

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DOS CONTRATOS E
RESPONSABILIDADE CIVIL

VANESSA DARIANO MACHEMER

O DEVER DE INFORMAR NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

PORTO ALEGRE

2012

VANESSA DARIANO MACHEMER

O DEVER DE INFORMAR NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientadora: Prof. Mestre Fernanda Nunes Barbosa

PORTO ALEGRE

2012

RESUMO

Este trabalho analisa o dever de informar do médico como profissional liberal, fundamental para assegurar a liberdade de escolha do paciente na tomada de decisões médicas. Para atingir esse objetivo, aponta as principais transformações vivenciadas pela sociedade contemporânea, que aumentaram de forma acentuada a vulnerabilidade do consumidor. Nesse contexto, observa a importância da informação para as relações contratuais, especialmente para a proteção dos direitos dos consumidores nas relações de consumo. Apresenta as origens do dever de informar. Relata, então, as alterações da relação desenvolvida entre médico e paciente, que resultaram na transição do paternalismo para um novo modelo, marcado pelo reconhecimento da autonomia do paciente, bem como a importância da informação para essa nova fase. Analisa o dever de informar, especificamente quanto à obrigação do médico, o seu conteúdo e as particularidades da legislação sobre o tema. Aponta as características dos contratos médicos. Avalia as obrigações de meio e obrigações de resultado e suas implicações para o cumprimento do dever de informar. Discorre sobre o consentimento informado, essencial para o devido cumprimento do dever de informar do médico e para a garantia da autonomia do enfermo, apontando os seus requisitos e as suas exceções. Demonstra a necessidade de uma informação clara e precisa para o correto exercício da atividade médica, garantindo-se sempre que possível e na medida do discernimento do paciente, o seu direito de decidir livremente sobre a realização de um procedimento médico.

Palavras-chave: Informação. Dever de informar. Médico. Paciente. Autonomia.

RESUMEN

Este trabajo analiza el deber del médico como profesional liberal de informar, fundamental para asegurar la libertad de elección del paciente en la toma de decisiones médicas. Para llegar a este objetivo, se apunta a las principales transformaciones experimentadas por la sociedad contemporánea, que agradaron de manera brusca la vulnerabilidad del consumidor. En este contexto, se observa la importancia de la información para las relaciones contractuales, especialmente para la protección de los derechos de los consumidores en las relaciones de consumo. Presenta los orígenes del deber de informar. Cuenta, de esta forma, los cambios de relación desarrollado entre médico y paciente, que resultaron en la transición del paternalismo para un nuevo modelo, marcado pelo reconocimiento de autonomía del paciente, bien como la importancia de la información para esta nueva etapa. Analiza el deber de informar, específicamente en relación a la obligación del médico, su contenido y las particularidades de la legislación del tema. Destaca las características de los contratos médicos. Evalúa las obligaciones del medio y obligaciones del resultado y sus implicaciones para el cumplimiento del deber de informar. Habla sobre el consentimiento informado, fundamental para el debido cumplimiento del deber de informar del médico y para la garantía de la autonomía del enfermo, apuntando a sus requisitos y a sus excepciones. Demuestra la necesidad de una información clara y precisa para el correcto ejercicio de la actividad médica, asegurando que siempre que sea posible y como su discernimiento, el derecho del paciente decidir libremente sobre la realización de un procedimiento médico.

Palabras clave: Información. Deber de informar. Médico. Paciente. Autonomía.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS.....	9
2.1 A sociedade de consumo e o papel assumido pela informação.....	9
2.2 O dever de informar e os princípios da boa-fé e da transparência.....	15
2.3 O direito do consumidor e o dever de informar	28
3 O DEVER DE INFORMAR DOS MÉDICOS.....	32
3.1 A relação entre médicos e pacientes.....	32
3.2 Os contratos médicos.....	38
3.2.1 Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado	41
3.3 O conteúdo do dever de informar dos médicos	44
3.4 As práticas médicas e a informação	49
4 O CONSENTIMENTO INFORMADO	55
4.1 Requisitos de validade.....	56
4.2 O consentimento informado dos incapazes	62
4.3 As exceções ao consentimento informado.....	65
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, cada vez mais aumenta o número de processos judiciais relacionados à saúde, destacando-se as ações indenizatórias contra médicos e hospitais. Um recente levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça aponta mais de 241 mil ações tramitando nos Tribunais brasileiros,¹ sendo que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concentra quase metade de todas as demandas sobre saúde do país.²

Esses dados conduzem à uma reflexão sobre os motivos que acarretaram tal crescimento. Nesse contexto, ressalta-se a importância da informação nas demandas de responsabilidade médica. A troca de informações sempre foi importante na relação entre médico e paciente, contudo, nas últimas décadas, ela passou por profundas transformações.

A visão da tradição hipocrática, base da medicina ocidental, tinha uma orientação paternalista “na qual o médico era detentor de informações e também o responsável pelo processo de tomada de decisões.” Na atualidade, essa posição já não é mais aceita, tendo o médico a obrigação de prestar informações ao paciente. O médico deve elucidar sobre os efeitos e as possíveis consequências do tratamento adotado, respeitando sempre a vontade do paciente na execução das práticas médicas.³

Diretamente ligado à essa mudança na relação médico-paciente, está o direito à informação assegurado aos consumidores, previsto na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor. Uma informação verdadeira e clara é direito básico do consumidor, garantindo uma decisão livre no momento da escolha pelo produto ou serviço.⁴

¹ Em decorrência desse aumento nas demandas judiciais, cresce, também, a contratação dos seguros de responsabilidade civil pelos médicos brasileiros. (TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 1, v. 2, p. 74, abr./jun. 2000).

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agência CNJ de Notícias. SP, RS e RJ são estados que mais concentram processos na área de Saúde. [**Portal do CNJ**]. Brasília, 2 set. 2011a. Disponível em: <www.cnj.jus.br/68jc>. Acesso em: 6 jul. 2012.

³ CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. **Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 73

⁴ BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.37). p. 49.

Não há mais dúvidas de que quando o médico atende um paciente, estabelece-se um contrato, com a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC).⁵ O dever de informar do profissional da medicina está previsto nos artigos 4º, 6º, III, 14, 20, 30 e 31 do CDC, assegurando que o médico-fornecedor deve informar ao paciente-consumidor sobre os riscos e as consequências do tratamento ministrado, tanto na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.⁶

Como refere Ruy Rosado de Aguiar Jr⁷:

Isto toca outro ponto de crucial importância na atividade profissional: a necessidade de obter o consentimento do paciente para a indicação terapêutica e cirúrgica. Toda a vez que houver um risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido, só dispensável em casos de urgência, que não possa ser de outro modo superada e de atuação compulsória.

O consentimento válido e eficaz do paciente concretiza um dos direitos básicos do consumidor, qual seja, o acesso à informação. Atualmente, o consentimento informado tornou-se essencial na relação médico-paciente, pois garante o diálogo entre os envolvidos e manifesta o reconhecimento do paciente como um ser autônomo, livre e merecedor de respeito.⁸

Em geral, o conteúdo do dever de informar deve abarcar todas as informações necessárias e suficientes para o esclarecimento do paciente sobre o seu estado de saúde, assim como, os riscos oferecidos e as possíveis consequências, tornando possível a sua decisão sobre submeter-se ou não ao procedimento médico recomendado.⁹

É bastante delicado estabelecer os limites do dever de informar do médico, visto que nem sempre é possível ao profissional prever e informar sobre todos os riscos decorrentes da intervenção médica, especialmente por se tratar de uma

⁵ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade médica e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 827, p. 12, set. 2004.

⁶ MARQUES, Claudia Lima. "Apresentação". In: BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.37). p. 14.

⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.718, p. 36, ago. 1995b.

⁸ CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000, p. 14.

⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob. A responsabilidade civil dos médicos. **AJURIS: Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 55, p. 125, jul. 1992.

atividade de constante evolução técnica e que depende da resposta individual de cada organismo.

A verificação de tais limites é subjetiva, necessitando de uma avaliação do caso concreto. Para solucionar-se essa questão, deve-se utilizar a boa-fé objetiva na delimitação do conteúdo e da amplitude do dever de informar do médico, bem como, para balizar as decisões judiciais.

Em linhas gerais, esse é o campo de estudo do trabalho. O objetivo é aprofundar o exame do dever de informar imposto ao médico. Tendo em vista as diversas formas de se estabelecer uma relação entre médico e paciente, restringe-se a pesquisa às relações em que o médico atua como profissional liberal. O foco é discutir como deve ser prestada a informação pelo médico quando um paciente busca os seus serviços para avaliar o seu estado de saúde e propor um tratamento.

Para atingir esse propósito, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira, realiza-se um breve relato sobre a importância da informação para as novas formas contratuais. Para tanto, verifica-se o papel assumido pela informação na sociedade contemporânea, denominada de “sociedade de consumo”. Além disso, trata-se dos fundamentos do dever de informar, destacando-se os princípios da boa-fé e da transparência. Por fim, discorre-se sobre o direito à informação do consumidor e o correlato dever de informar imposto ao fornecedor.

Esta análise inicial faz-se necessária para o exame do dever de informar imposto ao médico; a isso se destina a segunda parte do trabalho. Nela, relatam-se as alterações da relação desenvolvida entre médico e paciente ao longo da história da humanidade, que resultaram no direito de autonomia do paciente. A seguir, relaciona-se o contrato médico com as normas de direito de consumidor. Importa, também, conceituar as obrigações do médico, quanto ao seu conteúdo, em obrigações de meio e de resultado, pois essa classificação tem implicações no cumprimento do dever de informar. Apresenta-se, então, o conteúdo e a extensão da informação que deve ser prestada pelo profissional. Ainda, diante das diversas etapas que a prestação de serviços médicos pode incluir, destaca-se a essencialidade da informação em todas elas.

A terceira parte é destinada às questões relacionadas ao consentimento informado, essencial para o cumprimento do dever de informar do médico e para o esclarecimento do paciente na tomada de decisões. Nele, os requisitos para a sua

validade e os casos que excetuam a obrigação de obtê-lo são o foco. Por fim, são feitas algumas considerações sobre a possibilidade de consentimento pelos incapazes, especialmente menores e pessoas com transtornos mentais, bem como a sua relevância para a proteção do direito de autonomia do indivíduo.

Finalmente, destaca-se que não se pretende esgotar a análise desse tema, especialmente dada à sua amplitude. Contudo, diante da sua importância e atualidade, o que se quer é estimular ainda mais o constante estudo e o debate da matéria, que pode fornecer um referencial teórico mais seguro para as rotinas médicas e também para as decisões judiciais.

2 A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

São inúmeras as transformações vivenciadas pela sociedade contemporânea. Os avanços referentes à técnica e à ciência colaboraram para a modificação do comportamento da sociedade em geral, em especial, quanto à sua concepção de vida e de conforto, sendo responsáveis pelo aumento das necessidades básicas dos indivíduos.

Para suprir essa demanda por novos bens de consumo, a produção e a circulação de bens e serviços crescem em larga escala. Ao passo dessa transformação do mercado consumidor, observa-se um desequilíbrio entre os contratantes, uma vez que um detém toda a informação sobre o produto ou serviço, enquanto o outro desconhece a maioria das informações relevantes.¹⁰

A ausência de informação causou impactos profundos na sociedade e com a finalidade de proteger a vida, os bens e a saúde do contratante mais desinformado criou-se, nas legislações referentes à defesa do consumidor, um “dever de informar” ao fornecedor.

O dever de informar, que encontra suas raízes no princípio da boa-fé, passou a ser um dos pilares do direito do consumidor, alterando a relação contratual e impondo ao contratante mais informado, fornecedor, o dever de informar de forma adequada, suficiente e veraz, conforme se demonstra a seguir.

2.1 A sociedade de consumo e o papel assumido pela informação

A massificação da produção, da distribuição, dos contratos e do consumo em geral acarretaram grandes mudanças na economia e na sociedade, como já referido. Tais mudanças aumentaram consideravelmente a vulnerabilidade do consumidor¹¹ e levaram à criação de um novo direito do consumidor, que o tutela de forma mais profunda a fim de acompanhar as intensas alterações da sociedade.¹²

¹⁰ Ver FRADERA, Vera Maria Jacob. A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 4, p. 173-176, 1993.

¹¹ A partir da constatação da vulnerabilidade do consumidor frente às distintas técnicas de comunicação nas últimas décadas no século XX, o direito à informação foi inserido entre os direitos fundamentais de terceira geração. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, p. 62, jan./mar. 2001). Registra-se que a tentativa de estabelecer a evolução dos

Daí a importância das legislações em matéria de defesa do consumidor para a vedação de técnicas de comercialização de produtos e serviços consideradas abusivas e prejudiciais. Nesse panorama, a comunicação assume um papel fundamental, pois é por meio dela que se desenvolve essa nova sociedade, denominada como uma “sociedade de consumo”.¹³

A comunicação tornou-se o valor máximo da sociedade atual. O dinamismo das relações, decorrente do vasto acesso à informação pelos novos meios de comunicação, intensificou o consumo. Um bom exemplo dessa nova realidade são as relações virtuais e os tão debatidos “contratos à distância no comércio eletrônico”, onde com apenas um *click* é possível efetuar contratos em diferentes locais do mundo.¹⁴ Nesse ambiente, o consumidor torna-se ainda mais vulnerável. A

direitos humanos no Brasil a partir do modelo de “geração de direitos” desenvolvido por T.H. Marshall tem sido contestada. Com efeito: “No que se refere às gerações de direitos, além de outras possíveis críticas [...], a ausência de uniformidade quanto ao número de gerações e, muito especialmente, quanto ao conteúdo de cada uma das gerações de direitos humanos torna a sua utilização – ao menos se desacompanhada das explicações pertinentes (como é usual) -, realmente desaconselhável. Em sede crítica, a verdade, via de regra ignorada pela retórica dominante nos estudos de Direito, está em que o modelo de “gerações de direitos” de MARSHALL, idealizado para descrever a evolução britânica, não é necessariamente adequado para outras sociedades (nem era sua pretensão). Em especial, no que nos interessa, vê-se que esse modelo vem sendo utilizado de forma irrefletida e a-crítica no Brasil, embora seja manifestadamente inadequado para descrever a “evolução” da cidadania brasileira. (GALDINO, Flavio. Reflexões sobre as chamadas “gerações” de direitos humanos. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 12, p. 70, out./dez. 2002). No mais, sobre a vulnerabilidade do consumidor indica-se MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2009.

¹² MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN. Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. p. 40.

¹³ As expressões “sociedade de consumo” e “sociedade da informação” são uns dos inúmeros termos utilizados por intelectuais, juristas, jornalistas, entre outros, para se referir à sociedade contemporânea. Para alguns autores, a sociedade do consumo pode ser definida por um tipo específico de consumo, o consumo de signo ou *commodity sign*. Para outros, a sociedade de consumo seria mais abrangente, englobando o consumo de massa e para as massas, presença da moda e o sentimento permanente de insaciabilidade dos consumidores. (BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 7-8). Ainda, sobre a sociedade de consumo, ver BENJAMIN. Antônio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.165, nota 43.

¹⁴ A regulamentação do comércio eletrônico é um dos principais temas abordados no anteprojeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor que foi entregue ao Senado Federal em 14 de março desse ano, na véspera do Dia Mundial dos Direitos do Consumidor. Para sua elaboração foram realizadas 37 audiências públicas com senadores, procuradores da República e organismos de defesa do consumidor, por intermédio de uma comissão de juristas criada especialmente para essa finalidade. Além da regulamentação do comércio eletrônico, estão entre os pontos mais importantes da reforma a proibição de publicidade que leve o comprador ao engano ou ao

informação¹⁵ é, então, um dos mais importantes direitos do consumidor hoje, pois o protege contra essa nova e mais intensa vulnerabilidade.¹⁶

Atualmente, a vulnerabilidade deve ser analisada sob, pelo menos, quatro perspectivas: técnica, jurídica, fática e informacional.¹⁷ Para esse estudo, importa diretamente a chamada vulnerabilidade informacional.¹⁸ Essa se vincula à importância da aparência, da comunicação e da informação num mercado cada vez mais visual, rápido e de risco. Dessa forma, o que caracteriza o consumidor é o seu déficit informacional.¹⁹

Especificamente na relação envolvendo médico e paciente, a vulnerabilidade informacional fica ainda mais evidente porque o paciente é desprovido de conhecimentos técnicos, inviabilizando o seu poder decisório sobre uma resolução médica de diagnóstico ou tratamento. Além disso, o próprio estado debilitado do paciente diminui suas condições de discernimento, e conseqüentemente, de consentir. Esses aspectos qualificam a obrigação do médico que deve considerar

superendividamento e os ajustes processuais no sentido de viabilizar uma solução alternativa, não judicial, para os conflitos de consumo, temas estes que não foram tratados quando da criação do Código. (BRASIL. Senado Federal. **Comissão de juristas apresenta relatório sobre atualização do CDC**. Brasília, 14 mar. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/14/comissao-de-juristas-encerra-primeira-etapa-do-cdc>>. Acesso em: 7 jun. 2012).

¹⁵ Convém delimitar o conceito de informação: “[...] informação é palavra que refere tanto o processo de formulação e transmissão de dados cognoscíveis, como também estes últimos, na exata medida em que estão no conteúdo e na resultante daquele processo.” (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, p. 54, 1993).

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 113.

¹⁷ *Ibid.*, p. 323-324.

¹⁸ Veja a esse respeito o acórdão do STJ que analisou detalhadamente a questão da vulnerabilidade informacional do consumidor. A decisão diz respeito ao descumprimento do dever de informar sobre os riscos que o *glúten*, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança. Conforme voto do eminente Ministro Herman Benjamin, a simples advertência “contém glúten” na embalagem dos alimentos é insuficiente, já que o consumidor desconhece as suas implicações. Assim, estando o consumidor em um patamar de informação inferior ao fornecedor, é necessária uma informação mais precisa, clara e compreensível sobre os riscos oferecidos pelo consumo de *glúten*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586316– MG (2003/0161208-5), Segunda Turma, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 17/04/2007. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=683195&sReg=200301612085&sData=20090319&formato=PDF>. Acesso em: 20 maio 2012).

¹⁹ MARQUES, *op cit.*, p. 335.

essa vulnerabilidade acentuada do enfermo quando da prestação de informações, como se verá nos capítulos seguintes.²⁰

Ensina Paulo Nalin²¹:

A informação, vale frisar, não basta existir e ser suficiente, deve, sobretudo, ser clara. Importa ao predisponente focar a classe social à qual se dirige a sua oferta ou mesmo, em estágio avançado, estabelecer os termos do contrato, particularizando a informação, de modo compreensível e acessível, ao destinatário ou aderente.

Deve-se observar qual a informação útil na proteção dos direitos do consumidor.²² Não se trata de qualquer informação, mas sim da informação nova, ou seja, não basta apenas reproduzir aquilo que já é de conhecimento do consumidor. Por outro lado, também não se deve descartar totalmente a informação redundante, pois, em alguns casos, o excesso de informação pode confundir o consumidor.²³ Desse modo, deve-se buscar o equilíbrio entre a novidade e a redundância da informação, com a finalidade de esclarecer o consumidor.²⁴

A fim de que a informação cumpra seu papel de fazer chegar ao receptor algo desconhecido deve preencher os requisitos básicos, a saber: adequação e veracidade.²⁵ Adequada²⁶ é a informação que atinge a sua finalidade específica de

²⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55.

²¹ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional). 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.149.

²² A força da informação e a capacidade de persuasão que a reiteração da informação exerce sobre o homem é que a torna objeto de proteção. Com efeito: “A essência da informação é a realidade, a objetividade, não a ilusão. Sobre a informação o homem reflete e decide. Na ilusão sua reflexão é viciada, é falsa, sua vontade é deturpada. O direito cuida para que isso não aconteça, para que o homem disponha de instrumentos seguros para receber informação real, de modo a refletir e decidir com segurança”. (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 148).

²³ Estudos sobre o conceito de racionalidade limitada e sobrecarga de informação evidenciam que a equação: “maior informação = maior capacidade de decisão livre e consciente”, na maioria das vezes, não corresponde à realidade. Entre as causas, destaca-se que o impacto das informações sobre os consumidores mais ricos e de maior escolaridade é bastante diferente daquele provocado nos consumidores de baixa renda e baixo grau de educação. (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, p. 14-15, jul./set. 1999).

²⁴ BARBOSA, 2008, p. 59.

²⁵ Para Paulo Lôbo, cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade, sendo que a ausência de qualquer um deles importa no descumprimento do dever de informar. (LÔBO, 2001, p.68).

esclarecer o consumidor sobre as características do produto ou serviço, bem como, dos eventuais riscos da contratação. Veraz é a informação que corresponde às reais características daquilo que se quer dar conhecimento ao receptor.²⁷

A informação também deve ser clara, precisa, completa e compreensível. Clara é a informação que utiliza os símbolos mais apropriados, a fim de possibilitar a correta interpretação da mensagem. Precisa é a informação que se apresenta com exatidão, pontualidade e fidelidade. Completa é aquela informação que utiliza sinais e símbolos que representem totalmente a novidade. A informação compreensível é aquela que pode ser efetivamente compreendida por todos os receptores.²⁸

Por fim, é importante referir o requisito da ostensividade da informação, previsto nos artigos 9º e 31 do Código de Defesa do Consumidor. Considera-se que uma informação é ostensiva quando se exterioriza de uma maneira tão plena que uma pessoa de inteligência mediana não pode alegar o seu desconhecimento.²⁹

Essas mudanças da sociedade, o volume crescente de informações e a complexidade das novas relações jurídicas fizeram com que o direito contratual também fosse alterado. Assim, a massificação dos contratos, o advento dos contratos de adesão, o aumento do dirigismo contratual são algumas das causas que levaram ao surgimento dos novos valores contratuais oriundos de movimentos sociais, filosóficos, culturais e econômicos.³⁰

Entre as principais mudanças, destacam-se as transformações no princípio da igualdade, na ideia de reciprocidade e na liberdade contratual. O princípio da igualdade reconheceu as grandes diferenças entre os contratantes, passando a proteger essas desigualdades. A ideia de reciprocidade passou a exigir não somente uma contraprestação formal, mas uma equivalência entre os termos intercambiados, como no caso dos contratos com onerosidade excessiva, os contratos abusivos,

²⁶ O requisito da adequação está previsto nos artigos 6º, III; 8º, *caput*, 12, *caput*, e 14, *caput* do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com Zelmo Denari, é adequada a informação que de uma forma completa presta todos os esclarecimentos necessários sobre o produto ou serviço. (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 177).

