emergências médicas, paciente que abdica do direito, privilégio terapêutico, incapaz. Apesar desta última com advento do Estatuto da pessoa com Deficiência, deverá de ser exceção (FERRAZ, 2009).

Outra exceção do dever de informar é em caso de tratamento compulsório. No caso do não tratamento do paciente poder ocasionar danos a sociedade, visto que a saúde da coletividade prevalece sobre a autonomia individual. Exemplos de tratamento compulsório são as campanhas obrigatórias de vacinação, tratamento das diversas doenças infecto contagiosas, e os presos que estão sob a tutela do estado, poderão ser tratados independentemente do consentimento (VAZ 2007).

Algumas destas situações não trazem qualquer problema de entendimento. Porém as mais problemáticas do ponto de vista operacional são as situações que o paciente abdica do direito e a do privilégio terapêutico. Parte da doutrina entende que ainda que o paciente renuncie ao direito de receber informação e conseqüentemente tomar uma decisão, este direito de autodeterminação é irrenunciável. Sem ele o paciente abdicaria de sua própria qualidade de ser humano. Entretanto a mais controversa é o privilégio terapêutico, que significa ao profissional médico ter o direito de sonegar ou mesmo distorcer a informação, quando tenha convicção que esta informação poderá trazer dano ao paciente (FERRAZ, 2009).

A ausência do consentimento livre ou informado pode resultar em dano por restringir os direitos do paciente à liberdade ou ao próprio corpo. Se há falha no dever de informar, e partir desta o paciente consentir na realização do procedimento médico, o contrato

efetuado pelo paciente, ou seja, o consentimento informado dado por ele poderá ser considerado vicioso, podendo torna-se inválido (LIMA, 2013).

A responsabilidade civil do médico configura-se quando a culpa, dano e nexo de causalidade são verificados. No caso da responsabilização do médico por não obter o consentimento informado, deve ser estabelecida de forma inequívoca a falta da informação e o prejuízo ocorrido. Deste modo o dano deverá ser consequência da falha ou ausência da informação, sendo que esta falha une-se ao dano pelo nexo de causalidade (KFOURI NETO, 2013).

Decisões em tribunais de justiça têm julgado procedentes casos nos quais não são evidenciadas a obtenção do consentimento informado. No recurso de apelação do TJ-SP - Apelação: 0651996-82.2000.8.26.0100 no qual o Desembargador Carlos Alberto Garbi foi relator, observamos com clareza tal situação:

[...] Restou inequivocamente caracterizado o dano moral que, nesses casos, configura-se in re ipsa, ou seja, decorre do fato em si. É intuitivo que a pessoa que é internada em hospital para cirurgia de extração de ovário esquerdo e descobre tempos depois que foi retirado seu ovário direito sem ter sido informada e sem ter sido orientada acerca dessa possibilidade antes do ato cirúrgico, sofre dano moral, porque a situação ultrapassa o infortúnio normal, agravado pelo fato de se tratar de uma mulher com intenção de engravidar (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso Apelação nº. 0651996-82.2000.8.26.0100 - SP. 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Alberto Garbi, julg 10/09/2013).

Outro recurso de apelação no qual foi julgada procedente a ação pelo descumprimento de informar pode ser visto no recurso de apelação do TJ -SP - APELAÇÃO Nº 0103456-50.2006.8.26.0100, cujo voto do relator Desembargador Carlos Alberto Gardi transcreveremos em parte:

[...] Ainda que não se possa apontar erro no uso da técnica e nos cuidados do réu com a autora, não pode o médico submeter o paciente ao risco de procedimento e técnica ainda não consagrados, e conseqüentemente de todas as complicações decorrentes, sem bem informar a respeito o paciente. Reside neste ponto, destarte, a responsabilidade do réu pelo sofrimento imposto à autora em razão de todas as complicações comprovadas nos autos e igualmente pela quebra da forte expectativa que criou para a correção da acuidade visual. Nesse passo, tem-se que o réu, como fornecedor de serviço e sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, tinha a obrigação legal de bem informar a paciente acerca dos serviços médicos que lhe seriam prestados, assim como todas as intercorrências da cirurgia, o que não ocorreu. O réu violou norma ética e, esta conduta, por si só, acarreta o dever de indenizar. À falta da prestação de informações adequadas, previamente à autora, não se pode afastar a responsabilidade do profissional pelas complicações sofridas pela autora. Percebe-se que o réu assumiu o risco do resultado, dirigindo sua ação de forma a expor a autora, insciente, aos riscos da cirurgia (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso Apelação nº 0103456-50.2006.8.26.0100 - SP. 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Alberto Garbi, julg 29/04/2014).

