

## A QUANTIFICAÇÃO DO DANO NA AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO PACIENTE

### THE QUANTIFICATION OF COMPENSATORY DAMAGES IN THE ABSENCE OF FREE CONSENT OF THE PATIENT

Miguel Kfourir Neto<sup>1</sup>

**RESUMO:** Ao lado do dever de tratar o paciente e agir segundo as *leges artis*, o médico deve obter o seu consentimento livre e esclarecido, que é um processo de comunicação entre ambos (informações sobre diagnóstico, prognóstico, alternativas, riscos e benefícios do tratamento), resultando numa decisão inteligente do paciente sobre a intervenção médica no seu próprio corpo. Na responsabilidade civil médica, a fixação da indenização pela ausência de consentimento livre e esclarecido é operação inçada de dificuldades, pois o dano não é causado por má prática médica, mas sim pela ausência do consentimento. Indeniza-se o dano moral gerado por privar-se o paciente de sua capacidade de autodeterminação. Por isso, o presente trabalho tem o objetivo de apresentar alguns critérios e etapas a serem observados na valoração do dano pela ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial nacionais e estrangeiras.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil médica. Ausência de consentimento. Quantificação do dano.

**ABSTRACT:** Along with the duty to treat the patient and act according to the *leges artis*, the physician must obtain his free and informed consent, which is a process of communication between both (information on diagnosis, prognosis, alternatives, risks and benefits of treatment), resulting in a patient's intelligent decision about medical intervention in his or her own body. In medical civil liability, the fixing of compensation by the absence of free and informed consent is an incipient operation of difficulties, because the damage is not caused by bad medical practice, but by the absence of consent. The moral damage generated by depriving the patient of his capacity for self-determination is indemnified. Therefore, the present study aims to present some criteria and steps to be observed in assessing the harm due to the absence of free and informed consent of the patient, through national and foreign doctrinal and jurisprudential analysis.

**Keywords:** Medical civil liability. Absence of consent. Quantification of harm.

<sup>1</sup> Pós-doutorado junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutor (PUC-SP) e Mestre em Direito das Relações Sociais (UEL). Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito do UniCuritiba. Desembargador do TJPR. E-mail: mkfourin@gmail.com.

**Sumário:** 1. Considerações preliminares e a evolução da doutrina do *informed consent* nos tribunais da *common law*. 2. Atual estágio da relação médico-paciente e do dever de informação. 3. Etapas a serem observadas na quantificação do dano pela ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. 4. Responsabilidade civil decorrente do inadimplemento do dever de informar à luz da jurisprudência brasileira. 5. Notas conclusivas. 6. Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E A EVOLUÇÃO DA DOUTRINA DO *INFORMED CONSENT* NOS TRIBUNAIS DA *COMMON LAW*

O consentimento é o comportamento mediante o qual se autoriza a alguém determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro.<sup>2</sup> Informar, na Antiguidade, era prática estranha à tradição médica. A visão do profissional era como de um “quase deus”, único detentor dos elementos que delimitariam a terapêutica a ser eleita e o tratamento a ser ministrado e, conseqüentemente, dele irradiavam “todas as decisões e comandos a respeito do destino do corpo, da saúde e da vida do paciente”<sup>3</sup>. Um longo caminho foi percorrido, no curso da história da humanidade, até o atual entendimento sobre a necessidade de autorização prévia do paciente, a qualquer intervenção médica (diagnóstico, prognóstico ou terapia), bem como da própria compreensão dos requisitos necessários para configuração do consentimento livre, esclarecido e completo do paciente.

A doutrina do consentimento informado recebeu forte influência norte-americana, onde a expressão *informed consent* foi incorporada, pela primeira vez, no *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustee*, julgado pelo tribunal da Califórnia, no ano de 1957. Em que pese a existência, já no séc. XIX, de alguns casos que discutiram a doutrina, apenas no séc. XX, entre os anos de 1905 e 1914, ocorreu a consagração das suas características básicas, especificamente na área da responsabilidade médica, com os seguintes casos: *Mohr v. Williams*, *Pratt v. Davis*, *Rolater v. Strain* e *Schloendor v. Society of New York Hospitals*.

Os julgamentos em *Mohr v. Williams* e *Pratt v. Davis*, conforme explica a professora da Harvard University, Michelle R. Wandler “podem ser vistos como o marco que introduziu nos tribunais norte-americanos o reconhecimento de que o paciente tem direito de decidir sobre

<sup>2</sup> VAZ RODRIGUES, João. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português* (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 25.

<sup>3</sup> BERGSTEIN, Gilberto. *A informação na relação médico-paciente*. São Paulo: Saraiva, 2013. Versão eletrônica.

tratamentos médicos e procedimentos a serem realizados no seu próprio corpo”<sup>4</sup>. Portanto, nessas decisões está o embrião da doutrina do consentimento informado, que assinala o paciente como indivíduo livre e autônomo para tomar suas próprias decisões.

Em *Mohr v. Williams* (1905), decidiu-se caso em que o paciente sentiu problemas de audição no ouvido direito, foi até o médico e, após diagnóstico, consentiu na realização da cirurgia nesse ouvido. Enquanto o paciente estava sob anestesia, antes de iniciar a operação, o profissional realizou novo exame e diagnóstico, segundo o qual constatou que o ouvido direito não precisaria ser operado, mas entendeu pela necessidade de intervenção cirúrgica no ouvido esquerdo. Sem o consentimento do paciente para cirurgia no outro ouvido, o médico prosseguiu na cirurgia e ela obteve sucesso. Diante desses fatos, a Suprema Corte de Minnesota afirmou que “sob um governo livre, pelo menos, o primeiro e o maior direito do cidadão livre, subjacente a todos os outros, é o direito à inviolabilidade da sua pessoa; em outras palavras, o direito a si mesmo; é assunto de aquiescência universal, e este direito, necessariamente proíbe médico ou cirurgião, por mais habilidoso ou eminente que tenha sido (solicitando exames, diagnosticando, aconselhando e prescrevendo – que são os primeiros passos no tratamento e cuidado médicos), violar a integridade corporal de seu paciente, intervindo no seu corpo sem permissão, colocando-o sob anestesia e realizando cirurgia sem o seu consentimento ou conhecimento.”

Esse caso tem sido amplamente utilizado, há quase um século, por professores norte-americanos, nas suas primeiras aulas sobre responsabilidade civil e consentimento informado<sup>5</sup>. Michelle Wandler explica que, nesse julgamento, o tribunal definiu claramente a suma importância no direito do paciente em decidir sobre o curso do tratamento médico<sup>6</sup>.

