

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

Daniel Felipe Maciel Fernandes

**TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E RESPONSABILIDADE
CIVIL: a autonomia do médico**

Ouro Preto
2021

DANIEL FELIPE MACIEL FERNANDES

**TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E RESPONSABILIDADE
CIVIL: a autonomia do médico**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Doutora Iara Antunes de Souza

Ouro Preto

2021



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Daniel Felipe Maciel Fernandes

**TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E RESPONSABILIDADE CIVIL:
a autonomia do médico**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 23 de novembro de 2021.

Membros da banca

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza - Orientadora (Universidade Federal de Ouro Preto)
Prof. Ms. Edvaldo Costa Pereira Júnior - (Universidade Federal de Ouro Preto)
Profa. Mestranda Eloá Leão Monteiro de Barros - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza, orientadora do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 02/12/2021.



Documento assinado eletronicamente por **Iara Antunes de Souza, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 02/12/2021, às 16:26, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0253333** e o código CRC **D3DF2C6C**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.012690/2021-70

SEI nº 0253333

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me guiar e me permitir ter as melhores escolhas para chegar até aqui.

Agradeço a minha família, que sempre foi minha base e me proporcionou todas as oportunidades e suporte para me tornar quem eu sou.

Agradeço minha namorada, por me incentivar a seguir em frente e me auxiliar durante toda a faculdade.

Agradeço minha orientadora, Profa. Doutora Iara Antunes de Souza, que não somente me guiou brilhantemente durante a elaboração do presente trabalho, como também é grande inspiração e referência no biodireito e na Faculdade de Direito da UFOP.

RESUMO

O presente estudo aborda questões acerca da efetividade do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido em limitar a responsabilidade civil médica. A própria necessidade de um contrato escrito entre paciente e médico, a forma e os procedimentos a serem seguidos, bem como os princípios biojurídicos envolvidos em tal procedimento serão abordados buscando comprovar a relevância de se ter um documento que descreva as obrigações de cada uma das partes, protegendo-as e permitindo que se garanta a autonomia privada de cada um dos envolvidos. Será necessário, ainda, enquadrar a relação médico-paciente no universo dos Contratos, categorizando a relação ali estabelecida para demonstrar até onde o profissional se obriga.

Palavras chaves: Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Relação Médico-Paciente. Autonomia Privada. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This study addresses questions about the effectiveness of the Informed Consent Term in limiting civil medical liability. The importance of a written contract between patient and physician, the form and procedures to be followed, as well as the bio-legal principles involved in such procedure will be studied, seeking to prove the relevance of having a document that describes the obligations of each of the parties, protecting them and allowing to guarantee the private autonomy of each one of those involved. It will also be necessary to frame the doctor-patient relationship in the universe of Contracts, categorizing the relationship established there to demonstrate the extent to which the professional is bound.

Key-words: Informed Consent Form. Physician-Patient Relationship. Private Autonomy. Civil responsibility.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. AUTONOMIA PRIVADA E O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO.....	9
2.1 A autonomia privada	9
2.2 O dever de informar e a objeção de consciência médica	12
2.3. Consentimento Livre e Esclarecido.....	15
2.3.1 O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido	17
3. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO	21
3.1 Relação médico-paciente	21
3.1.1 Caráter contratual da relação médico-paciente	21
3.1.2 Obrigação assumida de meio/resultado	23
3.1.3 Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a objetificação das partes envolvidas.....	24
3.2 A Responsabilidade Civil médica	26
4. CONCLUSÃO.....	29
REFERÊNCIAS.....	30

1. INTRODUÇÃO

Considerando a Resolução n.º 1.995/2012 (CFM, 2012), a Recomendação n.º 1/2016 (CFM, 2016) do Conselho Federal de Medicina (CFM), o entendimento doutrinário (THEODORO JÚNIOR, 2000) e Decisões Judiciais (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, 2014; SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2011. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 2019a) acerca do caráter contratual e, conseqüentemente, a responsabilidade civil oriunda da relação médico-paciente; nota-se que há um conflito entre o desejo do paciente em relação à avaliação/orientação médica, onde o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) foi criado para garantir que a autonomia do paciente fosse, de fato, exercida na relação contratual em questão. Entretanto, o médico, por sua vez, como parte da instrução e assinatura do TCLE, também deve ter observado que o Termo delimita a responsabilidade médica apenas àquilo que é descrito e esclarecido para o paciente, se obrigando a utilizar os meios adequados e visando à observância dos princípios biojurídicos da responsabilidade e autonomia privada.

A necessidade de se ver o médico como parte – e não só como prestador de serviço – bem como de compreender que existe ali uma autonomia por parte dele ao não só aceitar como, também, assumir os riscos da realização de um procedimento específico, faria com que a comunidade médica e a população vissem o TCLE como algo que exige certo rigor e que é, de fato, necessário (ao contrário do que ocorre hoje, sendo conhecido como assinar uma “papelada” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 2019b) antes de um procedimento.

Para solucionar tal fato basta que tanto os médicos quanto os pacientes enxerguem a dimensão do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e como este representa os atos e a prática médica, bem como as autonomias das partes envolvidas que poderão se resguardar na medida do que se obrigaram, desde que seguidos todos os processos necessários para a manifestação da vontade discernida. Primeiramente temos o esclarecimento, momento onde toda e qualquer tipo de intervenção médica é explicada para o paciente. Depois ocorre a leitura do Termo de Consentimento livre e Esclarecido. Por fim, após devidamente informado e afastado de quaisquer vícios, o paciente deverá anuir com a prática médica ou científica (SÁ, SOUZA, 2020).

A metodologia utilizada para esse trabalho será a jurídico-dogmática, uma vez que se tentará demonstrar a necessidade do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, sua forma, se ele, de fato, limita a responsabilidade civil do profissional de medicina e como se dá o embate das autonomias do médico e do paciente.

O método jurídico-interpretativo foi o escolhido para ser aplicado neste trabalho, já que a jurisprudência e a doutrina serão alvos de análise, para se compreender como as mesmas aplicam os institutos da autonomia privada e da responsabilidade civil médica.

A pesquisa é interdisciplinar, abarcando áreas específicas do direito como a Bioética, Biodireito, Direito do Consumidor e Direito Civil, bem como atrelada com a medicina, usufruindo de recomendações e literaturas feitas sobre a alcunha do Conselho Federal de Medicina.

O objetivo da pesquisa é compreender a formação e importância da autonomia na relação médico-paciente, verificar a necessidade, abrangência, forma e repercussões jurídicas do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, analisar a relação estabelecida entre médico e paciente, e apurar a extensão da responsabilidade civil do profissional.