Como pode perceber não basta que o profissional realize determinado procedimento com técnica correta, deverá o médico informar ao paciente ou responsável de possíveis complicações advindas desta técnica, não o isentando de responsabilidade em caso de surgimento de complicações sem que os mesmos tenham sido previamente cientificados e concordantes com a utilização desta referida técnica.

CONCLUSÃO

Vimos no presente estudo que as relações contratuais entre particulares sofreram forte impacto após a introdução no ordenamento jurídico da Constituição Federal de 88, e trouxe junto com a mesma outros dispositivos legais tais como Código de Defesa do Consumidor, e que associado ao Código Civil de 2002 tornou a relação entre fornecedor de serviço e consumidor mais transparente, com deveres e obrigações para as partes.

Neste sentido é que discorremos sobre um tipo especial de relação que para alguns é *suis generis*, para outros uma mera relação de consumo, mas que traz no cerne desta relação um tipo especial de contratualização com a feitura do termo de consentimento informado ou livre. Tal documento ou contrato é garantido e definido como essencial numa relação que envolva prestador de serviço médico e paciente tanto pelo Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, como esta relação envolve profissional médico, e de acordo com exigências tanto do Código de Ética Médica como demais resoluções do Conselho Federal de Medicina, o termo de consentimento informado é também obrigatório.

Na relação entre médico e paciente o termo de consentimento informado deve ser entendido não só como um contrato que gera direito ao paciente e possa garantir ao mesmo sua autonomia da vontade, mas também que possa delimitar e legitimar a atuação do profissional médico bem como sua responsabilidade nesta relação.

Para entendermos melhor este tipo de contrato, foram observados os vários conceitos utilizados pela doutrina para o referido termo, bem como o que o próprio Conselho Federal de Medicina entende como tal. Foi necessário abordarmos os principais princípios que norteiam a relação médico paciente, dentre os quais podemos destacar, o princípio da autonomia da vontade, aplicado não somente nas relações entre particulares, mas um dos mais importantes na relação médico paciente. Diz respeito não somente garantir ao paciente um preceito constitucional disposto no art. 5º. II da Constituição Federal de 88, como também um direito do paciente a recusa de determinado procedimento médico diagnóstico ou terapêutico após plenamente cientificado e informado das condições do mesmo.

Outro princípio também importante e abordado foi o da beneficência. Amplamente difundido pelo Conselho Federal de Medicina, este diz respeito que na atividade médica o profissional deverá agir sempre em busca de propiciar ao paciente o melhor bem estar possível e utilizar todos os recursos disponíveis e necessários em benefício do paciente.

Um dos mais importantes princípios abordados neste estudo foi o da boa fé objetiva. Este princípio refere-se à conduta honesta, leal, correta. É a boa fé do comportamento. O mesmo está sedimentado na honestidade, lealdade, e impõe a ambas as partes médico e paciente o dever de segui-lo em toda sua profundidade nas diversas fases que compõe a relação contratual.

Foi analisado também o princípio da informação. O mesmo reveste de importância capital na relação médico paciente e na obtenção do termo de consentimento informado. Este princípio encontra-se disposto em vários dispositivos legais, e também no Código de Ética Médica, como fundamental a formação e manutenção de uma relação saudável e confiável envolvendo médico e paciente. Necessário para obtermos o termo de consentimento livre ou informado ter a informação mais precisa possível, e que a mesma seja transmitida de forma clara, objetiva e que a mesma uma linguagem acessível ao leigo.

Após análise dos princípios discorremos sobre os diversos requisitos que compõe este contrato. Vimos que não existe uma forma estabelecida em lei, mas parece haver consenso que quanto mais complexo o procedimento deverá ser adotada a forma escrita, que parece trazer maior garantia as partes, principalmente ao profissional médico. Analisamos também o conteúdo deste termo. O que deverá constar como informação no mesmo. Quais informações serão importantes para constar no documento e quais são necessárias para que o paciente possa tomar uma decisão adequada e consciente.