Em 1914, no caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, afirmou o notável Juiz Benjamin Nathan Cardozo: “todo ser humano maior de idade e capaz tem o direito de determinar o que deve ser feito com o seu próprio corpo; e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento do paciente comete uma ofensa pela qual será responsabilizado”. A autora da demanda indenizatória, Mary Schloendorff, em janeiro de 1908, deu entrada no hospital, com queixas de dores e desarranjo estomacal. Após algumas semanas de tratamento, o médico descobriu um tumor, que logo se comprovaria corresponder a um fibroma. Naquela oportunidade, os médicos informaram que somente poderiam determinar a natureza do tumor por meio de um exame invasivo. Schloendorff consentiu nesse

---

<sup>4</sup> WANDLER, Michelle R. *The History of the Informed Consent Requirement in United States Federal Policy*. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:8852197>. Acesso em: 06.12.2018.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

procedimento, para possibilitar o diagnóstico, mas advertiu ao médico que se opunha a uma intervenção cirúrgica – oposição que exteriorizou, também, à enfermeira. Ela foi levada ao setor de cirurgia durante a noite. No dia seguinte, previsto para tal exame, foi operada diretamente, extraíndo-se o tumor. Posteriormente, desenvolveu-se gangrena no braço esquerdo da paciente, sendo necessário amputar alguns dedos e tendo que suportar fortes dores e sofrimentos.

A Corte de Apelação de Nova Iorque, ao analisar o caso, ponderou que não se discutia responsabilidade por mera negligência, mas sim que a situação dizia respeito à existência de uma intervenção forte e violenta dos médicos sobre a paciente. Nessas situações, deve-se verificar o nexos causal entre a omissão de informação e o dano, a fim de se estabelecer o dever de indenizar. Valeu-se o Juiz Cardozo de argumentos originais, que constituem verdadeiros antecedentes de toda a doutrina do consentimento informado, a saber:

a) que o dano em questão não advinha unicamente da negligência, mas sim da violência ou força na invasão do corpo da paciente; b) que todo ser humano adulto e mentalmente são tem direito a determinar o que se fará com seu próprio corpo; c) que o cirurgião que pratica uma operação sem o consentimento de seu paciente comete uma agressão, um atentado violento, contrário à lei, pelo que se torna responsável, devendo arcar com a reparação dos prejuízos; d) que tal é a regra, salvo em casos de urgência, nos quais o paciente se encontre inconsciente e seja necessário operar, antes de obter-se o consentimento; e) que o caso em tela se embasa em força direta ou violenta, não em negligência, traço que o distingue da maioria dos precedentes.<sup>7</sup>

Em que pese ter ocorrido, nos anos subsequentes aos casos acima expostos, ampla discussão (e reconhecimento da necessidade) do *informed consent* nos tribunais norte-americanos, até metade do séc. XX, ainda não estava consolidada a doutrina no que diz respeito aos experimentos médicos em humanos. Muitos países, ao redor do mundo, adotavam essa prática, até o início da 2ª Guerra Mundial. Cruéis experimentos eram realizados pelos alemães em algumas pessoas (judeus, ciganos, poloneses e russos), fazendo com que essas condutas profissionais, desvinculadas do consentimento informado do paciente, passassem a ser questionadas.

Conforme explica Ruth Faden,

a importância do consentimento nas intervenções médicas experimentais cresceu gradualmente depois deste fato, que se tornou o mais importante evento 'divisor de águas' (*watershed event*): as crueldades sem precedentes,

<sup>7</sup> HIGHTON, Elena I.; WIERZBA, Sandra M. *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1991, p. 24.

e geralmente originárias de pouca cientificidade, praticadas por médicos na Alemanha Nazista<sup>8</sup>.

Vinte e três (23) médicos nazistas foram julgados, em 1946, no caso *United States v. Karl Brandt*, por crimes contra a humanidade, genocídio e experimentos biomédicos realizados durante a 2ª Guerra Mundial. Dentre as acusações, pode ser citada a realização de experimentos médicos em prisioneiros, nos campos de concentração, sem consentimento, por meio da aplicação de doenças infecciosas, mutilação de ossos e músculos, ingestão forçada de venenos etc. Práticas como eutanásia e esterilização também complementaram o depoimento das vítimas durante o processo. Os juízes do Tribunal Militar de Nuremberg condenaram os médicos e, ainda, estabeleceram dez (10) princípios a serem observados nas experiências em seres humanos, os quais se tornaram, em 1948, parte do Código de Nuremberg (*Der Nürnberger Kodex*).

Essa codificação foi promulgada com objetivo de proteger os direitos da pessoa “objeto” de experimentos científicos, requisitando o seu consentimento e, ainda, determinando certas condutas médicas a serem adotadas na condução dessas experiências. Paul Julian Weindling<sup>9</sup> conta que essa codificação foi também resultado da preocupação de duas entidades, The American Medical Association (AMA) e British Medical Association (BMA), de que a divulgação mundial dessas atrocidades pudesse minar a confiança pública mundial em pesquisas na área médica.

Desde então, “o consentimento do sujeito objeto da pesquisa e o direito de conhecer e participar voluntariamente da pesquisa médica continuaram sendo questões centrais na pesquisa clínica”<sup>10</sup>. O primeiro princípio do *Código de Nuremberg* dispõe que “o consentimento voluntário do sujeito humano [objeto da pesquisa] é absolutamente essencial”<sup>11</sup>. Mencionam-se, desde então, quatro requisitos principais para o consentimento: 1) ser voluntário; 2) dado por quem seja capaz; 3) após ter sido informado; e 4) encontrando-se esclarecido.

A doutrina do *informed consent*, conforme explana Dennis Mazur<sup>12</sup>, teve outro grande

---

<sup>8</sup> FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A History and Theory of Informed Consent*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986, p. 153.

<sup>9</sup> WEINDLING, Paul Julian. *Nazi Medicine and the Nuremberg Trials*. From Medical War Crimes to Informed Consent. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2004, p. 3.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> No original: “Die freiwillige Zustimmung der Versuchsperson ist unbedingt erforderlich”. Cf. íntegra do Código de Nuremberg: <https://dg-pflegewissenschaft.de/wp-content/uploads/2017/05/NuernbergKodex.pdf>. Acesso em 13.12.2018.

<sup>12</sup> MAZUR, Dennis. *Consent and Informed Consent in Medical Care 2016: Judge-Made Law and the Legacy of Judge Robinson in the Twenty-First Century*. Disponível em: <https://pillarr.com/download.php?q=consent-and-informed-consent-in-medical-care-2016-judge-made-law-and-the-legacy-of-judge-robinson-in-the-twenty-first-century>. Acesso em 12.12.2018.

divisor de águas, em 1972, no julgamento do *caso Canterbury v. Spence*. No início do século XX, a ideia de consentir significava “permissão dada pelo paciente ao médico para prosseguir com a intervenção recomendada”. Contudo, com esse *watershed case* da década de 1970, passou-se a definir que o médico “deve alertar o paciente sobre quaisquer riscos para que o paciente possa tomar uma decisão inteligente sobre o tratamento”<sup>13</sup>. Portanto, o consentimento do paciente foi elevado ao patamar de não apenas autorizar a intervenção médica, como também receber informações claras sobre os riscos do procedimento.