Inicialmente iremos abordar o princípio da autonomia privada, a evolução histórica, da nomenclatura e compreensão, como esse princípio, juntamente com a informação prestada pelo médico, é fundamental para que se possa constituir o consentimento livre e esclarecido, e os requisitos, fundamentos e desdobramentos da sua expressão escrita, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Após, faremos a análise e caracterização da relação médico-paciente, dissertando sobre as obrigações contraídas e sobre a existência de um contrato sui generis, não abrangido completamente nem pelo Código de Defesa do Consumidor, nem pelo Código Civil. Por fim, será analisado se o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido tem realmente o efeito de limitar a extensão da responsabilidade civil contraída pelo médico ao exercer seu labor.

2. AUTONOMIA PRIVADA E O TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

A autonomia perpassa por muitas áreas do Direito e baseia o documento objeto de estudo deste trabalho, qual seja, o TCLE. Para tal, precisamos ter ciência da evolução do entendimento jurídico de tal princípio, qual seu peso na relação médico-paciente, e a forma utilizada para que a expressão da liberdade individual não seja eivada de vícios.

2.1. A autonomia privada

Para falar de autonomia privada é necessário, primeiramente, que se tenha uma noção de autonomia. Vindo do grego, a palavra autonomia é a junção de duas outras palavras: *Autós*, que significa próprio, si mesmo; e *Nomos*, que pode ser traduzido como norma (GRAMÁTICA.NET.BR, 201?). Ou seja, autonomia tem o sentido de se governar conforme suas próprias normas (MICHAELIS, c2021).

Autonomia privada, por sua vez, de acordo com Lôbo (2018, p. 57) é o “poder jurídico conferido pelo direito aos particulares para autorregulamentação de seus interesses, nos limites estabelecidos”. O exercício da mesma, por parte do profissional e do paciente, permite a realização do negócio jurídico que consiste no “fato jurídico cujo núcleo é a vontade negocial exteriorizada nos limites da autonomia privada” (LÔBO, 2018, p. 270). As vontades reciprocamente emanadas deverão, em tese, convergir em um único objetivo, qual seja, a realização do procedimento médico, estabelecendo-se ali um contrato. Para tal, é necessário que existam alguns diplomas e ferramentas legais capazes de resguardar a extensão da responsabilidade do que foi ali acordado, protegendo as partes envolvidas, e impossibilitando responsabilização para além dos termos tratados.

Na medicina, bem como no direito, o objeto maior de estudo e tutela são os seres humanos. Sendo assim, a autonomia privada é de suma importância para a satisfação do interesse das partes, seja em um contrato verbal, escrito ou na vivência do cotidiano. No direito, tal tema possui repercussões legais amplas como a liberdade contratual, laicidade do Estado e o direito de ir e vir, porém, apesar de individual e

necessária, a autonomia não pode ser confundida com a liberdade indiscriminada. O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) adotou a ideia da função social, conforme descrito no artigo 421¹. A repercussão do contrato no mundo exterior também tem relevância, e a liberdade antes tida como ilimitada, quando ainda falávamos em autonomia da vontade, fora freada em prol dos interesses sociais, como descrito por Lôbo (2018, p. 68): "O contrato, por mais insignificante que seja, ostenta a dupla função: individual e social, realizando a primeira a autorregulação dos interesses individuais e a segunda sua conformação aos interesses sociais". Como exemplo, temos a formalidade para o estabelecimento de um contrato. A regra é a liberdade contratual, porém quando o direito determina forma específica, esta deverá ser seguida. Dessa forma poderíamos imaginar a autonomia privada como denominação da exteriorização da vontade humana.

Autonomia da vontade e autonomia privada são termos com diferentes significados e contextos históricos. A evolução da ideia de autonomia, juntamente com o surgimento da função social do contrato, considerada por Paulo Lôbo (2018, p. 66) como "a mais importante inovação do direito contratual brasileiro e, talvez, a de todo o Código Civil", foram o combustível para a alteração de nomenclatura.

A autonomia sofreu extensas mudanças com o passar dos anos. Por volta dos séculos XVIII e XIX, se utilizava da autonomia da vontade como fundamento da concepção de negócios jurídicos, onde a não intervenção estatal regia os contratos estabelecidos. A vontade, propriamente dita, era ilimitada. Tudo aquilo que era pactuado teria validade, não por tutela do estado, e sim por ter sido aceito por ambas as partes. Tinha-se, na verdade, uma liberdade em se transformar a autonomia utilizada na vida cívica, que, para o direito, não passava de um fato jurídico, em um negócio jurídico. Sendo assim, a autonomia indiscriminada gerava, na verdade, uma forma de se esquivar da tutela do direito, submetendo os termos ali acordados apenas à sociedade como um todo, criando uma obrigação social, e não jurídica.

A ideia do estado liberal e do não intervencionismo começa a ficar em segundo plano após o crescimento do Estado Social, durante o século XX, quando os anseios populares cresceram diante de uma desigualdade social acentuada. A hipossuficiência e o interesse coletivo sobrepuseram-se à liberdade indiscriminada e

¹ Art. 421: A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

"o Estado deixa de ser mero garantidor das relações entre particulares, e passa a intervir na esfera privada" (FARIA, 2007, p. 57).

O interesse individual dos contratantes, apesar de expressar o *suprassumo* das vontades ali envolvidas, ignora por completo as diferenças existentes entre as partes, bem como as repercussões sociais que o contrato pode gerar. A intervenção estatal se torna necessária não só para garantir a igualdade material, como também para proteger terceiros do que ali foi acordado. Nesse sentido, Paulo Lôbo leciona que:

Os interesses exclusivamente individuais passaram a compartilhar a tutela jurídica com os interesses sociais e públicos, compondo o núcleo complexo e ambivalente da contemporânea concepção do contrato. As premissas do individualismo, com sua aversão ao social, demonstraram inadequação para o enfrentamento da profunda transformação que se operou no contrato, em decorrência da intensa modificação social e econômica de nossa sociedade (LÔBO, 2018, p. 16).

O contrato passa a ser submisso à Constituição e aos valores sociais, respeitando o novo formato sociopolítico do Estado Democrático de Direito. Os princípios e a forma exigida mitigavam a liberdade em detrimento da sociedade como um todo, exigindo o cumprimento da função social contratual onde as vontades ficavam em sintonia com os anseios sociais. Dessa forma, os termos ali acordados, desde que em consonância com a lei, obrigavam a outra parte, e o seu não cumprimento era punido por meio de estruturas garantidas pelo estado para reparação de danos e execução contratual. Portanto:

A autonomia da vontade pode ser entendida, então, como princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Tem conotação mais subjetiva, psicológica. A autonomia privada apresenta-se, por outro lado, como poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, ou seja, o poder de criar, nos limites legais, normas jurídicas. Tem uma conotação mais objetiva, concreta e real (FARIA, 2007, p. 61).