Por fim como se trata de tipo de contrato se fez necessária a análise da capacidade. Quais são as pessoas legitimadas em obter o consentimento bem como as pessoas que são responsáveis em consentir. Abordado em quais as situações nas quais a representação é aceita, em especial nos casos das pessoas incapazes.

Após análise dos princípios e requisitos, foi estudada a relação contratual entre médico e paciente, os reflexos advindos da obtenção do termo de consentimento informado e a consequência no descumprimento do dever de informar.

No que diz respeito à relação contratual entre médico e paciente existem posições divergentes. Para grande parte da doutrina esta relação seria contrato de prestação de serviços enquanto que para outra parcela trata-se de contrato sui generis.

O certo é que tanto para o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e como a maioria da jurisprudência observada é que a relação entre médico e paciente tem caráter contratual e deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor para normatizar a mesma.

Em relação aos reflexos contratuais advindos na obtenção do termo de consentimento ficou claro que o mesmo não somente garante direito as ambas às partes da relação médico e paciente, como também garante ao paciente sua autonomia da vontade bem como ao profissional médico um meio de prova em caso de necessidade, que os deveres do mesmo foram adequadamente cumpridos.

A obtenção do termo de consentimento informado ou livre apenas autoriza a utilização dos meios indicados no contrato, não devendo ser confundido com garantia de exclusão de responsabilidade do profissional em caso de culpa, devendo o paciente ou responsável exigir conduta ética, de confiança e respeito e de forma profissional.

Vimos também que determinado procedimento pode se tornar vicioso, em caso de ausência da obtenção do termo, tendo como resultado uma violação aos direitos da personalidade do paciente.

E por fim qual foi analisada qual a responsabilidade do médico no descumprimento do dever de informar. Vimos que de forma geral que todo procedimento médico diagnóstico ou terapêutico deve ser precedido da obtenção do termo de consentimento livre ou informado. Para que possa haver a responsabilização do médico pela não obtenção do consentimento informado, deverá haver de forma segura a correlação entre a falta de informação com o dano ocorrido. Desta forma deverá ser provado que o dano foi consequência da falha ou ausência da informação, sendo que esta falha une-se ao dano pelo nexo de causalidade.

Vimos que existem algumas situações apresentam-se como exceções ao dever de obtenção do termo de consentimento informado. Outros casos que são exceções, porém são mais problemáticos para os diversos atores, visto que existem divergências doutrinárias, tais como, tratamento compulsório, privilegio terapêutico e paciente que abdica de seu direito de ser informado.

Diante desta revisão bibliografia realizada entre os diversos autores e a jurisprudência dos tribunais, poderíamos concluir e responder o problema lançado na introdução de forma bastante segura, e confirmar que a hipótese feita inicialmente neste estudo “O estudo tem como premissa que os profissionais de saúde (médicos), ainda não se atentaram para a importância da utilização deste instrumento para manter a relação médico e paciente mais transparente e equilibrada, bem como, como meio de proteção legal contra processos judiciais que possam advir desta relação”, na qual os médicos efetivamente ainda não estão atentos da importância deste instrumento contratual, no sentido de deixar a relação

médico paciente mais segura e confiável, bem como salvaguardar os médicos dos aspectos legais advindos da obtenção deste contrato. Tal hipótese é corroborada pelas inúmeras decisões judiciais nas quais o tema é suscitado e tem como fator importante das decisões a ausência da obtenção do termo de consentimento informado ou livre.

Espera-se que este estudo possa contribuir ao profissional médico da importância na obtenção do termo de consentimento informado ou livre, nas diversas situações que envolvam a relação médico e paciente. Ainda que não exista forma prevista em lei, e de acordo com a doutrina a mesma é livre, deve o profissional médico estar atento e quando o obter, o faça na forma escrita, em especial para naqueles procedimentos mais complexos, visto que servirá como prova documental e fidedigna para futuras demandas judiciais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Carneiro da Cunha. Responsabilidade civil médica e o código de defesa do consumidor. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. n. 10, p. 41-53, junho/2011. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/index.php?n=NUM00010>>. Acesso em: 08 out. 2015.

