

A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E A RESPONSABILIDADE PELO DEVER DE INFORMAR*

THE DOCTOR/PATIENT RELATIONSHIP AND DOCTOR'S LIABILITY TO DUTY INFORM

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira

RESUMO

A relação médico-paciente sempre foi objeto de estudo pelos juristas, principalmente, em razão dos seus efeitos na esfera da responsabilidade civil. No entanto, ao longo dos anos vem passando por diversas transformações não só pelos avanços tecnológicos, massificação da prestação do serviço, vulnerabilidade do paciente, como pela maior preocupação do ordenamento jurídico com a tutela da pessoa humana, a autonomia do paciente. Trata-se de uma relação predominante existencial, cujo centro de interesse é a dignidade da pessoa humana. Por isso, a necessidade de informar o paciente para melhor realizar suas escolhas, garantindo sua autonomia, podendo o médico responder pela falta do dever de informar

PALAVRAS-CHAVES: RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE. VULNERABILIDADE DO PACIENTE. INCIDÊNCIA DO CDC. DEVER DE INFORMAR. CONSENTIMENTO INFORMADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.

ABSTRACT

Relation between doctors and patients has always been studied by lawyers, specially due to its effects on the law of torts. However it has passed through many changes recently, not just because of technological evolution, services' massification and patient's vulnerability, but also because of the Law's approach onto human dignity, the patient's autonomy. It is predominantly an existential relationship, in which human dignity is on the core of the legal system. For these reasons, there is a need to always inform the patient so that he can make an informed decision, guaranteeing his autonomy, making the doctor liable for the violation of the duty to inform.

KEYWORDS: DOCTOR/PATIENT RELATIONSHIP; PATIENT'S VULNERABILITY; CONSUMER PROTECTION LAW; DUTY TO INFORM; INFORMED CONSENT; DOCTOR'S LIABILITY.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo - SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

A relação médico-paciente passou ao longo dos anos por diversas modificações, não só no que tange à impessoalidade que vigora nos dias atuais em razão da massificação da prestação do serviço como no âmbito da responsabilidade civil.

A preocupação da doutrina e jurisprudência sempre foi a de definir se a relação médico-paciente é contratual ou extracontratual, e se a obrigação é de meio ou de resultado, o que trazia implicações na seara da responsabilidade civil do médico e no ônus da prova.

No entanto, mais importante que estabelecer o caráter contratual da relação médico-paciente é que, diferentemente das demais relações contratuais, merece tratamento especial em virtude de estar fundada na pessoa humana, em sua integridade física e moral. Por esta razão, prevalecerá seu caráter existencial em detrimento do patrimonial.

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1, III, da Constituição Federal, o que faz com que as relações existenciais tenham preponderância, eis que a pessoa humana é tratada como figura central.

O paciente se encontra em situação de inferioridade em relação ao médico não só por ser vulnerável técnico, informacional, fático, como pelo seu estado saúde, merecendo maior proteção do ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 5º, XXXII, da CF/88, estabelece como dever do Estado a defesa do consumidor, parte vulnerável, que, além de ser um direito fundamental constitui princípio da ordem econômica (Art. 170, V, CF/88), motivo pelo qual o art. 48 do Ato das Disposições Transitórias previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor

A relação médico-paciente se enquadra, em regra, como relação de consumo, o que implica na incidência da lei consumerista protetiva. E dentre os diversos direitos do consumidor como a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, previstos no art. 6 do CDC, está o direito a informação que uma vez prestada pelo médico permite reequilibrar a relação.

Através da informação, corolário do princípio da boa-fé objetiva e transparência, o paciente pode, com liberdade, ausente de qualquer coação, com absoluta consciência, receber todos os dados necessários e úteis, para exprimir seu consentimento em relação ao tratamento recomendado.

O consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica, pois através de informações claras, corretas, adequadas ao seu nível cultural, acerca da natureza da enfermidade e prognóstico, assegura-se ao paciente maior atenção à sua saúde, seu bem-estar físico e psíquico. Nesse sentido, o consentimento livre e esclarecido do paciente legitima a conduta médica e caso o tratamento venha a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente e lhe cause danos, pode restar concretizada a responsabilidade civil pela falha no dever de informar.

A responsabilidade civil do médico encontra tratamento diferenciado no ordenamento brasileiro, mesmo após o surgimento da responsabilidade objetiva fundada no risco. E no que tange a omissão no seu dever de informar vem ganhando relevância, já que acaba por macular a própria autonomia do paciente, principalmente quando causa danos de ordem material ou moral, com ofensa a sua dignidade humana.

1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A natureza da relação médico-paciente já foi objeto de diversos debates doutrinários, inclusive no Direito Comparado, que teve na França as primeiras normas codificadas da responsabilidade médica, assentando as bases da doutrina e jurisprudência que serviram de parâmetro para um grande número de países.

No direito brasileiro, a controvérsia decorreu da regulação da responsabilidade médica em dispositivo localizado na parte referente à responsabilidade aquiliana, art. 1.545 do Código Civil de 1916, pelo que se indagava se a relação médico-paciente era contratual ou extracontratual.

Todavia, a natureza jurídica de uma relação não pode ter como base o mero enquadramento legal da matéria, mas sim a substância do ato, pelo que não basta estar no capítulo atinente à responsabilidade extracontratual para afastar o caráter contratual da relação.

O Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil de 1916, não tratou da responsabilidade do médico no mesmo capítulo, deixando de imputar relevância a tal classificação e a prevê no artigo 951.

É da essência da relação médico-paciente o caráter contratual, mas em algumas circunstâncias o dever de assistência médica pode não decorrer de vínculo contratual.

Hildegard Taggesell Giostri[1] bem resume nove situações em que se exclui o caráter contratual do vínculo: i) serviços prestados de forma espontânea, sem intervenção da vontade do paciente, pois o médico atende alguém em situação de emergência; ii) atendimento médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com representante legal a fim de obter a devida autorização; iii) atividade desenvolvida contra a vontade do paciente; iv) serviços médicos requeridos por pessoa distante do paciente; v) quando o ato médico configurar delito penal doloso; vi) quando o contrato celebrado entre o médico e paciente for nulo ou anulável; vii) atendimento por intermédio do serviço público custeado pelo Estado; viii) herdeiros que em nome próprio pleiteiam indenização por ato médico, o que configuraria responsabilidade extracontratual em relação a esses terceiros; ix) vítimas fora da órbita do contrato.

O contrato médico pode ser escrito, verbal ou tácito (atendimento em pronto-socorro), e se caracteriza por ser bilateral, *intuitu personae*, contínuo, comutativo, oneroso ou gratuito, aleatório.[2]

No tocante à natureza jurídica dessa relação contratual, se seria contrato típico ou *sui generis*[3], a doutrina ainda diverge. Há quem defenda que o contrato entre médico e

paciente se assemelha a um mandato, contrato de empreitada, de locação de serviços, contrato inonimado ou multiforme.

A obrigação decorrente do contrato médico tradicionalmente tem sido classificada em duas categorias em função de seu objeto, que são: obrigação de meio e obrigação de resultado, muito embora essa distinção esteja sofrendo um abrandamento.

Na obrigação de meio a prestação se limita ao exercício de uma atividade diligente e prudente em benefício do credor, não se espera um resultado, pois configura adimplemento o mero empenhar-se, a presteza, eficiência, zelo com o emprego da técnica que a atividade e o resultado que se pretende exigir. Na obrigação de resultado, por sua vez, o objeto do contrato é o alcance da prestação pactuada, ou seja, um determinado fim, sob pena de configurar inadimplemento. Não basta a presteza, diligência na execução, é necessário a entrega do resultado prometido.