O Termo de Consentimento livre e esclarecido é reflexo da autonomia privada, tanto do médico, quanto do paciente. Um acordo de vontades que, no fim, gera um contrato escrito, limitante da responsabilidade das partes, porém obrigando-as a cumprir o estabelecido. Tal acordo só pode ser estabelecido mediante o esclarecimento do paciente, parte mais leiga quando nos referimos à informação.

2.2. O dever de informar e a objeção de consciência médica

A informação, seja no âmbito desse trabalho, seja nas atitudes cotidianas do dia a dia, é fundamental para que possamos tomar decisões que estão em consonância com nosso desejo. O Código Civil (BRASIL, 2002), por meio de institutos como os vícios da vontade do negócio jurídico², e o Código Penal (BRASIL, 1940), com os erros de tipo³, demonstram que, para que a vontade seja expressa de forma correta e condizente com os interesses do agente, é necessário que esse tenha

² Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Art. 146. O dolo accidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é accidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

Art. 148. Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou.

Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

Art. 154. Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

Art. 155. Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

³ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

acesso às informações fundamentais para a formação da vontade. A relação médico-paciente não foge à regra.

O paciente deve consentir com todo procedimento feito em seu corpo ou no de quem representa/assiste. A vontade só poderá ser emanada mediante informação em relação aos riscos, métodos e fins alcançados por cada intervenção médica. No caso dos incapazes, usufruir de explicações lúdicas pode permitir uma melhor compreensão do procedimento, permitindo a concordância com o Temo de Assentimento Livre e Esclarecido. Ressalta-se que, nesse caso, ainda é necessário que o responsável legal assine o TCLE ratificando aquilo que foi dito.

De acordo com o princípio fundamental XXI do Código de Ética Médica (CFM, 2018), cumulado com os artigos 22, 31 e 34⁴ do Capítulo IV do mesmo diploma, o médico não poderá realizar qualquer procedimento sem o consentimento de seu paciente, sendo vedado o desrespeito às vontades e a omissão de informações. Esse consentimento, dentre outros aspectos, perpassa, principalmente, pelo esclarecimento. A instrução do paciente é obrigação do médico. Sem ela, se torna impossível a construção da vontade, livre e esclarecida, sobre os termos ali tratados.

A forma como esse médico repassa as informações para o paciente é de extrema importância. É necessário que seja adotada uma linguagem acessível, simples e direta, para elucidar procedimentos que, na realidade, são carregados de termos complexos e técnicos (CMF, 2016). A informação em relação a riscos, possíveis resultados e meios utilizados, também é fundamental para embasar a decisão do paciente.

O dever de informar, apesar de fundamental, poderá ser mitigado em algumas situações específicas, como orientado pelo CFM, no texto supracitado do art. 22, Capítulo IV do Código de Ética Médica, porém, segundo Iara Souza, Bruno Naves e Maria de Sá (2020): “A excepcionalidade da situação permite a não obtenção do consentimento em alguma medida, mas não a admite por completo e, muito menos,

⁴ É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

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

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

afasta a necessidade de que as informações das práticas realizadas com o paciente sejam registradas”.

A situação de emergência, como o próprio nome diz, não dá ao médico tempo hábil para o esclarecimento. A cada minuto que se esvai na explicação de um procedimento, é um minuto a menos à disposição dos médicos para o exercício de técnicas que poderão salvar a vida do enfermo. Quando consideramos, ainda, que para que tais informações sejam absorvidas é necessário que o paciente esteja consciente, colocamos, aqui, mais um entrave no diálogo entre as partes. A informação, propriamente dita, sempre agregará positivamente e, a morosidade do ato de informar, que impossibilita a aplicação em tais ocorrências. Nesse segmento, Genival França (2021, p. 237) entende que, “para o tratamento compulsório é preciso não apenas a existência de perigo de vida, mas também que essa intervenção seja urgente, necessária e inadiável, numa iminência de morte, para justificar tal conduta.”

A relação estabelecida entre médico e paciente é um negócio jurídico bilateral, sendo assim, pode-se afirmar que existe autonomia dos dois lados. O profissional tem a obrigação de prestar informações ao paciente, porém também possui o direito de aceitar ou não realizar o procedimento, desde que não prejudique o enfermo.

A objeção de consciência médica é definida pelo art. 8º da Resolução nº 2.232/2019 do CFM como “o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames da sua consciência” (CFM, 2019).

O médico pode se recusar a atender um paciente, caso o próprio exercício de sua profissão vá de encontro à suas crenças pessoais, de modo que ele não consiga, sequer, realizar seu labor com excelência. Como exemplo tem-se a transfusão sanguínea em testemunhas de jeová e o aborto permitido por lei.

O médico é parte fundamental na relação estabelecida com seus pacientes e o método adotado para solucionar enfermidades será escolhido por ele, visando principalmente o bem do paciente, mas dentro das limitações do que ele pode executar. Apesar da objeção de consciência ser um direito do profissional, ela não é ilimitada, e, em hipótese alguma, pode trazer malefícios ao paciente. Nesse sentido, o artigo 10 da Resolução nº 2.232/2019 do CFM (2019) preceitua que:

Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trazer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente.

Sendo assim, concluímos que a autonomia privada existe em ambos os lados da relação jurídica. Da mesma forma que um paciente pode se recusar a realizar um tratamento específico, um médico também possui esse direito. Eles se diferem acerca da extensão da recusa, visto que um paciente pode, em toda e qualquer situação, desde que consciente, capaz e fora de uma situação de emergência, recusar tratamento e o médico, por ser principal agente e responsável por executar o procedimento e zelar pelo bem estar da outra parte, possui a objeção de consciência, que lhe dá direito a recusa, desde que não incorra nas limitações descritas no art. 10 da resolução 2.232/2019 do CFM (2019), e, conseqüentemente, não prejudique o polo mais fraco da relação, que é o enfermo.