Em *Canterbury v. Spence* (1972), a Corte de Apelação do Distrito de Colúmbia julgou caso de um jovem de 19 anos, que foi submetido a Laminectomia lombar (hérnia de disco), no Washington Hospital Center. Um dia após a operação, o paciente caiu de sua cama no hospital e, horas depois, metade do seu corpo ficou paralisada. Alegou-se negligência do médico na realização da cirurgia e na ausência de informação quanto aos riscos envolvidos.

O Tribunal entendeu pela não existência de erro médico durante a cirurgia, mas determinou a culpa do profissional pela ausência de consentimento livre e esclarecido, definindo a importância da autodeterminação do paciente, conforme observa-se no seguinte trecho da decisão:

[...] a existência de verdadeiro consentimento do paciente, para o que acontece a si mesmo, ocorre com o exercício informado de uma escolha, e isso implica em uma oportunidade de avaliar, de modo inteligível, as opções disponíveis e riscos envolvidos em cada uma delas. O ‘paciente médio’ tem pouca ou nenhuma compreensão das artes médicas e, normalmente, tem apenas o seu médico a quem ele confia e pode procurar esclarecimentos, a fim de que possa chegar a uma decisão inteligente. Destas quase inquestionáveis considerações suscita a necessidade e, por sua vez, a exigência de do médico informar adequadamente o paciente para que ele possa tomar tal decisão.

Discutiu-se o dever do médico em informar os riscos do tratamento ao paciente também no caso *Sidaway v. Governors of Bethlem Royal Hospital* (1985), julgado pela Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales. Esse julgamento foi considerado de extrema importância para a doutrina do *informed consent*, pois, trouxe à tona, pela primeira vez, a necessidade de o tribunal responder às seguintes questões:

1) O paciente tem o direito legal de ser informado, e o médico tem o dever legal de informá-lo, quanto aos riscos inerentes ao tratamento recomendado pelo médico? 2) Se a lei reconhece esse direito [do paciente ser informado] e dever [do médico informar], devem ser repassadas todas as informações correlatas (*full disclosure*) ao tratamento ou o médico tem o poder

---

<sup>13</sup> WANDLER, Michelle R. Op. Cit. *Passim*.

discricionário para avaliar a natureza e extensão das informações a serem repassadas ao paciente? 3) Se esse direito pode ser 'qualificado' [informações repassadas pelo médico ao paciente podem ser selecionadas], qual critério o magistrado utilizará para verificar que a extensão e a qualidade das informações são suficientes para satisfazer o direito à informação do paciente?

Sidaway, autora da ação, era uma senhora de 71 anos, que sofria de constantes dores no ombro e no pescoço, foi aconselhada pelo seu médico neurocirurgião, sr. Falconer, para realizar cirurgia de hérnia de disco para aliviar a pressão no nervo que causava a sua dor. O profissional repassou algumas informações gerais sobre os riscos inerentes ao procedimento cirúrgico, mas não informou quanto ao risco específico de paralisia parcial, estimado em um (1) a dois (2) por cento. Apesar da conduta adequada e diligente do médico durante a operação, o risco se concretizou e a paciente sofreu paralisia.

Ao julgar o caso, a Corte de Apelação aplicou o chamado "*Bolam principle*" (princípio da beneficência), o qual determina que o dever de o médico informar seu paciente sobre os riscos inerentes ao procedimento é condicionado à obrigação primordial do médico de levar em consideração os melhores interesses do paciente. Segundo esse princípio, o médico não é responsabilizado "se ele age de acordo com a prática aceita como apropriada por um responsável corpo de médicos especializados na arte [médica] em particular". O tribunal entendeu que a não revelação, pelo neurocirurgião, do risco de danos à medula espinhal da Sra. Sidaway era concebida como uma prática razoável e aceita por neurocirurgiões. Valeu-se Lord Templeman dos seguintes argumentos:

Tendo em conta que o Sr. Falconer (médico) recomendou a operação, a Sra. Sidaway poderia ter assumido que o Sr. Falconer considerava que as possibilidades de danos eram suficientemente remotas para serem ignoradas. A Sra. Sidaway poderia ter feito perguntas. Se tivesse feito isso, ela poderia e deveria ter sido informada de que havia um risco agregado de entre um e dois por cento de algum dano à medula espinhal resultar em ferimentos, que poderiam variar de irritação até paralisia. Mas, a meu ver, essa informação adicional só teria reforçado o óbvio, com a garantia de que o risco máximo de dano, leve ou grave, não excedia dois por cento. O Sr. Falconer (médico) pode ter razoavelmente considerado que a Sra. Sidaway ficaria confusa e assustada caso recebesse muitas informações, informações mais detalhadas, pois ela não conseguiria avaliá-las naquele momento em que estava sofrendo de estresse, dor e ansiedade. Um paciente pode preferir que o médico não dê demasiados detalhes ao paciente. (...) o Sr. Falconer explicou que era necessário remover o osso e liberar uma raiz nervosa da pressão perto da medula espinhal, parece-me que a possibilidade de dano a uma raiz nervosa ou à medula espinhal era óbvia. (...) Na minha opinião, se um paciente sabe que uma operação importante pode acarretar sérias consequências, o paciente não pode reclamar de falta de informação, a menos que o paciente peça mais informações ou que haja algum perigo que, por sua natureza ou magnitude, alguma outra razão requer ser levada em conta separadamente pelo paciente, a fim de chegar a um julgamento

equilibrado na decisão de se submeter ou não à operação (...) Eu não subscrevo a teoria de que o paciente tem o direito de saber tudo ou a teoria de que o médico tem o direito de decidir tudo. *A relação entre médico e paciente é contratual. O médico, obediente aos altos padrões estabelecidos pela classe médica, compromete-se a agir sempre no melhor interesse do paciente.* (...) A obrigação de fornecer ao paciente todas as informações disponíveis para o médico muitas vezes seria inconsistente com a obrigação contratual do médico de ter em consideração os melhores interesses do paciente. Algumas informações podem confundir, outras informações podem alarmar um paciente em particular. Sempre que surgir a ocasião para o médico informar o doente dos resultados do diagnóstico do médico, dos possíveis métodos de tratamento e das vantagens e desvantagens do tratamento recomendado, o médico deve decidir à luz da sua formação e experiência e à luz do seu conhecimento do paciente o que deve ser dito e como deve ser dito. (...) Quando o próprio médico está considerando a possibilidade de uma operação maior, o médico é capaz, com seu treinamento médico, de ter conhecimento da história médica do paciente e de sua posição objetiva para fazer um julgamento equilibrado sobre se a operação deve ser realizada ou não. Se o médico fazendo um julgamento equilibrado aconselha o paciente a se submeter à operação, o paciente tem o direito de rejeitar esse conselho por razões que sejam racionais, irracionais ou sem razão. O dever do médico nessas circunstâncias, sujeito a seu dever primordial de levar em consideração os melhores interesses do paciente, é fornecer ao paciente informações que permitam ao paciente fazer um julgamento equilibrado se o paciente decidir fazer uma avaliação equilibrada. (...) Um paciente pode fazer um julgamento desequilibrado porque ele é privado de informação adequada. Um paciente também pode fazer um julgamento desequilibrado se receber muita informação e for informado de possibilidades que ele não é capaz de avaliar por causa de sua falta de treinamento médico, seus preconceitos ou sua personalidade. Assim, o fornecimento de muitas informações pode prejudicar a consecução do objetivo de restaurar a saúde do paciente. A obrigação do médico é levar em conta os melhores interesses do paciente, mas, ao mesmo tempo, disponibilizar ao paciente informações suficientes para permitir que ele alcance um julgamento equilibrado (...). A fim de fazer um julgamento equilibrado, se ele optar por fazê-lo, o paciente precisa estar ciente dos perigos gerais e de quaisquer perigos especiais em cada caso, sem exagero ou ocultação.