A preocupação doutrinária em definir a obrigação assumida pelo médico como contratual de meio ou resultado ocorria em razão do aferimento do dever do profissional de indenizar por eventuais danos decorrentes de sua conduta e o ônus da prova.

Se a obrigação fosse de meio caberia ao paciente provar que o médico agiu com culpa, do contrário o médico que teria o dever processual de provar que não agiu com culpa, pois basta demonstrar que o resultado esperado não fora atingido para nascer o dever de indenizar. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho[4], em ambos os casos, a responsabilidade é subjetiva, mas na obrigação de resultado a culpa é presumida, o que não foi afetado com o Código de Defesa do Consumidor, o qual estabeleceu exceção à regra de responsabilidade objetiva por ele consagrada (art. 14, § 4º).

Tem prevalecido na doutrina e jurisprudência que a obrigação do médico é de meio[5], já que não é seu dever a cura de determinada doença, restituir a saúde a um paciente, mas tão somente de agir de forma ética, zelar pela saúde de seu paciente, informá-lo de todo o tratamento, riscos, utilizar todos os meios, técnicas e avanços tecnológicos. Os deveres impostos aos profissionais da área médica nem sempre são de resultado[6].

No entanto, para alguns procedimentos a obrigação seria de resultado como cirurgia estética[7] [8], realização de exames laboratórios, e de raio-X.[9]

Mais importante que enquadrar a relação médico-paciente como contratual ou extracontratual, obrigação de meio ou resultado, é se a relação é patrimonial ou existencial. Essa diferenciação interfere na tutela estatal, no tratamento diferenciado, já que na relação existencial o alvo é a pessoa humana, sua dignidade, o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Nas relações patrimoniais ocorre sua funcionalização em razão da pessoa, mas na existencial a tutela da pessoa faz parte também de sua estrutura, merecendo, por isso, maior proteção do ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República (art. 1, III, da CF) impõe, hoje, diferentemente do que vigorava na codificação do século XIX, transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma diferenciação entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais.

A antiga *summa divisio* entre direito público e direito privado, bem como a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil, perde espaço.

O princípio da dignidade humana passa a permear todas as relações jurídicas, não só as existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade, mas também a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, refletindo intensamente na dogmática da responsabilidade civil.

A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se, nos ensinamentos da professora Maria Celina Bodin de Moraes, dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial e da solidariedade social[10]. Esses princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa, moldam a atividade econômica privada, o regime contratual regulado pelo Código Civil.

O direito contratual tradicional, os dogmas romanistas, os princípios clássicos da autonomia de vontade, obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), relatividade dos contratos, tornaram-se insuficientes para reger as novas relações contratuais sofrendo mitigação pelos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato, da função social.

O ordenamento jurídico passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com a efetivação do princípio da igualdade, não simplesmente formal, decorrente da Revolução Francesa, mas substancial, frente as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável.

A preocupação volta-se para a pessoa, e não para mero sujeito de direito, por isso a tutela através de normas protetivas de alguns vulneráveis como os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes, o inquilino, etc.

Logo, verifica-se a supremacia dos valores existenciais sobre os patrimoniais, estando estes funcionalizados pelos primeiros.

Não obstante, é difícil, na prática, fazer a separação do que seria uma relação patrimonial ou existencial. Isto porque muitas vezes observamos que os valores existenciais e os patrimoniais estão em uma única situação subjetiva, ou seja, os interesses se entrelaçam. É o caso, por exemplo, da pessoa que reclama judicialmente o aumento abusivo da mensalidade do plano de saúde: estão presentes os interesses patrimonial e existencial (integridade psicofísica).

Um critério a ser utilizado para amenizar os questionamentos, tendo em vista a diversidade de relações que são mistas e albergam muitas vezes mais de um tipo de bem jurídico, é o da preponderância dos interesses em jogo. Tudo visando assegurar, torna-se a enfatizar, a prioridade da pessoa humana sobre os bens materiais.

O contrato médico, seja ele oneroso ou gratuito, deve ser visto como relação predominantemente existencial haja vista que a pessoa humana é seu principal objetivo, zelar por sua saúde, sua integridade psicofísica.

O paciente é a parte mais vulnerável da relação e tem recebido especial atenção do Estado que não só deve garantir a saúde, direito fundamental (art. 6, 196 e 197, todos da CF/88), como editar normas de proteção e regulação.

O contrato médico além de prevalecer o caráter existencial, se enquadra, em regra, como contrato de consumo o que implica na incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

2 A VULNERABILIDADE DO PACIENTE E A INCIDÊNCIA DO CDC

A relação contratual onerosa médico-paciente, em regra, se enquadra no conceito de relação jurídica de consumo, haja vista a presença da figura do fornecedor de serviços, médico, e do consumidor-paciente, nos termos do art. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. O paciente-consumidor é parte mais frágil da relação e necessita de maior proteção do ordenamento jurídico.

O art. 5º, XXXII, da CF/88, estabelece como dever do Estado, e não mera faculdade, a defesa do consumidor, que além de ser um direito fundamental, constitui princípio da ordem econômica (Art. 170, V). O art. 48 do Ato das Disposições Transitórias previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em prazo determinado tamanha a relevância desse diploma para o ordenamento jurídico.

Desde a revolução industrial (séc. XIX), o fordismo (séc. XX), que despersonalizaram fortemente as relações com os clientes, a sociedade foi passando por novas transformações sociais, econômicas, políticas.

A sociedade de consumo, caracterizada pela oferta de número crescente de produtos e serviços, domínio do crédito e do marketing, a dificuldade de acesso à justiça, dentre outros motivos, impôs a necessidade da intervenção estatal através de normas jurídicas de consumo efetivas e capazes de dirimir conflitos, mormente superar a vulnerabilidade do consumidor.

Foi nesse período, conhecido como século dos novos direitos, que do velho tronco do Direito Civil brotaram novos ramos, ou disciplinas como direito ambiental, biodireito[11], direito espacial, direito da comunicação, direitos humanos, direito do consumidor e outros. Todos para atender, através de princípios próprios, as novas necessidades da sociedade.

O arcabouço jurídico até então existente consubstanciado na idéia de centralidade do Código Civil de 1916, capaz de regular todas as relações privadas e garantir certeza do direito através da unificação do sistema, não acompanhou as transformações sociais e econômicas acarretando um descompasso ente o fato social e jurídico.

Por essas razões, imperiosa a elaboração de normas para garantir a tutela do consumidor, mormente nesse novo século em que a sociedade é globalizada, dominada pelo comércio eletrônico e pela busca por mais segurança, e transparência nas relações.

A legislação consumerista tem como *ratio*, justamente, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado. Todavia, a aplicação dessa legislação protetiva deve se dar de forma a abranger os verdadeiros vulneráveis, os que demandam um tratamento diferenciado do ordenamento jurídico, sob pena de esvaziar o espírito da lei, o que também se tornou um desafio para os juristas e aplicadores do direito.

O consumidor é sujeito constitucionalmente identificado como “diferente”, sujeito de direitos especiais face sua vulnerabilidade frente ao fornecedor de serviços e produtos que detém o controle dos meios de produção, domínio técnico e científico. E, por isso, sua tutela ganha cunho constitucional, ocupando uma posição relevante dentro do ordenamento jurídico.

O CDC confere aos seus destinatários alguns benefícios como: inversão do ônus da prova, foro privilegiado, prazos decadenciais e prescricionais diferenciados, nulidade de pleno direito de determinadas cláusulas contratuais consideradas abusivas quando há desigualdade na relação, banco de dados, tutela coletiva, facilidade no acesso à justiça, etc.

Os princípios norteadores da defesa do consumidor e, portanto, da elaboração de uma lei protetiva são o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade substancial e o da vulnerabilidade.