A externalização da autonomia, baseada na informação prestada pelo médico ao paciente, se dá na edição, compreensão e assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

2.3. Consentimento livre e esclarecido

Por volta dos séculos XVIII e XIX (FARIA, 2007) tinha-se o paternalismo médico, onde o profissional tomava suas decisões de forma unilateral, decidindo qual procedimento seria realizado, sob sua própria avaliação de riscos e benefícios, ignorando o interesse da outra parte. O advento da autonomia privada, do dever de informar, descrito anteriormente, e da obrigatoriedade da existência da aceitação, de forma livre e esclarecida por parte do paciente, com a ciência de tudo aquilo que será feito, bem como sobre os riscos, possíveis resultados e meios adotados, e as outras possíveis alternativas para solucionar a enfermidade, promoveram uma mudança radical no cenário da medicina que, atrelada à bioética e ao biodireito, começou a produzir regras que orientam a relação médico-paciente, como podemos ver na doutrina e recomendações da classe médica:

[...] o autoritarismo do médico para a escolha dos procedimentos a serem aplicados em cada paciente vem dando espaço a outro paradigma, o modelo

de parceria, num estilo mais participativo, onde o paciente, esclarecido da peculiaridade de seu quadro clínico, tem autonomia para decidir se vai submeter-se a determinada prática terapêutica ou não. (MALUF, 2020, p. 420-421)

O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. (CFM, 2016)

O Código de Ética Médica regula a classe dos médicos e suas condutas profissionais, afim de que sejam respeitados patamares mínimos queridos não só pela literatura médica como, também, pela moral social. Ao inserir o princípio fundamental XXI, eleva-se o respeito à vontade do paciente, colocando-o como regra fundamental para o exercício da profissão:

Princípio fundamental XXI: [...] de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. (CFM, 2018)

O médico tem o dever de informar seus pacientes acerca dos procedimentos e decisões a serem tomadas. A informação não pode ser simplesmente passada, ela deve ser compreendida, absorvida e agregada na formação de vontade do indivíduo. Sendo assim, o consentimento livre e esclarecido não se resume a um só ato, ou apenas a um despejo de informações. A informação "na verdade, é um processo gradual, não é um papel nem um documento, que vai avançando no seio da relação médico-paciente" (BARBOZA, 2009, p. 229), e não poderá ser resumida a isso. Apesar de complexa é necessária para que seja preservada a autonomia do paciente. As informações devem ser claras, objetivas e de linguagem acessível, bem como abranger a natureza do procedimento e as suas possíveis consequências, negativas e positivas. O enfermo deve ser capaz e autônomo, para tomar decisão voluntária em relação à sua própria saúde e integridade.

A bioética deverá embasar o procedimento de formação de vontade, por meio de princípios a serem seguidos, elencados pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), em seus artigos 3º ao 17. A partir de tais preceitos, tem-se a formação do biodireito, como versam Iara Souza e Natália Lisbôa (2016, p. 09):

[...] a Bioética baseia-se em normas éticas internacionais baseadas nos Direitos Humanos, o Biodireito, como microsistema jurídico, retira seu fundamento da Bioética, com subsídio na Constituição da República de 1988, que traz como fundamento da República Federativa do Brasil a Dignidade da Pessoa Humana - artigo 1º, III.

Sendo assim, conseguimos elencar os princípios bioéticos como a beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça.

A beneficência orienta o médico a sempre ter plena convicção de que suas decisões tomadas para outrem serão benéficas à saúde do enfermo e necessárias para prover uma melhora. Por outro lado, como uma derivação de tal princípio, temos a não-maleficência, que ensina que a ação do médico deverá causar a menor quantidade de danos possíveis à saúde do paciente. A autonomia, por sua vez, preceitua o respeito ao *animus* do paciente, à sua vontade e capacidade de decidir o que será feito com seu corpo e a quais procedimentos médicos será submetido. Por fim, a justiça, quando vista sob a ótica do biodireito, faz referência às obrigações contraídas pelas partes, o cumprimento e responsabilização das mesmas.

Tais princípios bioéticos embasam não somente a informação e o consentimento, como também as situações onde a ausência da anuência livre e esclarecida do paciente é esperada e tolerada.

O consentimento se origina do princípio bioético da autonomia, “[...] que representa o discernimento para autodeterminação” (SOUZA; LISBÔA, 2016, p. 09). Com a formação da autonomia “[...] de forma responsável, ou seja, com a assunção das consequências próprias e em relação a terceiros” (SOUZA; LISBÔA, 2016, p. 09), é necessário expressa-la para terceiros, externá-la. A forma utilizada para isso é o consentimento, que é fruto do princípio biojurídico da autonomia privada. A comprovação documental de tal princípio é representada pelo Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que deve seguir algumas especificidades para que possa limitar a responsabilidade dos envolvidos, expressar a real vontade das partes, e desempenhar a segurança jurídica esperada.

2.3.1 O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

O consentimento verbal, apesar de eticamente correto e suficiente, não cumpre a melhor forma⁵, juridicamente falando, indicada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM, 2016). Por se tratar de um negócio jurídico, é de suma importância que tudo aquilo que fora acordado entre as partes seja registrado, para se produzir meios de prova efetivos. O Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe em seu art. 104, III que, em regra, aplica-se a forma livre ao contrato, regra esta que vale aqui. A efetividade do consentimento, seja ele verbal, seja ele escrito, é a mesma. A intenção primordial do CFM ao editar toda uma recomendação (CFM, 2016) sobre a anuência e compreensão do paciente em relação aos procedimentos a que ele se submeterá é preservar a autonomia privada, dar mais transparência e assertividade aos procedimentos médicos, retirar o profissional de um patamar hierarquicamente superior, e igualá-lo (ou melhor, inverter a hierarquia) ao seu paciente, maior afetado por toda e qualquer decisão tomada.

Em relação ao menor/incapaz e seu consentimento, a Resolução CNS nº 466/12 (CNS, 2012) no seu item II.2 define o assentimento livre e esclarecido, bem como o CFM na Resolução 1/2016. Com o objetivo de permitir o

[...] exercício do direito de informação do paciente legalmente incapaz, para que, em conjunto com seu representante legal, possa, de forma autônoma e livre, no limite de sua capacidade, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar. (CFM, 2016).

O Termo de Assentimento Livre e Esclarecido (TALE), segundo o CMF (2016) permite que: “Crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, estão aptas a compreender e a manifestar sua vontade por intermédio do assentimento, de forma livre e autônoma” sejam devidamente informadas e participem das decisões que se referem ao seu corpo. O incapaz deve ser informado na medida da sua capacidade de compreensão, ou seja, o profissional deve adotar meios mais simples e lúdicos de explicação para que o seu interlocutor tenha ciência dos “riscos, consequências e benefícios do tratamento cirúrgico ou terapêutico a que será submetido” (CFM, 2016). Ressalta-se que o CFM (2016) orienta que o TALE siga os mesmos requisitos do TCLE, e que a existência de um

⁵ Anexo I - b) A forma verbal é a normalmente utilizada para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, devendo o fato ser registrado em prontuário. Contudo, recomenda-se a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido). (CFM, 2016)

não exclui a necessidade do outro, ou seja, o Termo de Assentimento representa a vontade do incapaz, porém é necessário que este venha acompanhado do Termo de Consentimento assinado pelo responsável do mesmo. Nesse sentido, o TALE: “Não substitui [...] o termo de consentimento livre e esclarecido a ser assinado pelos pais ou responsáveis pela criança ou adolescente” (CFM, 2016). Do ponto de vista médico, tanto o TALE quanto o TCLE tem a função de limitar a responsabilidade civil do profissional.