Interessante observar, pela leitura da decisão acima, a antiga visão acentuadamente paternalista da relação médico-paciente, na qual o enfermo é verdadeiramente tutelado pelo profissional e ocupa, então, posição de mero objeto da atuação médica. Esse modelo, de acordo com o doutrinador espanhol Galán Cortés,

[...] consiste en la limitación de la voluntad o autonomía del paciente en su próprio beneficio, cuando posee capacidad de juicio suficiente, en tal forma que lo que em puridad acaece es la sustitución del criterio del paciente por el del médico ( ...) este modelo también actúa buscando los mejores intereses del paciente (...) define al paternalismo como la limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra, cuando la persona que limita la autonomía apela exclusivamente a motivos de beneficencia hacia la persona

cuja autonomía está limitada<sup>14</sup>.

A evolução da doutrina do consentimento informado no mundo, conforme observamos de todos os julgamentos aqui expostos, perpassa por três grandes fases. A primeira fase situa-se no pós-Segunda Guerra, quando se firmou a indispensabilidade do consentimento voluntário dos indivíduos em experimentos médicos. Em seguida, há a fase do consentimento marcada pelo dever de esclarecimento informacional, ou seja, não basta a informação, ela precisa ser completa, clara e precisa, mas se entendendo pela aplicação, em algumas situações, do princípio da beneficência. Por fim, destacamos a terceira (atual) fase, em que há o consentimento livre e esclarecido do paciente, abandonando-se a visão paternalista da relação médico-paciente, conforme julgado a seguir exposto.

No Reino Unido, há o paradigmático caso escocês *Montgomery v Lanarkshire Health Board*, julgado em 2015, que representa claramente essa terceira fase da doutrina, que abandonou a antiga visão paternalista, delineando regras sobre o dever de informação quanto aos riscos do tratamento, a fim de satisfazer os critérios do *informed consent*. Nadine Montgomery, uma mulher de baixa estatura e diabética, deu à luz um menino no Bellshill Maternity Hospital. O bebê sofreu paralisia cerebral após o nascimento, devido à distocia do ombro (caso específico de distocia durante o nascimento, em que há dificuldade da passagem do ombro da criança após a passagem de sua cabeça pela sínfise púbica). O médico obstetra, Dr. McLellan, não informou à paciente dos riscos de tal complicação para o seu quadro clínico.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte verificou que o risco de distocia do ombro do bebê de pacientes diabéticas é em torno de nove (9) a dez (10) por cento. O obstetra alegou que na sua prática médica não tinha o costume de discutir, com as suas pacientes, sobre os riscos potenciais da distocia do ombro, pois, do contrário, a maioria das mulheres optariam por cesariana: “se eu mencionasse o risco de distocia de ombro a toda paciente [diabética], se eu mencionasse a qualquer paciente que há um risco muito pequeno de o bebê morrer durante trabalho de parto, todas pediriam por fazer cesariana, e isso (fazer cesariana) não está no melhor interesse materno para as mulheres”. Em que pese essas alegações, o tribunal entendeu que o médico violou o seu dever de informar a paciente, tecendo importantes considerações sobre a mudança do paradigma paternalista da relação médico-paciente:

Os desenvolvimentos sociais e jurídicos apontam para necessidade de alteração de um modelo da relação entre o médico e o paciente, baseado no paternalismo médico. (...) nesse novo modelo, os pacientes são tratados

---

<sup>14</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001, p. 47.

como adultos que são capazes de compreender que o tratamento médico pode envolver certos riscos, aceitar a responsabilidade pela tomada de riscos, que afetam suas próprias vidas e viver com as consequências de suas escolhas. (...) Essa abordagem implica um dever por parte dos médicos de tomar cuidado razoável para assegurar que o paciente esteja ciente de todos os riscos materiais de lesões inerentes ao tratamento. Isto pode ser entendido, dentro do quadro tradicional de negligência, como um dever de cuidado para evitar expor uma pessoa a um risco de lesão que ela teria evitado, mas é também a contrapartida do direito do paciente de decidir se quer ou não incorrer nesse risco. A existência desse direito e o fato de que seu exercício não depende exclusivamente de considerações médicas são importantes. Eles apontam para uma distinção fundamental entre, por um lado, o papel do médico ao considerar possíveis opções de investigação ou tratamento e, por outro, seu papel em discutir com o paciente qualquer tratamento recomendado e possíveis alternativas, e os riscos de lesão que podem estar envolvidos. (...) Mas é um *non sequitur* (uma falácia) concluir que é também uma questão de julgamento puramente profissional a decisão de se devem ser discutidos com o paciente alguns riscos e alternativas de tratamentos. A função 'consultiva' do médico não pode ser considerada apenas como um exercício de habilidade médica, sem levar em consideração o direito do paciente de decidir sobre quais riscos à sua saúde está disposto a administrar (uma decisão que pode ser influenciada por considerações não médicas). (...) Portanto, o médico tem o dever de tomar os devidos cuidados para garantir que o paciente esteja ciente de quaisquer riscos materiais envolvidos em qualquer tratamento recomendado e de qualquer alternativa razoável ou tratamentos variantes. O teste de materialidade é se, nas circunstâncias do caso particular, uma pessoa razoável na posição do paciente provavelmente atribuiria significância ao risco, ou o médico está ou deveria razoavelmente estar ciente de que o paciente em particular estaria propenso a modificar sua decisão, sobre seu próprio corpo, caso soubesse do risco.

Por fim, o tribunal delineou dois pontos fundamentais a serem sempre ponderados quando da análise dessas demandas que discutem ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente.

Em primeiro lugar, a avaliação do risco material envolvido no procedimento médico não pode ser reduzida a percentagens. O significado de um determinado risco reflete numa variedade de fatores, para além de sua magnitude em termos percentuais: a natureza do risco, o efeito que sua ocorrência teria na vida do paciente, a importância para o paciente dos benefícios buscados serem alcançados pelo tratamento, as alternativas de tratamento disponíveis e os riscos envolvidos nessas alternativas. A avaliação é, portanto, sensível a fatos e sensível também às características do paciente.