O que justifica um tratamento diferenciado e desigual dos co-contratantes é o desequilíbrio fático de forças nas relações de consumo, motivo pelo qual protege o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, que é desigual técnico, fático, jurídico e informacional[12].

A proteção constitucional do consumidor será, portanto, o princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis, o que se dará utilizando as normas do sistema de forma coerente.

Os serviços médicos se inserem, em regra, no mercado de consumo. Por isso, a atividade médica será regida pelo Código de Defesa do Consumidor e a preocupação é com o paciente, considerado vulnerável técnico, jurídico, fático e informacional frente ao médico, detentor do conhecimento e técnicas de intervenção.

O contrato firmado entre o médico e o paciente se submete, portanto, aos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio, da equidade, da função social, devendo observar os direitos básicos do consumidor-paciente.

O risco é inerente à atividade médica e por ser a pessoa humana o alvo do contrato, sua saúde, a própria vida, ganha extrema importância a necessidade do profissional prestar informações ao seu paciente, mormente quanto aos riscos do tratamento, da doença, as vantagens e desvantagens da hospitalização, as diversas técnicas que podem ser utilizadas, os custos, revelar o diagnóstico e prognóstico. E isso deve ser feito de acordo com a capacidade deste em compreender e assimilar as informações.

A relação médico-paciente é pautada, sobretudo, na confiança, decorrendo justamente do princípio da boa-fé objetiva esse dever do médico de informar[13].

Ao lado do dever de informação está a necessidade do paciente expressar seu consentimento no tocante às práticas a serem empregadas, nos termos do art. 56 do Código de Ética Médica. E não basta o consentimento meramente formal do paciente, o consentimento deve ser livre e esclarecido, pois deve refletir o exercício real autonomia.

3 O DEVER DE INFORMAÇÃO E O CONSENTIMENTO INFORMADO

O CDC atribui ao consumidor, sujeito especial, vulnerável, e digno de proteção, diversos direitos básicos, alguns elencados no art. 6º, além de outros decorrentes dos princípios e diretrizes que orientam a Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4º).

Ao lado de um dos mais importantes direitos que é a proteção da vida, da saúde, e segurança (art. 6º, I, do CDC), está o direito de informação (art. 6º, III, do CDC), atrelado ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da necessidade de garantir efetiva liberdade de contratar, de escolher o parceiro com quem quer se relacionar e acima de tudo decidir o que é melhor para si.

A importância do direito de informação se extrai, primeiramente, do texto constitucional que em diversas situações jurídicas o tutela como direito fundamental (art. 5, XIV, XXXIII, LXXII, CF/88).

O CDC prevê as obrigações de informar em diversos dispositivos: i) art. 4º, IV, 8º, e 9º; ii) regras informativas da responsabilidade civil (art. 12, 14); iii) regras vinculativas da informação como integrantes do contrato (art. 30, 31, 36, 37 e 38); iv) regra assecuratória do princípio da cognoscibilidade (art. 46).

Os arts. 8º e 9º do CDC dispõem sobre o dever de prestar informações necessárias, adequadas, e ostensivas, ou seja, de forma apropriada, completa, clara e compreensível, principalmente quando se tratar de produtos e serviços potencialmente nocivos e perigosos à saúde ou à segurança.

Esse dever gera, em contrapartida, o direito de informação, corolário ao princípio da transparência[14] e da boa-fé objetiva[15] (art. 6º, IV, do CDC), que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade, lisura, honestidade, sem frustrar a confiança legítima da outra parte.

O dever de informação decorrente da boa-fé objetiva constitui um dever acessório, lateral do contrato, e independe da vontade das partes. E como *standards* de conduta deve estar presente durante toda a fase pré e pós-contratual.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho[16], o dever de informar é cumprido quando preenche três requisitos principais: i) adequação, ou seja, os meios de informação são compatíveis com os riscos do produto ou serviço; ii) suficiência, quando a informação for completa e integral; iii) veracidade, informação verdadeira, real. Logo, quando a informação for

adequada, suficiente e verdadeira, o consumidor poderá escolher de forma consciente o serviço ou produto.

A observância da obrigação de informar permite a pessoa conhecer os riscos dos produtos ou serviços, suas conseqüências, diminui a desigualdade entre fornecedor e consumidor na relação contratual, e permite o consentimento livre e esclarecido do consumidor.

O dever de informar dos profissionais liberais, categoria em que se incluem os médicos, decorre dos conhecimentos que eles possuem e da confiança neles depositada. A falta de informação agrava ainda mais a debilidade do consumidor frente ao fornecedor e afeta sua autonomia, o que aumenta em razão da impessoalidade das relações.

Na medicina grega a relação médico-paciente era personalíssima, mas o paciente não tinha qualquer participação no processo de decisão quanto ao tratamento médico, já que este sabia o que era melhor para ele. Vigorava o paternalismo hipocrático[17], segundo o qual o paciente não tinha condições de decidir não só pela sua incapacidade de entender as peculiaridades do tratamento médico, seu diagnóstico, já que não detinha conhecimentos de medicina, como pela sua condição débil em razão da doença.

Mas, hoje, supera-se esse paradigma, pois os fatores que indicam a vulnerabilidade do paciente não afastam o seu direito de exercer o consentimento informado, ao revés, aumenta o dever do médico de informar, de esclarecer o paciente de seu estado e dos tratamentos, e em linguagem de fácil compreensão. A comunicação deve ser ampla.

No entanto, o caráter personalíssimo da relação médico-paciente vem sendo eliminado na sociedade pós-moderna, marcada pelo processo de massificação da produção e dos serviços. O uso de tecnologias, a introdução de terceiros na prestação de serviços, a falta de tempo para atendimento, a divisão da medicina em áreas especializadas, e o surgimento de planos de saúde, foram afastando a figura do médico de família, distanciando a relação médico-paciente.

Por esses motivos, há, hoje, um forte distanciamento entre os médicos e pacientes, não há troca de informações, o que impõe a necessidade de maior diálogo, tanto por parte do paciente que deve esclarecer suas condições pessoais, seu histórico, como do médico informar o diagnóstico, prognóstico, profilaxia, risco da doença, a forma de tratamento.

Somente as informações corretas, claras e adequadas prestadas pelos médicos permitem aos pacientes influenciar e interferir nos tratamentos médicos, o seu consentimento informado para os tratamentos, inclusive, os de risco, e o aproxima da posição de igualdade, reequilibrando a relação.

O paciente deposita no médico, diante das informações por ele prestadas, suas expectativas legítimas, até porque não tem conhecimento técnico em relação ao resultado, aos riscos a que está sujeito, confiante plenamente no profissional por ele elegido.

Cabe ao médico informar de forma ostensiva e adequada a periculosidade, os riscos ou perigos à saúde, sob pena de responder civilmente. Muito embora existam riscos

inerentes[18] que retiram do fornecedor do serviço a responsabilidade, salvo falta de informação.

Os médicos são incumbidos de diversos deveres os quais se enquadram basicamente, segundo Gustavo Tepedino, em três categorias: i) dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; ii) o emprego de todas as técnicas disponíveis para recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; iii) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.[19]

José de Aguiar Dias[20] enumera três obrigações implícitas no contrato médico: i) conselhos; ii) cuidados; iii) abstenção de abuso ou desvio de poder.

O dever de informação observará várias etapas, desde o diagnóstico, fornecido a partir do histórico e padecimentos informados pelo paciente, as opções de tratamento, os riscos, prognóstico, tratamento aplicado, até as informações posteriores quanto aos efeitos do tratamento, os prejuízos.