BELTRÃO, Sílvio Romero. O consentimento informado e sua dinâmica da relação médico-paciente: natureza jurídica, estrutura e crise. **RJLB**. Ano 1, n. 2, 2015. <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1965_1999.pdf>. Acesso em 20 maio 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução 196/96 sobre pesquisas envolvendo seres humanos**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 07 out. 2015.

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de Julho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 731.078- SP (2005/0036043-2). Terceira Turma, Rel. Castro Filho, julgado em 13/12/2005, publ. 13/02/2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177060/recurso-especial-resp-731078-sp-2005-0036043-2>>. Acesso em: 24 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 466.730 – TO (2002/0109327-0) Quarta Turma, Rel. Hélio Quaglia Barbosa, julg. 23/09/2008, publ. 01/12/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2018569/recurso-especial-resp-466730-to-2002-0109327-0/inteiro-teor-12224479>>. Acesso em: 24 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586.316 - MG (2003/0161208-5). Segunda Turma. Rel. Herman Benjamin, julg. 17/04/2007. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2008885.PDF>>. Acesso em 01 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.180.815 – MG. Terceira Turma, Rel. Nancy Andrich, julg. 19/08/2010, Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932146/recurso-especial-resp-1180815-mg-2010-0025531-0/inteiro-teor-16827834>>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso Apelação nº. 0651996-82.2000.8.26.0100 – SP. 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Alberto Garbi, julg 10/09/2013. Disponível <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117765723/apelacao-apl-6519968220008260100-sp-0651996-8220008260100/inteiro-teor-117765731>> acesso em: 15 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso Apelação nº 0103456-50.2006.8.26.0100 – SP. 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Alberto Garbi, julg 29/04/2014. Disponível <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120417048/apelacao-apl-1034565020068260100-sp-0103456-5020068260100/inteiro-teor-120417058>> acesso em 15 out. 2015.

CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ**. Curitiba: Juruá, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CREMERJ. Conselho Regional de Medicina no Rio de Janeiro. **Parecer 124/2003**. Disponível em: <<http://www.cremerj.org.br/resolucoes>> Acesso em: 15 mar. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. **Resolução CFM nº 1931/2009**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 1.805/2006**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 17 set. 2015.

CLOTET, Joaquim. **Consentimento informado e sua pratica na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre. Edipucrs 2000.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. **O principio da beneficência na responsabilidade civil do médico**. 2000. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista>>. Acesso em: 10 set. 2015.

EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. Consentimento livre e esclarecido: responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. **Revista da Faculdade de Direito - UFMG**. Belo Horizonte, n. 65, pp. 67 - 90, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1631/1559>>. Acesso em: 22 out. 2015.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao código de ética médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**: parte especial: tomo I, contratos. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. Consentimento informado e cirurgia plástica. **Revista Brasileira de Cirurgia Plástica**. v. 22, n. 3 p. 188-193., 2007. Disponível em: <http://rbcp.org.br/audiencia_pdf.asp?aid2+32&nomeArquivo=22-3>. Acesso em: 08 set. 2015.

LIMA, Maíra Virgínia Mascarenhas. **A responsabilidade civil do médico em face do termo de consentimento informado**. 2013. 72 f. Monografia - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5874/1/2013>>. Acesso em: 20 out. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, no. 51, 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigo/2216>>. Acesso em: 22 set. 2015.

MENEZES, Rafael de. **Elementos, requisitos e pressupostos contratuais**. Nov. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/elementos-requisitos-e-pessupostos-contratuais>>. Acesso em 23set. 2015.

MINOSSI, José Guilherme. O consentimento informado: qual o seu real valor na prática médica? **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**. v. 38, n. 3, maio/jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-69912011000300011>. Acesso em: 09 out. 2015.

SÃO PAULO. **Lei nº 10.241**, de 17 de Março de 1999. Disponível em:<<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/168477/lei-10241-99>>. Acesso em: 05 out. 2015.

SILVA, Carlos Alberto. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3809>>. Acesso em: 08 out. 2015.

VAZ, Wanderson Lago, REIS, Clayton. Consentimento informado na relação médico-paciente. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 7, n. 1, p. 489-514, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/580/497>>. Acesso em: 25 out. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.