De certa forma, pode-se dizer que o Termo é, basicamente, a formalização do consentimento livre e esclarecido. Diferentemente daquele, este é indispensável em qualquer situação, salvo em algumas onde se pode gerar dano para o enfermo. Nesses casos, a informação pode não ser benéfica naquele momento, seja psicologicamente, seja fisicamente, devido ao tempo que levará até que o profissional perpassa por todo o procedimento do consentimento livre e esclarecido. Nesse sentido, o TCLE e o TALE são recomendados pelo CFM (2016) apenas quando os pacientes são submetidos a “procedimentos médicos que envolvem maior ou grande complexidade, como exames invasivos, cirurgias, transplantes e outros, a critério médico” (CFM, 2016) e, por isso, o Conselho orienta que:

Algumas situações especiais podem justificar a não obtenção do consentimento livre e esclarecido: emergências, possibilidade de danos psicológicos graves, recusa do paciente de receber informação, tratamento compulsório, riscos para a saúde pública e pessoas com transtornos mentais. (CFM, 2016).

A inexigibilidade do TCLE é tolerável em situações específicas, como as supracitadas, quando é levada em consideração a rotina e o dia a dia de um médico, onde a edição e assinatura de um termo gera morosidade e, conseqüentemente, uma menor eficácia na prestação de serviços de saúde, podendo acarretar problemas mais gravosos ao enfermo. Não obstante, ignora-se os benefícios que o TCLE traz ao profissional. Quando se tem um contrato escrito e assinado por ambas as partes, informando quais serão as obrigações assumidas pelo médico em um procedimento, limita-se sua responsabilidade civil apenas àquilo que está posto. O CFM, nos casos que indica a adoção do Termo, sugere como deverá ser feita a sua construção para que seja possível alcançar o fim principal, que é a segurança jurídica.

A linguagem utilizada em um contrato é fundamental para que as partes possam compreender do que se trata, bem como as cláusulas ali elencadas. O TCLE segue os mesmos moldes do consentimento livre e esclarecido, sendo necessária a adoção de linguagem simples e acessível a qualquer pessoa, prestando informações verdadeiras, sem quaisquer eufemismos, “emoções, rodeios e/ou estigmas” (CFM, 2016), se atendo ao procedimento que será realizado, não podendo, mesmo que por omissão, induzir o paciente a erro.

Para além da forma utilizada para se elaborar um TCLE, o Conselho Federal de Medicina orienta em relação ao conteúdo, elencando alguns pontos fundamentais que devem estar contidos em um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para que ele cumpra sua função, tanto de informação, quanto de limitação de responsabilidade assumida pelas partes. Tais pontos são:

- a) Justificativa, objetivos e descrição sucinta, clara e objetiva, em linguagem acessível, do procedimento recomendado ao paciente;
- b) Duração e descrição dos possíveis desconfortos no curso do procedimento;
- c) Benefícios esperados, riscos, métodos alternativos e eventuais consequências da não realização do procedimento;
- d) Cuidados que o paciente deve adotar após o procedimento;
- e) Declaração do paciente de que está devidamente informado e esclarecido acerca do procedimento, com sua assinatura;
- f) Declaração de que o paciente é livre para não consentir com o procedimento, sem qualquer penalização ou sem prejuízo a seu cuidado;
- g) Declaração do médico de que explicou, de forma clara, todo o procedimento;
- h) Nome completo do paciente e do médico, assim como, quando couber, de membros de sua equipe, seu endereço e contato telefônico, para que possa ser facilmente localizado pelo paciente;
- i) Assinatura ou identificação por impressão datiloscópica do paciente ou de seu representante legal e assinatura do médico;
- j) Duas vias, ficando uma com o paciente e outra arquivada no prontuário médico. (CFM, 2016)

As orientações em relação ao conteúdo do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido perpassam por princípios biojurídicos, para que todo procedimento ocorra de forma a atender os anseios das partes envolvidas. As obrigações contraídas são claras e o esclarecimento em relação às mesmas é fundamental para se auferir a extensão da responsabilização civil.

3. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico está intimamente ligada ao tipo de relação existente entre ele e o paciente. Para que se possa definir tal relação, é necessária a distinção entre os aspectos fáticos e teóricos, atribuindo ao médico a responsabilidade apenas pelo que foi assumido no momento de edição e esclarecimento do TCLE.

3.1. Relação médico-paciente

A relação médico-paciente vem sofrendo profundas mudanças com o passar do tempo. O profissional da medicina, devido à alta carga de trabalho e rotatividade de pacientes, não cria um vínculo afetivo profundo – como existia por volta do século XIX, onde se tinha um profissional específico, que atendia toda família e era incontestável. As longas jornadas de trabalho, hoje regulamentadas pela própria Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) (BRASIL, 1943) no caso de vínculo empregatício, fazem com que, naturalmente, o serviço prestado seja mais rápido e, muitas vezes, contaminado por algum vício. Em muitos casos, a negligência e imprudência podem ser suprimidas pelo resultado esperado do procedimento, porém, quando isso não ocorre, a relação médico-paciente extrapola o consultório e os blocos cirúrgicos, e passa a ser discutida nos tribunais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2017; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2018; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, 2014; SÃO PAULO, Tribunal de Justiça 2011; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 2019). Por isso, estudar essa relação e entender sob quais leis irá se submeter é de suma importância. A caracterização do contrato ali estabelecido que irá limitar a responsabilidade e proteger as partes.

3.1.1 Caráter contratual da relação médico-paciente

A relação entre médico e paciente deverá se enquadrar em algum dos pontos, principalmente quando se fala em responsabilização civil. Na prática, o profissional está à disposição durante suas horas trabalhadas e o enfermo, em regra, vai até o local de atendimento e solicita o serviço do médico, que, por sua vez, delimita suas

ações e intervenções, explicando o que será feito, de que forma e quando. Após a explicação o paciente tem o direito de anuir ou não com o que foi explicitado e, só após, é permitido que seja iniciado qualquer procedimento.

Como citado anteriormente, nos atendimentos de urgência e emergência ou em situações onde o paciente se encontra inconsciente, não é possível que o mesmo emane sua vontade. Dessa forma, qualquer ação tomada ali será unilateral, sem nenhum consentimento e informação por parte do enfermo. Gera estranheza pensar na relação médico-paciente se estabelecendo por decisões unilaterais que, devido a inexistência de vontades reciprocamente emanadas, gera uma obrigação extracontratual. Nesse entendimento, Silvio Venosa (2021, p. 482) ensina que: “Nos casos de atuação do médico em situações de urgência, com iminente perigo de vida, quando o médico age em atenção a seu dever inarredável de auxiliar o próximo, não temos de falar em consentimento. Não se estabelece contrato.”