As informações fornecidas pelo médico serão de acordo com o estado de seu paciente, com o atendimento clínico ou cirúrgico a que será submetido, devendo em qualquer hipótese ser esclarecido dos riscos inerentes à atividade humana, mormente ao exercício da profissão médica.

Além disso, os médicos devem esclarecer ao paciente as técnicas utilizadas, os procedimentos, a época ideal para realizá-los, as conseqüências, e opções que podem ser adotadas, os custos, as vantagens e desvantagens da terapia.

O risco da atividade médica dependerá da doença do paciente, e impõe a análise do tipo de enfermidade, de suas condições orgânicas, dos recursos à disposição do facultativo no momento do atendimento. Os riscos podem ser previsíveis ou não, o que também interfere no dever do médico de informar ao paciente. Isto porque quando as intercorrências são previsíveis o médico tem o dever profissional de tomar medidas preventivas, e prevenir o paciente. Quando os riscos forem imprevisíveis ou não existirem medidas eficazes para preveni-los cabe ao médico utilizar a melhor técnica existente e esclarecer o paciente.

Além de outros deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva como o de lealdade e cooperação dos fornecedores de serviços e produtos médicos, independentemente dos direitos atribuídos aos médicos, estes têm o dever de dar prévio conhecimento das condições contratuais, em contrapartida tem o consumidor-aderente o dever de tomar prévio conhecimento do conteúdo do contrato, esclarecendo sua situação pessoal.

Cabe ao médico garantir ao paciente-consumidor meios disponíveis e necessários ao tratamento, a regularidade da conduta profissional e a conscientização de seus direitos.

Do art. 59 do Código de Ética se extrai que é dever do médico informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, e caberá ao paciente decidir sobre o tratamento recomendado ou cirurgia proposta (art. 46 e 56 do CEM).

Ademais, tem o paciente direito de ter acesso às informações existentes em prontuários, fichas clínicas, aos serviços médicos a que fora submetido [21], e até mesmo do sigilo médico[22], de não ter revelado os fatos que afetem a sua esfera privada, seu estado de saúde, o que se depreende do art. 112 e 117 do Código de Ética Médica, art. 72 do Código de Defesa do Consumidor.

Quando cumprido pelo profissional médico o dever de informação, o paciente pode consentir de forma esclarecida com o tratamento ao qual irá se submeter, fazer boas escolhas.

A informação deve ser passada não só de forma a esclarecer o paciente acerca de seu estado de saúde, dos riscos do tratamento e as técnicas a serem utilizadas, como não deve ser passada de forma a desestruturar o paciente. O profissional precisa agir sempre com muita cautela e ponderação, até mesmo ao passar as informações necessárias ao consentimento.

O dever de informar está intrinsecamente ligado ao cuidado, na medida em que quando há valorização da vontade, observa-se a presença da responsabilidade, atenção e solidariedade.

A informação garante, portanto, maior autonomia ao paciente, já que consciente dos riscos envolvidos em procedimentos médicos.

Essa autonomia do paciente vai além da autonomia da vontade típica das relações patrimoniais[23], fundada na livre iniciativa, na liberdade de escolha do profissional médico, pois traduz a autonomia privada existencial[24], que predomina na relação médico-paciente.

Na autonomia privada existencial seu fundamento está na proteção dos atributos da personalidade, que estão abrigados na tutela da dignidade da pessoa humana[25]. A pessoa é conferido o poder de autodeterminação, sendo direito personalíssimo do paciente de na sua autonomia decidir de forma informada e livre.

A autonomia da vontade nas relações médicas não é absoluta, havendo situações que afastam a necessidade de obter o consentimento informado.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo[26] disserta sobre cinco hipóteses: i) grave perigo para saúde pública (ex. art. 14, parágrafo único, ECA; art. 11, 12 e 13, Lei n.º 6.259/75, art. 6, III, e 9, Lei n. 10216/2001), muito embora parte da doutrina entenda que não seria propriamente uma exceção ao consentimento informado, pois antes concede o direito de informação ao paciente; ii) emergências[27] (art. 146, § 3, do CP); iii) privilégio terapêutico, quando as informações podem gerar danos ao paciente (art. 59, CEM); iv) direito de recusa do paciente baseado em seu poder de autodeterminação, consoante art. 15 do Código Civil, que permite a recusa desde que não haja risco de vida[28]; v) direito do paciente não receber informações.

No que diz respeito ao direito do paciente em recusar tratamento, caso muito citado e que tem sido enfrentado por nossos Tribunais de Justiça ocorre com as testemunhas de Jeová, que por opção religiosa se recusam a receber transfusões de sangue caso delas necessite. Nesse caso entra em conflito o direito à manutenção da vida e à liberdade de

crença. Para o religioso receber a transfusão, apesar de garantir a sua vida, essa vida será, para essa pessoa, indigna, conforme sua orientação espiritual.[29]

O consentimento informado, também chamado de vontade qualificada, constitui elemento essencial na relação médico-paciente, e é a exteriorização do exercício da autonomia privada, e pode ser expresso ou tácito.[30]

O consentimento esclarecido permite o diálogo e a colaboração para garantir o paciente, sua vontade é valorizada, ao mesmo tempo em que legitima o tratamento médico.

Nesse sentido, o art. 46 do Código de Ética Médica proíbe o médico de efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal.

Na definição de José Carlos Maldonado de Carvalho, o princípio do consentimento esclarecido significa que “o médico deve dar ao doente suficiente informação – de modo compreensível e leal – sobre o tratamento proposto, quais as probabilidades de êxito, quais os riscos e os efeitos colaterais daí resultantes, quais as alternativas disponíveis, o porquê do tratamento escolhido, e, por fim, quais os riscos pelo fato de não ser efetuado qualquer tratamento.”[31]

O consentimento informado é destacado em algumas áreas específicas de atuação médica, como para realização de transplantes[32], transfusão de sangue, reprodução assistida, pesquisa.

Quando se trata de consentimento para exercício, ou para respeito do direito à vida, à saúde, várias questões são objeto de discussão doutrinária na seara do biodireito, da bioética[33] devido aos avanços tecnológicos, o uso de tratamentos experimentais, pesquisas.

Os autores norte-americanos formularam três princípios, que para alguns se desdobram em quatro, que visam direcionar uma abordagem racional dos dilemas morais enfrentados pela sociedade diante dos rumos das pesquisas e experiências científicas que envolvem a pessoa humana e seus descendentes, são eles: i) o princípio da autonomia, que expressa o respeito à autonomia da pessoa humana de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida, de forma que quaisquer atos médicos ou de pesquisa devem ser autorizados pelo paciente e, também, a necessidade de proteção às pessoas de autonomia reduzida; ii) o princípio da beneficência, que pretende maximizar o bem do outro, o que implica em minimizar o mal em função disso, o profissional ou pesquisador deve ter a maior convicção e informação técnica possíveis que assegurem ser o ato médico ou de pesquisa benéfico ao paciente.; iii) o princípio da não-maleficência, o qual estabelece que a ação do médico ou pesquisador sempre deve causar o menor prejuízo ou agravos à saúde do paciente; iv) o princípio da justiça, o exercício da justiça distributiva, da equidade que estabelece como condição fundamental a obrigação ética de tratar cada indivíduo conforme o que é moralmente correto e adequado, de dar a cada um o que lhe é devido.[34]

O médico ou pesquisador deve atuar com imparcialidade, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos, financeiros ou outros interfiram na relação

médico-paciente. Os recursos devem ser equilibradamente distribuídos, com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas.

É exatamente em função do incondicional respeito aos parâmetros éticos que as pesquisas envolvendo seres humanos demandam toda uma estruturação, a qual é objeto de regulação e fiscalização pelo Estado, através do chamado Biodireito.