²⁷ LÔBO, 2001, p. 70

²⁸ BARBOSA, 2008, p. 61.

²⁹ GRINOVER, *op cit.*, p.177.

³⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

entre outros. Por fim, a liberdade contratual sofreu restrições, a fim de assegurar maior igualdade no mercado, especialmente entre consumidores e fornecedores.³¹

O princípio da autonomia da vontade³² também sofreu alterações, e, agora, está subordinado aos princípios do equilíbrio contratual e da solidariedade.³³ Ainda, há uma maior intervenção do Estado nesse novo modelo contratual,³⁴ com a valorização da informação e da confiança, com base no princípio da função social do contrato. Em razão disso, o novo contrato é reconhecido como o “renascimento da autonomia da vontade protegida”, pois visa garantir a autonomia da vontade da parte mais fraca da relação, ou seja, do consumidor.³⁵

Na relação entre médicos e pacientes não foi diferente. Antes o médico, em decorrência dos seus conhecimentos técnicos, tinha quase que total autonomia no desempenho da sua atividade profissional. Hoje deve prestar informações claras e suficientes sobre o diagnóstico e o tratamento, garantindo o amplo acesso à informação para que o paciente exerça a sua autonomia na tomada de decisões médicas.³⁶

³¹ MACEDO JÚNIOR, 2007, p. 51-52.

³² Observa Teresa Negreiros: “Autonomia privada” e “autonomia da vontade” são expressões em torno das quais a doutrina parece ainda não ter chegado a um consenso, seja quanto ao significado que uma e a outra guardam relativamente, seja quanto à sua origem. [...] A rigor, entendemos que ambas as expressões exprimem uma mesma realidade, embora a autonomia da vontade esteja historicamente mais associada ao voluntarismo jurídico que em determinado momento nela se legitimava. Assim optou-se por utilizar a expressão ‘autonomia da vontade’ ou ‘princípio da autonomia da vontade’ sempre que se tivesse em mira o modelo de contrato clássico, no qual, como será amplamente demonstrado no decorrer do trabalho, o poder jurígeno da vontade era exacerbado, assumindo contornos fundamentalmente diversos dos que hoje se verificam. A expressão ‘autonomia privada’ é, sob este prisma, mais genérica, não estando tão essencialmente associada ao voluntarismo e ao individualismo jurídicos. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b. p. 3-4).

³³ MACEDO JÚNIOR, *op cit.*, p. 81.

³⁴ É comum entre os doutrinadores a afirmação de que houve a alteração no paradigma tradicional do contrato, com a criação de preceitos voltados à proteção do sujeito vulnerável. Em sentido oposto, Eros Roberto Grau sustenta que não existe um “novo paradigma de contrato”, pois o contrato sempre visou a fluência das relações de mercado, e, é nesse aspecto que a proteção do consumidor encontra guarida no sistema jurídico. Ver: GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, v.5, p. 73-82, jan./mar. 2001.

³⁵ MARQUES, 2011, p. 175-176.

³⁶ Em decorrência da autonomia, todo paciente tem direito à inviolabilidade da pessoa, podendo escolher o tipo de tratamento, diante das alternativas oferecidas pelo médico. A interferência neste direito da autonomia pode ser considerada uma invasão corporal ou agressão não autorizada. (CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000, p. 21).

2.2 O dever de informar e os princípios da boa-fé e da transparência

O dever de informar tem raiz tradicional no princípio da boa-fé, que representa a conduta baseada na lealdade, na probidade e na ausência de intenção lesiva de um comportamento.³⁷

Com fulcro no princípio da boa-fé, a teoria contratual enquadra o dever de informar entre os deveres anexos, acessórios ou secundários aos da prestação principal. Além disso, muitos deveres decorrem também da transparência, expressa no artigo 4º, *caput*, do CDC.³⁸

A boa-fé objetiva³⁹ impõe um padrão de conduta, sem se preocupar com a vontade dos partícipes da relação, minimizando a aplicação do princípio da autonomia privada e da vontade das partes.⁴⁰ A adoção dessa norma de comportamento tem por escopo acompanhar as mudanças da sociedade pós-moderna, entre elas as novas relações sociais, pela constatação de que as pessoas,

³⁷ Destaca-se que este trabalho não tem a intenção de analisar o princípio da boa-fé, tema esse que merece dedicação exclusiva. Contudo, se faz necessária a apresentação de breves comentários sobre o tema, eis que se constitui como fonte do dever de informar. No âmbito específico das relações de consumo, confira-se AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995a.

³⁸ Como observado, não existe um conceito geral para deduzir os deveres de informar. Para Christoph Fabian, grande parte dos deveres de informar origina-se nos subprincípios da boa-fé, outros são concretizações da transparência, e, alguns, ainda, são elaborados por meio da interpretação de cláusulas gerais, conforme os direitos fundamentais. FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 57). Paulo Luiz Netto Lôbo entende que o dever de informar encontra raiz no princípio da boa-fé e na teoria dos deveres anexos. (LÔBO, 2001, p. 66-67). Fernanda Barbosa defende como fonte do dever de informar o princípio básico da boa-fé, relacionando-o com a transparência e os deveres de proteção. Ver BARBOSA, 2008, p. 91-106.

³⁹ A boa-fé pode ser distinguida em subjetiva e objetiva (que importa diretamente nessa pesquisa). Define-se a boa-fé subjetiva: “A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 411). Ainda, como bem exemplificado por Teresa Negreiros, “o *estar de boa-fé*”, refere-se a boa-fé subjetiva, ligada à aspectos psicológicos do agente, e o “*agir com boa-fé*”, remete a ideia de boa-fé objetiva, impondo um padrão de conduta (NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-Fé Contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a. p. 224).

⁴⁰ *Ibid.*, p. 222-223.

muitas vezes, não agem com lealdade e com honestidade em suas relações negociais.⁴¹

Por boa-fé objetiva, conceitua Judith Martins-Costa⁴²:

[...] modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.

Salienta ainda⁴³:

A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um "princípio geral" ou como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações.

José Reinaldo de Lima Lopes⁴⁴ entende que o princípio da boa-fé é muito mais amplo do que as definições encontradas na doutrina, sendo que o seu principal fundamento encontra-se no uso da linguagem, pois a boa-fé objetiva é imprescindível para a comunicação entre os indivíduos. E completa: "A boa-fé objetiva" é um pressuposto da comunicação. Não se pode estabelecer relações pressupondo que o outro está mentindo e não se pode, portanto, ter uma regra jurídica que defenda a mentira ou a restrição mental".⁴⁵

Nesse sentido, todo o contrato deve ser pautado neste princípio, não sendo aceitas práticas não equitativas, abusivas e desleais dos contratantes. Em sentido amplo, não se pode aceitar a desonestidade nas relações contratuais. Especialmente na legislação consumerista, esse princípio torna-se de suma

⁴¹ Paulo Lôbo considera o contrato como um fenômeno cada vez mais presente e indispensável na vida humana. Em razão disso, destaca que seu conteúdo e as mudanças em seu significado acompanham as transformações de valores da humanidade. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 25-26).

⁴² MARTINS-COSTA, 1999, p. 411.

⁴³ *Ibid.*, p. 412.

⁴⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Civil e direito do consumidor – Princípios. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.26). p. 106.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 107.

importância para a interpretação dos contratos, dada a já mencionada vulnerabilidade do consumidor.⁴⁶

A boa-fé objetiva incorpora elementos da vida efetiva das relações contratuais, como os princípios de reciprocidade, integridade, solidariedade, harmonização e demais normas de ligação. Não pode ser considerada como um princípio isolado, na medida em que se comunica com diversos elementos das relações contratuais e sociais.⁴⁷

A boa-fé como cláusula geral possui um conceito valorativo. Assim explica Karl Larenz⁴⁸:

Porém, este conceito valorativo não é uma questão de avaliação subjetiva pela pessoa que decide, mas esta pessoa deve ser o representante e intérprete de todos aqueles que 'pensam de forma justa', isto significa que ele deve orientar o seu juízo nas *exigências geralmente existentes da justiça*, que são concretizadas nos princípios gerais da ordem jurídica, no sentimento jurídico e nas opiniões sobre a lealdade do povo ou dos grupos interessados (por exemplo, dos comerciantes, operários, agricultores) e (concretizadas) na jurisprudência contínua, sempre (concretizadas) até um certo grau, todavia, nunca completo.

É importante destacar que se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, pois depende de uma avaliação do caso concreto para sua aplicação. Nesse aspecto, a boa-fé deve ser entendida como uma norma aberta, que é permanentemente construída e modificada de acordo com os aspectos das relações contratuais que se apresentam.⁴⁹

⁴⁶ Não se pode confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência. A vulnerabilidade refere-se ao direito material, eis que todo consumidor é vulnerável. Já a hipossuficiência está ligada à possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz, conforme previsto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, tem uma noção processual. (MARQUES, 2011, p. 332).

⁴⁷ Neste contexto, Ronaldo Porto Macedo Júnior expõe sobre a denominada "teoria relacional". Sienta o autor a importância da boa-fé objetiva para a continuidade das relações contratuais da atualidade. (MACEDO JÚNIOR, 2007, p. 183-188). No mesmo sentido, Claudia Lima Marques quando trata dos contratos cativos de longa duração refere: "[...] a mais importante contribuição destes estudos à nova teoria contratual brasileira é a criação de um modelo teórico contínuo que engloba as constantes renegociações e as novas promessas, bem destacando que as situações externa e interna de catividade e interdependência dos contratantes fazem com que as revisões, novações ou renegociações contratuais naturalmente continuem ou perenizem a relação de consumo, não podendo estas, porém, autorizar abusos da posição contratual dominante ou validar prejuízos sem causa ao contratante mais fraco ou superar deveres de cooperação, solidariedade e lealdade que integram a relação em toda a sua duração." (MARQUES, *op cit.*, p. 100).

⁴⁸ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band. Allgemeiner Teil*, 14 ed., 1987, § 10 I, p. 126. *Apud* FABIAN, 2002, p. 60.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, 1999, p. 412.

Nas relações de consumo, ante a vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé objetiva busca o equilíbrio da relação entre as partes. Nas relações paritárias, não se busca uma proteção especial a nenhuma das partes, mas são impostos deveres de colaboração.⁵⁰ Ambos os casos, exigem que as partes atuem com lealdade e honestidade nas relações contratuais.⁵¹

O seu ingresso em nosso ordenamento jurídico ocorreu no âmbito das relações de consumo, em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor,⁵² sendo uma das grandes novidades apresentadas por esse Código. Claudia Lima Marques⁵³ considera que o Código de Defesa do Consumidor trouxe uma grande contribuição à exegese das relações contratuais, com a aplicação da boa-fé como linha de interpretação e também como cláusula geral, positivando a existência de deveres anexos em todo o seu corpo.⁵⁴

Apesar disso, a consagração da boa-fé objetiva veio com a sua inclusão no Código Civil de 2002, passando a ser um princípio geral aplicável a todas as espécies de contrato. A doutrina brasileira atribui à boa-fé três funções, quais sejam: cânone interpretativo-integrativo, norma limitadora de direitos e norma de criação de

⁵⁰ Destaca-se que a boa-fé objetiva não é aplicada somente à conduta dos contratantes durante a execução das suas obrigações, mas ainda aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) e após a extinção do contrato (*post pactum finitum*). (LÔBO, 2011, p. 74).

⁵¹ SCHREIBER, Anderson; TEPENDINO, Gustavo. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – Convergências e Assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.26). p. 228-229.

⁵² Em uma análise das raízes da boa-fé, Judith Martins Costa registra que a noção de boa-fé provém do direito romano, sendo observada já na Lei das Doze Tábuas. No Brasil, a Autora destaca que mesmo antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé já estava presente, embora não de forma expressa, por forte influência doutrinária e jurisprudencial. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 238 et seq.). Além disso, o Código Comercial brasileiro de 1850, em seu artigo 131, já tinha feito referência à boa-fé como critério de interpretação dos contratos comerciais. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.26). p. 217).

⁵³ MARQUES, 2011, p. 219.

⁵⁴ A boa-fé objetiva ingressou no âmbito das relações contratuais de consumo com a edição do artigo 4º, III, e do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Ver os comentários de NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129-133 e 596-598.

deveres jurídicos, de acordo, respectivamente, com os artigos 113, 187 e 422 do Código Civil.⁵⁵

Para Teresa Negreiros⁵⁶:

Em comum, estas três funções atribuídas à boa-fé compartilham uma mesma concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e de respeito mútuo (e não de perseguição egoísta da satisfação individual).

Na primeira função, utiliza-se a boa-fé como critério hermenêutico, exigindo-se a interpretação das cláusulas do contrato sempre de acordo com a lealdade e a honestidade. Assim, em seu artigo 113,⁵⁷ o Código Civil proíbe a interpretação de um dispositivo contratual de forma a prejudicar uma das partes em benefício da outra.⁵⁸

Quanto à segunda função indicada, a boa-fé limita o exercício de direitos no âmbito de uma relação contratual. Trata-se de um critério para a diferenciação entre o exercício regular e o irregular de um direito, frente à outra parte da relação contratual. Tal função está definida no artigo 187⁵⁹ do Código Civil, que trata da figura do abuso de direito.⁶⁰

Por fim, a boa-fé exerce a função criadora de deveres de conduta (deveres anexos ou secundários), que acompanham as relações contratuais.⁶¹ Esta é a que mais interessa para este estudo, pois constitui-se como fonte do dever de informar.

⁵⁵ NEGREIROS, 2006a, p. 222.

⁵⁶ NEGREIROS, 2006b, p. 119

⁵⁷ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 maio 2012.)

⁵⁸ TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 223

⁵⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002, documento eletrônico).

⁶⁰ TEPEDINO; SCHREIBER, *op cit.*, p. 223

⁶¹ Clóvis do Couto e Silva observa que para os juristas do século passado todos os deveres resultavam da vontade. Após, entendia-se que eles decorriam exclusivamente do princípio da boa-fé. Já o autor, considera que os deveres resultam da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 38-39).

Tais deveres jurídicos, ainda denominados de instrumentais,⁶² caracterizam a correção do comportamento dos contratantes um em relação ao outro, exigindo-se que ambos atuem em favor da consecução do vínculo obrigacional. São, pois, deveres de conduta, não abrangidos pela prestação principal, mas que garantem a finalização do contrato.⁶³

Conforme explica Marcos Jorge Catalan⁶⁴, a boa-fé objetiva impõe às partes deveres de informação, de advertência, de conservação, de proteção e de custódia, entre tantos outros, agindo como fonte da conduta atribuída aos sujeitos. Tal função pode ser deduzida no artigo 422⁶⁵ do Código Civil.

Os deveres anexos surgiram na jurisprudência alemã pela observação de que o contrato, por ser fonte de conflitos de interesses, deveria pautar a atuação dos contratantes conforme o princípio da boa-fé,⁶⁶ sujeitando-os a uma sanção em caso de descumprimento.⁶⁷ Foi a partir de Heinrich Stoll⁶⁸ que a doutrina alemã passou a ter uma fundamentação própria para os deveres anexos. Leciona Jorge Cesa Ferreira da Silva⁶⁹:

Segundo STOLL, como já se viu, toda relação obrigacional implica uma duplicidade de interesses. Num primeiro plano, as partes vinculam-se visando o objeto da prestação, cabendo ao resultado da atuação do

⁶² No Brasil, utiliza-se a expressão oriunda do direito alemão de “deveres anexos ou secundários” para nomear os deveres de conduta. Na França, denomina-se de “obrigações acessórias”. Outros doutrinadores denominam, ainda, de “deveres instrumentais ou laterais”. (MARQUES, 2011, p. 219). Essa discussão, contudo, foge ao escopo deste trabalho.

⁶³ NEGREIROS, 2006b, p. 150.

⁶⁴ CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008. p. 80.

⁶⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002, documento eletrônico).

⁶⁶ Na década de 50, iniciou-se uma tendência de fundamentar os deveres anexos também na confiança, sendo essa plenamente aplicável ao código de defesa do consumidor. A confiança surgiu das diversas manifestações da boa-fé, sugerindo Menezes Cordeiro a integração da confiança no conteúdo substancial da boa-fé. A confiança do contratante exprime representações passadas, presentes ou futuras estimuladas pela outra parte e tidas como reais. O princípio da confiança explicita o reconhecimento dessa situação e sua tutela. (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1234).

⁶⁷ MARQUES, 2011, p. 218.

⁶⁸ A doutrina de Stoll foi criticada por estabelecer limitações para os deveres não vinculados diretamente à prestação. Segundo ele, os deveres anexos seriam somente aqueles cujo interesse fosse exclusivamente vinculado ao cumprimento da prestação. Assim, os deveres, que apesar de não voltados diretamente à realização da prestação, incidam no caso, não seriam abrangidos pela teoria. (SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 80).

⁶⁹ *Ibid.*, p. 78-79.

devedor atingir o cumprimento. Trata-se, pois, de um interesse positivo: há que se fazer algo para que um determinado resultado *seja atingido*. De fundo, por sua vez, há outro interesse. Toda relação expõe a pessoa ou seus bens de uma parte à atividade da outra, que pode, com esta atividade, provocar danos a tais bens ou colocá-los em perigo. Incide então a boa-fé, a regular o comportamento dos sujeitos por meio da criação de uma série de deveres dedicados a evitar situações danosas. Esses deveres, assim, ao contrário dos anteriores, veiculam um interesse negativo: há que se fazer algo (ou que se tomar determinadas medidas) para que um determinado resultado *não seja atingido*. Esses deveres são por ele chamados de ‘deveres de proteção’[...].”

Assim, os deveres anexos se distinguiriam em dois grupos: os deveres anexos de prestação e os deveres anexos de proteção. No primeiro grupo, os contratantes devem ajudar a outra parte contratual na realização da prestação, evitando tudo o que poderia prejudicar a realização do contrato. O fundamento desse dever anexo é a vontade contratual de prestar de ambas as partes, e, portanto, pressupõe a existência de um contrato.⁷⁰

O segundo grupo dos deveres anexos tem por objetivo a proteção do contratante e de seus bens, evitando-se qualquer tipo de lesão. Estes deveres são independentes da vontade das partes, sendo que seu conteúdo já é determinado no momento de um “contato social”⁷¹ entre os envolvidos.⁷²

Com efeito, deve-se observar que “o contrato não envolve só a *obrigação de prestar*, mas envolve também uma *obrigação de conduta!*”⁷³ Nesse sentido, a relação contratual nada mais é do que um “contato social”, pelo qual as partes devem agir com lealdade, respeitando os interesses opostos, tanto nas relações extracontratuais, como nas contratuais. O descumprimento de um dever de conduta

⁷⁰ FABIAN, 2002, p. 64.

⁷¹ Em suma, o “contato social” é um contato na sociedade que vincula as pessoas. Contato esse em que não se podem esquecer os deveres gerais de conduta, de agir conforme a boa-fé e o bom direito em qualquer relação contratual, e, até mesmo, nas extracontratuais. A expressão “contato social” foi desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs para servir de gênero para as relações contratuais e extracontratuais na sociedade, nas quais, surgem direitos e obrigações, a partir da interpretação do § 242 do Código Civil da Alemanha (BGB). (MARQUES, 2011, p.217). Clóvis do Couto e Silva refere que algumas objeções foram feitas a denominação de “contato social”, sendo que certos doutrinadores preferem a expressão “quase contrato”. Refere, também, que o “contato social” deve ser considerado como “ato-fato”, produtor de direitos e obrigações. (SILVA, 2007, p. 75-76). Ainda, sobre o tema, confira-se: BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 13, p. 42-55, jan./mar. 1995.

⁷² FABIAN, *op cit.*, p. 64-65.

⁷³ MARQUES, *op cit.*, p. 217.

significa inadimplir o contrato, mesmo que parcialmente, implicando em uma sanção contratual.⁷⁴

Portanto, quanto ao momento de sua constituição, os deveres anexos podem ser classificados em: deveres próprios da etapa de formação do contrato (de informação, de segredo, de custódia); deveres da etapa de celebração (equivalência das prestações, clareza); deveres da etapa de cumprimento (de cooperação); e, deveres após a extinção do contrato (de sigilo, de reserva, de garantia da fruição do contrato).⁷⁵

Nesse ponto, importa uma breve menção às clássicas teorias da *culpa in contrahendo* e da *quebra positiva do contrato* que evidenciam a importância dos deveres anexos, ambas sendo consideradas duas grandes descobertas da doutrina após a publicação do Código Civil da Alemanha.⁷⁶

A teoria da *culpa in contrahendo*, lançada por Rudolf Von Jhering em 1861, busca uma regulamentação sobre a questão da responsabilidade durante a fase de negociações e de formação do contrato. Sustenta, em resumo, que havendo nulidade no contrato por erros ocorridos na sua formação a parte que tivesse ou devesse ter conhecimento do óbice deveria indenizar a outra pelos danos sofridos. Jhering adota o critério do interesse contratual negativo para a delimitação da indenização devida. De acordo com esse critério, a indenização deveria abranger os danos efetivamente causados e também os derivados da não celebração do negócio, em decorrência da confiança que o contratante havia depositado na transação que resultou em nulidade.⁷⁷ A *culpa in contrahendo*, considerada para Jhering um instituto da responsabilidade civil, atualmente é designada de “responsabilidade pré-contratual” e “responsabilidade pré-negocial”.⁷⁸

⁷⁴ A tradicional divisão dos deveres em contratuais e extracontratuais não foi capaz de explicar a natureza dos deveres anexos. Assim, tem se utilizado o contato social e a confiança para fundamentar os deveres anexos. (FABIAN, 2002, p. 66).