A discussão sobre a caracterização da relação médico-paciente como sendo contratual ou extracontratual não possui tanta relevância no tema em questão. Em ambos os casos, o fim é o mesmo. Independente da relação existente entre agente e vítima, nasce ali a obrigação de reparar o dano. Na relação contratual, tal obrigação avém de um contrato, enquanto na extracontratual de um ato ilícito danoso. Tanto em uma relação contratual estabelecida por um acordo verbal, quanto na relação extracontratual, a limitação da responsabilidade civil fica prejudicada quando comparada à relação contratual devidamente estabelecida nos termos do TCLE. Nesse sentido:

A doutrina tradicional discute o caráter contratual dessa responsabilidade, procurando afastá-la da responsabilidade aquiliana. Como já assentamos, inexistente diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer prisma, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. Contudo, existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou descumprimento, ou o inadimplemento parcial ou mora. Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independente da existência de contrato. Destarte, a responsabilidade contratual e a extracontratual surgem quase sempre concomitantemente. (VENOSA, 2021, p. 476).

Ainda, temos que:

[...] basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que se requer, em essência, para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexos de causa e efeito entre os primeiros elementos. (GONÇALVES, 2020, p. 18).

O contrato, seja verbal, seja escrito, versa, também, sobre o tipo de obrigação assumida pelas partes, o que está intimamente ligado a extensão da responsabilidade civil dos envolvidos.

3.1.2 Obrigação assumida de meio/resultado

A obrigação positiva, ou seja, a obrigação oriunda de uma ação, se subdivide em obrigação de meio e de resultado, assumida pelas partes ao firmarem o contrato

Na obrigação de meio, existe um compromisso de se utilizar dos melhores recursos disponíveis, sejam recursos humanos ou materiais, para se alcançar o fim desejado. Naturalmente há a busca pelo resultado almejado, mas “não se cumprindo – e inexistindo a culpa do devedor –, não há o que cobrar”. (FRANÇA, 2021, p. 307)

Na obrigação de resultado, o agente se obriga a alcançar determinado fim. Quando isso não ocorre, independentemente das circunstâncias que ocasionaram, fica o devedor inadimplente e responsável pelos danos causados. Nesse sentido, escreve Roberto Gonçalves (2019, p. 197) que “quando a obrigação é de resultado, o devedor dela se exonera somente quando o fim prometido é alcançado. Não o sendo, é considerado inadimplente, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do insucesso.”

Na relação médico-paciente, o serviço prestado pelo profissional poderá ter seu resultado afetado por diversos fatores, como uma complicação durante a execução do procedimento, uma má cicatrização, um fato superveniente não esperado (como uma alergia desconhecida, por exemplo) ou descuido do próprio paciente após o procedimento. São inúmeras as variáveis que afetam o resultado, porém o meio utilizado para se realizar o procedimento é afetado de uma forma diferente.

Cabe ao médico analisar, antes da realização de qualquer procedimento, se é capaz tecnicamente de realizá-lo e, da mesma forma, deverá se assegurar com relação ao equipamento a ser utilizado e sobre seu perfeito funcionamento. Dessa maneira, o que é acordado durante um atendimento médico, é que o profissional irá

utilizar dos melhores meios técnicos e materiais que estão à disposição para se tentar alcançar como fim o resultado esperado. Sendo assim, independentemente do resultado do procedimento realizado, o médico responderá apenas se, na utilização dos meios, houve dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) e nexo de causalidade com o dano. Nesse sentido:

Iturraspe ensina que na obrigação de resultado o devedor assume o compromisso de alcançar um objetivo ou conseguir um efeito almejado. E na obrigação de meios o devedor não assegura a consecução do resultado esperado, mas se obriga a empregar os meios necessários e indicados para a proposta esperada, sendo o resultado secundário à obrigação e não integrante como objeto do contrato. (FRANÇA, 2021, p. 307).

A obrigação do médico, então, é de meio ou de resultado? O objeto contratual da relação médico-paciente não é uma cura e sim o serviço prestado para possibilitar que se aproxime do objetivo almejado. Entretanto, em alguns casos específicos, como os procedimentos puramente estéticos, como cirurgias plásticas e algumas intervenções odontológicas,

[...] o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo ou não realizar a cirurgia. [...] Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica. (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 423).

A extensão da responsabilidade civil está intimamente ligada com a característica do vínculo estabelecido entre médico e paciente. Uma hipótese de obrigação de resultado poderia alterar a responsabilidade civil ao ponto que fatores completamente alheios ao controle do profissional, como a capacidade de cicatrização do paciente, por exemplo, pudessem gerar obrigação de reparar.

3.1.3 Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a objetificação das partes envolvidas

A relação médico paciente ainda possui alguns dissídios doutrinários no que tange sua regulamentação. A adoção do CDC (BRASIL, 1990) como regulador de tal relação é uma alternativa que possui algumas deficiências, e ignora algumas nuances que existem apenas em uma relação onde o bem jurídico tutelado é única e exclusivamente a vida e o bem estar humano.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990):

Art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Seguindo tal linha de raciocínio, o paciente, por usufruir da prestação de serviço onerosa do médico, se enquadraria como consumidor e, o médico, como um prestador de serviços. Tal definição é extremamente ampla e vaga, pois, se o destinatário final for considerado como aquele que almeja interesses próprios, e que busca a constituição da relação de consumo, pode-se afirmar que ali se estabelece uma relação de consumo.

Já no artigo 3º⁶ do mesmo dispositivo, novamente tem-se uma definição que, quando analisada de forma rasa e simplista, se enquadra na relação médico-paciente. O profissional de saúde é uma pessoa física que presta seus serviços de forma profissional e habitual, visando lucro. Sendo assim, pode-se enquadrar o médico como um fornecedor?

Existindo um consumidor e um fornecedor, tem-se uma relação de consumo, que será submetida aos ditames do CDC. Ocorre que, caso seja considerada uma prestação de serviço, como seria possível, por exemplo, o paciente discutir vício oculto em até 5 anos após o procedimento médico?

A atividade prestada pelo médico tem como fim principal a saúde do ser humano, não o lucro. Tal afirmativa se comprova pela própria legislação que institui o Conselho de Ética de medicina:

Capítulo 1 – Princípios Fundamentais.

Inc I – A medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza;

Inc. II – O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional;

[...]

Inc. IX – A medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio;

⁶ Art. 3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Inc X – O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa. (CFM, 2018).