Diante desses desafios, a bioética tem a finalidade de assegurar mais humanismo nas ações do cotidiano das práticas médicas e nas experimentações científicas que utilizam seres humanos.

Houve no cenário mundial uma verdadeira evolução na esfera do consentimento informado, ele decorreu da percepção da insuficiência das referências éticas tradicionais, as quais o médico apenas informava o doente aquilo que ia ser feito e este não tinha alternativas. Tratava-se de uma ética paternalista.

A ética do consentimento se desenvolveu, historicamente, em dois contextos distintos, mas interligados: no âmbito terapêutico, no qual há um relacionamento entre o médico e o paciente e, na esfera de pesquisas em seres humanos doentes e saudáveis.

Em nome das pesquisas, dos testes experimentais, diversos exageros foram cometidos pelos cientistas-médicos contra os pacientes-participantes na área médica.

As experiências totalitárias durante o século XX, atrocidades cometidas durante as guerras mundiais e experimentos realizados por médicos nazistas em campos de concentração deu origem, desde 1947 ao Código de Nuremberg.

O Código de Nuremberg tinha o escopo de responsabilizar os médicos do holocausto pelos exageros de seus métodos utilizados durante as pesquisas científicas com seres humanos. Na Assembléia Geral de Associação Médica Mundial, o Código sofreu revisão e deu origem à Declaração Helsink, documento de referência internacional e que já foi objeto de atualização.

Foi a partir do Código de Nuremberg que se tornou obrigatório o consentimento informado do participante de pesquisas clínicas com seres humanos. Os pacientes submetidos a pesquisas devem ter conhecimento do assunto em estudo para tomarem uma decisão e poder discernir de forma suficiente para autorizarem a intervenção.

No caso das pesquisas com seres humanos, embora haja um constante crescimento das garantias fundamentais dos direitos do cidadão participante de pesquisas clínicas; ainda hoje, na prática, a realidade é que existe uma escassez legislativa face às pesquisas médicas.

Não há um controle efetivo do que ocorre no meio médico; os esclarecimentos são poucos e as garantias dos benefícios desproporcionais em relação aos prejuízos destas pesquisas clínicas.

A exigência desse consentimento decorre da observância aos parâmetros éticos na pesquisa com seres humanos, ditados não só pelo Código de Nuremberg (1947), mas também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelos Códigos

Deontológicos e de Ética Médica, pelas Diretrizes Internacionais propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos (1985) e, da Convenção Européia dos Direitos do Homem e da Biomedicina.

No ordenamento brasileiro o consentimento informado é previsto expressamente na Resolução CNS nº 196/96 e 251/97, e em outras resoluções de temáticas específicas que se lhe seguem e que contemplam também as diretrizes internacionais.

A Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) nº 196/96 prevê os princípios que orientam a bioética e exige o respeito à autonomia do ser humano, elegendo o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) como instrumento de manutenção dessa autonomia; exige ponderação entre riscos e benefícios atuais e potenciais, individuais e coletivos, e o comprometimento máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos (beneficência), sempre se evitando o mal (não-maleficência) e diz ser importante a relevância social da pesquisa e a minimização dos ônus para os sujeitos vulneráveis, demonstrando acolhida ao princípio da justiça.

Trata-se o consentimento livre e esclarecido, portanto, de uma decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos.

O consentimento deve ser anterior ou concomitante à intervenção médica e seu descumprimento ou o cumprimento defeituoso podem acarretar responsabilidade civil do médico.

Na verdade, não existe uma forma pré-determinada para o consentimento, mas no geral é por escrito, podendo, no entanto, ser verbal.

Quando o consentimento for documentado e registrado, pode o profissional provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo – fato que também poderá redundar em conseqüências gravosas, no âmbito da responsabilidade civil.

Se o médico age sem atender à autonomia privada do paciente, arcará sozinho com todo o ônus de sua intervenção. Isso porque ao consentir com o tratamento sugerido, o paciente está apenas autorizando a aplicação dos meios indicados, mantendo o direito de exigir que o profissional tenha diligência. No âmbito biomédico, a exigência de consentimento informado se coaduna com a proteção integral da pessoa, propugnada pela ordem jurídica constitucional.

Logo, o consentimento informado é pedra angular na apuração da responsabilidade do fornecedor, pois embora alguns médicos, em princípio, não respondem pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem em algumas situações responder pela inobservância do dever de informar aos pacientes das conseqüências do tratamento.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO DEVER DE INFORMAR

A responsabilidade civil do médico é subjetiva e é tratada tanto no Código Civil, como no Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam a responsabilidade dos profissionais liberais.

De acordo com o art. 951 do Código Civil, responde o profissional no desempenho de atividade de atendimento à saúde, pela morte do paciente, sua lesão ou por deixá-lo inabilitado para o trabalho, quando age com negligência, imprudência, imperícia.

A lei consumerista, nos termos do art. 14, *caput* e § 4º, mantém a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, mas como exceção à regra da responsabilidade objetiva por ele consagrada. Esses profissionais respondem pelos defeitos relativos à prestação dos serviços[35], nos quais se englobam as informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Certo é que a culpa durante muito tempo constituiu obstáculo para reparação integral, pois era difícil para vítima comprovar a falta do agente, mormente com o avanço industrial e o consumo de massa.

No Código Civil de 1916, o dever de indenizar era baseado na conduta culposa do agente causador do dano, inspirado no Código Civil Napoleão, cuja responsabilidade era quase que exclusivamente fundada no ato ilícito, que tinha como elemento central a culpa *lato sensu*.

Todavia, esse mecanismo foi sendo objeto de diversas críticas pela doutrina, inclusive francesa, eis que em determinados casos o subjetivismo, ou seja, a necessidade de a vítima provar a culpa acabava por gerar a irressarcibilidade do ofendido, mormente diante da complexidade das práticas industriais e do progressivo aumento dos riscos de acidentes.

Essa transformação social fez com que a teoria da responsabilidade civil passasse por uma evolução, partindo da teoria da culpa, para culpa presumida relativa ou absoluta, até a teoria do risco, em que não mais se leva em conta a culpabilidade do agente, mas o risco da atividade por ele desenvolvida, passando a responsabilidade objetiva.

Ao lado da cláusula geral de responsabilidade subjetiva prevista no art. 159 do CC de 1916, foram surgindo leis extravagantes que consagravam a responsabilidade sem culpa, ou seja, objetiva, como, por exemplo, no caso de estradas de ferro (Decreto 2.681/12), de acidentes de trabalho (Lei 8213/91), de mineração (Decreto Lei 227/77), de atividades lesivas ao meio ambiente (Lei 6938/81), de transporte aéreo (Lei 7565/86) e de relação de consumo (CDC, arts. 12 e 14). A Constituição de 1988 também atribuiu responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado que prestam serviços públicos (art. 37, § 6) e àqueles que explorem energia nuclear (art. 21, XXIII, "c").

A responsabilidade objetiva, no entanto, não substitui, nem elimina a responsabilidade por ato ilícito. O risco e a culpa são duas fontes de responsabilidade, que apesar de distintas convivem com harmonia.[36]

O Código Civil de 2002 consagrou duas cláusulas gerais de responsabilidade, a da responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, § único, ao lado da responsabilidade

subjetiva, art. 186. Contudo, há quem ainda sustente, como Rui Stoco que o parágrafo único do art. 927 traz exceção e não regra geral, sendo as hipóteses de responsabilidade objetiva taxativas, *numerus clausus*.^[37]

A despeito dessa alteração, o legislador do Código Civil de 2002 não afastou a culpa como elemento fundamental, pressuposto do ato ilícito e um dos elementos básicos da responsabilidade civil.