⁷⁵ AGUIAR JÚNIOR, 1995a, p. 26.

⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 595.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 530.

⁷⁸ BARBOSA, 2008, p. 105.

Já a teoria da violação positiva do contrato⁷⁹, criada por Hermann Staub, em 1902, postula que da mesma forma que o devedor responde pela não realização da prestação acordada ou pelos danos decorrentes da sua mora, deve responder nos casos em que o devedor viola a sua obrigação de cumprimento mediante uma conduta positiva, ou seja, fazendo o que devia omitir ou realizando uma conduta devida, mas de forma imperfeita.⁸⁰

Grande parte dos doutrinadores⁸¹ entende que os deveres anexos podem ser agrupados quanto à sua natureza em três⁸² grandes grupos: os deveres de proteção, os de lealdade e cooperação e os de esclarecimento e informação, este último mais relacionado ao tema deste trabalho.⁸³

Os deveres de informação são elaborados, em sua grande maioria, através do princípio da boa-fé objetiva, e, por isso, nem sempre⁸⁴ se baseiam em normas explícitas. De uma forma mais ampla, os deveres de informação resultam de uma necessidade jurídica de proteção aos contratantes e são criados para posteriormente fundamentar uma responsabilidade civil.⁸⁵

A doutrina estrangeira identifica duas espécies de deveres de informação: o denominado dever de “conselho” ou “aconselhamento” e o dever de “esclarecimento”. O dever de conselho é um dever mais forte, existente somente nas

⁷⁹ A admissão da teoria da violação positiva do contrato no direito brasileiro é defendida por Jorge Cesa Ferreira da Silva como hipótese de inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, *in verbis*: “Desta forma, cumpre agregar a culpa à definição antes formulada. No direito brasileiro, portanto, *pode-se definir a violação positiva do contrato como inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação*”. (SILVA, 2002, p. 268).

⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 595.

⁸¹ Destaca-se que esta classificação dos deveres anexos em três diferentes tipos, embora seja aceita pela maioria dos doutrinadores, não é objeto de consenso. (RAGAZZO, 2009, p. 31).

⁸² Esta tripartição origina-se no pensamento de Menezes Cordeiro que classifica os deveres de conduta em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. (MENEZES CORDEIRO, *op cit.*, p. 604).

⁸³ SILVA, 2002, p. 108.

⁸⁴ Há hipóteses em que o dever de informar vem descrito na lei. O Código de Ética Médica trata do dever de informar do médico em diversas oportunidades: no artigo 22 veda ao médico “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”, no artigo 24 que veda o profissional “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”, tendo ainda o paciente o direito de decidir livremente (art. 31), após informação pormenorizada (art. 34). (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Código de Ética Médica**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2011).

relações entre um especialista e um leigo, bastante comum na relação entre médico e paciente, como se verá mais detalhadamente nos próximos capítulos. O cumprimento do dever de conselho significa informar ao leigo todas as possibilidades (por exemplo, as diferentes opções de tratamentos médicos). Já o dever de esclarecimento obriga o fornecedor a prestar informações claras sobre o contrato à parte mais fraca do vínculo.⁸⁶

Através da informação verdadeira, precisa, clara e completa será possível resguardar os interesses legítimos das partes.⁸⁷ Além disso, assegura-se a verdadeira vontade dos envolvidos, eis que o conhecimento destas informações pode influenciar o comportamento, em especial, do lado mais vulnerável.⁸⁸

O dever de informação já pode ser visualizado na fase pré-contratual e acompanha toda a relação contratual, sendo encontrado também na fase pós-contratual. Nas relações de consumo, tem papel fundamental, pois possibilita uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor.⁸⁹

Cabe registrar a lição de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “*Seria absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada*”.⁹⁰

Por óbvio, os deveres anexos não atuam de forma ilimitada. Especialmente, quanto ao dever de informar, a diversidade de informações e a sua amplitude pode inviabilizar o seu cumprimento. Portanto, o grande desafio que se apresenta é a identificação dos limites do dever de informação, com o cumprimento da prestação principal e com a satisfação dos interesses envolvidos na relação contratual.

⁸⁵ FABIAN, 2002, p. 45.

⁸⁶ MARQUES, 2011, p. 226-227.

⁸⁷ BARBOSA, 2008, p. 102.

⁸⁸ FABIAN, *op cit.*, p. 108.

⁸⁹ BARBOSA, *op cit.*, p. 101.

⁹⁰ SCHREIBER; TEPENDINO, 2005, p. 224.

No Código de Defesa do Consumidor, juntamente com o princípio da boa-fé,⁹¹ o dever de informar fundamenta-se no princípio da transparência⁹² que impõe ao devedor da informação (fornecedor) esclarecer para racionalizar as opções do consumidor.⁹³ Esse princípio busca uma maior aproximação entre os contratantes. Como reflexos da transparência, temos o direito à informação do consumidor, sob pena de não obriga-lo, mesmo que o contrato esteja devidamente formalizado.⁹⁴

Conforme leciona Claudia Lima Marques⁹⁵:

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial das relações de consumo.

Com efeito, a transparência demanda clareza sobre a situação jurídica do consumidor, significa que o consumidor deve saber quais são os seus direitos e deveres obrigacionais decorrentes do contrato. Com isso, o consumidor pode formar e manifestar livremente a sua vontade negocial, depois de oportunizado o conhecimento sobre os produtos e serviços oferecidos e também sobre o conteúdo do contrato.⁹⁶

⁹¹ Christoph Fabian menciona: “A relação da transparência com a boa-fé ainda não está suficientemente discutida: para a compreensão da transparência como princípio próprio se pode alegar que ela vale apenas no direito do consumidor. Mas há também argumentos para compreender a transparência como subprincípio da boa-fé: já mencionamos que o art. 51, IV, do CDC assume o papel do art. 51, V, do CDC, *vetado*. Também serve a transparência para realizar a lealdade e confiança. E, finalmente, devem as partes agir com clareza para obter confiança e ser leais em relação à outra parte.” (FABIAN, 2002, p. 70). Claudia Lima Marques, citando os autores do anteprojeto do CDC, afirma que para a doutrina brasileira a transparência é uma exigência do princípio maior da boa-fé. (MARQUES, 2011, p. 745).

⁹² O princípio da transparência foi instituído pelo artigo 4º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios [...]” (BRASIL. Presidência da República. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **[Base de Legislação Federal]**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 2 dez. 2011).

⁹³ TOMASETTI JÚNIOR, 1993, p. 53.

⁹⁴ MARQUES, *op cit.*, p.751-752

⁹⁵ *Ibid.*, p.745.

⁹⁶ Nesse aspecto, o princípio da transparência será complementado pelo dever de informar, previsto no art. 6º, III, do CDC e pela obrigação de apresentar previamente o conteúdo do contrato, regrada no art. 46 do mesmo diploma legal. (NUNES, 2009, p. 127).

Paulo Nalin⁹⁷ acrescenta:

Em um contexto mais amplo, qual seja, o sociopolítico, a transparência alcança o conceito de informação social e meio de comunicação, por ser mais eficaz e precisa, quanto à informação, cujo resultado é a linguagem falsa e enganosa, estando em harmonia com a própria idéia de democratização do mercado.

Seu maior impacto na relação contratual está na necessidade de que uma informação contratual de qualidade seja oferecida ao consumidor, assegurando a manifestação livre da sua vontade negocial.⁹⁸ Para exemplificar essa situação, Claudia Lima Marques⁹⁹ utiliza a expressão “inversão de papéis”, eis que o consumidor agora é detentor do direito subjetivo de informação e o fornecedor passou a ser sujeito de um dever de conduta ativa (informar).¹⁰⁰

⁹⁷ NALIN, 2008, p. 146-147.

⁹⁸ É possível observar a transparência jurídica nos artigos 31, 46 e 53 do CDC que demandam clareza sobre o conteúdo do contrato. (FABIAN, 2002, p. 69).

⁹⁹ MARQUES, 2011, p. 747.

¹⁰⁰ O dever de informar também existe para o consumidor, quando informa, por exemplo, seu estado de saúde à seguradora ou prestadora de serviços. Nesse sentido, a seguinte decisão: “Apelação cível. Seguros. Ação de cobrança. Seguro de vida. Doença preexistente à data da contratação. Omissão consciente. Perda do direito ao benefício. Conhecimento do segurado acerca de doença preexistente. Omissão intencional de informação relevante. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia. Improcedência do pedido mantida por fundamentos diversos. Apelo não provido.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70048025191, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Dr. Ney Wiedemann Neto, julgado em 24/05/2012. [**Consulta de Acompanhamento Processual**]. Porto Alegre, 2012a. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70048025191&num_processo=70048025191&codEmenta=4719298&temIntTeor=true>. Acesso em: 4 jun. 2012). Apesar disso, a responsabilidade pela averiguação das informações sobre a saúde do cliente é das seguradoras, pois a favor do consumidor milita uma presunção de boa-fé subjetiva. Como exemplo, a seguinte decisão: “Apelação cível. Seguro de vida e despesas hospitalares. Ação de cobrança. Alegação de doença preexistente. Indenização devida. 1. É devida a indenização securitária, eis que não demonstrada a má-fé do segurado na contratação do seguro de vida e despesas hospitalares. Eventual doença preexistente não tem o condão de excluir a indenização securitária, na medida em que o segurado não teve averiguado o seu estado de saúde no momento da contratação. Precedentes. 2. Valor indenizatório adstrito ao previsto nas apólices. Ausência de interesse recursal, no ponto, porquanto a sentença expressamente limitou a condenação ao valor contratado no seguro. Recurso não conhecido nesse particular. Recurso parcialmente conhecido e, no ponto, desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70048882369, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, julgado em 30/05/2012. [**Consulta de Acompanhamento Processual**]. Porto Alegre, 2012b. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70048882369&num_processo=70048882369&codEmenta=4721737&temIntTeor=true>. Acesso em: 4 jun. 2012).

Observa-se com facilidade a importância da transparência¹⁰¹ nos denominados “contratos cativos de longa duração”¹⁰² ou contratos relacionais. Esses contratos são aqueles que se estendem por um longo prazo, como os contratos de cartões de crédito, seguros,¹⁰³ consórcios, tendo como características o risco de imprevisibilidade, dominação e vulnerabilidade do consumidor. Nesses casos, é fundamental a cooperação futura para o cumprimento do que foi firmado e para a manutenção do vínculo.¹⁰⁴

A transparência torna-se, então, uma importante característica das relações contratuais, concretizando a ideia de reequilíbrio de forças nas relações de consumo, impondo um novo e amplo “dever de informar” de forma mais clara e correta sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o

¹⁰¹ Juntamente com o princípio da transparência, há que se destacar, ainda, a importância do princípio da veracidade que impõe uma conduta negativa, ou seja, não enganar, não ocultar informações e não informar o consumidor de forma incorreta. (TROPARDI, Nelcina Conceição de Oliveira. Alguns temas pontuais em direito do consumidor. In: ANCONA LOPEZ, Teresa; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coords.). **Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 400).

¹⁰² Esta expressão é utilizada por Claudia Lima Marques. (MARQUES, 2011, p. 96).

¹⁰³ Os planos privados de assistência à saúde, bem como os demais contratos de assistência médica são bons exemplos de contratos cativos de longa duração, com relação direta para o tema dessa pesquisa, considerando-se o elevado número de médicos vinculados por convênio. Nesse aspecto, em recente decisão o STJ decidiu que as operadoras de planos de saúde têm a obrigação de informar individualmente cada segurado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais: “CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REDE CONVENIADA. ALTERAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA ASSOCIADO. NECESSIDADE. 1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 2. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de *consentimento informado* ou *vontade qualificada*. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente *completa*, *gratuita* e *útil*, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. 3. A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual. 4. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais. 5. Recurso especial provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1144840-SP (2009/0184212-1), Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/03/2012. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, 11 abr. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901842121&dt_publicacao=11/04/2012>. Acesso em: 4 jun. 2012).

¹⁰⁴ MACEDO JÚNIOR, 2007, p. 134-136.

conteúdo do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação.¹⁰⁵

Finalmente, menciona-se que a informação tem provocado um grande abalo nas relações contratuais contemporâneas, especialmente nas relações entre fornecedores e consumidores, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, o que será objeto de análise mais detalhada no próximo item.

2.3 O direito do consumidor e o dever de informar

Nas últimas décadas, constatou-se a fragilidade do consumidor e a necessidade de uma proteção diferenciada, especialmente em termos educacionais, informativos, materiais e legislativos que culminaram com a criação de regras protetivas em diversos países.

A partir de então, surgiram normas especiais dedicadas a proteger o direito à informação do consumidor.¹⁰⁶ O direito do consumidor transformou o direito à informação em um direito fundamental, sendo condicionante e determinante do conteúdo da prestação principal do fornecedor. Portanto, não deve ser mais visto apenas como um dever anexo, pois assume papel fundamental no desenvolvimento da relação entre fornecedor e consumidor, tornando realizável o direito de escolha e autonomia do consumidor.¹⁰⁷

A Constituição Federal brasileira refere a proteção jurídica ao consumidor em mais de uma oportunidade. Assegura a informação entre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, XIV.¹⁰⁸ Garante, ainda, a defesa do consumidor como

¹⁰⁵ MARQUES, 2011, p.751.

¹⁰⁶ A complexidade do direito à informação é responsável pela migração da esfera individual para a coletiva, inaugurando o chamado “direito coletivo da informação”. Dessa forma, a ausência de informação na relação de consumo não atinge apenas àquele consumidor específico que irá celebrar determinado contrato, mas toda a coletividade de forma indistinta. (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v.5, p. 91, 2001).

¹⁰⁷ LÔBO, 2001, p. 67.

¹⁰⁸ Artigo 5º [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. (BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). [Portal do Palácio do Planalto]. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2011).

grupo social, nos artigos 5º, XXXII¹⁰⁹, e 170, V¹¹⁰, da referida legislação. Além disso, disciplinou no artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias o prazo de cento e vinte dias da promulgação da Constituição para elaboração do Código de Defesa do Consumidor pelo Congresso Nacional.¹¹¹

O Código de Defesa do Consumidor¹¹² estabelece a informação como um dos direitos básicos do consumidor.¹¹³ Essa garantia decorre da vulnerabilidade do consumidor, prevista no artigo 4º, I, do CDC, que reconhece a sua fraqueza no mercado e por isso confere mecanismos especiais de defesa frente ao poder econômico e técnico do fornecedor.¹¹⁴

Assim, sendo o direito à informação um dos direitos básicos do consumidor,¹¹⁵ tem-se que a informação é também um dos principais deveres do fornecedor. Trata-se de um dever de informar de forma clara e correta sobre o produto ou serviço, de maneira que nenhum consumidor possa, posteriormente, alegar que desconhecia a informação.¹¹⁶

Destaca Christoph Fabian¹¹⁷:

¹⁰⁹ Artigo 5º [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, documento eletrônico).

¹¹⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]. V – a defesa do consumidor. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, documento eletrônico).

¹¹¹ BARBOSA, 2008, p. 49-50.

¹¹² Artigo 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, documento eletrônico).

¹¹³ O conceito de consumidor atribuído pelo CDC contempla a relação jurídica ampla de consumo, o chamado “consumidor potencial”, dispensando a conclusão de um contrato de consumo para que se efetive a proteção jurídica. (ALBUQUERQUE, 2001, p. 92).

¹¹⁴ GRINOVER, 2007, p. 70.

¹¹⁵ Além de elencar o direito à informação entre os direitos básicos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor destaca-o nas diversas fases da relação de consumo: artigos 8º e 10 (informação sobre riscos e periculosidade); artigos 12 e 14 (defeitos de informação); artigos 18 e 20 (vícios de informação); artigos 30, 31, 33, 34 e 35 (eficácia vinculativa da informação, vinculação à oferta e proposta e as consequências da violação do dever de informar); artigo 36 (dever de informar na publicidade); artigo 46 (ineficácia em relação ao consumidor das disposições contratuais não informadas); artigo 51 (abrangência das cláusulas que não foram suficientemente informadas); artigos 52 e 54 (deveres específicos de informação nos contratos) (CÁPRIO, Marcos. O Dever de Informação em Perspectiva Civil e Consumerista. *Revista Jurídica Empresarial*, Sapucaia do Sul, RS: Notadez, ano 3, ed.7, p. 49, nov./dez. 2010).

¹¹⁶ GRINOVER, *op cit.*, p. 148.

¹¹⁷ FABIAN, 2002, p. 107.

Característico para os deveres de informar é que a outra parte deve informar *espontaneamente* sobre circunstâncias que a parte não sabe. Postula-se estes deveres sempre de uma retrospectiva ou *ex post*. São sempre informações que teriam influenciado um comportamento anterior da outra pessoa.

Para o cumprimento do dever de informar, o consumidor deve receber informações claras e completas sobre os produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado. Ou seja, a informação deve prover o consumidor de todos os elementos necessários para manifestação da sua vontade, sendo que o seu conteúdo encontra suporte no dever de informar do fornecedor.¹¹⁸

Dessa forma:

Com efeito, na sociedade de consumo o consumidor é geralmente mal informado. Ele não está habilitado a conhecer a qualidade do bem ofertado no mercado, nem a obter, por seus próprios meios, as informações exatas e essenciais. Sem uma informação útil e completa, o consumidor não pode fazer uma escolha livre. A obrigação que o direito civil impõe ao comprador de informar-se antes de contratar é, na sociedade de consumo, irreal.¹¹⁹

Além de elencado entre os direitos básicos do consumidor, a obrigação de informar está prevista em diversas regras do Código de Defesa do Consumidor que podem ser classificadas em quatro grupos: regras ratificadoras do dever de informar (artigos 4º, IV, 8º e parágrafo único, e, 9º); regras informativas da responsabilidade civil (artigos 12 e 14); regras vinculativas da informação como integrantes do contrato (artigos 30, 31, 36 parágrafo único, 37 e 38); e, por fim, regra assecuratória do princípio da cognoscibilidade¹²⁰(artigo 46).¹²¹

Especialmente no que tange à relação médico-paciente,¹²² o dever de informar é imposto pelos artigos 4º, 14, 20, 30 e 31 do Código de Defesa do

¹¹⁸ TROPARDI, 2009, p. 398.

¹¹⁹ L'HEREUX, Nicole. Droit de la consommation, p. 16. *Apud* BENJAMIN, 2009, p. 191.

¹²⁰ O artigo 46 e o artigo 54 do CDC estabelecem que os contratos de consumo não são eficazes frente aos consumidores "se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo", ou haver dificuldade de compreensão de seu sentido, ou se não forem redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos, ou se não forem redigidos com destaque, no caso de limitação de direitos. Assim, tem-se que a cognoscibilidade tem caráter objetivo, abrange o conhecimento (poder conhecer) e a compreensão (poder compreender). (LÔBO, 2001, p. 74-75).

¹²¹ ALBUQUERQUE, 2001, p. 91.

¹²² Em que pese entenda-se que a relação médico-paciente é uma relação de consumo, o Código de Ética Médica menciona, no Capítulo I, XX: A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, documento eletrônico).

Consumidor. O médico deve informar ao paciente em linguagem clara e adequada ao seu nível cultural, acerca da natureza da enfermidade e prognóstico esperado.¹²³ A verdade é fundamental, contudo, o médico precisa saber conduzir o encontro, no sentido de não informar com palavras frias e insensíveis, a fim de não alarmar ainda mais o enfermo que já está, por si só, fragilizado. Dessa forma, o médico deve orientar sua conduta em consideração às dificuldades do paciente, mas jamais esquecendo o direito que ele tem de saber a sua real situação.¹²⁴

A informação devida pelo médico demonstra uma mudança na relação com o paciente, buscando maior atenção à saúde, compreendendo o bem-estar físico e psíquico do enfermo. O ponto de desequilíbrio dessa relação é justamente a desigualdade de informação. Assim, através do dever de informar do médico, o paciente pode receber os dados necessários para consentir de forma livre e consciente em relação ao tratamento recomendado.¹²⁵

Não há dúvidas, portanto, que o dever de informar modificou profundamente as relações contratuais entre consumidores e profissionais liberais. Por consequência, a relação envolvendo médicos e pacientes, tema central deste trabalho, também sofreu grandes alterações. Importa identificar como a informação pode influenciar essa nova relação entre médicos e pacientes, marcada pela maior autonomia do paciente, como se pretende analisar no próximo item.

¹²³ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 292.

¹²⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 123.

¹²⁵ KFOURI NETO, *op cit.*, p. 289.

3 O DEVER DE INFORMAR DOS MÉDICOS

As origens do dever de informar e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, as transformações ocorridas nas relações contratuais, bem como a importância da informação na proteção dos direitos dos consumidores, restaram claras no capítulo anterior. Agora, cabe delimitar como essas alterações influenciam a relação envolvendo médico e paciente, identificando como o dever de informar se insere neste contexto para garantir o exercício da autonomia do paciente no nosso ordenamento jurídico.

Como ponto de partida para essa análise, deve-se observar a notável importância do médico para o desenvolvimento da humanidade. O correto exercício da atividade médica é algo que afeta a todos os cidadãos, o que por si só já é suficiente para uma atenção especial da legislação na proteção da vida e da saúde. Nesse sentido, o dever de informar é decisivo para a proteção do interesse do paciente e para o bom desenvolvimento do ato médico.

3.1 A relação entre médicos e pacientes

A relação envolvendo médicos e pacientes tem se alterado durante a história da humanidade. Em alguns momentos, o médico foi admirado por suas habilidades de cura, em outros, perseguido e ameaçado em decorrência das experiências e pesquisas que muitas vezes contrariaram valores éticos e morais da sociedade.¹²⁶ Assim, é importante descrever brevemente alguns aspectos deste relacionamento ao longo da história que resultaram na passagem de uma relação paternalista¹²⁷ para uma nova relação, marcada pela autonomia do paciente.

As doenças e as dores nasceram junto com o homem. Assim, desde seu primeiro momento de racionalidade, ele tratou de predispor meios para o combate

¹²⁶ RAGAZZO, 2009, p. 39.