Portanto, seguindo a norma deontológica supracitada, não seria possível enquadrar a relação médico-paciente como uma relação consumerista. Ainda nessa linha, pensa-se que, caso o lucro fosse o objetivo principal do exercício da atividade médica, a vida e o bem estar passariam a ser uma mera moeda de troca, um objeto qualquer, coisa que é minimamente incongruente ao se pensar que a vida é o bem jurídico mais valioso a ser tutelado.

Por fim, por analogia, pode-se comparar a medicina ao direito. Em ambos os casos, tem-se um serviço *sui generis*, com regulamentação própria. Decisões judiciais já reconhecem a atividade advocatícia como não regulamentada pelo CDC (BRASIL, 1990), tendo regulamentação própria. A exemplo, tem-se o Recurso Especial de n.º 0075237-46.2013.8.24.0000 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2017), que reconhece que as relações contratuais entre advogados e clientes é regida pelo Estatuto da OAB. A medicina, por sua vez, ainda caminha no limbo, não se enquadrando totalmente no Código e, por outro lado, se afastando da área cível, pela clara desigualdade existente entre os polos negociais.

3.2. A responsabilidade civil médica

Não há que se falar em responsabilidade civil por danos causados por um profissional de saúde que se atentou a todos os requisitos exigidos pelo seu Conselho de Classe e por seu próprio juízo, e empregou a melhor técnica possível para a execução do trabalho. É importante salientar que isso não exime o médico de culpa no caso de um resultado indesejado, no entanto limita essa culpa ao nexo de causalidade entre uma deficiência nas técnicas/materiais empregados, o resultado alcançado, e a atuação dentro daquilo que fora estabelecido no processo de consentimento livre e esclarecido. Por isso, “a ação do médico só é legítima no limite do consentimento livre e esclarecido do paciente” (SÁ; SOUZA, 2020, p. 66), que decorre da informação prestada pelo próprio médico.

A responsabilidade civil subjetiva, comum ao âmbito médico, ao Código Civil (BRASIL, 2002) e ao Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), exige a

existência de três fatores para que ocorra o nascimento de uma obrigação de reparar um dano, quais sejam: uma ação ou omissão, um dano, e um nexo de causalidade entre eles. Por outro lado, a responsabilidade civil é objetiva quando a aferição da obrigação de reparar independe da comprovação de culpa. O parágrafo único do Art. 927. do Código Civil (BRASIL, 2002) versa sobre a responsabilidade civil objetiva da seguinte forma:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sendo assim, “a obrigação de resultado em alguns casos apenas *inverte o ônus da prova* quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 423).

Nesse sentido se posiciona o Recurso Especial 003216-96.2004.08.07.0001 do STJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2018):

A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, § 49) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis.

Os procedimentos puramente estéticos, diferentemente dos outros, são feitos única e exclusivamente para se alcançar o resultado. O médico, quando informa a paciente que irá, por exemplo, deixar seus seios ou lábios parecidos com o de uma atriz, ou que irá reduzir as medidas de sua cintura, se compromete a alcançar o resultado, independentemente da forma que será empregada, e decisões judiciais já se posicionam nessa direção, afirmando que “procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010).

Além da responsabilidade civil existente na execução do procedimento, existe aquela atrelada ao procedimento de consentimento livre e esclarecido do paciente. Quando o médico omite ou presta de forma incompleta algumas informações, este responde pelo dano, pois somente “o *consentimento informado* pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade” (CAVALIERI FILHO,

2020, p. 418). A própria execução da profissão de médico já implica na existência de um risco atrelado a todo e qualquer procedimento. Quando devidamente informado, esse risco é aceito pelo paciente, eximindo o profissional da culpa, desde que execute seu labor com a maior perfeição técnica e material possível. A falta de informação caracteriza atitude ilícita, ferindo o direito à informação do paciente, enquanto consumidor. Dessa forma, todo e qualquer risco não informado será tido como dano causado, visto que não houve aceitação e que tal dado poderia alterar o consentimento do paciente.

4. CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, podemos concluir que o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, desde que siga as formalidades recomendadas, é suficiente para limitar a responsabilidade do médico e garantir sua autonomia.

A autonomia do médico se configura na liberdade de optar pelos melhores tratamentos – sempre visando o bem estar do enfermo – e expô-los ao seu paciente, bem como de se negar a realizar procedimento caso possua alguma reserva de consciência, religiosa ou pessoal, que o faça crer que o mesmo não será benéfico à outra parte.

A sua responsabilidade civil, em regra, se caracteriza como contratual e subjetiva, podendo se tornar aquiliana em casos específicos, como nos procedimentos puramente estéticos, e é restringida pelo acordo de vontades firmado após o esclarecimento da parte hipossuficiente, se limitando apenas ao que fora acordado. O TCLE é uma formalização do acordo verbal, o que representa uma produção de provas facilitada, um limitador da responsabilidade médica e um delimitador não só da extensão, mas também do tipo de responsabilidade assumida. A inexigibilidade do Termo é fundada na própria dinamicidade do atendimento médico, e é admitida e orientada pelo Conselho Federal de Medicina em casos específicos e, quando a assunção de riscos é muito elevada, orienta-se o uso do TCLE justamente visando limitar a responsabilização do médico.

A obrigação de informar surge como fundamental para todo e qualquer procedimento. O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido deve ser a formalização do acordo de vontades verbal estabelecido entre as partes. Tal formalização não só permite produção facilitada de provas, como também protege o médico de uma possível responsabilização futura devido ao procedimento realizado.

REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. **Responsabilidade Civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido.** In: MÖLLER, Leticia Ludwig, MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Bioética e Responsabilidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 205-233.
- BENEZ, Karine Camargo. **Explicando o TCLE – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.** In: PortalPed. [s.] 23 out 2017. Disponível em: <https://www.portalped.com.br/conteudo-especial/direito-medico-e-bioetica/explicando-o-tcle-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido/#>. Acesso em 14 set. de 2020.
- BORGES, Oléria Pinto. **A responsabilidade civil do médico: considerações sobre o dever de informar na relação médico-paciente.** In: Jus. Jus. [s.] set 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52304/a-responsabilidade-civil-do-medico-consideracoes-sobre-o-dever-de-informar-na-relacao-medico-paciente>. Acesso em: 14 set. de 2020.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Aspectos.** RDC - Revista de Direito do Consumidor, nº 4, 128-151, mar/abr 2000.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 15 out. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Publicado no Diário Oficial da União de 09 de agosto de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 out. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Publicado no Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 set. 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Publicado no Diário Oficial da União em 12 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2021.
- BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp **1180815 MG 2010/0025531-0**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de julgamento: 19/08/2010, Terceira Turma, Data de publicação: DJe 26/08/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15932146/recurso-especial-resp-1180815-mg-2010-0025531-0/inteiro-teor-16827834>. Acesso em: 10 out 2021.
- BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp **1446090 SC 2014/0071745-1**, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de publicação: DJe 01/06/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468488374/recurso-especial-resp-1446090-sc-2014-0071745-1>. Acesso em: 10 out 2021.
- BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp **1540580 DF 2015/0155174-9**, Relator: Ministro Lázaro Guimarães, Data de julgamento: 02/08/2018, Quarta Turma, Data de publicação: DJe 04/09/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621592003/recurso-especial-resp-1540580-df-2015-0155174-9>. Acesso em: 10 out 2021.
- CABRAL, Érico de Pina. **A "autonomia" no Direito Privado.** Revista de Direito Privado. v. 19/2004. p. 83-129. jul-set 2004
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília. CMF. 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas da vontade dos pacientes**. Resolução nº 1.995 de 9 de agosto de 2012. Brasília. CMF. 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 14 set. 2021.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica**. Recomendação nº 1, de 1º de janeiro de 2016. Brasília. CMF. 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente**. Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Brasília. CMF. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>. Acesso em 14 set. 2021.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Medicina e Direito**: artigos e banners premiados no IX Congresso Brasileiro de Direito Médico, Brasília (DF), 4 e 5 de setembro de 2019. Brasília: CFM. 2020.