Todavia, admite-se a tendência da despatrimonialização do Código Civil e o abandono da culpabilidade como elemento único e indispensável para que nasça a obrigação de reparar, de modo a caminhar mais rapidamente para a verdadeira socialização dos encargos.

A obrigação de indenizar deve ter como antecedente os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil, ou seja, os elementos formadores daquela obrigação: um comportamento (ação ou omissão) do agente, o elemento subjetivo (dolo ou culpa), o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e a ocorrência de um dano efetivo, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (moral). Na hipótese de responsabilidade objetiva é que se pode prescindir do elemento subjetivo.

Mudou-se o foco da noção de identificar e responsabilizar o culpado para o amplo ressarcimento da vítima, para sua reparação, distribuindo os prejuízos experimentados pela pessoa para a sociedade, eis que o risco aparentemente assumido pelo empreendedor é repassado para os destinatários finais através da reavaliação dos custos do empreendimento.

A teoria do risco busca beneficiar a vítima, sendo mais humano e ligado ao sentimento de solidariedade, repartindo com maior dose de equidade, principalmente diante da vida em sociedade que se tornou mais complexa.

A responsabilidade civil, diferentemente da penal e administrativa que visam punir o agente por condutas ilícitas, numa nova interpretação, preocupa-se tão-somente com a reparação do dano causado a outrem.

A atenção, torna-se a enfatizar, volta-se para a vítima do dano injusto^[38] e não para o agente, por isso também que o direito civil abandonou há muito tempo a distinção entre culpa leve, grave, e vem aumentando as hipóteses de responsabilidade objetiva, que se fundamente na solidariedade.

O fim da responsabilidade civil é, portanto, a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano. Indenizar significa tornar indene a vítima, reparar todo o dano por ela sofrido.

No entanto, persiste a responsabilidade subjetiva nas relações interindividuais, deixando a responsabilidade objetiva para as hipóteses especificadas em lei, quando houver desequilíbrio entre as partes e a atividade desenvolvida for de elevado potencial lesivo.

Os profissionais liberais, principalmente, os médicos, apesar de desenvolverem atividade que podem ser enquadradas como de risco, ainda, por opção do legislador,

respondem apenas se comprovada a culpa, afastando a incidência do artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

O tratamento diferenciado conferido aos profissionais liberais decorre, nos ensinamentos de Paulo de Tarso Sanseverino[39], da natureza das atividades por eles exercidas, e que se diferem das prestadas pelos demais fornecedores de serviços. As atividades prestadas pelos profissionais liberais se caracterizam por serem serviços técnicos ou científicos especializados, ausência de subordinação, e haver vínculo de confiança com o cliente (*intuitu personae*), muito embora isso vem diminuindo com a massificação dos serviços (planos de saúde)[40].

A atividade desenvolvida pelos médicos ganha especial atenção por lidar com a saúde humana, em que o paciente vulnerável merece especial atenção, até porque uma falha médica pode ter conseqüências irreversíveis.

Independentemente do tipo de responsabilidade do médico, se contratual, de meio ou de resultado[41], ou extracontratual, para caracterizar o dever de indenizar por eventuais danos provocados por sua conduta cabe a prova da culpa. Ou seja, incumbe à vítima provar[42] negligência, imprudência, ou imperícia por parte da conduta médica, salvo nos casos de inversão do ônus da prova[43], que constitui direito do consumidor (art. 6, inciso VIII, do CDC).

O Código de Defesa do Consumidor reforçou a superação da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, que já vinha perdendo força[44] porque a conseqüência indenizatória era a mesma[45], mas também por prever a responsabilidade civil independentemente do vínculo (art. 17 do CDC).

O médico responde pelos danos provocados por erros decorrentes de sua imprudência, negligência ou imperícia, e pela falta de informação.

Na relação médico-paciente avulta cada vez mais o dever de informar, de manter o paciente completamente esclarecido das doenças, prescrições, cuidados especiais, precauções.

O defeito de informação significa informações insuficientes, inadequadas a respeito da fruição e riscos dos serviços, ou até mesmo excessiva, e que coloca em xeque a legítima expectativa que o consumidor tem em relação ao serviço (art. 14, § 1, I a III, do CDC).

A falta de informação acarreta a violação do consentimento informado, o que se enquadra na negligência, uma das modalidades de culpa, já que o médico descumpriu seu dever profissional de informar, agindo de forma negativa. A omissão médica não permitiu que o paciente expressasse sua vontade de forma esclarecida.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho[46] só o consentimento informado que é precedido de informação plena, completa, veraz e acessível prestada pelo médico, principalmente nos casos de elevados riscos pode afastar a sua responsabilidade pelos riscos inerentes à atividade.

Como amplamente exposto, a informação prestada pelo fornecedor de serviço é capaz de neutralizar a vulnerabilidade de conhecimentos do paciente, frente ao médico,

tornando possível maior discernimento, e diminuindo a desigualdade da relação. Além disso, garante a sua liberdade individual, o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Cabe, portanto, ao médico, prestar informações claras, objetivas e compreensíveis sobre diagnósticos, duração prevista do tratamento, efeitos colaterais de medicamentos, os riscos do tratamento, a finalidade de cada exame, alternativas de tratamento, as chances de sucesso, dentre outras.

Independentemente de a obrigação médica ser, em regra geral, de meio, e ter o médico empregado todas as técnicas possíveis, agido com diligência, perícia e haver risco inerente[47] no tratamento, a falta de informação ao paciente sobre todos os aspectos da intervenção médica, pode gerar sua responsabilidade pelas conseqüências sofridas pelo paciente sem que este as conhecesse[48].

A simples falta de informação só ensejará a responsabilidade do médico, nos termos do art. 14, § 4º do CDC, se acarretou prejuízos para o paciente[49]. Por esta razão, Miguel Kfoury Neto[50] defende que não há responsabilidade do médico pela falta de informação caso o prejuízo que o paciente sofreria, recusando o tratamento, fosse maior que o dano decorrente da intervenção.

A omissão de informação, mesmo que não ocorra falha técnica no procedimento médico, pode gerar o dano. A culpa surge pela falta de informação, ou pela informação incorreta, cabendo a vítima demonstrar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento.

Por outro lado, o consentimento informado não descarta a responsabilidade do profissional da medicina pela caracterização da culpa em qualquer de sua modalidade: imperícia, imprudência ou negligência.

A jurisprudência pátria vem reconhecendo a responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informar.[51]

Da mesma forma que os médicos são responsáveis pelo dever de informar, aos nosocômios também tem sido imputada essa responsabilidade[52], mas nessa hipótese aplica a responsabilidade objetiva[53], já que fornecedor de serviço que se enquadra no caput do art. 14 do CDC e não na exceção estabelecida no § 4º [54].

Em se tratando de cirurgia estética, a doutrina defende que o dever de informar é superior, pois deve observar rigorosa obrigação de prudência e de conselho. O cirurgião deve esclarecer ao paciente as conseqüências prejudiciais que podem ser desproporcionais ao melhoramento estético buscado. [55] [56]

Desta forma, não há como afastar o dever de indenizar do médico pela falha no seu dever de informar, que constitui direito constitucionalmente protegido e que garante a parte vulnerável da relação exercer sua autonomia privada através de consentimento livre e esclarecido.

5 CONCLUSÃO

As relações privadas, ante aos valores constitucionais, devem ser lidas através das lentes constitucionais. É premente, portanto, a necessidade em diferenciar as relações de direito patrimonial das relações de direito existencial, pois cada uma possui objetos e fundamentos diversos. O que significa dizer que para cada aspecto deve-se utilizar mecanismos diversos na proteção da autonomia e dos interesses tuteláveis.

A relação médico-paciente é acima de tudo uma relação predominantemente existencial, cuja base é a pessoa humana, sua dignidade e saúde, asseguradas pela Constituição Federal (art. 1, III).