¹²⁷ Heloisa Helena Barboza refere sobre o paternalismo: "Desde os tempos de Hipócrates até os nossos dias, busca-se o *bem* do paciente, ou seja, aquilo que, do ponto de vista da medicina, se considera benéfico para o paciente, sem que esse em nada intervenha na decisão. Esse tipo de relação, apropriadamente denominada paternalista, atribui ao médico o poder de decisão sobre o que é melhor para o paciente. Similar à relação dos pais com os filhos, foi durante longo tempo considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao enfermo sua capacidade de decisão como pessoa adulta." (BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 1, n. 2, p. 7, 2004).

desses males. Por muitos séculos, a medicina esteve ligada a formas não científicas, em suas modalidades empírica, religiosa e mágica. No empirismo, curiosos e observadores receitavam ervas para amenizar uma dor ou indicavam determinado modo de imobilização em caso de fraturas. O conhecimento empírico limitava-se à mera verificação dos fatos, sem indagar as causas e os efeitos produzidos.¹²⁸

A questão religiosa também foi muito presente na medicina, portanto, a saúde e a doença eram atribuídas à intervenção de seres não humanos, como deuses, espíritos, demônios, entre outros. Nesse contexto, o médico não era considerado um especialista em uma determinada matéria, mas sim um sacerdote, cuja atividade limitava-se aos sacrifícios em honra da divindade e as preces, realizadas, muitas vezes, juntamente com os enfermos e seus familiares.¹²⁹

Em contraposição ao sentimento religioso, havia outra forma de interpretar a saúde e a doença: a magia. Os males do homem eram atribuídos aos espíritos. O mago ou feiticeiro era quem realizava os rituais capazes de trazer a cura do enfermo. Nas três modalidades apresentadas (empírica, religiosa e mágica) a cura dependia de forças sobrenaturais e dos rituais utilizados, sem qualquer conotação científica no tratamento empregado. Era, portanto, impossível responsabilizar o médico que apenas participava de um ritual.¹³⁰

Na Mesopotâmia, a prática médica, ainda fortemente ligada à religião, passou a ser regida por regras de conduta, como o Código de Hamurabi e as leis do Talião. Na mitologia greco-romana, Esculápio, considerado deus da medicina, visitava os doentes em casa e tratava suas feridas com plantas e substâncias curativas.¹³¹

Na Grécia Antiga, iniciava-se o caráter científico da atividade médica. As doenças passaram a ser entendidas como causas naturais, suas manifestações avaliadas de forma objetiva, havendo um distanciamento emocional do médico com o paciente. O modelo de relacionamento profissional é autoritário e paternalista. Era

¹²⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 50.

¹²⁹ SOUZA, Armando Tavares de. **Curso de história da medicina. Das origens aos fins do século XVI**. 2. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 20-22.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 22.

¹³¹ LOPES, Fabio Firmino. A relação médico-paciente: entre a atenção e a incompreensão. In: PEREIRA. Hélio do Valle; ENZWEILER. Romano José (Coords.). **Curso de Direito Médico**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 311.

o médico que sabia o que era melhor para o paciente, sendo que a sua decisão era indiscutível. Esse modelo paternalista se manteve durante toda a Idade Média.¹³²

O médico, então, passou a ser visto como um profissional reconhecido pelo saber e considerado o “médico da família, amigo e conselheiro”, desfrutando de posição de destaque na sociedade.¹³³ Por muitas vezes, o médico prestava atendimento a até três gerações do mesmo clã familiar, frequentando, inclusive, as festas e eventos da família. Havia uma relação bem próxima, apesar de ser baseada no respeito e na superioridade do médico. Nesse modelo, a possibilidade de um médico ser responsabilizado por um erro em sua conduta profissional, nem mesmo era considerada.¹³⁴

A partir do século XX, essa situação foi alterada. A massificação das relações sociais também atingiu a atividade médica, distanciando o médico do seu paciente, sendo que a figura do “médico da família” já não é mais tão comum. Na sociedade de consumo, a própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando-se a utilizar expressões como “usuário” e “prestador de serviços”,¹³⁵ tudo em vista de uma defesa mais incisiva dos direitos do paciente-consumidor.¹³⁶

Começou-se, então, a discutir em ambientes médicos, jurídicos e sociológicos a participação ativa dos pacientes na tomada de decisões médicas, marcando a transição do paternalismo para o reconhecimento da autonomia do paciente, sendo a informação o ponto central para que o paciente exerça esse direito de autonomia.¹³⁷

¹³² LOPES, 2011, p. 311.

¹³³ AGUIAR JÚNIOR, 1995b, p. 33

¹³⁴ FRADERA, 1992, p. 118.

¹³⁵ Claudia Lima Marques evita a utilização da expressão “relação médico-paciente”. Explica a autora que os termos “médico-fornecedor” e “paciente-consumidor” são mais adequados à nova realidade da relação, pois o consumidor pode não ser o paciente, mas sua família, seja como contratante de serviços, seja como vítima do dano médico, assim como os deveres não são apenas impostos aos médicos, mas também a todos os fornecedores de serviços médicos, como hospitais e clínicas médicas. (MARQUES, 2004, p. 16).

¹³⁶ AGUIAR JÚNIOR, *op cit.*, p. 33.

¹³⁷ Acompanhando as mudanças no relacionamento entre médico e paciente, foi criada a Declaração de Lisboa (II), da Associação Médica Mundial, em 1981, emendada em Bali, em 1995, que se dedicou à discussão sobre os direitos do paciente. Os princípios aprovados podem ser resumidos em: “1 – direito a cuidados médicos de boa qualidade; 2- direito de escolher seu médico; 3 - direito de auto-determinação; 4 - o paciente inconsciente; 5 – o doente legalmente incapaz; 6 - procedimentos contra a vontade do paciente; 7 – direito à informação; 8 – direito à confidência; 9 – direito à educação de saúde; 10 – direito à dignidade; e 11 – direito à assistência religiosa.” (FARAH, Elias. Atos médicos – Reflexões sobre suas responsabilidades. **Revista do Instituto**

Nesse aspecto, observa Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo¹³⁸:

A medicina pós-moderna alterou o jeito que se pratica medicina. O médico está mais distante do paciente e o tratamento sujeito a interferências tecnológicas que o objetivam, desumanizando a medicina. Diferentemente do que se pensa, o paternalismo não foi substituído pura e simplesmente pelo reconhecimento da autonomia. Há ainda fortes resquícios do paternalismo, demonstrando que esse processo está em plena fase transitória, o que, por si só, já indica que os médicos talvez não estejam treinados para prestar informações adequadas a fim de que pacientes possam tomar decisões livres e esclarecidas.

A relação amistosa, antes observada entre médico e paciente, se transformou em um contato frio e impessoal, em que o médico vê no paciente um desconhecido, enquanto que, para o paciente, o médico é apenas um técnico, com o qual será mantida uma relação estritamente profissional. Esse distanciamento se deve em muito ao surgimento das especialidades médicas, já que a complexidade tecnológica e operacional dos modernos equipamentos médicos não mais permite o caráter generalista do profissional.¹³⁹

A eficácia que caracteriza a medicina atual, entretanto, aumenta os riscos¹⁴⁰ da atividade médica, pois esta mesma técnica, tão avançada, diante de um imprevisto pode gerar consequências muito graves e por vezes desconhecidas.¹⁴¹

dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n.25, p. 185, jan./jun. 2010.). Os princípios 4, 5, 6 merecem ser detalhados. O quarto princípio garante ao paciente, caso esteja inconsciente, o direito de expressar o seu consentimento através de um representante indicado ou legalmente pertinente, excetuando-se os casos de urgência. O quinto princípio, que trata do paciente legalmente incapaz, refere: “no paciente menor ou legalmente incapaz, o consentimento deve ser requerido ao seu representante legal, contudo o enfermo deve ser envolvido na tomada de decisão na medida da sua capacidade de entender, sendo que o médico deve sempre proteger o melhor interesse do paciente.” Já o sexto princípio, prevê a liberdade do paciente para escolher o tratamento, sendo somente aceitas práticas contra a vontade do enfermo em casos excepcionais e permitidos em lei.

¹³⁸ RAGAZZO, 2009, p. 50.

¹³⁹ FRADERA, 1992, p. 118.

¹⁴⁰ Após a introdução da era industrial moderna, a doutrina passou a diferenciar os riscos em duas espécies: o risco externo e o risco fabricado. A primeira espécie relaciona-se com eventos da natureza, enquanto que a segunda seria uma consequência direta do maior conhecimento e do avanço tecnológico ocorrido após a revolução industrial. Sobre a relação entre a revolução industrial e o surgimento de novos riscos aliado ao processo de massificação da produção e dos serviços, confira-se SZTAJN, Rachel. Direito e incertezas da biotecnologia: custo social das pesquisas. **Revista de Direito Mercantil - Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. Malheiros, v. 119, p. 34-51, jul./set. 2000.

¹⁴¹ O aumento dos recursos postos à disposição do profissional e o crescimento das oportunidades de ação são inseparáveis de outros três elementos, quase sempre desconhecidos dos leigos: agressividade, periculosidade e complexidade. PENNEAU, Jean. “La réforme de La responsabilité

Essa afirmativa justifica o aumento, em larga escala, das demandas judiciais por insatisfação dos pacientes ou familiares pelo tratamento realizado. Como já referido, em recente levantamento do Conselho Nacional de Justiça foram constatados mais de 241 mil processos relacionados a questões de saúde, sendo muitos deles ações indenizatórias contra médicos e hospitais.¹⁴²

Os médicos, por sua vez, estão se acautelando defensivamente,¹⁴³ esclarecendo os riscos potenciais e se resguardando com a exigência do consentimento informado sobre o tratamento proposto.¹⁴⁴ Além disso, verifica-se o aumento significativo dos seguros de responsabilidade civil realizados pelos médicos, que pretendem resguardar-se do pagamento de vultosas indenizações em caso de comprovação da culpa médica.¹⁴⁵

Como observado, o avanço da medicina ampliou as expectativas do paciente em relação ao êxito do tratamento ou procedimento, e também, as frustrações em caso de insucesso. Acrescenta-se a isso, o papel da mídia na divulgação das falhas médicas como explicação para o incremento das demandas judiciais versando sobre o tema, muito porque, as ações não dependem da quebra de uma relação de respeito e afeto que existia com o “médico da família”, já que na maioria das vezes o paciente teve uma relação bastante superficial com o profissional.¹⁴⁶

A discussão sobre o comportamento médico que se estabelece nessa nova relação ainda é recente nos Tribunais, advertindo-se para os perigos de julgamentos

médicale”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, p. 525, 1990. *Apud* AGUIAR JÚNIOR, 1995b, p. 33.

¹⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agência CNJ de Notícias. Fórum da Saúde leva a maior compreensão do problema, diz corregedora. [**Portal do CNJ**]. Brasília, 2 set. 2011b. Disponível em: <www.cnj.jus.br/38jc>. Acesso em: 1º jul. 2012.

¹⁴³ Essa maior cautela médica é denominada de “medicina defensiva”. Nesse sentido, muitas vezes, os médicos tendem a substituir a conversa com o paciente em consultório pelo pedido de exames, por vezes excessivos diante dos sintomas apresentados, como forma de defesa em possíveis demandas judiciais. (RAGAZZO, 2009, p. 46).

¹⁴⁴ FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 23, p. 101, jan./jun. 2009.

¹⁴⁵ No Brasil, não é tradição a contratação de seguros de responsabilidade civil pelo médico ou hospitais. Contudo, nas últimas décadas, o grande aumento da litigiosidade entre médicos e pacientes, ocasionou a difusão, principalmente nos grandes centros, dos seguros profissionais na área médica. (TEPEDINO, 2000, p. 74).

¹⁴⁶ AGUIAR JÚNIOR, 1995b, p. 34.

equivocados. E nesta discussão sobre a conduta do médico, muitos pacientes aproveitam-se para obter vantagens pecuniárias,¹⁴⁷ ingressando com demandas infundadas.¹⁴⁸ Há que se atentar para o fato de que nem todo resultado médico, atípico ou inevitável, que contrarie o desejo do paciente, é passível de gerar indenização.¹⁴⁹

Ao lado dessa nova realidade, para o paciente menos instruído, a medicina ainda está atrelada à realização de milagres, como na antiguidade.¹⁵⁰ Isto porque, o médico especializado é mais presente nos centros economicamente mais ricos e está acessível a uma pequena parcela da população que utiliza hospitais particulares ou conveniados com planos de saúde de elevado custo.¹⁵¹ Dessa forma, ainda há muito que se avaliar sobre os impactos da nova relação que está se desenvolvendo entre médicos e pacientes, sendo que o ponto central dessa avaliação é a informação.

¹⁴⁷ Nos Estados Unidos, as demandas ajuizadas pelos pacientes na busca de dinheiro fácil são denominadas de “loteria judicial”. No Brasil, estima-se que cerca de 80% das demandas propostas em face dos profissionais da medicina são improcedentes, o que demonstra que, em muitos casos, o médico torna-se réu em uma demanda injustificável. (KFOURI NETO, 2002, p.182).

¹⁴⁸ Nesse sentido, em interessante decisão a 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou a sentença da comarca de Florianópolis que condenou o paciente ao pagamento de indenização a título de danos morais à médica, por acusá-la falsamente de não lhe ter prestado serviços médicos, após o pagamento de consulta. Tendo o paciente, inclusive, a denunciado ao Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, ao Procon/SC e à Secretaria de Saúde do Estado, alegando não ter sido atendido. O relator do caso, Desembargador Joel Dias Figueira Júnior, assim observou: “Todavia, analisando os documentos acostados à exordial, conclui-se que a Requerente efetivamente procedeu ao atendimento médico e encaminhou os documentos necessários à internação do Demandado, constando a assinatura da médica na ficha de consulta da emergência (fl. 31), na cópia da prescrição médica (fl.32) e na requisição de resultado de exame (fl. 35).” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2007.049489-9, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator Dr. Joel Figueira Júnior, julgado em 14/09/2010. [**Consulta Processual**]. Florianópolis, 2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000AK5E0000&nuSeqProcessoMv=107&tipoDocumento=D&nuDocumento=2799417>>. Acesso em: 4 jun. 2012).

¹⁴⁹ FARAH, 2010, p. 174.

¹⁵⁰ Não é somente entre os menos instruídos que a medicina não-científica ainda se faz presente. Muitos pacientes de elevada posição social, desiludidos com a medicina oficial, valem-se de métodos alternativos, astrólogos, usam amuletos, figas, entre outros elementos na busca da cura. (SOUZA, 1996, p. 23).

¹⁵¹ FARAH, 2009, p. 101.

3.2 Os contratos médicos

No Código Civil brasileiro a responsabilidade médica está regulada entre os dispositivos que dizem respeito à responsabilidade extracontratual.¹⁵² Apesar disso, o entendimento predominante entre os doutrinadores é no sentido de que esse fato não descaracteriza a existência de um contrato entre o profissional e seu cliente.¹⁵³

A jurisprudência também sedimentou o entendimento de que quando o médico atende um paciente, estabelece-se um contrato.¹⁵⁴ A responsabilidade

¹⁵² Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2002, documento eletrônico). Acrescenta-se o Enunciado 460 da V Jornada de Direito Civil ocorrida em 2011, que trata do artigo 951: A responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do art. 951 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil, 2011. **Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/Compilacao%20enunciados%20aprovados1.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2012).

¹⁵³ FRADERA, 1992, p. 120. No mesmo sentido, afirma DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 329, seguido por TEPEDINO, 2000, p. 42.

¹⁵⁴ Mesmo nos casos de atendimento emergencial, reconhece-se a existência de um contrato entre médico e paciente: CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ATENDIMENTO MÉDICO EMERGENCIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES RESGUARDANDO O EQUILÍBRIO E A BOA-FÉ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INCOMPATIBILIDADE COM O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS QUE SE EXTRAEM DO CDC. INSTRUMENTÁRIO HÁBIL A SOLUCIONAR A LIDE. 1. O Código de Defesa do Consumidor contempla a reciprocidade, equidade e moderação, devendo sempre ser buscada a harmonização dos interesses em conflito, mantendo a higidez das relações de consumo. 2. A inversão do ônus da prova é instrumento para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, não tendo por fim causar indevida vantagem, a ponto de conduzir o consumidor ao enriquecimento sem causa, vedado pelo artigo 884 do Código Civil. 3. Não há dúvida de que houve a prestação de serviço médico-hospitalar e que o caso guarda peculiaridades importantes, suficientes ao afastamento, para o próprio interesse do consumidor, da necessidade de prévia elaboração de instrumento contratual e apresentação de orçamento pelo fornecedor de serviço, prevista no artigo 40 do CDC, dado ser incompatível com a situação médica emergencial experimentada pela filha do réu. 4. Os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material e moderação impõem, por um lado, seja reconhecido o direito à retribuição pecuniária pelos serviços prestados e, por outro lado, constituem instrumentário que proporcionará ao julgador o adequado arbitramento do valor a que faz jus o recorrente. 5. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1256703/SP (2011/0079715-6), Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/09/2011. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100797156&dt_publicacao=27/09/2011>. Acesso em: 4 jun. 2012).

médica é de natureza contratual¹⁵⁵, excetuando-se os casos em que as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, obrigando àquele o dever de prestar assistência, como no encontro de um ferido em plena via pública. Nessa hipótese, não há contrato.¹⁵⁶

Após a edição do Código de Defesa do Consumidor, conforme entende Sergio Cavalieri¹⁵⁷, essas discussões acerca da natureza da relação perderam relevância, pois diante de uma relação de consumo, a responsabilidade emerge diretamente da lei. Atualmente, a responsabilidade médica deve ser analisada sob dois ângulos: a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal e a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial.¹⁵⁸

Nesse sentido, afirma Bruno Miragem¹⁵⁹:

A prestação de serviços médicos, como espécie de serviço especializado prestado por profissional liberal ou por instituição hospital subordina-se ao CDC, porquanto se trate de uma relação de consumo (para o que se exige a remuneração direta ou indireta do serviço). E a aplicação do CDC, neste sentido, pressupõe a atuação profissional do médico e da instituição hospitalar ou clínica, e exige, no que toca ao regime da responsabilidade pelo fato do serviço, a presença do defeito do serviço e sua vinculação ao dano sofrido pelo consumidor.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor pressupõe a existência de uma relação de consumo, que possui consumidor (paciente) e fornecedor (médico),

¹⁵⁵ Explica-se que a culpa contratual é aquela que determina o dano pela falta de execução de um contrato, enquanto que a culpa aquiliana ou extracontratual deriva-se de ato ilícito, sem nexo jurídico a que se refira. (DIAS, 2006, p. 329). Embora essa discussão já esteja superada, Carlos Ferreira de Almeida relembra que em um passado não muito distante a responsabilidade civil dos médicos era considerada aquiliana, como se este fosse o enquadramento natural. Na França, a mudança da orientação surge com a sentença da *Cour de Cassation*, que em 1936 reconheceu pela primeira vez a natureza contratual da responsabilidade civil dos médicos. Ainda, o Autor observa que em Portugal a mudança foi verificada de forma explícita somente em 1972, no artigo publicado por Moitinho de Almeida, onde se afirmou claramente que as relações mais comuns entre médicos e pacientes assumem a natureza contratual. (ALMEIDA. Carlos Ferreira de. Os contratos de prestação de serviço médico no direito civil português. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, p. 5-6, 1995).

¹⁵⁶ AGUIAR JÚNIOR, 1995b, p. 35

¹⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 385.

¹⁵⁸ Este trabalho limita sua análise ao dever de informar do médico de forma direta e pessoal, como profissional liberal.

¹⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 16, n. 63, p. 72, jul./set. 2007.

cuja prestação de serviços é remunerada direta ou indiretamente.¹⁶⁰ Com esses elementos, aplicam-se as normas consumeristas aos serviços prestados por médicos, hospitais e clínicas privadas.

Diante da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, regula-se o regime de responsabilidade (arts. 14 e 17), as obrigações de informação e colaboração (arts. 30 e 31), os direitos básicos do consumidor (art. 6º), assim como a proibição de condutas que caracterizem práticas abusivas (art. 39).¹⁶¹

Na jurisprudência, também se verifica a possibilidade de aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor, da lei sobre planos de saúde, do Código de Ética Médica e das regras subsidiárias sobre a responsabilidade médica e prestação de serviços do Código Civil, sempre sob os mandamentos da Constituição Federal, reconhecendo um “diálogo das fontes legislativas”.¹⁶²

No tocante à natureza desse contrato, ainda divergem os juristas. As principais correntes doutrinárias assemelham o contrato médico a um mandato, contrato de empreitada, de locação de serviços, contrato inominado ou contrato multiforme.¹⁶³

Gustavo Tepedino¹⁶⁴ refere:

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

Nesse aspecto, sustentam os juristas que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, sendo ainda conselheiro, guarda e protetor do enfermo, exigindo-se uma consciência profissional que o afasta da simples locação

¹⁶⁰ Pelo sistema único de saúde a remuneração dos médicos advém do Estado. Neste caso, em que a remuneração não é paga diretamente pelo paciente, sustenta-se a existência de uma remuneração indireta, sujeita igualmente às normas do CDC. (MIRAGEM, 2007, p. 68).

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 68.

¹⁶² (MARQUES, 2004, p. 12). No mais, a expressão “diálogo das fontes” foi criada por Erik Jayme, com a finalidade de aplicar simultânea e coerentemente duas leis, justamente para se contrapor à expressão anteriormente usada, qual seja, “conflitos de leis no tempo”. Sobre esse tema, ver: MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das Fontes. In: BENJAMIN. Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a. cap.IV; p. 89-101.

¹⁶³ KFOURI NETO, 2010, p. 75.