Em segundo lugar, o papel consultivo do médico envolve o diálogo, cujo objetivo é assegurar que o paciente compreenda a gravidade de sua condição clínica, os benefícios e quaisquer riscos previstos do tratamento proposto, bem como razoáveis alternativas de tratamento, de modo que o paciente esteja em posição de tomar uma decisão bem informada. O dever de informação assumido pelo médico só restará cumprido de forma eficaz caso todas

essas informações fornecidas forem compreensíveis. Desse modo, o dever do médico não é preenchido bombardeando-se o paciente com informações técnicas que ele não pode razoavelmente esperar, menos ainda exigindo sua assinatura em um termo padronizado e genérico de consentimento.

Constata-se o resultado de um significativo processo de evolução na doutrina do consentimento informado e, inclusive, grandes reflexos dos posicionamentos tomados num intervalo de trinta (30) anos, do *Bolam principle* (1985) até o *Montgomery case* (2015)<sup>15</sup>. Os contornos inéditos da relação médico-paciente repercutem sensivelmente na esfera de direitos subjetivos dos sujeitos envolvidos, que analisaremos a seguir.

## 2. ATUAL ESTÁGIO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E DO DEVER DE INFORMAÇÃO

Atualmente, entende-se que, na relação médico-paciente, a decisão médica deve ser democrática e a boa-fé deve presidir a conduta do profissional. Por isso, fala-se de um *modelo interativo*, em que se busca adequado intercâmbio: o médico conhece a enfermidade; o paciente, suas necessidades. O consentimento livre e esclarecido do paciente deverá ser documentado e registrado, sob pena de o profissional ver-se impossibilitado de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo – fato que também poderá redundar em consequências gravosas, no âmbito da responsabilidade civil. O consentimento é um processo de comunicação (informações sobre diagnóstico, prognóstico, alternativas de tratamento, bem como riscos e benefícios) entre o médico e o paciente, que resulta numa decisão inteligente do doente sobre a intervenção médica no seu próprio corpo.

O consentimento, ressaltamos novamente, não é uma forma, mas sim um processo de diálogo entre o doente e o médico, em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente, culminando na concordância (ou não) do doente à realização de certo tratamento ou da intervenção. Ademais, o médico deve informar ao doente em linguagem clara e adequada ao seu nível cultural, acerca da natureza da enfermidade e prognóstico esperado. Haverá casos excepcionais em que o profissional considere que a informação não é oportuna, psicologicamente, para a evolução da doença, dará isso a conhecer a um parente próximo do paciente, colocando-o a par da gravidade do estado do enfermo.<sup>16</sup> As informações são tanto mais necessárias quanto mais perigosa seja a intervenção médica.

<sup>15</sup> LEE, Albert. 'Bolam' to 'Montgomery' is result of evolutionary change of medical practice towards patient-centred care. *Postgraduate Medical Journal*, Reino Unido, 2017, n. 93, p. 46–50.

<sup>16</sup> PÉREZ DE LEAL, Rosana. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 70.

Sobre o dever de informação acerca dos riscos do tratamento ou do ato cirúrgico, comenta Vera Maria Jacob de Fradera:

[...] este dever circunscreve-se à informação sobre os riscos mais comuns, os que muito raramente ocorrem dispensam enumeração, a não ser em se tratando de cirurgia puramente estética ou do chamado 'risco residual', o qual pode ser evitado, quando o paciente houve sido alertado sobre a probabilidade de sua ocorrência.<sup>17</sup>

Deve haver correlação obrigatória entre informação e consentimento, a fim de que a autorização do paciente adquira validade. O médico jamais pode intervir sem o consentimento prévio, livre e esclarecido, do seu paciente. Quanto maior o risco do tratamento, mais rigoroso se torna esse dever de informação. Evidentemente, em qualquer tipo de tratamento ou cirurgia, seja qual for o risco, pequeno ou grande, o médico só poderá agir após obter o consentimento do paciente. Caso este não se encontre em condições de manifestar sua vontade (inconsciente, por exemplo), ou não haja nenhuma outra pessoa (cônjuge ou parente próximo) que possa decidir, após receber as informações do médico – ou, ainda, quando a necessidade de intervenção for de tal forma urgente, estando o paciente desacordado, que o médico não possa esperar, sob pena de colocar em risco a sobrevivência do paciente – aí, sim, poderá ser dispensado, naquele mesmo momento, o consentimento.

Não há dúvida, pois, que o médico não pode efetuar nenhum tipo de tratamento sem receber o consentimento do paciente. A urgência pode, entretanto, afastar o princípio. Por vezes, o médico se encontra diante de um enfermo inconsciente, a necessitar de cuidados emergenciais. O médico deve adotar as providências que a situação exige e, depois, na medida do possível, obter o consentimento da família.

A moderna dogmática da responsabilidade médica vê no consentimento um instrumento que permite, para além dos interesses e objetivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito pela pessoa doente, na sua dimensão holística<sup>18</sup>. Ao paciente, em exercício do seu direito de liberdade, caberá determinar qual tratamento, dentre os que lhe forem apresentados, escolher, ou mesmo não optar por nenhum deles. A proteção dessa esfera físico-psíquica encontra-se sob a tutela do direito geral de personalidade, pois o consentimento informado implica “mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um

<sup>17</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Responsabilidade civil dos médicos*. Porto Alegre: Ajuris, 1998, p. 126.

<sup>18</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Civil Médica*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas. *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, dezembro de 2014, p. 354.

médico, ou de recusar (dissentir sobre) um tratamento médico indesejado (da manifestação da liberdade como proteção contra invasões na esfera de qualquer pessoa humana”<sup>19</sup>.

Esse processo dialógico e de recíprocas informações entre médico e paciente tem assumido enorme importância jurídica no Brasil – onde os médicos, paulatinamente, têm evoluído de uma posição lá do seu tanto cética, em relação ao dever de informar clara e minuciosamente aos doentes, sem exceção, para uma adesão irrestrita ao dever de obtenção do consentimento esclarecido de seu paciente.

O Código de Ética Médica brasileiro contém vários dispositivos acerca do consentimento informado. Dentre eles, no capítulo dos “Direitos Humanos”, o art. 46 veda ao médico efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida. Ao tratar das “Relações com Pacientes e Familiares”, no Capítulo V, o art. 46 afirma ser vedado ao médico desrespeitar o direito de o paciente decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas – exceto em caso de iminente risco de vida. A omissão de informação quanto ao diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento – a não ser que a comunicação possa causar dano ao enfermo, caso em que a informação deverá ser prestada ao representante legal – também é vedada (art. 59). Não poderá o médico opor-se à conferência médica (art. 64).