O médico, prestador de serviços, se enquadra no conceito de fornecedor e o paciente no de consumidor, parte vulnerável, o que faz incidir as normas de proteção do Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor possui diversos direitos e dentre eles o direito a informação clara, correta, adequada, que tem matriz no princípio da transparência e da boa-fé objetiva, e que devem ser prestadas por todos os fornecedores de serviços, em toda fase contratual, inclusive o médico.

Para o desenvolvimento da relação médico-paciente mister é o diálogo a respeito da saúde do paciente, do tratamento, dos riscos da doença, diagnóstico, prognóstico, das consequências do uso de determinada medicação, etc. Tudo em função do dever do médico de informar e do direito do paciente de ser esclarecido, o que permite o reequilíbrio da relação desigual, em que o paciente é vulnerável não só pelo seu estado debilitado, mas também por não ter conhecimentos técnicos, científicos, informacional.

Os médicos, a despeito de toda modernidade, da massificação dos serviços de consumo, assumem o compromisso com seu paciente, prestando sua parcela de colaboração, divulgando aos leigos seus direitos e deveres como pessoa humana, como direito a obter informações sobre os riscos do tratamento, o seu direito de obter cópia de seu prontuário médico, exames laboratoriais, laudos diversos. Devem agir com o máximo de transparência, sinceridade e lealdade.

A conduta médica deve ter respaldo no consentimento livre e esclarecido do paciente, o qual permite sua atuação com propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou terceiro, e acima de tudo exercício de sua autonomia privada.

Por isso, responde o médico, a despeito da ocorrência de erro, pelos danos causados pela falha no seu dever de informar (art. 14, § 4º do CDC). Cabendo, no entanto, em algumas hipóteses ponderar pelo princípio da beneficência a ausência de responsabilidade pela não informação quando esta pudesse gerar mais riscos ao paciente.

Os conflitos oriundos da singular dessa atividade médica e a questão da responsabilidade dependerão, portanto, da análise casuística, cabendo ao operador do direito fazer uma leitura, uma interpretação à luz dos princípios constitucionais da relação médico-paciente e da bioética e utilizar a técnica da ponderação de interesses para solucioná-los.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos tribunais. São Paulo, ago. 1995, v. 718.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra, Almedina, 1982.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direito e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 6, maio/ago. 2004.

AVALOS, Cláudia Régia Barros. **Bioética, ECA e o Consentimento Informado**. Uma visão à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e de um ordenamento jurídico efetivo. Unisal, 2005 Disponível em: <<http://www.ls.unisal.br/pafiledb3/uploads/Artigo%20ECA%20-%20Luciano.pdf>> acesso em 07 mar. 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. **Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, v. 1, n. 2, p. 05-14, 2004.

_____. Responsabilidade Civil Médica no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 49-64, 2004.

_____. et al. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**: parte geral e obrigações (arts. 1º a 420). v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. et al. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**: v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Princípios do Biodireito**. In *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-81.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V, Cláudia Lima Marques, Leonardo Bessa. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor**: análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Consumidor – Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 2. ed., rev. e ampl. e atual. -- Salvador: Juspodivm, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípio da vulnerabilidade. In **Princípios do direito civil contemporâneo** (org. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARPENA, Heloísa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 128-172.

CASTRO, Flávia Viveiros de. **Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil constitucional**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil**. vol. XIII. 1 ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2004.

_____. A responsabilidade médica e o dever de informar. **Revista da Emerj**, v.7, n.28, p.81-87, 2004.

_____. A responsabilidade médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/search/index.php>> acesso em: 08 mar. 2009.

DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel (coord.). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas. O consentimento informado e a cirurgia estética. **Bioética**, v.12, n.1, p.95-102, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual dos direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas

_____. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **O Biodireito e as relações parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2 ed., 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008.

GOLDIM, José Roberto. Consentimento Informado. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/consinf.htm>> acesso em 22 mar. 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 16 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

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

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JUNGES, José Roque. Exigências éticas do consentimento informado / José Roque Junges. **Bioética**, v.15, n.1, p.77-82, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **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, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. A responsabilidade civil médica frente ao ordenamento jurídico atual. In **Revista Forense**. vol. 380, jul.-ago. 2005, p. 33-46.

LOBO NETTO, Paulo Luiz. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. 1. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

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 / Cláudio Lorenzo. **Bioética**, v.15, n.2, p.268-282, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v.93, n.827, p.11-48, set., 2004.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: artigos 1 a 74, aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 e 2004.

_____. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. In **Revista Direito do Consumidor**, n. 35, p. 61-96, 2000.

_____, et. al. **Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos** : ADIn 2.591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In **Revista Direito do Consumidor**, n.51, p. 34-67, jul.-set., 2004.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. In **Revista Direito do Consumidor**, n.57, p. 11 e ss, jan.-mar., 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Ampliando os direitos da personalidade**. In: José Ribas Vieira. (Org.). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, vol. 25, jan./mar 2006, p. 217-241.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor como Direito Fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. In **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43, São Paulo, RT, 2002, p. 111-133.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente. Dignidade da pessoa humana e autonomia privada. Disponível em:

<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Rela%E7%E3o%20jur%E9dica%20m%E9dico-paciente.doc> acesso em 06 mar.2009.

NOGUEIRA, Lavyane Lima. Responsabilidade civil do profissional liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, out./dez. 2001, n. 40.

NEMETZ, Luiz Carlos e Aline Dalmarco. A responsabilidade civil dos anesthesiologistas nos casos de acusação de má prática profissional. In **Estudos e pareceres de direito médico e da saúde**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

NUNES, Lydya Neves Bastos Telles. O Consentimento informado na relação médico-paciente : respeitando a dignidade da pessoa humana / Lydya Neves Bastos Telles

Nunes. **Revista trimestral de direito civil** : RTDC, v.8, n.29, p.95-110, jan./mar., 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues. **Responsabilidade civil dos médicos: repensando a natureza jurídica da relação médico-paciente em cirurgia plástica e seus reflexos em relação ao ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. In **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 43, p. 96-110, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional** tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis de Direito civil: introdução ao direito civil-constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 1. ed., 2. tir. Curitiba : Juruá, 2007.

RAYMUNDO, Marcia Mocellin, e GODIM, José Roberto. Do consentimento por procuração à autorização por representação. **Bioética**, v.15, n.1, p.83-96, 2007.

RODRIGUES, Lísia Carla Vieira. **O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2008.

SIQUEIRA, Maria Fernanda Santos. Consentimento informado : o direito do paciente à informação o respeito à sua autonomia e a responsabilidade civil do médico. **Revista da Esmape**, v.13, n.27, p.377-410, jan./jun., 2008.

SILVA, Carlos Alberto. O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809>> acesso em: 04 ago. 2008.

SOARES, Seline Nicole Martins. O consentimento informado da bioética sob a óptica do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro. Manual de boas práticas clínicas do MERCOSUL. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3563>> acesso em: 25 mar. 2008.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. O consentimento Informado na Atividade Médica e a Autonomia do Paciente. São Paulo Disponível em: <http://WWW.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/47/22/472/?> acesso em: 23.03.2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código Civil e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, fev. 199, a. 88, v. 760, p. 41.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**. Rio de Janeiro: Palma. Ano 01, vol. 02, 2000, p. 41-54.

_____. e SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de Consumidor, In **Revista de Direito do Consumidor** 45, São Paulo, RT, jan.-mar. 2003, p. 172-191.

[1] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2 ed., 5 tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 60-61.

[2] O caráter aleatório do contrato médico afastaria a classificação da obrigação dele advinda como de resultado, pois nesta seara não existe nada mais aleatório que o organismo humano, sua fisiologia e sua psique. Na obrigação de resultado não pode haver álea, imprevisibilidade.