¹⁶⁴ TEPEDINO, 2000. p. 42.

de serviços,¹⁶⁵ sendo mais apropriada a classificação de contrato inominado ou *sui generis*.¹⁶⁶

Na realidade, o contrato que se forma entre médico e paciente possui características próprias, diante da pluralidade de atos concernentes ao atendimento médico, o que leva à conclusão da prevalência da denominação de contrato inominado,¹⁶⁷ sendo que no Brasil é mais comum tratar-se essa relação como um contrato de prestação de serviço.¹⁶⁸

Como verificado, a natureza da relação médico-paciente ainda é um tema polêmico entre os juristas. Por isso, a legislação deve passar por reformulações para acompanhar as novas formas de desenvolvimento da atividade médica, com os planos de saúde ou seguros-saúde e o aperfeiçoamento dos hospitais, que acarretam a impessoalidade acentuada dos atendimentos e a maior dependência dos diagnósticos em relação à tecnologia dos novos equipamentos médicos.¹⁶⁹

3.2.1 Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado

De forma genérica, pode-se entender que obrigação é vínculo, é algo que passa a existir, ligando alguém a outrem. Existem prestações obrigacionais de variados tipos, sendo que no presente estudo interessam as que dizem respeito ao vínculo que une médico e paciente, respectivamente. Portanto, importa analisar as obrigações quanto ao seu conteúdo em obrigações de meio e de resultado.

¹⁶⁵ Esta posição é sustentada por alguns juristas com base no artigo 594 do Código Civil, ao dispor que “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”. (FARAH, 2009, p. 115).

¹⁶⁶ Nesse sentido Sergio Cavaliere: “[...] parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de contrato *sui generis*, e não de mera locação de serviços, consoante orientação adotada pelos Códigos da Suíça e da Alemanha. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 385). Ainda: “[...] como contrato *sui generis*, idéia que nos parece mais acertada, pois a idéia da elevação da natureza dos serviços médicos acima da simples locação de serviços, longe de ser mera reminiscência da noção ministrada pela *honorária*, é ainda a que domina entre os que consideram atentamente a feição especial da assistência médica. (DIAS, 2006, p. 330).

¹⁶⁷ Além disso, Sergio Cavaliere: “De qualquer forma, essa divergência acerca da natureza jurídica do contrato em nada altera a responsabilidade do médico, posto que, tratando-se de responsabilidade contratual, o que importa saber é se a obrigação gerada pela avença é de resultado ou de meio. E assim é porque, como já vimos, apenas no primeiro caso – obrigação de resultado – a culpa é presumida, devendo ser provada no segundo caso, tal como na responsabilidade delitual.” (CAVALIERI FILHO, *op cit.*, p. 385).

¹⁶⁸ FARAH, *op cit.*, p.123.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 122.

Na década de vinte, o jurista francês René Demogue propôs a classificação das obrigações quanto ao seu conteúdo nas duas categorias acima citadas: obrigação de meio e obrigação de resultado. A idéia original, contudo, não era do jurista, pois as raízes dessa separação nasceram no Direito Romano. Além disso, a própria doutrina germânica, no século XIX, já oferecia a diferenciação entre os dois tipos de obrigação.¹⁷⁰

No caso das obrigações de resultado, o devedor se obriga com um determinado fim sem o qual não terá cumprido a sua obrigação. Há um critério objetivo na identificação do adimplemento da obrigação, que é o resultado estabelecido entre as partes.

Já nas obrigações de meio, não há um comprometimento do devedor com o alcance ou a realização de uma determinada providência ou resultado. Neste caso, há somente um comprometimento do devedor em agir como toda diligência e perícia que possui para o melhor cumprimento da obrigação. Apesar disso, não assegura a satisfação específica do interesse do credor na obtenção de um determinado resultado.¹⁷¹

Desta definição, observa-se que, em regra, a obrigação médica, no que diz respeito à prestação de serviços, é uma obrigação de meio.¹⁷² Isso porque, no desempenho da sua atividade profissional, o médico não pode obrigar-se a obter resultado determinado acerca da cura do paciente, que depende também de fatores

¹⁷⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. **Revista trimestral de Direito Civil**, ano 2, v. 5, p. 102 jan./mar. 2001.

¹⁷¹ MIRAGEM, 2007, p. 58.

¹⁷² Sergio Cavalieri esclarece: "Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. O Código de Defesa do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do art. 1.545 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 951 do Código de 2002. Embora seja um médico um prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor, no § 4º do seu art. 14, abriu uma exceção ao sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido. Diz ali que: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa." Devemos ter em mente, todavia, que o Código de Defesa do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a *responsabilidade pessoal* do profissional *liberal*, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade. Assim, por exemplo, se vários médicos resolverem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta não será subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 386).

orgânicos, cujos aspectos são completamente alheios ao domínio técnico do médico.¹⁷³

Consequentemente, em grande parte das especialidades médicas que tenham por fim a cura direta do paciente (cardiologia, cirurgia geral, endocrinologia, geriatria, entre outros) o médico especialista vincula-se a uma obrigação de meios. Há, entretanto, uma série de outras especialidades, cuja finalidade específica não é a cura direta, sendo consideradas meios auxiliares para se alcançar este objetivo. Assim, por exemplo, os médicos especialistas em análises clínicas, bioquímica e radiologia assumiriam uma obrigação de resultado, sem que o exame, por si só, resulte na cura do enfermo.¹⁷⁴

No direito brasileiro, há uma tendência em considerar as cirurgias plásticas estéticas como espécie de obrigação de resultado, uma vez que existiria a possibilidade de identificação do alcance ou não do interesse específico do credor.¹⁷⁵ A distinção entre cirurgia meramente estética¹⁷⁶ e reparadora também é utilizada como critério para a classificação das obrigações. Assim, as cirurgias reparadoras permaneceriam sendo consideradas como obrigações de meio, uma vez que o médico não teria como assegurar o êxito do procedimento pretendido pelo paciente. Enquanto isso, na cirurgia estética¹⁷⁷, considerando-se a busca pela melhora da aparência, implicaria em uma obrigação de resultado.¹⁷⁸

¹⁷³ MIRAGEM, 2007, p. 58.

¹⁷⁴ KFOURI NETO, 2010, p. 190.

¹⁷⁵ Como já observado, na obrigação dos profissionais liberais, entre eles o médico, afasta-se a responsabilidade objetiva que será apurada mediante a verificação de culpa, nos termos do artigo 14, § 4º, CDC. No caso dos procedimentos estéticos, cuja obrigação é de resultado, tem se considerado a responsabilidade civil subjetiva do médico com culpa presumida. Nesse sentido o seguinte julgado: APELAÇÃO CÍVEL e apelo adesivo. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PRESUMIDA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR [...]. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70031363674, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 11 nov. 2009. [**Consulta de Acompanhamento Processual**]. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 13 dez. 2011).

¹⁷⁶ A cirurgia estética não é considerada urgente e sua necessidade nem sempre é manifesta, mesmo assim, apresenta os mesmos riscos de reações adversas dos demais procedimentos cirúrgicos. Nesse aspecto, o profissional deve informar ao paciente os perigos do ato proposto a fim de obter o consentimento expresso. Considera-se que a extensão da informação será proporcional ao risco que ela comporta e não a utilidade ou urgência do tratamento. (KFOURI NETO, 2010, p. 193).

¹⁷⁷ Essa tendência da doutrina brasileira de considerar como de resultado a obrigação assumida pelo cirurgião plástico estético é criticada por certos doutrinadores, sob o argumento de que o resultado final buscado pode ser alterado pelo fisiologismo, pelo psiquismo do paciente e pela resposta

Na verdade, a própria diferença entre obrigação de meio e de resultado está sendo contestada pela doutrina moderna. Miguel Kfouri Neto¹⁷⁹ diz que tal diferença, em sua formulação original, não é mais compatível com a evolução do trato jurisprudencial da responsabilidade civil do médico o justifica que tal conceito se encontre em fase terminal.

Atualmente, não se deve impor uma separação tão severa entre obrigações de meio e de resultado. O reconhecimento e a aplicação do princípio da boa-fé no direito das obrigações fizeram com que a avaliação do cumprimento da obrigação pelo devedor seja examinada com base nos interesses legítimos da outra parte. Isso intensificou os deveres de diligência e de cuidado, assim como o dever de informação e esclarecimento, como se verá no próximo item.¹⁸⁰

3.3 O conteúdo do dever de informar dos médicos

Como verificado, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a prestação de serviços médicos passou a ser entendida como um contrato de consumo.¹⁸¹ A responsabilidade do médico permanece subjetiva, diante da exceção prevista no Código (art. 14, § 4º), sendo que o Código Civil de 2002 em nada alterou essa situação.

individual de cada pessoa, frente a um mesmo tratamento. Nesse sentido: (GIOSTRI, 2001, p. 104-105). Este entendimento é contrariado, também, pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.621/2001, que considera a cirurgia plástica como especialidade única, afirmando em seu artigo 3º que “na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento”, sendo, portanto, assumida uma obrigação de meio. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.621/2001, de 06 de junho de 2001, retificada em 24 de janeiro de 2002. [**Portal do Conselho Federal de Medicina**]. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 15 jun. 2012.)

¹⁷⁸ MIRAGEM, 2007, p. 59.

¹⁷⁹ KFOURI NETO, 2002, p 239.

¹⁸⁰ MIRAGEM, *op cit.*, p. 60.

¹⁸¹ Apesar disso, aparentemente, os médicos não consideram o argumento de que à prestação de serviços médicos se aplica o CDC. Nesse sentido, dispõe o Código de Ética no seu capítulo 1, XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, documento eletrônico).

Dessa maneira, as obrigações do médico¹⁸², incluindo-se o dever de informar, integram a relação de consumo, sendo aplicáveis os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que preveem a obrigação de informar, com destaque para os artigos 6º, 9º e 31. Nesse sentido, estando a relação médico-paciente subordinada à legislação consumerista, está o profissional obrigado a informar ao paciente os riscos e as consequências possíveis do diagnóstico ou tratamento.¹⁸³

Além disso:

Ao lado dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência também identificou a cláusula geral de boa-fé objetiva como fundamento para o dever de informar dos médicos. Como não poderia deixar de ser, há também obrigações éticas previstas no Código de Ética Médica, estabelecendo diversas facetas do dever de informar dos médicos, destacando-se, a esse respeito o previsto nos arts. 59 daquele diploma profissional, além de inúmeros outros que estabelecem obrigações correlatas.¹⁸⁴

O dever de informar também pode ser extraído do artigo 15 do Código Civil: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.¹⁸⁵ A regra consagra um direito da personalidade, obrigando os médicos a não atuarem sem prévia autorização do paciente, que pode recusar-se à realização de um determinado tratamento. Nesse caso, fica comprovada a necessidade e a importância do fornecimento de informações claras e detalhadas ao paciente sobre o seu estado de saúde e o tratamento empregado, para que a autorização seja concedida com pleno conhecimento da situação.¹⁸⁶

¹⁸² Bruno Miragem acrescenta que embora os deveres impostos pelo CDC aos fornecedores digam respeito à relação de consumo entre médico e paciente, o dever de informar passou a ser considerado como um dever inerente a todas as obrigações médicas, independentemente do regime a que se vinculem. Isso decorre da forte influência das normas de direito do consumidor sobre as demais áreas do direito. (MIRAGEM, 2007, p. 56).

¹⁸³ RAGAZZO, 2009, p. 65.

¹⁸⁴ (*Ibid.*, p. 65-66). Esclarece-se que o artigo 59 supracitado corresponde ao artigo 34 do novo Código de Ética Médica, a saber: É vedado ao médico: 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. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, documento eletrônico).

¹⁸⁵ Artigo 15 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 maio 2012. Sobre este dispositivo, entende Sergio Cavaliere: A leitura que fazemos deste dispositivo é a de que todo e qualquer tratamento de risco deve ser precedido de consentimento informado do paciente. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 393).

¹⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 406.

Pelo grande risco de malefícios que uma atuação deficiente pode causar, o médico está submetido de forma mais acentuada a uma série de deveres. Para delimitá-los, José de Aguiar Dias¹⁸⁷ classificou os deveres básicos dos médicos em obrigações de: conselho, cuidado, obtenção do consentimento, abstenção de abuso ou desvio de poder, e sigilo.¹⁸⁸

O primeiro deles é o cerne desta pesquisa, correspondendo ao dever de informação e esclarecimento. O médico deve orientar o enfermo antes da realização de qualquer procedimento. Portanto, desaprova-se a realização de um tratamento sem o devido conselho, eis que tal conduta é considerada um desrespeito à autonomia do paciente.¹⁸⁹ Como refere Christoph Fabian: “Nesta perspectiva se compreende o problema do dever de informar como uma questão existencial da autonomia humana”.¹⁹⁰

Note-se que o dever de informar visa tutelar o interesse do enfermo em favor da sua dignidade e integridade física e psíquica. O *expert* deve pautar a sua conduta em relação ao leigo-consumidor na boa-fé, durante o desenvolvimento de toda a relação jurídica, marcada pela confiança. Tal relação compreende, na fase prévia, deveres de alerta e de aconselhamento, visando alcançar o consentimento informado¹⁹¹, válido e eficaz do paciente.¹⁹²

Pautado no princípio da autonomia, o paciente deve ser ouvido e ter sua vontade respeitada, exigindo-se a informação do diagnóstico, da evolução da

¹⁸⁷ DIAS, 2006, p. 337.

¹⁸⁸ Ruy Rosado de Aguiar Jr. cita os deveres de sigilo, de não abusar do seu poder, de não abandonar o paciente, de, em caso de impedimento, garantir sua substituição por outro profissional habilitado e de não recusar o atendimento em caso de urgência. (AGUIAR JÚNIOR, 1995b, p. 37). Vera Fradera classifica-os em dois grandes grupos: deveres de conselho e os deveres de assistência e cuidado, os quais se subdividem em outros deveres específicos. (FRADERA, 1993, p. 125-128). Já Gustavo Tepedino, interpretando-os conforme a boa-fé objetiva, classifica os deveres em: o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico, o dever de emprego de todas as técnicas, disponíveis para a recuperação do paciente e o dever de tutelar o interesse do enfermo em favor da sua dignidade e integridade física e psíquica. (TEPEDINO, 2000, p. 46-47).

¹⁸⁹ A autonomia privada requer uma manifestação de vontade livre, não comportando vícios, sejam sociais ou de consentimento. Portanto, somente serão aceitos os condicionantes da própria consciência do paciente, não sendo aceitos condicionadores externos. (NAVES, 2002, p. 120).

¹⁹⁰ FABIAN, 2002, p. 134.

¹⁹¹ Como ensina Ruy Rosado de Aguiar Jr., em todo procedimento médico, salvo nos casos urgentes, deve ser obtido o consentimento informado do paciente, pois a decisão sobre o tratamento é do enfermo. (AGUIAR JÚNIOR, 1995b, p. 36).

¹⁹² MARQUES, 2004, p. 16.

enfermidade, das alternativas do tratamento, dos riscos, benefícios e possíveis sequelas. A atuação médica deve ter uma finalidade positiva, destacando os efeitos benéficos do tratamento. Contudo, a técnica utilizada deverá ser precisa, não podendo ser substituída por outra menos eficaz.¹⁹³

O conteúdo do dever de informar do médico compreende todas as informações necessárias e suficientes para o esclarecimento do paciente, quanto aos aspectos relevantes para a sua decisão de submeter-se ao tratamento, assim como os riscos oferecidos e as consequências do procedimento a ser realizado.¹⁹⁴

Gustavo Tepedino¹⁹⁵ acrescenta:

O dever de informação diz com os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens e às desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e ao quadro clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetar o paciente.

Anteriormente, era comum em casos de moléstias graves que o médico ocultasse informações do paciente, evitando abalos psicológicos. A tendência atual, seguindo-se a escola americana, é manter o paciente informado sobre a realidade do seu estado e sobre as possibilidades de evolução da doença.¹⁹⁶ Da mesma forma, nos casos de possibilidade de óbito a tendência americana é de que este anúncio igualmente deve ser feito ao enfermo, a fim que ele possa dispor da melhor maneira de seus últimos dias.¹⁹⁷

O médico deve, então, esclarecer sobre a forma de intervenção e sobre os riscos do tratamento.¹⁹⁸ Contudo, esse dever limita-se à informação sobre os riscos mais comuns, sendo que o paciente não necessita informação sobre os riscos pouco

¹⁹³ NAVES, 2002, p. 120.

¹⁹⁴ MIRAGEM, 2007, p. 63.

¹⁹⁵ TEPEDINO, 2000, p. 47.

¹⁹⁶ AGUIAR JÚNIOR, 1995b, p. 36.

¹⁹⁷ FRADERA, 1992, p. 126.

¹⁹⁸ A atividade médica é essencialmente perigosa, tendo o chamado risco inerente. Esse é entendido como o risco ligado à própria natureza do serviço ou do seu modo de prestação. Assim, até a mais simples cirurgia produz um risco inevitável, que não está relacionado com defeito do serviço, sendo que em princípio o médico não responde por esse risco, a não ser se comprovada a falta ou falha da informação. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 392).

prováveis, a não ser em se tratando de cirurgia puramente estética¹⁹⁹ ou do chamado risco residual,²⁰⁰ o qual, apesar da probabilidade mínima de ocorrência, pode ser evitado, se o paciente for alertado sobre essa possibilidade.²⁰¹

Para o atendimento do dever de informar, Sergio Cavalieri²⁰² observa que devem ser considerados três fatores: a circunstância em que o fato ocorreu, pois nos casos urgentes nem sempre é possível debaterem-se questões menores; se os riscos são consideráveis ou se, estatisticamente, irrelevantes; e, se caso a informação fosse prestada, o paciente teria se recusado a aceitar a prestação do serviço nos moldes em que foi realizada.

Nesse aspecto, é importante levar-se em consideração a situação fática e o nível profissional do médico. Entende Vera Maria Jacob Fradera²⁰³ que “não se pode exigir de um médico, radicado no interior, o conhecimento de técnicas e práticas atualizadas, como se exige de um seu colega, vivendo em centro urbano, tendo a sua disposição um centro médico completo e moderno”.

De qualquer forma, deve-se considerar que um dano à saúde dificilmente poderá ser plenamente reparado, diferentemente do que ocorre no âmbito dos prejuízos materiais, onde se pode repor ou consertar o que foi destruído ou

¹⁹⁹ Nas cirurgias estéticas o médico deve agir com muito mais cautela, pois não vai operar uma pessoa que está doente. Deve avisar o paciente claramente sobre os riscos pelos quais será submetido, contrapondo-os às vantagens a serem auferidas com o procedimento, devendo informá-los expressamente. Caso os perigos forem maiores que as vantagens, deve-se negar a operar o paciente. Ainda, deve observar a parte psicológica do paciente, informando sobre a mudança na imagem e verificando se o momento emocional é adequado para tanto. (LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3. ed. rev. ampl e atual conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120-121). Nesse sentido, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo adverte: Artigo 4º - Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, o médico não deve prometer resultado ou garantia do tratamento. O médico deverá informar ao paciente, de forma clara, sobre os benefícios e riscos do procedimento. (SÃO PAULO. Conselho Regional de Medicina do Estado. Resolução nº 81, de 9 de junho de 1997. Trata da conduta ética do médico especialista em cirurgia plástica. **Diário Oficial do Estado**; Poder Executivo, São Paulo, SP, n. 115, 19 jun. 1997. Seção 1, p. 60. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=3204&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo>>. Acesso em: 15 jun. 2012).

²⁰⁰ O dever de informar sobre o risco residual é exceção à regra geral de que o paciente não precisa de informação sobre riscos pouco prováveis. Para a probabilidade do risco, orienta Cristoph Fabian que não importam as estatísticas, é preciso informar sobre aqueles riscos raros que podem se realizar especificamente no tratamento. (FABIAN, 2002, p. 136).

²⁰¹ FRADERA, 1992, p. 126.

²⁰² CAVALIERI FILHO, 2010, p. 394.

²⁰³ FRADERA, *op cit.*, p. 125.

danificado. Assim, sempre que a informação prestada pelo médico for defeituosa, será passível de reparação.²⁰⁴

A partir disso, é determinada a importância do dever de informar na relação médico-paciente.²⁰⁵ A informação deve ser corretamente compreendida pelo paciente. Não basta o cumprimento formal da obrigação, com referências a termos técnicos, em linguagem não acessível ao leigo. Para o correto atendimento do dever de informar, há que ser prestada uma informação eficiente, compreensível e compreendida pelo paciente, a fim de que se evite a falha informativa, destacando-se a relevância do consentimento informado nesse sentido.²⁰⁶

3.4 As práticas médicas e a informação

A relação desenvolvida entre médico e paciente é assimétrica, pois o primeiro possui todo conhecimento técnico necessário para solucionar a enfermidade do segundo. O paciente tem sua integridade física e mental ameaçada em decorrência da doença, e, então, busca os serviços médicos.²⁰⁷

A prestação dos serviços médicos pode incluir diversas etapas.²⁰⁸ No primeiro encontro, o médico deve informar ao paciente as providências que adotará para elaborar o diagnóstico da doença. Para tanto, deve realizar exame físico e

²⁰⁴ FRADERA, 1992, p. 122.

²⁰⁵ Com efeito: “Note-se que o atendimento ao dever de informar, por si só, constitui espécie de obrigação de resultado, ainda que a prestação principal seja de meio (a prestação de serviço médico). Isto porque o dever de informar é dever anexo da obrigação, e a avaliação sobre seu correto cumprimento ou não é independente do cumprimento do dever principal da prestação. Segundo esta visão de obrigação como um processo em que se somam e sucedem uma série de condutas visando à satisfação do credor, cada um destes deveres deve ser considerado individualmente, de modo que o descumprimento de qualquer deles pode dar causa a que se caracterize o inadimplemento (a violação positiva do contrato).” (MIRAGEM, 2007, p. 63-64).

²⁰⁶ (*Ibid.*, p. 64). Ainda a esse respeito, Claudia Lima Marques: “Hoje a falha informativa ou fato oriundo do defeito da informação são uma negligência e imprudência médica por si sós.” (MARQUES, 2004, p. 18-19).

²⁰⁷ O paciente é considerado um vulnerável especial, leigo e enfermo, e, para alcançar um consentimento livre e esclarecido, com respeito a sua autonomia da vontade, necessita da informação “clara suficiente e leal do médico”. Essa informação divide-se em deveres de esclarecimento, sobre as especificidades do caso, de conselho, sobre as possibilidades e opções encontradas, e de advertência, quanto aos riscos. (MARQUES, 2008, p.17).