CNS - Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012**. Brasília. CNS. 2012. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//resolucao-cns-466-12.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli. **Autonomia da vontade e autonomia privada uma distinção necessária**. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55-71.

FLÁVIO, TARTUCE. **Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FLÁVIO, TARTUCE. **Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie** - Vol. 3. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRANCA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 2 - Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 4 - responsabilidade civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. et al. **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAMÁTICA.NET.BR. **Etimologia de “autonomia”**. [s.l.], [201?]. Disponível em: <https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-autonomia/>. Acesso em: 10 out. 2021.

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim. MEZZALIRA, Samuel. **Código Civil Comentado. Artigo 15**. In: *Direito ponto com. Direito ponto com*. [s.l.], [20??]. Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/livro-i-das-pessoas-titulo-i-das-pessoas-naturais-artigo-15-17>. Acesso em 20 ago. 2021.

HARGER, Márcio Roberto. **A natureza Jurídica da relação médico-paciente.** *In:* Revista Jurídica São José – UNIVALI. Disponível em: <https://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/naturezajuridicadarelacaomedicopaciente.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021

HUPFFER, Haide Maria. **O princípio da autonomia na ética Kantiana e sua recepção na obra direito e democracia de Jürgen Habermas.** *In:* Internet. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf>. Acesso em 10 set. 2021

INÁCIO, Jone Alison Gonçalves Bonilha. **A responsabilidade civil do médico: visão sob o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.** *In:* Âmbito Jurídico. **Âmbito Jurídico.** [s.] v. 164. 1 set de 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/a-responsabilidade-civil-do-medico-visao-sob-o-codigo-civil-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor/>. Acesso em: 16 set 2021

LIMA, André Barreto. **A autonomia privada do indivíduo.** *In:* Jus. **Jus.** [s.] Jan 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54934/a-autonomia-privada-do-individuo>. Acesso em: 12 set. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito.** 4. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MELO, Getúlio Costa. **Uso equivocado do Código de Defesa do Consumidor às relações entre médico e paciente.** *In:* Migalhas. **Migalhas.** [s.] 4 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321163/uso-equivocado-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-as-relacoes-entre-medico-e-paciente>. Acesso em: 10 set. 2021.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa: autonomia.** [s.], c2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=EMnj>. Acesso em: 10 out. 2021.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge Pereira, et al. **O limite da autonomia em face do direito à vida e a recusa a tratamento médico em casos de doenças crônicas.** Revista Brasileira de Direito Civil, nº 17, p 201-221, jul/set 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações e Contratos - Pareceres: de acordo com o Código Civil de 2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Luciana Vieira Machado. **Consentimento livre e esclarecido: obrigação ética e jurídica do médico.** *In:* Âmbito Jurídico. **Âmbito Jurídico** [s.]. v. 194. 1 mar. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/biodireito/consentimento-livre-e-esclarecido-obrigacao-etica-e-juridica-do-medico/>. Acesso em: 15 set. 2021.

RATTI, Fernanda Cadavid. **Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?** *In:* Jus. **Jus.** [s.] abr 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38318/autonomia-da-vontade-e-ou-autonomia-privada>. Acesso em: 10 set 2021.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato.** São Paulo: Almedina. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo: **008188 APL 2009.000818-8.** Relator: Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. **Rio de Janeiro,** 3 out. 2014. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/375448514/apelacao-apl-81882020098190209-rio-de-janeiro-barrada-tijuca-regional-5-vara-civel/inteiro-teor-375448525?ref=juris-tabs>. Acesso em 21 set 2020.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito.** 5. ed. Indaiatuba: Foco. 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Iara Antunes de. **Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e Responsabilidade Civil do médico e do hospital**. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana (org.). Responsabilidade Civil e Medicina. 9. ed. Indaiatuba: Foco. 2020. p. 57-76.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Iara Antunes de. **Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e Responsabilidade Civil do Médico e do Hospital**. In: Responsabilidade Civil e Medicina. 9 Ed. Indaiatuba: Editora Foco. 2020. p. 57-76.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **565639 APL 2009.056563-9**. Relator: Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza. **São Paulo**, 19 dez. 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5624479&cdForo=0>. Acesso em 21 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 181265 SP 2010.018126-5**. Relator: Min. José Aparício Coelho Prado Neto. São Paulo, 10 set. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13992818&cdForo=0>. Acesso em 21 set. 2020.

SOUZA, Iara Antunes de. **É possível presumir a obrigação de resultado na relação médico-paciente?** In: Contraditor.com. **Contraditor.com**. [s.l.]. 22 out. 2021. Disponível em: <https://www.contraditor.com/e-possivel-presumir-a-obrigacao-de-resultado-na-relacao-medico-a-paciente/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

SOUZA, Iara Antunes de; LISBÔA, Natália de Souza. **Princípios Bioéticos e Biojurídicos: uma visão baseada nos Direitos Humanos**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Org.). Novos Direitos Privados. Belo Horizonte: Arraes. 2016. p. 1-15.

SOUZA, Iara Antunes de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Responsabilidade civil dos profissionais de saúde diante da Covid-19**. In: Conjur. **Conjur**. [s.l.], 16 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/direito-pos-graduacao-responsabilidade-civil-profissionais-saude-covid-19>. Acesso em: 14 nov. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Aspectos Processuais da Ação**. RDC - Revista de Direito do Consumidor, nº 4, 152-161, mar/abr 2000.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. 2005. Tradução de Ana Tapajós e Mauro Machado do Prado. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.