Há recente Recomendação do CFM n.º 1/2016, que dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica<sup>20</sup>:

a) O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. Portanto, não se enquadra na prática denominada medicina defensiva. b) A forma verbal é a normalmente utilizada para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, devendo o fato ser registrado em prontuário. Contudo, recomenda-se a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido). c) A redação do documento deve ser feita em linguagem clara, que permita ao paciente entender o procedimento e suas consequências, na medida de sua compreensão. Os termos científicos, quando necessários, precisam ser acompanhados de seu significado, em linguagem acessível. d) Em relação ao tamanho da letra, recomenda-se que seja pelo menos 12 e, com a finalidade de incentivar a leitura e a compreensão, que o termo seja escrito com espaços em branco ou alternativas para que o paciente possa, querendo, completá-los com perguntas a serem respondidas pelo médico assistente ou assinalar as alternativas que incentivem a compreensão do documento. Depois de assinado pelo paciente, tais espaços em branco e/ou

<sup>19</sup> VAZ RODRIGUES, João. *O consentimento informado...*, *passim*.

<sup>20</sup> Disponível em [https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1\\_2016.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf).

alternativas, quando não preenchidos, deverão ser invalidados. e) O paciente, ou seu representante legal, após esclarecido, assume a responsabilidade de cumprir fielmente todas as recomendações feitas pelo médico assistente.

A prática da cirurgia geral, bem como da cirurgia reconstrutiva ou reparadora, que atende a uma verdadeira necessidade médica, enquadra-se nesses deveres gerais referentes à obtenção do consentimento. Já na cirurgia estética – que atende sobretudo a critério de oportunidade, não de necessidade, deve-se observar rigorosa obrigação de prudência e de conselho. O caráter puramente estético do ato, associado a um prejulgamento sempre desfavorável às cirurgias meramente embelezadoras – muitas vezes tachadas de mercantilistas –, conduz ao exame severo da má indicação cirúrgica ou das complicações posteriores. O cirurgião deve esclarecer ao paciente que as consequências prejudiciais podem ser desproporcionais ao melhoramento estético buscado e, por isso, o médico tem obrigação de se recusar a intervir. Terá, contudo, o dever de explicar ao paciente as razões da recusa e aconselhar o interessado a desistir da intervenção.

As intervenções de cirurgia estética, assim como outras, particularmente arriscadas, exigem uma informação muito mais específica, com o fim de estimular adequada ponderação e comparação. Tal cirurgia deve ser precedida de uma avaliação dos riscos e das possíveis vantagens; a avaliação deve ser muito mais rigorosa quando se trata de intervir em organismo sadio – mesmo no contexto geral de um esperado benefício psíquico – que não poderá sobrepor-se aos riscos de uma intervenção absolutamente dispensável.<sup>21</sup>

O médico deve ao paciente uma informação leal, completa e acessível, tanto sobre o ato cirúrgico em si e cuidados pós-operatórios como também aos riscos inerentes à cirurgia e ao tratamento, aí incluídos os riscos que apresentem caráter excepcional.<sup>22</sup> As informações repassadas envolvem diagnóstico, prognóstico, bem como benefícios, riscos e alternativas de tratamento. Esse dever de informação é distinto do dever de conselho, que o médico, como senhor da ciência, deve prodigalizar ao seu cliente. Este, por definição, é leigo em medicina.

O consentimento deficientemente prestado – ou a falta de comprovação do assentimento – acarreta a presunção de que o ato médico se realizou sem a aquiescência do enfermo. Se daí advier dano, poderá responder civilmente o médico. O documento sempre terá importância no campo probatório. Evidentemente, se o mal causado não puder ser considerado iatrogênico – nem tampouco redundou em alguma forma de benefício maior à saúde do doente –, ou seja, se for indescartável a caracterização da culpa do profissional da medicina (imperícia, imprudência ou negligência), não será a existência de documento de consentimento

---

<sup>21</sup> BILANCETTI, Mauro. *La responsabilità penale e civile del medico*. 2. ed. Padova: Cedam, 1996, p.161.

<sup>22</sup> BANZET, Pierre; FABRE, Hélène. *Le Chirurgien plasticien face aux Juges*. Paris: Ellipses, 1996, p. 14.

informado que o isentará do dever de indenizar

Não se há de olvidar que o próprio documento do termo de consentimento poderá, ao contrário do que pretendia o médico ou hospital, fazer prova de erro na formulação do consentimento, que por sua vez culminou por prejudicar o paciente. É o caso de minutas pré-elaboradas, de redação deficiente, vagas e imprecisas, que permitam, por exemplo, uma intervenção cirúrgica a qualquer médico do serviço, não apenas àquele (ou àqueles) envolvido na obtenção do consentimento e na documentação do respectivo esclarecimento. Também se o documento for demasiadamente rígido, com permissões ou recusas em bloco, informações deficientes, unilaterais, por óbvio de nada (ou muito pouco) valerão.

Não se pode atingir o exagero narrado por Nancy Dubler, que presenciou

[...] um paciente com dezenove anos, portador de um tumor cerebral, a copiar, por imposição do neurocirurgião que o ia operar, um minucioso extracto de sete páginas retiradas de um livro de neurocirurgia, com a inerente linguagem esotérica, em que se descreviam os riscos e as sequelas possíveis da operação cirúrgica pretendida.<sup>23</sup>

Em verdade, como afirma Vaz Rodrigues, fora dos casos em que a lei exija a redução por escrito do consentimento, tais documentos não se destinam, em princípio, nem a isentar os médicos ou hospitais da responsabilidade, muito menos a permitir ao paciente aferir possível atuação culposa do médico. Valem, isto sim, para registrar a relação médico-enfermo, de onde se poderão extrair os direitos e deveres correspondentes.<sup>24</sup>

### **3. ETAPAS A SEREM OBSERVADAS NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO PELA AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DO PACIENTE**

É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica. A ausência do consentimento pode constituir lesão autônoma, por si só danosa e passível de indenização. Deve-se, para tanto, verificar o nexo causal entre a omissão de informação e o dano, a fim de se estabelecer o dever de indenizar. Imagine-se o caso de cirurgia de hérnia inguinal. Presente o risco de necrose do testículo, o cirurgião não informa o

<sup>23</sup> DUBLER, Nancy Neveloff e NIMMONS, David. *Ethics on call – A medical ethicist shows to take charge of life-and-death choices*. New York: Harmony Books, 1992, *apud* VAZ RODRIGUES. Op. cit., p. 447.

<sup>24</sup> VAZ RODRIGUES, João. *O consentimento informado...*, p. 452.

paciente. Ocorre a cirurgia, *sem* falha técnica – e a necrose se verifica. Será imputável ao médico o dano moral, por não ter advertido o paciente quanto àquele risco – que acabou por se concretizar –, a mutilação, como resultado da necrose.

Pode-se também pensar no caso de um médico, que não informa ao paciente o tempo necessário ao pós-operatório (convalescença). Houve demora superior à imaginada pelo doente – que sofreu prejuízos em sua profissão. Se o paciente tivesse sido devidamente informado, não se submeteria à cirurgia naquela ocasião, mas sim noutra data, devido a motivos profissionais. Deve-se estabelecer uma relação entre a falta de informações e o prejuízo final.