²⁰⁸ Basicamente, o ato médico possui três etapas: o diagnóstico, o prognóstico e o tratamento recomendado. O diagnóstico inclui a história clínica do paciente, os sintomas, evolução do quadro e análise dos exames realizados. Com base neles, será decidida a conduta terapêutica a ser empregada. O prognóstico é definido como a conclusão a que chega o médico, em face do diagnóstico, das possibilidades terapêuticas, duração, evolução e termo da doença. (FARAH, 2009, p. 134).

solicitar exames complementares, quando necessário. Na busca do diagnóstico, é necessário também que o paciente lhe relate o histórico dos sintomas, procedimento que se denomina de anamnese.²⁰⁹

Após o diagnóstico, inicia-se o tratamento médico.²¹⁰ A realização do ato médico se completa com a prescrição médica. Neste momento, a clareza das informações prestadas pelo profissional transfere segurança ao paciente, e, conseqüentemente, aderência à prescrição. Faz-se necessária a disponibilidade do profissional para esclarecer sobre possíveis reações adversas.²¹¹

No que tange às práticas a serem empregadas, o médico, após os esclarecimentos sobre o diagnóstico, prognóstico e os objetivos do tratamento, deve obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal.²¹² Há que se respeitar, também, que todo paciente tem direito a uma segunda opinião médica, como forma de melhor esclarecimento e informação.²¹³

Como observa Miguel Kfoury,²¹⁴ recorrer a outro especialista é uma maneira mais moderna de empregar a medicina. Apesar disso, esse procedimento não é rotina entre os médicos brasileiros, que relutam em aceitar a opinião de outro profissional. No restante dos países, é comum a utilização de uma segunda opinião,

²⁰⁹ De acordo com a Resolução nº 1.958 do Conselho Federal de Medicina, que define e regulamenta o ato da consulta médica, essa é composta por anamnese (entrevista sobre o histórico do paciente e da doença), exame físico, elaboração de hipóteses ou conclusões diagnósticas, solicitação de exames complementares e prescrição terapêutica. Quando houver necessidade de exames complementares, o ato médico terá continuidade em um segundo encontro para os resultados sejam submetidos à análise do profissional. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.958 de 15 de dezembro de 2010. Define e regulamenta o ato da consulta médica, a possibilidade de sua complementação e reconhece que deve ser do médico assistente a identificação das hipóteses tipificadas nessa resolução. [Portal do Conselho Federal de Medicina]. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1958_2010.htm>. Acesso em: 16 jun. 2012).

²¹⁰ A Organização Mundial da Saúde, através do Guia para a Boa Prescrição Médica, propõe seis etapas para o alcance de uma terapêutica efetiva, a saber: definição do problema; especificação dos objetivos terapêuticos; seleção do tratamento mais eficaz e seguro; prescrição, incluindo medidas medicamentosas e não medicamentosas; informação sobre a terapêutica para o paciente; e monitoramento do tratamento proposto. (MADRUGA, Célia Maria Dias; SOUZA, Eurípedes Sebastião Mendonça de. **Manual de orientações básicas para prescrição médica - Conselho Federal de Medicina e Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba**. 2.ed., ver. e ampl. Brasília: CRM-PB, CFM, 2011. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/cartilhaprescimed2012.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2012. p. 20)

²¹¹ *Ibid.*, p. 14.

²¹² Nesse sentido, dispõe o já citado artigo 34 do Código de Ética Médica.

²¹³ Reza o artigo 39 do Código de Ética Médica: É vedado ao médico opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, documento eletrônico).

sendo que o próprio médico encaminha o paciente a um colega, que participa do processo de análise e de informação ao paciente.

O contato entre médico e paciente também inclui a fase pós-operatória, onde devem ser prestados esclarecimentos sobre efeitos colaterais e eventuais complicações no quadro clínico. Nesse sentido, a Corte de Cassação francesa refere em suas decisões que o enfermo não pode ser abandonado após a cirurgia, obrigando os médicos a prestarem assistência e informação, com a finalidade de evitar-se o que denominam “vazio médico” na cadeia de atos médicos.²¹⁵

Como visto, a informação é parte das obrigações do médico em todas as etapas da prestação de serviços. O paciente, leigo, deve obter as informações necessárias para que o seu consentimento seja livre, antes e durante a celebração do contrato médico. Finalmente, os deveres de informação vinculam-se ao médico mesmo após a alta do paciente, destacando-se a importância de o médico conservar o prontuário que possa ser útil ao paciente no futuro.²¹⁶

Atualmente, nos atendimentos médicos percebe-se a busca pela produtividade, e, conseqüentemente, a diminuição da relação entre médico e paciente. Em grandes hospitais, muitas vezes, o doente é internado, é atendido por diversos plantonistas, sendo que nenhum deles é diretamente responsável por ele. Quando recebe alta, nenhum dos plantonistas que o atenderam sabe em que estado saiu e quais foram as condições para a alta médica. Provavelmente, em um futuro próximo, não será mais possível identificar as fases no atendimento médico (primeiro contato, diagnóstico e tratamento), tudo em razão da tecnificação do fazer médico.²¹⁷

Há outro ponto a ser destacado. Durante o tratamento, o médico quase sempre recomenda o uso de medicamentos ao paciente. Diferentemente da maioria dos produtos e serviços, quem decide acerca da aquisição de um determinado medicamento, não é o consumidor, mas o médico, pois esse possui o conhecimento técnico para realizar a escolha. Nesses casos, surge a questão: o dever de informar sobre o medicamento é do médico, do laboratório ou de ambos?

²¹⁴ KFOURI NETO, 2002, p. 300.

²¹⁵ FRADERA, 1992, p. 127.

²¹⁶ TEPEDINO, 2000. p. 52.

²¹⁷ Nesse sentido, ver SALLES, Alvaro Angelo. Transformações na relação médico-paciente na era da informatização. **Revista Bioética**, v. 18, n. 1, p. 49-60, 2010.

Na realidade, ambos têm o dever de informar sobre os medicamentos. No Brasil, há restrições legais à publicidade de medicamentos, tanto nos que requerem prescrição médica, como naqueles utilizados pelos consumidores, sem a necessidade de consulta médica.²¹⁸ Não se pode isentar os laboratórios de responsabilidade sobre as informações de seus medicamentos, até porque isso tem influência na decisão do médico no momento da prescrição. Por outro lado, o médico deve esclarecer os riscos e perigos que decorrem do uso do medicamento prescrito.²¹⁹

No tocante às experiências médicas, o profissional não poderá utilizar o paciente no curso do tratamento sem observar as normas legais sobre o tema. Embora o incontroverso valor social das pesquisas e experiências médicas para o avanço da medicina, a “utilização” indiscriminada do paciente é considerada violação as obrigações do contrato médico.²²⁰

Nesse caso, há um conflito entre o médico, como prestador de serviços, e como cientista. O médico deve desenvolver uma relação pessoal com o paciente, o que certamente seria prejudicial para a análise imparcial dos resultados das experiências. Apesar de que em muitas situações as experiências são a única opção

²¹⁸ É o que se verifica no disposto na Resolução-RDC Nº 96, que dispõe sobre a propaganda, publicidade, informação e outras práticas cujo objetivo seja a divulgação ou promoção comercial de medicamentos. A título de exemplo, cabe citar o artigo 14: A propaganda ou publicidade de medicamentos não pode utilizar designações, símbolos, figuras ou outras representações gráficas, ou quaisquer indicações que possam tornar a informação falsa, incorreta, ou que possibilitem interpretação falsa, equívoco, erro e/ou confusão em relação à verdadeira natureza, composição, procedência, qualidade, forma de uso, finalidade e/ou características do produto. (BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução-RDC nº 96, de 17 de dezembro de 2008. Dispõe sobre a propaganda, publicidade, informação e outras práticas cujo objetivo seja a divulgação ou promoção comercial de medicamentos. [Portal Anvisa]. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/propaganda/rdc/rdc_96_2008_consolidada.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2012).

²¹⁹ RAGAZZO, 2009, p. 74-79.

²²⁰ Em 1964, a Associação Médica Mundial desenvolveu a Declaração de Helsinque que versa sobre os princípios éticos que devem ser observados em pesquisas clínicas envolvendo seres humanos, fornecendo orientações aos médicos e outros participantes. Tal documento foi revisado nos anos de 1975; 1983; 1989, 2000, 2002, 2004 e 2008. A Declaração reconhece, em seu artigo 5º, que o progresso na medicina se baseia em pesquisas, as quais, fundamentalmente, devem incluir estudos com seres humanos, embora recomende uma série de vedações para a proteção do melhor interesse do paciente. (WORLD MEDICAL ASSOCIATION DECLARATION OF HELSINKI, 59th, WMA General Assembly, Seoul, October 2008. **Ethical principles for medical research involving human subjects**. 2008. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ipecc_novo/media/02DeclaracaoHelsinki.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.)

para a cura do paciente,²²¹ o principal objetivo desses procedimentos é a verificação de uma hipótese científica. De qualquer sorte, em ambos os casos prevalece o dever de informar.²²²

O Código de Ética Médica de 1988 dedicou os artigos 122 a 130 para disciplinar as experiências e pesquisas médicas no Brasil. Vedava o médico de “participar de qualquer tipo de experiências no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais e eugênicos”, exigindo o livre consentimento do paciente em qualquer procedimento. A proibição se estende à realização de pesquisas ou experiências em voluntários que lhe sejam dependentes ou subordinados, como também a realização de experiências em pacientes terminais, sem esperança de cura. O novo Código de Ética Médica, em seu item XXIV do Capítulo I, recomenda que “sempre que participar de pesquisas envolvendo seres humanos ou qualquer animal, o médico respeitará as normas éticas nacionais, bem como protegerá a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa.”²²³

Ainda, há que se referir a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde que prevê a necessidade de se obter o consentimento livre e esclarecido dos indivíduos que participam de pesquisa, seja por parte do próprio sujeito ou do seu responsável legal. Para tanto, estipula uma série de informações obrigatórias que devem ser prestadas para que o sujeito manifeste a sua anuência à participação na pesquisa, observando os limites de não provocar constrangimento físico ou moral aos envolvidos.²²⁴

Finalmente, pontua-se que os conflitos éticos e jurídicos decorrentes da informação em pesquisas e experiências médicas possuem características peculiares, merecendo um estudo mais apropriado, o que foge ao escopo deste trabalho. Dessa forma, no próximo item, passa-se a tratar do ponto crucial da

²²¹ Esta é a única situação onde as situações de assistência e de pesquisa se sobrepõe, ou seja, quando uma droga ou procedimento experimental é utilizado para fins assistenciais devido à gravidade do estado de saúde do paciente. (GOLDIM, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, v. 46, n. 3,4, p. 112, jul./dez. 2002.).

²²² RAGAZZO, 2009, p. 80-81.

²²³ FARAH, 2010, p. 191-192.

²²⁴ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, Resolução nº 196 de 10 de outubro de 1996. Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. **Resoluções**. Brasília, 1996. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm>. Acesso em: 16 jun. 2012.

obrigação de informar do médico, qual seja, o consentimento informado e seus requisitos.

4 O CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é fundamental para o desenvolvimento da relação médico-paciente e também para a área de pesquisa com seres humanos.²²⁵ Trata-se de uma decisão voluntária do paciente, tomada após um processo informativo sobre a natureza do tratamento, as consequências e os riscos. Na atualidade, o consentimento informado não deve ser entendido somente como “uma doutrina legal, mas um direito moral dos pacientes que gera obrigações morais para os médicos e demais profissionais da saúde”.²²⁶

A teoria do consentimento informado tem suas origens nas decisões judiciais. Historicamente, menciona-se a sentença proferida pelo Juiz Benjamin Nathan, em 1914, como sendo a consagração do direito à autodeterminação do doente quanto ao seu corpo. Contudo, é aproximadamente nos últimos 50 anos que o tema ganhou importância no campo jurídico. No ano de 1957, a expressão *informed consent* foi criada nos Estados Unidos, em uma sentença judicial do Tribunal da Califórnia, tendo rapidamente se espalhado na Europa e nos demais países do mundo.²²⁷

Desde então, o consentimento informado tem sido objeto de análise de filósofos, juristas, médicos e sociólogos, tendo se firmado o entendimento de que é necessário obter a autorização prévia do paciente²²⁸ para a realização de “qualquer intervenção invasiva, diagnóstico, prognóstico ou terapia”.²²⁹

²²⁵ Esclarece-se que o processo de obtenção do consentimento informado não é o mesmo nos casos de assistência médica e de pesquisa, devendo adequar-se a cada caso. Isso porque, na assistência é o paciente que procura o médico visando o seu próprio bem estar. O paciente e seus familiares buscam a proteção deste médico, pois estão em situação de fragilidade acentuada. Na pesquisa, é o investigador quem procura as pessoas que se enquadram na sua necessidade de estudo. Portanto, o pesquisador tem uma intenção universal e não particular, como na relação médico-paciente. (GOLDIM, 2002, p. 111-112).

²²⁶ CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000, p. 13 e 22.

²²⁷ KFOURI NETO, 2002, p. 282.

²²⁸ Recomenda-se que esta autorização ocorra através da assinatura pelo médico e pelo paciente do termo de consentimento informado, que é o documento no qual o enfermo ou seu representante toma conhecimento de todas as informações pertinentes ao caso. (OLIVEIRA, Vitor Lisboa; PIMENTEL, Débora. VIEIRA. Maria Jésia. **Revista Bioética**, v. 18, n. 3, p.708, 2010.).

²²⁹ KFOURI NETO, *op cit.*, p. 283.

No Brasil,²³⁰ a normatização do uso do consentimento informado iniciou-se na década de 1970, com a adoção oficial pelo Conselho Federal de Medicina da primeira versão da Declaração de Helsinque.²³¹ Entretanto, as decisões judiciais ainda são consideradas insuficientes para se analisar todos os impactos dessa doutrina.²³²

Quando examinado sob o aspecto jurídico, o consentimento informado serve para a defesa dos médicos em eventuais demandas judiciais, como prova da declaração de vontade do paciente.²³³ Contudo, a sua maior importância é o esclarecimento do sujeito vulnerável, como forma de respeito aos seus direitos fundamentais.²³⁴

4.1 Requisitos de validade

Para que a decisão do paciente sobre o procedimento médico seja eficaz,²³⁵ refletindo a sua vontade individual, há que se observar certos requisitos. Entre esses, destaca-se a capacidade ou competência do paciente, a informação prestada, e a voluntariedade da decisão, sem os quais, a obtenção do consentimento informado não será considerada válida.²³⁶

²³⁰ O consentimento informado no Brasil é também chamado de consentimento livre e esclarecido, conforme dispõe a Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde. (BAÚ, Marilise Kostelnaki. Capacidade jurídica e consentimento informado. **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, p. 286, 2000).

²³¹ GOLDIM, 2002, p. 110.

²³² Esta afirmação justifica-se pelo fato de que no Brasil o consentimento informado foi primeiramente desenvolvido no campo da Bioética, e, apenas, recentemente, passou a ser analisado sob o aspecto jurídico, impulsionado pelo dever de informar do médico presente no Código de Defesa do Consumidor. (GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 95, mar./jun. 2010).

²³³ O consentimento informado é de grande importância para os médicos que guiam sua conduta na noção de medicina defensiva, ou seja, que dentro dos limites éticos, procuram evitar os litígios judiciais promovidos pelos pacientes. (OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010, p. 719).

²³⁴ BAÚ, 2000, p. 286.

²³⁵ O termo de consentimento informado tem validade relativa, podendo ser rechaçado em eventual demanda judicial. Esse fato não lhe diminui a importância, pois para descaracterizar a presunção de validade é preciso comprovar que o consentimento não foi obtido de forma legítima, apesar da assinatura do termo. (OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, *op cit.*, p. 707).

²³⁶ No ano de 1947, em Nuremberg (Alemanha) foram julgados os crimes de guerra dos nazistas, entre eles, as experiências em seres humanos. Desde então, são mencionados os seguintes requisitos para o consentimento: a voluntariedade, a capacidade, a informação e o esclarecimento. (KFOURI NETO, 2002, p. 283).

Considerando-se o paciente como sujeito de uma relação jurídica, para que ocorra o consentimento ele deve ter capacidade para entender e decidir sobre o tratamento proposto. De acordo com o Código Civil, a pessoa é capaz quando atinge a maioridade civil, aos 18 anos. Antes dessa idade, pode ser caracterizada como incapaz ou relativamente incapaz, dependendo da sua faixa etária. Portanto, sendo incapaz, a eficácia da participação da pessoa na relação jurídica pressupõe a representação ou a assistência, dependendo do tipo de incapacidade.²³⁷

De um modo geral, tais normas dizem respeito aos negócios jurídicos patrimoniais. Na relação médico-paciente, entende-se que estas não podem ser utilizadas sem a devida adequação. Isso porque, nos negócios jurídicos as disposições legais visam à proteção patrimonial, enquanto que a relação entre médico e paciente, visa à proteção da saúde, da integridade física e da vida.²³⁸

Veja-se:

Dizia-se que o incapaz não tem vontade própria, em razão da falta ou pouco discernimento, e o representante supria esta deficiência manifestando a sua própria vontade. Não se pode aceitar este posicionamento de forma tranquila. Quando a tutela visa somente questões patrimoniais, admite-se a manifestação da vontade do representante, porém, quando tratar-se de decisões sobre o seu pleno desenvolvimento e bem-estar, o incapaz deve ser ouvido e respeitada a manifestação de seus interesses.²³⁹

Portanto, grande parte da doutrina entende que o conceito de capacidade na teoria do consentimento informado deve ser analisado sob uma formulação especial, eis que não tem relação direta com a idade da pessoa. Mesmo aqueles que não possuem capacidade jurídica, por vezes, podem exteriorizar o seu consentimento.²⁴⁰ Nessa concepção, a doutrina se aproxima mais do conceito de competência do que puramente do conceito de capacidade, explicitado no Código Civil.²⁴¹

²³⁷ Sobre a capacidade jurídica, conferir os artigos 1º, 3º, 4º e 5º do Código Civil de 2002.

²³⁸ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 8, v. 29, p. 103, jan./mar. 2007a.

²³⁹ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O incapaz e o consentimento informado. **Revista Sequência**, n. 55, p. 288, dez. 2007b.

²⁴⁰ GOLDIM, 2002, p. 110.

²⁴¹ A competência é um conceito clínico, devendo ser verificada por um profissional da saúde, já a capacidade é a aptidão para praticar atos jurídicos. (RAGAZZO, 2009, p. 90). Assim, a capacidade ou competência para consentir acerca de um determinado tratamento médico refere-se à possibilidade de discernimento do paciente, sobre os benefícios, os fatos, as alternativas, os riscos

Esclarece José Roberto Goldim²⁴² que “a capacidade deve ser vista como uma função contínua e não do tipo tudo-ou-nada”. Uma criança ou um adolescente já pode ter capacidade para lidar com certas situações. Da mesma forma, um idoso não tem obrigatoriamente perda de capacidade, simplesmente por ter uma idade avançada. As disposições do Código Civil servem, então, de indicadores da competência, levando-se em conta, também, o grau de desenvolvimento psicológico e moral do indivíduo, sempre respeitado, na medida da sua possibilidade de compreensão, o seu direito de receber informações.²⁴³

O segundo requisito mencionado, a informação, bem como a sua importância para a relação médico-paciente, foi objeto de análise nos itens anteriores deste trabalho. Contudo, por tratar-se de elemento fundamental para a obtenção e a validade do consentimento, merece mais alguns comentários.

Uma das grandes dificuldades para o acesso à informação médica é a linguagem empregada, pois o vocabulário profissional é, na maioria das vezes, de difícil compreensão para o paciente-leigo.²⁴⁴ Apenas a título de exemplo, em um estudo realizado com 59 participantes de projetos de pesquisa, a grande maioria dos entrevistados afirmou ter recebido explicações prévias, sendo que, entre estes, a maior parte informou não ter recebido respostas às suas dúvidas e achado inacessível o Termo de Consentimento Informado.²⁴⁵

Diante destes dados, cabe ao médico empenhar-se ainda mais para prestar uma informação adequada, visando proporcionar ao paciente as condições para

e as consequências, para então, optar ou não pela sua realização. (OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010, p. 707).

²⁴² GOLDIM, 2002, p. 114.

²⁴³ CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000, p. 59.

²⁴⁴ Outro grave problema que se apresenta no Brasil para a obtenção do consentimento informado é o analfabetismo. De acordo com o Índice Nacional de Analfabetismo Funcional (INAF), só se poderia esperar que os termos de consentimento fossem compreendidos em sua integridade por 26% da população. Mesmo considerando-se o alfabetismo básico como suficiente para a compreensão integral do consentimento, se alcançaria 37% da população adulta. (LORENZO, Cláudio. O consentimento livre e esclarecido e a realidade do analfabetismo funcional no Brasil: uma abordagem para a norma e para além da norma. **Revista Bioética**, v. 15, n. 2, p. 275, 2007).

²⁴⁵ GOLDIM, *op cit.*, p. 112.

compreender os aspectos técnicos do tratamento.²⁴⁶ De maneira geral, a informação deve ser clara, suficiente e, sobretudo, não tendenciosa.²⁴⁷

Além disso, para a obtenção do consentimento informado, a informação devida pelo profissional da área médica está condicionada aos seguintes elementos:

- a) a personalidade e o temperamento do paciente ou sujeito da experimentação e a disposição destas mesmas pessoas na hora do recebimento dessa informação;
- b) o grau atual e aparente de compreensão do paciente ou do sujeito da experimentação;
- c) a natureza do tratamento; pois quanto mais exigente for o tratamento maior deve ser a informação;
- d) a magnitude das possíveis conseqüências negativas e de riscos associados²⁴⁸.