[3] TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Palma. ano 01, v. 02, 2000, p. 42.

[4] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262.

[5] KIFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 54-55.

[6] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 256174 / DF Relator: Min. Fernando Gonçalves, 04 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br?>. Acesso em: 8 março 2009.

[7]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 81.101-PR, Relator: Min. Waldermar Zveiter, 13 de abril de 1999, e Resp 10.536-RJ, Relator: Min. Dias Trindade, 21 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.stj.gov.br?>. Acesso em: 8 março 2009.

[8]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça REsp 236.708-MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br?>. Acesso em: 8 março 2009.

[9] EMETZ, Luiz Carlos e Aline Dalmarco. A responsabilidade civil dos anesthesiologistas nos casos de acusação de má prática profissional. In **Estudos e pareceres de direito médico e da saúde**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 151.

[10] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[11] “De bio (do grego *bios*, vida) + direito (do latim *directus*, participio passado de *dirigere*, por linha reta, dispor, ordenar, regular) Denominação atribuída à disciplina no estudo do Direito, integrada por diferentes matérias, que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina. Nova disciplina ou estudo jurídico que, tornando por fontes imediatas a Bioética e a Biogenética, tem a vida por objeto principal.” BARBOZA, Heloisa Helena. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101.

[12] BENJAMIN, Antônio Herman V, Cláudia Lima Marques, Leonardo Bessa. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-75.

[13] TEPEDINO, Gustavo. ob. cit., nota 6, p. 51.

[14] NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

[15] TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32.

[16] CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. nota 11, p. 83-84.

[17] BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ*. Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, v. 1, n. 2, 2004, p. 7.

[18] CAVALIERI FILHO, SERGIO. A responsabilidade médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/search/index.php>> acesso em: 08 mar. 2009.

[19] TEPEDINO, Gustavo. ob. cit., nota 6, p. 46-47.

[20] DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 11 ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 337.

[21] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 540048 / RSRelator: Min. Nancy Andrighi, 02 de dezembro de 2003. Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br>?. Acesso em: 8 março 2009.

[22] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RO-MS 14134-CE, Relator: Min. Eliana Calmon, 16 de setembro de 2002. Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br>?. Acesso em: 8 março 2009.

[23] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. In **Revista Trimestral de Direito Civil** – RTDC, vol. 25, jan./mar 2006, p. 221, 226, 227, 239.

[24] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 17-9.

[25] “A negociação que tem por objeto situações subjetivas não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 2º Const.)” Ibidem, p. 18.

[26] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

[27] SOUZA, Néri Tadeu Câmara. O consentimento Informado na Atividade Médica e a Autonomia do Paciente. São Paulo – Disponível em: ?<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/47/22/472/?> acesso em: 23.03.2009.

[28] MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: José Ribas Vieira. (Org.). 20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369-388.

[29] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, - AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007.002.09293, Relator: Claudio de Mello Tavares, 27 de junho de 2007. TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO, AG 200504010474582, Relator: Luiz Carlos de Castro Ligon, 25 de abril de 2006. Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br>?. Acesso em: 8 março 2009.

[30] RAYMUNDO, Marcia Mocellin, e GODIM, José Roberto. **Do consentimento por procuração à autorização por representação**. Bioética, v.15, n.1, 2007, p. 85.

[31] CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84.

[32] Na área de transplante, além das restrições impostas pelo texto constitucional, art. 199, § 4º, da CF/88, tem a Lei n.º 9.434/97, a qual ressalta o dever de informação e o consentimento expresso, arts. 4, 9 e 10.

[33] CALMON, Guilherme. **O biodireito e as relações parentais**: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 02, 15.

[34] BARBOZA, Heloisa Helena. **Princípios do Biodireito**. In Novos Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-81.

[35] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Ob. cit., nota 32, p. 360-361.

[36] CALIXTO, Marcelo Junqueira. A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 177 e 178

[37] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6 ed. revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

[38] Orlando Gomes há mais de duas décadas apontou para a girada do ato ilícito para o dano injusto, que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo : Ed.Saraiva, 1980.

[39] SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181-183.

[40] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit., nota 11, p. 261-262.

[41] DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 206. Há, no entanto, quem defenda que na obrigação de resultado a culpa é presumida.

[42] AGUIAR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos tribunais**. São Paulo, ago. 1995, v. 718, p. 39.

[43] SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico**: inversão do ônus da prova. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 91.

[44] OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médico**: repensando a natureza da relação médico-paciente em cirurgia estética e seus reflexos na relação ao ônus da prova. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 52-53

“No direito brasileiro, a superação da *summa divisio* entre responsabilidade contratual e extracontratual pela Lei n. 8.078/90 ficou expressa na regra do art. 17 do CDC, que, claramente, equiparou aos consumidores todas as vítimas de acidente de consumo.”

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190.

[45] OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. Ob. cit., nota 64, p. 50-51.

[46] CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. **Revista da Emerj**, v.7, n.28, 2004, p. 87.

[47] CAVALIERI FILHO, SERGIO. A responsabilidade médica e hospitalar à luz do Código do Consumidor. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/search/index.php>> acesso em: 08 mar. 2009.

[48] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, APELACAO 2007.001.51219, DES. Marcos Alcino A Torres, 29 de janeiro de 2008. Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br?>. Acesso em: 8 março 2009.

[49] Indaga-se se a ausência de dano ao paciente pela omissão do dever de informar geraria alguma responsabilidade médica, aplicando o disposto no artigo 20 do CDC, que prevê a responsabilidade pelo vício do serviço, e não o art. 14, § 4º do CDC, que estabelece responsabilidade pelo fato do serviço, quando há dano, acidente de consumo.

[50] NETO, Miguel Kfourri. **Culpa Médica e Ônus da Prova**: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 303

[51]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 436827 / SP, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 01 de novembro de 2002, Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br?>. Acesso em: 8 março 2009. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, APELAÇÃO 2007.001.51219, DES. Marcos Alcino A Torres, 29 de janeiro de 2008, APELAÇÃO 2006.001.13957, DES. Roberto de Abreu e Silva, 17 de novembro de 2006. Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br?>. Acesso em: 8 março 2009.

[52]BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 467878 / RJ, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 05 de dezembro de 2002. Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br?>. Acesso em: 8 março 2009.

[53] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Processo : 2008.001.22543, DES. Nametala Machado Jorge, 20 de agosto de 2008. Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br?>. Acesso em: 8 março 2009.

[54] No que diz respeito à responsabilidade do estabelecimento hospitalar se objetiva ou subjetiva, a doutrina e jurisprudência se dividem, pois há os que sustentam ser a responsabilidade subjetiva ou objetiva dependendo do tipo de serviço prestado, se médico será subjetiva e se de hospedagem, hotelaria, objetiva. REsp 908359 / SC, RECURSO ESPECIAL 2006/0256989-8 , Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), Relator(a) p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123), Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento 27/08/2008 Data da Publicação/Fonte DJ 17/12/2008, REsp 351178 / SP, RECURSO ESPECIAL 2001/0108187-8 Relator(a) Ministro MASSAMI UYEDA (1129) Relator(a) p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123), Órgão Julgador T4 -

QUARTA TURMA, Data do Julgamento 24/06/2008, Data da Publicação/Fonte DJ 24/11/2008.

[55] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 818144 / SP, Relator: Min. Ari Pargendler, 09 de outubro de 2007. Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br>?. Acesso em: 8 março 2009.

[56] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Apelação Cível NÚMERO: 70023388671, RELATOR: Odone Sanguiné. Disponível em: ?<http://www.stj.gov.br>?. Acesso em: 8 março 2009.