Na eventualidade de o dano ter sido causado por culpa do médico, normalmente torna-se irrelevante discutir a qualidade da informação – que é um dever secundário de conduta. Entretanto, quando a intervenção médica é correta – e não se informou adequadamente –, a questão se torna crucial. A culpa surge pela falta de informação – ou pela informação incorreta. Não é necessário negligência no tratamento. Quanto ao nexo causal, a vítima deve 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. Porém, caso o prejuízo que o paciente sofreria, recusando o tratamento, fosse maior que o dano decorrente da intervenção, a questão da falta de informação resulta sem importância.

Deve-se demonstrar que a pessoa comum teria recusado o tratamento, caso fosse convenientemente informada. Nega-se a indenização se, com as mesmas informações e nas mesmas circunstâncias, outra pessoa, razoavelmente, aceitasse submeter-se à terapia. O deficiente adimplemento da obrigação de se obter, junto ao paciente, o consentimento esclarecido, há que resultar satisfatoriamente provado.

A quantificação da indenização sempre suscita controvérsia, principalmente por inexistir balizamento legal – permanecendo a fixação do montante indenizatório ao alvedrio do órgão julgador, de quem se espera *prudente arbítrio*. Na valoração dos danos morais, é consabido, essa dificuldade se exacerba.

Imagine-se a seguinte situação: o paciente se submete a uma cirurgia sem que os possíveis riscos inerentes ao ato lhe fossem convenientemente esclarecidos. A intervenção se realiza sem falhas, mas o risco, embora pouco frequente, se concretiza. Noutras palavras, caso o doente, após informado, houvesse aquiescido, o dano seria inevitável – pois não decorreu de culpa médica, sim de causas absolutamente inevitáveis. Mas o enfermo não foi consultado, tampouco informado, e a lesão sobreveio.

Surge, então, a indagação: o profissional deve ser condenado ao ressarcimento integral, como se tivesse ocasionado diretamente os danos materiais e morais – ou a uma reparação parcial, relacionada não ao ato médico em si, mas à ausência do consentimento esclarecido? Defendemos solução assemelhada àquela adotada para a quantificação do dano pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência.<sup>25</sup>

A soma indenizatória não seria fixada pela totalidade do dano, isoladamente considerado, como no caso de a lesão ter sido provocada por falha técnica ou deficiente atuação médico-cirúrgica, mas sim diante da probabilidade de o paciente, caso tivesse sido convenientemente informado, não se submeter ao tratamento. O parâmetro seria, hipoteticamente, a decisão previsível e razoável de outro paciente, diante da mesma situação e bem informado. Considerar-se-á, ainda, se seria razoável que outro paciente, devidamente informado, optaria pela terapia realizada – ou, ao contrário, declinaria daquela intervenção – bem como se o prognóstico da patologia tratada agravar-se-ia, caso não realizado o ato médico, ou não.<sup>26</sup>

Na quantificação, alguns fatores devem ser ponderados, tais como: o estado de saúde do paciente, prognóstico e gravidade do processo patológico, as alternativas terapêuticas existentes, a necessidade da intervenção médica, a natureza do risco, se a cirurgia realizada era imprescindível ou eletiva, a existência de outras alternativas terapêuticas, que não a realizada, ou, ainda, com diversas opções, algumas menos arriscadas ou até isentas de risco.

De qualquer forma, como o dano não foi causado por má prática médica, apesar da ausência do consentimento informado, a indenização será menor que aquela estabelecida para a hipótese de dano diretamente ocasionado por imperícia, imprudência ou negligência do profissional. Indeniza-se o dano moral gerado por privar-se o paciente de sua capacidade de autodeterminação – e não pela lesão causada pela cirurgia – toda vez que a intervenção tiver sido correta e representado a única opção terapêutica existente; por isso mesmo, o consentimento, naquelas circunstâncias, teria sido concedido por qualquer outro paciente.

Constata-se, portanto, que a correlação entre a falta de consentimento e o dano, ao fito de se estabelecer o “*quantum*” indenizatório, não se faz de modo exatamente análogo à hipótese do prejuízo acarretado diretamente pelo agir culposo do médico. Fundamental é que o juiz avalie a distinção entre as duas hipóteses – falta de informação e nexó etiológico com o dano sofrido pelo paciente – a fim de que resulte bem definida, no julgado, a origem da reparação.

---

<sup>25</sup> Nesse sentido: GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica...*, p. 237.

<sup>26</sup> Idem, p. 238.

#### 4. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAR À LUZ JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Atualmente, reconhece-se amplamente, nos tribunais brasileiros, de que há efetivo cumprimento do dever de informação ao paciente quando o médico esclarece sobre “os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico”<sup>27</sup>. Isso revela o estágio atual de compreensão dos nossos tribunais, seguindo a tendência do direito comparado, de que o termo de consentimento assinado pelo paciente não pode ser genérico, devendo ser detalhado com todas as informações necessárias.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal examinou caso em que o paciente, após cirurgia oftalmológica, perdeu totalmente a visão. Não foram comunicados previamente ao paciente os riscos cirúrgicos, agravados por sua condição pessoal. Assinalou a relatora, Des. Carmelita Brasil: “Toda vez que houver risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em caso de urgência, não caracterizada nos autos”.<sup>28</sup>

Ponha-se em destaque, ainda uma vez: quanto mais grave o risco, mais agudo o dever de informar e obter o consentimento plenamente esclarecido do paciente. O Superior Tribunal de Justiça, em aresto relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em 2002, já bem evidencia tal dever:

Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o dever ético do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia, o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria difícil e demorado, nada esclarecendo sobre a conveniência da intervenção cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento do quadro. 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, ou diminui a possibilidade de êxito.<sup>29</sup>

No estudo inédito “Responsabilidade Civil na Área Médica e Odontológica: Uma Análise Estatística da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná”, foi elaborada pesquisa

<sup>27</sup> STF. 4ª. Turma. REsp 1540580/DF. Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região). Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão. j. 02/08/2018, DJe 04/09/2018. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

<sup>28</sup> TJDF. 3ª T. Civ. Ap.Civ. n. 4633997-DF. Ac. 103262. Rel. Des. Carmelita Brasil. DJDF 22.04.1998, p. 94. Disponível em: [www.tjdf.jus.br](http://www.tjdf.jus.br).

<sup>29</sup> STJ. 4ª. Turma. REsp n. 436827/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01.10.2002. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

estatística de 1.140 acórdãos sobre erro médico e odontológico. A discussão sobre o consentimento livre e esclarecido do paciente está presente em aproximadamente 10% dos processos<sup>30</sup>. O consentimento do paciente restou configurado como inexistente em 29,3 % (34 ações), inadequado/incompleto em 21,6% (25 ações) e suficiente em somente 49,1% (57 ações). Esses dados demonstram um recorte de uma realidade de inúmeras demandas, sobre responsabilidade civil pela ausência de consentimento informado do paciente, que tramitam nos tribunais brasileiros.