A extensão da informação varia conforme a complexidade da terapia²⁴⁹ e a cultura do paciente, estando ligadas diretamente ao diagnóstico, tratamento, alternativas e riscos,²⁵⁰ como já verificado. Contudo, o médico deve informar

²⁴⁶ Identifica-se o cumprimento do dever de informar na seguinte decisão: [...] A autora tinha ciência dos riscos da cirurgia, dentre eles, a necrose. Embora o cirurgião assumia obrigação de resultado, não pode ser responsabilizado por eventuais intercorrências normais. É risco imanente ao procedimento cirúrgico escolhido pela autora. Dever de informação cumprido pelo réu. Consentimento informado colhido expressamente. 3. Em cumprimento à obrigação de resultado assumida, o réu dispôs à autora diversos tratamentos. Após um ano e meio, a autora abandonou o tratamento sob o fundamento de que havia perdido a confiança. Era nítida a evolução do quadro, como comprovado nos autos, e não havia razão para duvidar da competência do réu. Cabia-lhe, portanto, seguir as recomendações. Entretanto, desistiu do tratamento e ajuizou a presente demanda. Recurso provido para julgar improcedente os pedidos de indenização. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0012767-07.2005.8.26.0322, Terceira Câmara de Direito Privado, Relator Carlos Alberto Garbi, julgado em 31 jan. 2012. **Portal de Serviços SAJ**. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5666158&v1Captcha=pJjh>>. Acesso em: 30 jun. 2012).

²⁴⁷ CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000, p. 82.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 24-25.

²⁴⁹ Nesse sentido, decidiu o STJ: RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 436.827/SP (2002/0025859-5), Quarta Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 01/10/2002. **[Base de Jurisprudência]**. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=consentimento+informado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=consentimento+informado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>)>. Acesso em: 13 dez. 2011).

²⁵⁰ Conforme expõe André Gonçalo Dias Pereira, parte da doutrina defende a obrigação de comunicar os riscos "significativos", ou seja, aqueles que o médico sabe ou deveria saber e que são importantes e relevantes para o paciente. O risco será significativo em decorrência dos seguintes critérios: a necessidade da intervenção (quanto mais urgente for a intervenção, mais flexível pode ser a informação); a frequência do risco (quanto mais freqüente for a realização do risco, mais

somente os riscos mais comuns, não havendo necessidade de relatar os riscos excepcionais.²⁵¹

Ainda, observa-se que a informação prestada pelo médico deve estar de acordo com as circunstâncias do caso, trazendo detalhes das condições pessoais do paciente e sua influência sobre o tratamento e os riscos.²⁵² Dessa forma, o termo de consentimento informado não pode ser um documento padrão, onde somente substitui-se o nome do paciente e permanecem as mesmas informações, mas um documento individualizado.²⁵³

No processo decisório, a vontade do paciente é soberana e deve ser livre de qualquer manipulação.²⁵⁴ Como explica José Roberto Goldim,²⁵⁵ “a voluntariedade é a possibilidade que a pessoa tem de tomar decisões sem ser constrangida ou até mesmo coagida para que decida por uma das alternativas.” O consentimento não comporta vícios ou erros. Não pode haver qualquer tipo de coação, seja física, psíquica ou moral, simulação ou qualquer outra prática enganosa que impeça a manifestação da vontade pessoal. A garantia de uma decisão voluntária é essencial

acentuada deve ser a informação); a gravidade do risco (mesmo que não frequente, deve ser informada); o comportamento do paciente (os fatores pessoais do paciente devem ser observados na avaliação do risco). (PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 839, p. 74-82, set. 2005).

²⁵¹ (KFOURI NETO, 2002, p. 298 e 301). Nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: [...] Consentimento da autora pós-informado devidamente assinado - Não é usual a discriminação de todas as complicações possíveis, pois são diversas e muito imprevisíveis. [...] Termo de consentimento de fls. 108, onde declarou ter compreendido o diagnóstico e prognóstico da doença, possíveis tratamentos e riscos previsíveis e possíveis intercorrências inesperadas, bem como as conseqüências que poderiam resultar da recusa em aceitar os tratamentos - Improcedência da ação corretamente decretada - Sentença mantida - Recurso improvido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0120532-24.2005.8.26.0100, Oitava Câmara de Direito Privado, Relator Salles Rossi, julgado em 23 mar. 2011. **Portal de Serviços SAJ**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5023528&v1Captcha=jPEaj>>. Acesso em: 30 jun. 2012).

²⁵² A forma e o momento de informar também devem ser escolhidos com cautela pelo médico. Assim, se o médico informa diagnóstico vexatório em público, falha em seu dever de informar. Também falha o médico que escolhe um momento de maior fragilidade do paciente e de seus familiares, como momentos antes da cirurgia, para a obtenção de um consentimento informado, com cláusulas limitativas dos seus deveres e sem detalhes sobre a informação prestada. (MARQUES, 2004, p. 26).

²⁵³ OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010, p. 708.

²⁵⁴ As situações coercitivas ocorrem com maior frequência em grupos de dependência hierárquica, como militares, membros de organizações religiosas, ou em casos de vulnerabilidade acentuada, como os pacientes em estado grave, comunidades carentes e presidiários. (GOLDIM, 2002, p. 110).

²⁵⁵ GOLDIM, 2002, p. 110.

para o paciente optar por uma das alternativas propostas, dentro do seu melhor interesse.²⁵⁶

Para a segurança do médico, e também do paciente, o consentimento deve ser documentado e registrado, sob pena de não demonstrar a verdadeira escolha do enfermo acerca do tratamento ministrado.²⁵⁷ Nesses casos, a ausência de comprovação do consentimento pode acarretar consequências no âmbito da responsabilidade civil.²⁵⁸

Explica Miguel Kfourri Neto²⁵⁹:

²⁵⁶ OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010, p. 708.

²⁵⁷ São muitas as demandas judiciais propostas por pacientes que, após a realização de procedimento de vasectomia, são supostamente surpreendidos por uma gravidez indesejada. Alegam, em suma, que médico não informou sobre falibilidade do método. Nesse sentido, a favor do médico: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VASECTOMIA. GRAVIDEZ INDESEJADA. RESPONSABILIDADE POR ERRO MÉDICO: PROCEDIMENTO E DEVER DE INFORMAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE O PROCEDIMENTO FOI REALIZADO A CONTENTO. FALIBILIDADE DO MÉTODO CONTRACEPTIVO. DEVER DE INFORMAÇÃO CUMPRIDO. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO MANTIDA. APELO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70046901690, Nona Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 28/03/2012. **Jurisprudência**. Porto Alegre, 2012b. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impresao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 1º jul. 2012). Em decisão contrária ao médico: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. VASECTOMIA. DEVER DE INFORMAÇÃO. FALHA. DANOS CARACTERIZADOS. [...] MÉRITO. Da responsabilidade civil. Entre as demandas da política de proteção ao consumidor está a prestação de informações claras e completas. O não atendimento a tal imperativo vincula o fornecedor à responsabilidade que decorre dos eventos da relação contratual havida. Na cirurgia de vasectomia, o paciente deve receber todas as informações necessárias para, além de proceder corretamente no período pós-operatório, diante da falibilidade do procedimento, adotar meios complementares de proteção anticoncepcional. Ausente a demonstração da ciência do consumidor acerca dos riscos de falha, bem como diante da flagrante prática de publicidade enganosa, o fornecedor do serviço deve responder pelos eventuais danos. [...]. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70042877050, Quinta Câmara Cível, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 29/02/2012. **Jurisprudência**. Porto Alegre, 2012a. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impresao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 1º jul. 2012).

²⁵⁸ No direito brasileiro, a responsabilidade civil do médico tradicionalmente era associada ao erro médico. Atualmente, verifica-se uma tendência ao reconhecimento da responsabilidade civil do médico em função da ausência ou da deficiência da informação prestada ao paciente, e da falta de obtenção do consentimento, mesmo que o profissional não tenha cometido nenhuma falha técnica: “Embora assista razão ao recorrente, quando afirma não ter culpa pelas seqüelas decorrentes do procedimento cirúrgico a que foi submetido o paciente, já que, ao que se sabe, foram empregadas, adequadamente, as técnicas e meios necessários para a boa realização do ato cirúrgico, a responsabilização do médico decorre do não cumprimento do dever de informar”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 9072221-23.2003.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator De Santi Ribeiro, julgado em 04 nov. 2008. **Portal de Serviços SAJ**. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3338317&vIcAptcha=QRnPu>>. Acesso em: 30 jun. 2012).

²⁵⁹ KFOURI NETO, 2010, p. 193.

A prova do consentimento pode acarretar dificuldades. Ao juiz é dada ampla liberdade de apreciá-la e grande latitude para decidir. A informação prestada pelo médico deve ser inteligível e leal. Tanto a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados.

Quando o caso for levado aos Tribunais, o juiz deve compreender o enfermo como um sujeito livre e merecedor de respeito, que se encontra em situação delicada, e, por isso, bem mais vulnerável. Deve, ainda, reconhecer no consentimento informado um direito do paciente, que, além disso, é um dever moral e contratual do médico, decorrente diretamente da boa-fé objetiva. Só então, o juiz deve avaliar a validade do termo prestado pelo paciente, conforme o caso concreto que se apresente.²⁶⁰

4.2 O consentimento informado dos incapazes

Como já mencionado, a capacidade para consentir nas decisões médicas não segue as regras gerais da capacidade jurídica para agir na vida civil, sendo que a segunda serve de baliza à primeira. Apresenta-se a seguir, de forma resumida, as principais particularidades da capacidade para consentir em um procedimento assistencial, levando-se em conta duas hipóteses: os pacientes com transtornos mentais e os pacientes menores.

A cognição é o “ato ou processo de conhecer, que envolve atenção, percepção, memória, raciocínio, juízo, imaginação, pensamento e linguagem”.²⁶¹ Esses são os recursos de processamento de informações que são afetados nas pessoas com distúrbios mentais. Os pacientes com transtornos mentais podem ou não estar clinicamente impedidos de consentir, devendo ser avaliada a sua dificuldade ou impedimento para o uso de um ou mais atributos da cognição.

São muitas as teorias desenvolvidas sobre a capacidade para consentir, especialmente na literatura estrangeira. Entre elas, destaca-se a criada pelo alemão Knut Amelung que defende a existência de um instituto diverso da capacidade, para justificar o consentimento informado do incapaz. Segundo ele, o conceito de “capacidade para consentir” divide-se em quatro etapas: a capacidade para decidir

²⁶⁰ CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000, p. 22.

²⁶¹ ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. Dignidade, autonomia do paciente e doença mental. **Revista Bioética**, v.18, n.2, p. 385, 2010.

sobre valores, a capacidade para compreender os fatos, a capacidade para compreender as alternativas e a capacidade para se determinar com base na informação recebida. Presentes esses requisitos, a pessoa é considerada capaz para consentir, independentemente da sua capacidade jurídica.²⁶²

Dessa forma, o incapaz que conserva algum tipo de discernimento terá garantido o seu direito de participar ativamente do consentimento. Já o incapaz totalmente alienado, sem qualquer momento de lucidez, terá o seu consentimento prestado por seu representante legal, já que se trata de pessoa sem condições para entender a situação de forma racional.²⁶³

Nos casos de interdição, há que se observar que não está o representante legal do incapaz legitimado pela sentença de interdição para manifestar o consentimento informado nas práticas médicas.²⁶⁴ A participação do representante deve limitar-se ao aconselhamento e ajuda do incapaz, não se admitindo a substituição da vontade. Em caso de dúvida sobre a aptidão do indivíduo para consentir, o médico deverá encaminhá-lo ao serviço de psiquiatria para atestar as condições mentais do paciente. Se confirmada a incompetência, o médico deve, então, buscar o consentimento do representante legal, e, se não houver, de um juiz para então proceder ao tratamento.²⁶⁵

Quanto aos menores, refere Carlos Emmanuel Joppert²⁶⁶:

Com relação ao consentimento informado de menores, há uma tendência cada vez maior no sentido de permitir aos mesmos a possibilidade de tomar decisões médicas por si próprios, sendo o seu grau de maturidade – consubstanciado na compreensão do alcance do ato médico – o critério definidor da competência para tal.

²⁶² NUNES, 2007b, p. 298.

²⁶³ *Ibid.*, p. 299.

²⁶⁴ O Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 1180: Na petição inicial, o interessado provará a sua legitimidade, especificará os fatos que revelam a anomalia psíquica e assinalará a incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens. (BRASIL. Presidência da República. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF, 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**. Brasília, 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 1º jul. 2012). Observa-se uma forte preocupação do legislador com a questão patrimonial do interditando. Dessa forma, a incompetência para tomar decisões médicas independe do processo de interdição. Confira-se, ainda, os artigos 1.767 e seguintes do Código Civil de 2002.

²⁶⁵ RAGAZZO, 2009, p. 103.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 98.

Como observado, a capacidade para consentir não depende diretamente da idade da pessoa. Em decorrência disso, muitas crianças e adolescentes já podem ter o entendimento necessário para participar do processo de consentimento.²⁶⁷

Comumente, são identificadas três posturas em relação ao direito de autonomia do menor: o libertarismo, o protecionismo e o paternalismo. Na primeira, admite-se que o menor exerça os mesmos direitos dos adultos, assim que tiver capacidade para tanto. Na segunda, entende-se que a criança necessita sempre da intervenção de profissionais para a tomada de decisões, evitando-se situações de risco. Finalmente, na terceira, entende-se que o menor deve ter a proteção de um adulto que lhe seja próximo, em qualquer tipo de decisão. A autonomia do menor, em maior ou menor grau, é respeitada em todas as posições, o que demonstra a necessidade de obtenção do consentimento informado pelo médico.²⁶⁸

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente reza, em seu artigo 28, parágrafo 1º, que, sempre que possível, o menor deve ser ouvido.²⁶⁹ Embora o dispositivo citado esteja entre as disposições sobre a colocação do menor em família substituta, por analogia, entende-se que a sua vontade, no diz respeito às decisões médicas, deve ser sempre levada em consideração.²⁷⁰

Caso o menor tenha dificuldades de compreender e apreciar o consentimento para um tratamento, e os pais discordem sobre o procedimento a ser

²⁶⁷ O respeito à autonomia do menor está presente no Código de Ética Médica em mais de uma oportunidade, como em relação ao sigilo profissional (art. 74) e também nos casos de experiências médicas (art. 101, parágrafo único), a saber: Art. 74. É vedado ao médico revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 101, parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, documento eletrônico).

²⁶⁸ FIGUEIRA, Antonio Carlos dos Santos. Consentimento e proteção de adultos e crianças: dilemas comuns e peculiaridades em países em desenvolvimento. **Revista Bioética**, v. 18, n. 3, p. 694, 2010.

²⁶⁹ Artigo 28, §1º, *in verbis*: Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (BRASIL. Presidência da República. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012).

²⁷⁰ NUNES, 2007b, p. 295.

adotado, deve-se encaminhar o conflito ao Judiciário.²⁷¹ Entretanto, a utilização da via judicial é exceção, pois, na maioria dos casos, basta o consentimento de um dos pais para a realização de procedimento médico simples. Já nos casos mais graves, recomenda-se que o consentimento seja obtido por ambos os responsáveis. Nas duas hipóteses, permanece a necessidade de preservar-se, ao máximo, a autonomia do menor.²⁷²

O bem-estar e o desenvolvimento da pessoa humana são essenciais, independentemente da sua capacidade. Assim, o titular do direito à saúde deve ser ouvido, sempre que possível, e sua manifestação deve ser considerada. Não importa qual seja o tipo de incapacidade, seja portador de doença mental, menor, ou mesmo nos demais casos de incapacidade, deve participar das decisões, como forma de valorização do ser humano.

4.3 As exceções ao consentimento informado

Como já verificado, é direito do paciente e dever do médico prestar-lhe a mais correta informação sobre o seu estado de saúde e as condições de tratamento. Entretanto, há casos em que o dever de informar é suavizado, em função de necessidades especiais. Nessas circunstâncias, a obrigação de obter o consentimento informado é afastada em razão de outros interesses mais importantes naquele momento, ou, até mesmo, pela vontade do paciente, conforme descrito a seguir.

Quando o paciente está em condição extrema, necessitando de atendimento de urgência, o médico não precisa obter o consentimento. Nessa hipótese, além de nem sempre ser possível, a obtenção do consentimento pode acarretar danos ao próprio paciente, pela falta de tempo necessário para informar e esclarecer adequadamente.²⁷³ Fica, então, excepcionalmente, o médico exonerado desse

²⁷¹ A possibilidade de recorrer ao judiciário para solucionar a controvérsia entre os pais é assegurada pelo Código Civil de 2002, no artigo 1631, parágrafo único, bem como, pelo artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁷² RAGAZZO, 2009, p. 100.

²⁷³ Registra-se que para que se caracterize a urgência do procedimento, esta não pode ser superada naquele momento. Assim, em caso de aparecimento de fato novo durante a realização de uma cirurgia, o ideal é suspendê-la para obter o consentimento do paciente. (AGUIAR JÚNIOR, 1995b, p. 36). Em decisão sobre o tema, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina proveu o recurso interposto por paciente que, diagnosticada como portadora de mioma, foi aconselhada a realizar

dever, aceitando-se o chamado “consentimento presumido”. Nessa espécie de consentimento, há a presunção de que se o paciente pudesse dar o seu consentimento, ele assim teria procedido.²⁷⁴

Essa situação é amparada pelo Código Penal, que no artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, dispõe que não se configura crime de constrangimento ilegal “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.²⁷⁵ Depois de ultrapassada a emergência, o médico deverá informar e justificar ao paciente, sua família ou responsável, todas as ações e procedimentos realizados durante a situação excepcional de assistência.²⁷⁶

Há casos, também, em que o médico entende que a informação será prejudicial à saúde do paciente e decide não informar diretamente a ele. Esta exceção, denominada privilégio terapêutico, é garantida pelo que reza o artigo 34 do Código de Ética Médica. Entretanto, deve ser previamente discutida com outros profissionais, inclusive de outras áreas de atuação, e, posteriormente, documentada. Caso contrário, o privilégio terapêutico²⁷⁷ não será legitimado, tornando-se apenas uma tentativa do médico para justificar a não obtenção do consentimento, caso existam questionamentos.²⁷⁸

uma videolaparoscopia para a retirada. No decorrer da cirurgia, os médicos entenderam que o procedimento adequado seria a retirada total do útero, e, assim procederam. Em sua defesa, os médicos afirmaram que aguardar o consentimento informado da paciente acarretaria riscos maiores à sua saúde. Decidiram os julgadores que não se configurava uma situação de urgência, portanto, era necessário aguardar a paciente voltar à consciência, pois estava sob efeito anestésico, e, somente depois de fornecida a informação e obtido o consentimento informado, realizar a cirurgia. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2005.000232-2, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator Dr. Sérgio Izidoro Heil, julgado em 08/05/2007. [**Consulta Processual**]. Florianópolis, 2007. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20050002322>>. Acesso em: 28 jun. 2012).

²⁷⁴ GOLDIM, 2002, p. 111.

²⁷⁵ BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 jun 2012.

²⁷⁶ GOLDIM, *op cit.*, p. 111.

²⁷⁷ Carlos Emmanuel Ragazzo observa que o privilégio terapêutico não pode ser utilizado de maneira desmedida e imotivada, sob pena de retroceder-se ao paternalismo. Assim, o médico não pode decidir não informar porque particularmente não vê benefícios. Essa decisão deve partir do reconhecimento que a informação poderá gerar danos ao paciente. (RAGAZZO, 2009, p. 110).

²⁷⁸ OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010, p. 711.

Anota-se que o consentimento informado é direito do paciente. Entretanto, em algumas oportunidades, o próprio paciente pode recusar as informações que devem ser prestadas pelo médico sobre o seu estado de saúde.²⁷⁹ É a opção do enfermo “por não saber”. Deve ser entendida como a outra face do consentimento informado, onde o paciente, expressando o seu direito de autonomia, prefere não ter qualquer informação sobre o seu estado de saúde.²⁸⁰

Para a validade desta opção, tudo deve ser devidamente anotado no prontuário médico. Ainda, deve ser indicado pelo próprio paciente, quando possível, quem será o interlocutor que poderá decidir em seu melhor interesse. Esta pessoa deverá ser informada de toda a verdade para que o médico cumpra adequadamente a sua função, evitando-se alegações futuras de ausência de consentimento.²⁸¹

Além do direito de não ser informado, o paciente tem reconhecido o direito de recusa, quando se nega a realizar o tratamento, mesmo após ser fartamente informado sobre a sua condição física e de todos os detalhes do tratamento. Esta negação deve ser respeitada, desde que não haja perigo de vida, nos termos do que dispõe o já mencionado artigo 15 do Código Civil. Entretanto, também deve ser documentada e justificada, de forma a proteger o médico em possíveis demandas judiciais.²⁸²

É delicada a situação de paciente que motivado por convicção religiosa se recusa a realizar determinadas práticas médicas. Isso ocorre comumente no caso dos fiéis conhecidos como “Testemunhas de Jeová”, que se recusam aos procedimentos de transfusão de sangue. Tais restrições geram obstáculos ao médico no cumprimento das técnicas do tratamento.

A posição do Conselho Federal de Medicina é no sentido de se houver iminente perigo de vida o médico deve praticar a transfusão, independentemente do

²⁷⁹ Tendo em vista que o contrato de assistência médica está sujeito às normas do CDC, Christoph Fabian examina a possibilidade de limitação do dever de informar do médico pela renúncia do próprio paciente. Defende que a autonomia do paciente é essencial para estabelecer o equilíbrio contratual entre médico e paciente, e, ao aplicar a legislação consumerista, deve ser admitido o direito de renúncia “de forma restrita” a esta hipótese. (FABIAN, 2002, p. 139).

²⁸⁰ NUNES, 2007a, p. 104.

²⁸¹ GOLDIM, 2002, p. 113.