Observam-se, nos últimos anos, diversos julgados que discutem a inexistência ou incompletude do termo de consentimento na realização do procedimento estético da moda, denominado “Bioplastia”. É uma promessa sedutora para as mulheres que buscam pelo corpo perfeito, por ser uma “cirurgia sem cortes”, à base de injeções de PMMA (polimetilmetacrilato), um derivado do acrílico. Contudo, há expressivos riscos na utilização desse produto, que é derivado do acrílico, pois não existe tratamento para eventuais complicações, nem possibilidade de ser retirado o produto do organismo. Inclusive, o CFM emitiu parecer (CFM nº 5/13) sobre os riscos do produto e aconselhando cautela dos médicos na sua utilização:

O polimetilmetacrilato (PMMA) é um material de enchimento bifásico composto por microesferas suspensas em solução de colágeno bovino, carboximetilcelulose ou hidroxietilcelulose. O uso dessas substâncias pode causar edemas locais, processos inflamatórios, telangiectasias, cicatrizes hipertróficas, reações alérgicas e formação de granuloma. Estas reações podem ser imediatas, mediadas ou tardias. Estas reações podem ser imediatas, mediadas ou tardias. Foi autorizada a utilização em tratamento reparador da lipodistrofia para pacientes portadores de HIV/Aids e para usuários de antirretrovirais, segundo orientações da Anvisa e Ministério da Saúde. Na cirurgia plástica, especificamente, é utilizada como preenchimento em diversas áreas do corpo e é conhecida como bioplastia, sendo seu uso extremamente limitado e, quando em grandes quantidades, não seguro e de resultados imprevisíveis a longo prazo. Apesar de ser considerado um material não absorvível, estudo com retirada de tecidos submetidos previamente à injeção de PMMA constatou absorção pelo organismo e migração, o que o assemelha a injeção de silicone líquido. Tanto a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica quanto a Câmara Técnica de Cirurgia Plástica do CFM recomendam que a substância seja utilizada apenas por médicos, em pequenas doses e com restrições, pois em grandes volumes seu uso é inseguro e imprevisível, podendo causar reações incuráveis e definitivas<sup>31</sup>.

Interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu inexistir erro médico na prática de uma cirurgia de bioplastia, mas firmou a responsabilidade médica

---

<sup>30</sup> Vale ressaltar que, como esses dados são extraídos somente pela leitura do corpo dos acórdãos. Pode ser que tal porcentagem ainda seja expressivamente maior.

<sup>31</sup> Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2013/5\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2013/5_2013.pdf).

pela inexistência de consentimento livre e esclarecido do paciente. A situação fática da qual se originou o julgado permite ligeira resenha: paciente realiza procedimento estético com uso de polimetilmetacrilato na região dos glúteos. Após a operação, ocorre aumento da sensibilidade no local e ela sofre de dores ao ponto de lhe dificultar a realização das suas atividades cotidianas. Realiza-se ecografia da região glútea, onde resta evidenciada a presença de extravasamento do PMMA para região subcutânea, material que não pode ser posteriormente retirado do organismo de quem o utiliza e, diante desta situação, formaram-se nódulos espalhados pela região. A clínica e o médico são demandados e acostam fotos aos autos, demonstrando êxito no procedimento estético, através de fotografias que evidenciam o atingimento de maior simetria e beleza das formas<sup>32</sup>.

No caso em apreço, o Tribunal verificou que o serviço não foi mal prestado, ou seja, não existiam evidências de erro médico. Contudo, determinou a falha do médico em prestar informações sobre os prováveis efeitos colaterais (ou secundários) que a medicação aplicada poderia causar, notadamente quanto aos nódulos permanentes e possibilidade de dores incessantes. Manteve-se a condenação por danos morais, fixada em primeira instância, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Em que pese a existência do Termo de Consentimento assinado pelo paciente, o seu conteúdo era genérico, sem menção expressa aos riscos relacionados à utilização dos procedimentos de bioplastia corporal. Por isso, a condenação se deu num montante menor daquele que poderia ser arbitrado em outra hipótese, na qual ficasse estabelecido o dano diretamente ocasionado, seja por imperícia, imprudência ou negligência do médico.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

Não devemos ignorar que a saúde é realidade complexa. Nos últimos cinquenta anos, é a pessoa quem se encontra no centro da responsabilidade civil. Qualquer atentado à saúde do ser humano é digno de proteção. A partir da análise doutrinária e jurisprudencial, pode-se claramente compreender que a ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente constitui prejuízo específico e autônomo, mas não deve ser confundido com o prejuízo final.

---

<sup>32</sup> TJRS. Nona Câmara Cível. APC n. 70063369136 (Recurso Especial interposto n.º 70071858179). Relator Des. Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 10 ago. 2016. Recurso da parte autora parcialmente provido. Recurso adesivo desprovido. Disponível em: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em 25 mar. 2019.

Nunca poderá ser relegado a plano secundário o fato de que a reparação, nessas hipóteses, será sempre mitigada.

Em resumo, ao fixar a indenização pela ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente, cabe ao julgador examinar três fatores: (a) existência de outras terapias menos perigosas ou desprovidas de potencialidade lesiva; (c) se, à luz do que comumente ocorre, outro paciente, em idênticas condições, teria consentido, após inteirar-se dos perigos inerentes à intervenção; c) se tais riscos, não informados, eram comuns ou excepcionais. Após, incumbirá ao julgador mensurar as consequências concretas da falta de consentimento, arbitrando reparação consentânea.

## 6. REFERÊNCIAS

BANZET, Pierre ; FABRE, Hélène. *Le Chirurgien plasticien face aux Juges*. Paris: Ellipses, 1996.

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

BILANCETTI, Mauro. *La responsabilità penale e civile del medico*. 2. ed. Padova: Cedam, 1996.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A History and Theory of Informed Consent*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Responsabilidade civil dos médicos*. Porto Alegre: Ajuris, 1998.

GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001.

HIGHTON, Elena I.; WIERZBA, Sandra M. *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1991.

LEE, Albert. 'Bolam' to 'Montgomery' is result of evolutionary change of medical practice towards 'patient-centred care'. *Postgraduate Medical Journal*, Reino Unido, 2017, n. 93, p. 46–50.

MAZUR, Dennis. *Consent and Informed Consent in Medical Care 2016: Judge-Made Law and the Legacy of Judge Robinson in the Twenty-First Century*. Disponível em: <https://pilarr.com/download.php?q=consent-and-informed-consent-in-medical-care-2016-judge-made-law-and-the-legacy-of-judge-robinson-in-the-twenty-first-century>. Acesso em 12.12.2018.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Civil Médica*. Dissertação de Doutorado em Ciências Jurídico-Civilísticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dezembro de 2014.

PÉREZ DE LEAL, Rosana. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.

VAZ RODRIGUES, João. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português* (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

Wandler, Michelle R. *The History of the Informed Consent Requirement in United States Federal Policy*. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:8852197>. Acesso em: 06.12.2018.

WEINDLING, Paul Julian. *Nazi Medicine and the Nuremberg Trials*. From Medical War Crimes to Informed Consent. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2004.

**Recebido:** 16.01.2019

**Aprovado:** 10.02.2019

**Como citar:** KFOURI NETO, Miguel. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01–22, jan.-abr./2019.