²⁸² OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, *op cit.*, p. 711.

consentimento do paciente ou de seus familiares.²⁸³ É o que dispõe o artigo 31 do Código de Ética Médica quando refere ser “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.”²⁸⁴

José Roberto Goldim²⁸⁵ nota que muitas vezes a pessoa decide não se submeter ao tratamento por tradição e não por convicção. Cabe, então, ao profissional conversar em particular com o doente, sem a presença de seus familiares ou membros da comunidade religiosa, permitindo que ele, livre da coerção social, expresse a sua real vontade. Para isto, é imprescindível o reconhecimento de uma relação de confiança entre médico e paciente, que poderá evitar maiores danos à saúde do indivíduo.²⁸⁶

Por outro lado, se o indivíduo estiver acometido por enfermidade que ponha em risco à saúde e o bem-estar da sociedade, o tratamento não exige o seu consentimento.²⁸⁷

²⁸³ Apesar disso, em recente decisão o Tribunal de Justiça gaúcho decidiu pela impossibilidade da paciente ser submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Observa, que, embora o tratamento pretenda a preservação da vida, deve ser respeitado o seu livre arbítrio. Finalmente, refere a inexistência do direito de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Confira-se: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010. [**Consulta de Acompanhamento Processual**]. Porto Alegre, 2010. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1304322&ano=2010>. Acesso em: 16 jun. 2012.

²⁸⁴ TEPEDINO, 2000. p. 48.

²⁸⁵ GOLDIM, *op cit.*, p. 114.

²⁸⁶ Para Ana Cláudia Pirajá Bandeira, em razão do princípio de disposição do próprio corpo e da liberdade ao culto, a vontade do paciente deve ser respeitada, devendo o médico esclarecer os riscos que corre em função da negativa e buscar outra alternativa de tratamento, mesmo que não seja tão eficaz. (BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento informado no transplante de órgãos**: à luz da Lei 9.434/97 com alterações posteriores. Curitiba: Juruá, 2001. p. 136).

²⁸⁷ Destaca-se o parecer realizado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará a favor da internação compulsória de paciente tuberculoso, legalmente capaz, que se recusou ao tratamento, cuja ementa transcreve-se: “A internação compulsória para pacientes tuberculosos bacilíferos, legalmente capazes, que recusam tratamento após esgotadas as tentativas de tratamento ambulatorial, deverá ser solicitada à autoridade sanitária e ao Ministério Público, a quem compete a adoção de medidas sociais e judiciais de proteção da sociedade.” (CEARÁ. Conselho Regional de Medicina do Estado – CREMEC. Parecer nº 19/2009, de 02 de maio de 2009. A internação compulsória para pacientes tuberculosos bacilíferos, legalmente capazes, que recusam tratamento após esgotadas as tentativas de tratamento ambulatorial, deverá ser solicitada à autoridade sanitária e ao Ministério Público, a quem compete a adoção de medidas sociais e judiciais de proteção da sociedade. **Pareceres**. Fortaleza, 2009. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2009/par1909.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012).

Sendo assim, no caso de o paciente não querer realizar um tratamento para doença que comprometa a coletividade, a segunda é privilegiada em detrimento da autonomia do primeiro.

Esse entendimento é aceito em virtude da primazia do interesse coletivo sobre a vontade individual, consubstanciada pelo Código Civil de 2002.²⁸⁸ Contudo, mesmo nessas situações compulsórias, deve-se procurar inicialmente obter o consentimento do enfermo, preservando-se o seu direito de receber informações, para só então realizar o tratamento forçosamente.²⁸⁹

Nesse ponto, cabe uma rápida menção ao acirrado debate sobre a divulgação de informações recebidas do paciente ou apuradas no exercício profissional do médico, especialmente quando envolvem interesses de saúde pública e de terceiros.²⁹⁰ Basicamente, existem duas correntes sobre o sigilo médico: a “absolutista”, segundo a qual o sigilo é questão de ordem pública, e, portanto, não pode ser revelado; e a “relativista”, que considera que o sigilo médico pode ceder, diante de valores éticos, jurídicos, morais e sociais.²⁹¹

Na medida em que aumentam os casos de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), a relação entre o dever de sigilo médico e os pacientes portadores da doença tornou-se um dos grandes debates sobre o tema. A Resolução nº 1.665/2003 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a responsabilidade ética dos profissionais médicos na prevenção, controle e tratamento da AIDS, estabelece em seu artigo 10, que o médico deve preservar o sigilo profissional, salvo por razão legal, justa causa ou por autorização do próprio paciente, sem especificar quando ocorrem estas situações.²⁹²

²⁸⁸ Ainda, como exemplo da prioridade do interesse público pode-se citar as campanhas de vacinação obrigatórias. Nesse sentido, o artigo 14, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina a obrigatoriedade da vacinação de crianças sempre que houver recomendação da vigilância sanitária. (BRASIL, 1990, documento eletrônico).

²⁸⁹ OLIVEIRA; PIMENTEL; VIEIRA, 2010, p. 711.

²⁹⁰ O Código de Ética elenca o dever de sigilo médico entre os seus princípios fundamentais, no capítulo I, inciso XI, a saber: O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei. Ainda, dedica todo o capítulo IX (artigo 73 ao artigo 79) para tratar das questões envolvendo o mesmo tema. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009, documento eletrônico).

²⁹¹ KFOURI NETO, 2010, p. 204.

²⁹² Art. 10 - O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS), salvo nos casos determinados por lei, por justa causa ou por autorização expressa do paciente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.665/2003, de 07 de maio de 2003. Dispõe sobre a responsabilidade ética das instituições e

Para José Roberto Goldim²⁹³, “o potencial risco de vida para um companheiro ou companheira estável associado a não revelação da informação sobre o diagnóstico de ser HIV+ por parte de seu parceiro pode configurar, desde o ponto de vista ético uma situação de justa causa para a quebra de confidencialidade. Contudo, esse posicionamento não é unânime entre os juristas e doutrinadores.”²⁹⁴

Em casos conflituosos como este, a decisão de revelar ou não revelar informações sobre o diagnóstico do paciente, depende de uma apreciação subjetiva do próprio médico, com o propósito de proteger a vida de terceiros, mas nunca desrespeitando os limites impostos pela boa-fé e pela ética médica. Sendo que tal decisão, tomada com base na situação concreta, não será a mesma em todos os casos.²⁹⁵

profissionais médicos na prevenção, controle e tratamento dos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS) e soropositivos. [Portal do Conselho Federal de Medicina]. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2003/1665_2003.htm>. Acesso em: 15 jun. 2012).

²⁹³ GOLDIM, José Roberto. **Quebra de confidencialidade em AIDS**. (texto incluído em 02/04/1997 e atualizado em 31/08/2009). Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/confaids.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

²⁹⁴ Pela não divulgação das informações sobre os casos de AIDS: “[...] o sigilo não é apenas dever imposto aos médicos, mas direito do paciente, admitindo-se quando muito, informações genéricas, em situações especialíssimas, como acidentes coletivos ou hospitalização de pessoas públicas.” (DIAS, 2006, p. 346).

²⁹⁵ KFOURI NETO, 2010, p. 209.

5 CONCLUSÃO

A partir da constatação da vulnerabilidade do consumidor, foram criadas diversas normas para a defesa dos seus direitos. Entre essas, destacam-se as relacionadas à proteção do direito à informação. A informação tornou-se fundamental para o desenvolvimento da relação entre fornecedor e consumidor, assegurando a liberdade de escolha, como forma de respeito aos direitos básicos do indivíduo.

Na relação envolvendo médico e paciente não foi diferente, sendo a informação essencial para a participação do enfermo na tomada das decisões médicas. Dessa forma, juntamente com o direito à informação do paciente, há o dever de informar do médico, sendo exigida uma informação clara e eficiente, ou seja, que esta seja facilmente compreendida pelo sujeito vulnerável.

O dever de informar do médico tem fundamentos históricos, relacionados à alteração da relação médico-paciente; antes paternalista, e agora, pautada na autonomia do paciente. Isso tudo, respaldado por normas éticas e legislativas, destacando-se as disposições do Código de Ética Médica, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

Pontua-se que a notável evolução da medicina, trouxe, também, o aumento do desconforto da população diante dos insucessos médicos. O paciente tem agora a falsa impressão de que o médico deve ser infalível. Isso não é verdade, principalmente diante das diversas peculiaridades do organismo humano, ainda desconhecidas pelos profissionais da medicina. Em razão disso, não é possível responsabilizar-se o médico irrestritamente, especialmente quanto ao seu dever de informar.

Neste aspecto, se apresenta uma das maiores dificuldades para a verificação do cumprimento do dever de informar: determinar o seu conteúdo e a sua amplitude, por se tratar de uma atividade de contínuo aprendizado. Assim, em termos teóricos, o conteúdo do dever de informar do médico deve abarcar o diagnóstico, o prognóstico e os riscos possíveis do tratamento. Na prática, destaca-se a importância da utilização do termo de consentimento informado, como meio comprobatório do devido cumprimento do dever de informar.

Entretanto, o consentimento informado não é tão simplesmente uma prova da licitude da conduta médica. Ele é o instrumento garantidor de que a relação havida entre as partes foi baseada no respeito ao direito de autonomia do paciente, dando a certeza de que a informação prestada foi devidamente compreendida. É, portanto, essencial que o médico certifique-se de que o paciente efetivamente entendeu o que lhe foi transmitido, sob pena de não se desobrigar do seu dever.

Como observado, o dever de informar na obrigação médica, embora seja um tema bastante estudado por diversos doutrinadores, ainda traz grandes dificuldades de delimitação no caso concreto. Em decorrência, a verificação da falta ou da insuficiência de informação, depende de uma avaliação subjetiva, o que aumenta as chances de julgamentos equivocados nas demandas judiciais.

Há que se atentar para o fato de que nem todo resultado médico, que contrarie o desejo do paciente, é passível de gerar indenização. As decisões judiciais também dependem de uma avaliação das partes envolvidas e dos valores sociais, utilizando-se a boa-fé objetiva como princípio norteador da relação.

É de extrema importância para a relação médico-paciente que o direito à informação seja respeitado pelos profissionais da área médica, assegurando-se o equilíbrio entre as partes. O enfermo deve ser compreendido em suas particularidades, como sujeito que se encontra em situação vulnerável. Cabe ao médico, que possui todo o conhecimento técnico, prestar informações de forma clara e real, possibilitando a formação da convicção do paciente, em consideração aos seus valores, suas expectativas e seus desejos.

Nesse contexto, as decisões judiciais assumem um papel fundamental, pois, na avaliação do caso, o julgador pode regular o conteúdo e os limites do dever de informar do médico, enquanto questão essencial para o direito de autonomia. Para tanto, deve considerar mais a importância da participação ativa do paciente e a qualidade da relação médico-paciente, do que simplesmente a mera comprovação da transmissão de informações, por vezes incompreensíveis para o enfermo.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995a.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.718, p. 33-53, ago. 1995b.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v.5, p.83-100, 2001
- ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. Dignidade, autonomia do paciente e doença mental. **Revista Bioética**, v.18, n.2, p. 381-395, 2010.
- ALMEIDA. Carlos Ferreira de. Os contratos de prestação de serviço médico no direito civil português. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, p. 5-21, 1995.
- BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento informado no transplante de órgãos: à luz da Lei 9.434/97 com alterações posteriores**. Curitiba: Juruá, 2001.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.37).
- BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. Lex Medicinæ. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra: Coimbra Editora, ano 1, n. 2, p. 5-14, 2004.
- BAÚ, Marilise Kostelnaki. Capacidade jurídica e consentimento informado. **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, p. 285-296, 2000.
- BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 13, p. 42-55, jan./mar. 1995.
- BENJAMIN. Antônio Herman V. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. cap. VIII; p. 181-215.
- BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção Contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. cap. XI; p. 276-319.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução-RDC nº 96, de 17 de dezembro de 2008. Dispõe sobre a propaganda, publicidade, informação e outras práticas cujo objetivo seja a divulgação ou promoção comercial de medicamentos. [Portal Anvisa]. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/propaganda/rdc/rdc_96_2008_consolidada.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 jun 2012.

BRASIL. Presidência da República. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF, 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**. Brasília, 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 1º jul. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). [Portal do Palácio do Planalto]. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2011

BRASIL. Presidência da República. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [Base de Legislação Federal]. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 2 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 maio 2012.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de juristas apresenta relatório sobre atualização do CDC. Brasília, 14 mar. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/14/comissao-de-juristas-encerra-primeira-etapa-do-cdc>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1144840-SP (2009/0184212-1), Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/03/2012. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, 11 abr. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901842121&dt_publicacao=11/04/2012>. Acesso em: 4 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1256703/SP (2011/0079715-6), Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/09/2011. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100797156&dt_publicacao=27/09/2011>. Acesso em: 4 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 436.827/SP (2002/0025859-5), Quarta Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 01/10/2002. **[Base de Jurisprudência]**. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=consentimento+informado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 586316– MG (2003/0161208-5), Segunda Turma, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 17/04/2007. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=683195&sReg=200301612085&sData=20090319&formato=PDF>. Acesso em: 20 maio 2012.

CÁPRIO, Marcos. O Dever de Informação em Perspectiva Civil e Consumerista. **Revista Jurídica Empresarial**, Sapucaia do Sul, RS: Notadez, ano 3, ed.7, p. 41-57, nov./dez. 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CEARÁ. Conselho Regional de Medicina do Estado – CREMEC. Parecer nº 19/2009, de 02 de maio de 2009. A internação compulsória para pacientes tuberculosos bacilíferos, legalmente capazes, que recusam tratamento após esgotadas as tentativas de tratamento ambulatorial, deverá ser solicitada à autoridade sanitária e ao Ministério Público, a quem compete a adoção de medidas sociais e judiciais de proteção da sociedade. **Pareceres**. Fortaleza, 2009. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2009/par1909.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. **Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil, 2011. **Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/Compilacao%20enunciados%20aprovados1.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.958 de 15 de dezembro de 2010. Define e regulamenta o ato da consulta médica, a possibilidade de sua complementação e reconhece que deve ser do médico assistente a identificação das hipóteses tipificadas nessa resolução. [**Portal do Conselho Federal de Medicina**]. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1958_2010.htm>. Acesso em: 16 jun. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. **Código de Ética Médico**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.621/2001, de 06 de junho de 2001, retificada em 24 de janeiro de 2002. [**Portal do Conselho Federal de Medicina**]. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em: 15 jun. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.665/2003, de 07 de maio de 2003. Dispõe sobre a responsabilidade ética das instituições e profissionais médicos na prevenção, controle e tratamento dos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS) e soropositivos. [**Portal do Conselho Federal de Medicina**]. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2003/1665_2003.htm>. Acesso em: 15 jun. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agência CNJ de Notícias. SP, RS e RJ são estados que mais concentram processos na área de Saúde. [**Portal do CNJ**]. Brasília, 2 set. 2011a. Disponível em: <www.cnj.jus.br/68jc>. Acesso em: 6 jul. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agência CNJ de Notícias. Fórum da Saúde leva a maior compreensão do problema, diz corregedora. [**Portal do CNJ**]. Brasília, 2 set. 2011b. Disponível em: <www.cnj.jus.br/38jc>. Acesso em: 1º jul. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, Resolução nº 196 de 10 de outubro de 1996. Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. **Resoluções**. Brasília, 1996. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_96.htm>. Acesso em: 16 jun. 2012.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FABIAN, Christoph. **O Dever de Informar no Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARAH, Elias. Atos médicos – Reflexões sobre suas responsabilidades. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n.25, p. 140-196, jan./jun. 2010.

FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 23, p. 96- 137, jan./jun. 2009.

FIGUEIRA, Antonio Carlos dos Santos. Consentimento e proteção de adultos e crianças: dilemas comuns e peculiaridades em países em desenvolvimento. **Revista Bioética**, v. 18, n. 3, p. 691-703, 2010.

FRADERA, Vera Maria Jacob. A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa-fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 4, p. 173-191, 1993.

FRADERA, Vera Maria Jacob. A responsabilidade civil dos médicos. **AJURIS: Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 55, p. 116-139, jul. 1992.

GALDINO, Flavio. Reflexões sobre as chamadas “gerações” de direitos humanos. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 12, p. 59-70, (out./dez. 2002).

GIOSTRI, Hildegard Taggesel. Algumas reflexões sobre as obrigações de meio e de resultado na avaliação da responsabilidade médica. **Revista trimestral de Direito Civil**, ano 2, v. 5, p. 101-118, jan./mar. 2001.

GOLDIM, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, v. 46, n. 3,4, p. 109-116, jul./dez. 2002.

GOLDIM, José Roberto. **Quebra de confidencialidade em AIDS**. (texto incluído em 02/04/1997 e atualizado em 31/08/2009). Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/confaids.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, v.5, p. 73-82, jan./mar. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 95-122, mar./jun. 2010.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Saraiva. 2011.

LOPES, Fabio Firmino. A relação médico-paciente: entre a atenção e a incompreensão. In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (Coords.). **Curso de Direito Médico**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 303-321.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Civil e direito do consumidor – Princípios. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.26). p. 83-130.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. ampl e atual conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LORENZO, Cláudio. O consentimento livre e esclarecido e a realidade do analfabetismo funcional no Brasil: uma abordagem para a norma e para além da norma. **Revista Bioética**, v. 15, n. 2, p. 268-282, 2007.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, p. 13-24, jul./set. 1999.

MADRUGA, Célia Maria Dias; SOUZA, Eurípedes Sebastião Mendonça de. **Manual de orientações básicas para prescrição médica - Conselho Federal de Medicina e Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba**. 2.ed., ver. e ampl. Brasília: CRM-PB, CFM, 2011. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/cartilhaprescimed2012.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

MARQUES, Claudia Lima. “Apresentação”. In: BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação**: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.37). p. 15-23.

MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade médica e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 827, p. 11-48, set. 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das Fontes. In: BENJAMIN. Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a. cap.IV; p. 89-101.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN. Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b. cap. I; p. 25-44.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 16, n. 63, p. 52-91, jul./set. 2007.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2009.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional). 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: SÁ. Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 101-127.

NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-Fé Contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a. p. 221-253.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 8, v. 29, p. 95-110, jan./mar. 2007a.

NUNES. Lydia Neves Bastos Telles. O incapaz e o consentimento informado. **Revista Sequência**, n. 55, p. 287-302, dez. 2007b.

OLIVEIRA, Vitor Lisboa; PIMENTEL, Débora. VIEIRA. Maria Jésia. **Revista Bioética**, v. 18, n. 3, p.705-723, 2010.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. **Revista dos Tribunais**, ano 94, v. 839, p. 69-109, set. 2005.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010. [**Consulta de Acompanhamento Processual**]. Porto Alegre, 2010. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1304322&ano=2010>. Acesso em: 16 jun. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70031363674, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 11 nov. 2009. [**Consulta de Acompanhamento Processual**]. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 13 dez. 2011

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70042877050, Quinta Câmara Cível, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 29/02/2012. **Jurisprudência**. Porto Alegre, 2012a. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impessao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 1º jul. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70046901690, Nona Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 28/03/2012. **Jurisprudência**. Porto Alegre, 2012b. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/versao_impessao/imprimirjurisprudencia.php>. Acesso em: 1º jul. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70048025191, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Dr. Ney Wiedemann Neto, julgado em 24/05/2012. [**Consulta de Acompanhamento Processual**]. Porto Alegre, 2012a. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70048025191&num_processo=70048025191&codEmenta=4719298&temIntTeor=true>. Acesso em: 4 jun. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70048882369, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, julgado em 30/05/2012. [**Consulta de Acompanhamento Processual**]. Porto Alegre, 2012b. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70048882369&num_processo=70048882369&codEmenta=4721737&temIntTeor=true>. Acesso em: 4 jun. 2012.

SALLES, Alvaro Angelo. Transformações na relação médico-paciente na era da informatização. **Revista Bioética**, v. 18, n. 1, p. 49-60, 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2005.000232-2, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator Dr. Sérgio Izidoro Heil, julgado em 08/05/2007. [**Consulta Processual**]. Florianópolis, 2007. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20050002322>>. Acesso em: 28 jun. 2012

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2007.049489-9, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator Dr. Joel Figueira Júnior, julgado em 14/09/2010. [**Consulta Processual**]. Florianópolis, 2010. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000AK5E0000&nuSeqProcessoMv=107&tipoDocumento=D&nuDocumento=2799417>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

SÃO PAULO. Conselho Regional de Medicina do Estado. Resolução nº 81, de 9 de junho de 1997. Trata da conduta ética do médico especialista em cirurgia plástica. **Diário Oficial do Estado**; Poder Executivo, São Paulo, SP, n. 115, 19 jun. 1997. Seção 1, p. 60. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=3204&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%E3o%20>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 9072221-23.2003.8.26.0000,1ª Câmara de Direito Privado, Relator De Santi Ribeiro, julgado em 04 nov. 2008. **Portal de Serviços SAJ**. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3338317&vIcaptcha=QRnPu>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0012767-07.2005.8.26.0322, Terceira Câmara de Direito Privado, Relator Carlos Alberto Garbi, julgado em 31 jan. 2012.

Portal de Serviços SAJ. São Paulo, 2012. Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5666158&v1Captcha=pJjhc>>.

Acesso em: 30 jun. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0120532-24.2005.8.26.0100, Oitava Câmara de Direito Privado, Relator Salles Rossi, julgado em 23 mar. 2011. **Portal de Serviços SAJ.** São Paulo, 2011. Disponível em:

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5023528&v1Captcha=jPEaj>>.

Acesso em: 30 jun. 2012.

SCHREIBER, Anderson; TEPENDINO, Gustavo. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – Convergências e Assimetrias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.26). p 216-231.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Armando Tavares de. **Curso de história da medicina. Das origens aos fins do século XVI.** 2. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

SZTAJN, Rachel. Direito e incertezas da biotecnologia: custo social das pesquisas. **Revista de Direito Mercantil - Industrial, Econômico e Financeiro.** São Paulo. Malheiros, v. 119, p. 34-51, jul./set. 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil,** ano 1, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.26). p. 216-231.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, p. 52-90, 1993.

TROPARDI, Nelcina Conceição de Oliveira. Alguns temas pontuais em direito do consumidor. In: ANCONA LOPEZ, Teresa; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coords.). **Contratos empresariais**: contratos de consumo e atividade econômica. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 9; p. 363-407.

WORLD MEDICAL ASSOCIATION DECLARATION OF HELSINKI, 59th, WMA General Assembly, Seoul, October 2008. **Ethical principles for medical research involving human subjects**. 2008. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ipecc_novo/media/02DeclaracaoHelsinki.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.