

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Luana de Oliveira Carvalho

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA DO
PACIENTE**

Belo Horizonte

2020

Luana de Oliveira Carvalho

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA DO
PACIENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Área de concentração: Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no Contexto do Estado Democrático de Direito.

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C331r Carvalho, Luana de Oliveira
Responsabilidade civil do médico por violação da autonomia do paciente /
Luana de Oliveira Carvalho. Belo Horizonte, 2020.
124 f.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. [Constituição (1988)]. 2. Autonomia privada. 3. Liberdade - Aspectos jurídicos. 4. Dignidade (Direito). 5. Médico e paciente - Legislação - Brasil. 6. Responsabilidade civil. 7. Ética médica - Aspectos jurídicos. 8. Terapêutica - Ética - Brasil. I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.56:61

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Luana de Oliveira Carvalho

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA DO PACIENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Área de concentração: Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no Contexto do Estado Democrático de Direito

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá (Examinadora) - PUC Minas

Prof. Dra. Ana Carolina Brochado Teixeira (Examinadora) – UNA

Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves (Suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, 17 de março de 2020.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho só foi possível porque tive o apoio, incentivo e presença de pessoas especiais. A vocês, meus mais sinceros agradecimentos e carinho.

A minha mãe, por ser exemplo de mulher forte e independente. Obrigada pelo apoio incondicional, pelo amor e por acreditar nos meus sonhos.

Ao meu pai, por ter me mostrado, desde cedo, que a educação sempre foi o único caminho. Apesar de ausente fisicamente, você me acompanha em todos os momentos, em meu coração.

A Laís, minha irmã, pelo cuidado, carinho, incentivo e apoio. Você é uma inspiração para mim.

Ao meu orientador, Professor Adriano Stanley, por ter trilhado comigo o caminho para o desenvolvimento deste trabalho. Obrigada pelo incentivo, por acreditar no meu trabalho e pela disponibilidade de sempre.

A Hortênsia e Joyne, pela amizade sincera. A Mila, por estar sempre disponível e não medir esforços para me ajudar no que for preciso. O carinho e companheirismo de vocês fazem com que as dificuldades sejam mais leves e as conquistas mais alegres.

Ao Luca, por ser alegria em minha vida. Você me incentiva todos os dias a ser uma pessoa melhor.

A toda equipe do BCAP, por entender minhas ausências ao longo dessa jornada. Sem vocês, conciliar os estudos e a advocacia não teria sido possível.

À Professora Maria de Fátima, por ter despertado em mim o interesse pelo Biodireito.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas pelos ensinamentos transmitidos.

Por fim, aos funcionários da PUC Minas, minha eterna gratidão pela disponibilidade e dedicação.

RESUMO

A Constituição da República de 1988 reconheceu a liberdade como princípio constitucional e consagrou a dignidade humana e o pluralismo como fundamentos da República Federativa do Brasil. Sob este viés, o paciente capaz possui o direito à autodeterminação, ou seja, de escolher os tratamentos ou intervenções médicas que deseja ou não realizar de acordo com seus valores e projetos. A dignidade não pode ser vista como um limitador ao exercício da autonomia pelo paciente, já que cada indivíduo constrói seu próprio conceito de dignidade. Ao contrário, ela pressupõe a liberdade. O corpo, a saúde e a vida pertencem ao paciente e não podem estar condicionados ao cumprimento de uma função social, sob pena de instrumentalizar a pessoa. Assim, em se tratando de situações médicas autorreferentes, só são legítimas as decisões tomadas pelo paciente no exercício de sua autonomia. Daí decorre que, em vez de um dever de agir para salvar a vida do paciente, independentemente da vontade deste, o médico possui o dever de respeitar a autonomia do paciente, sempre que ela for manifestada de forma válida, e de prestar todas as informações necessárias para que o paciente possa exercer validamente sua autonomia. Este estudo buscará demonstrar que a violação deste dever de conduta, quando presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil, acarreta para o médico o dever de indenizar. Diante desse quadro, têm-se que, mesmo que não tenha ocorrido erro na execução do procedimento médico em si, poderá haver a responsabilização do médico em decorrência do descumprimento do seu dever de informar e da violação da autonomia do paciente. Defende-se que os danos advindos da violação da autonomia do paciente são autônomos, independentemente da existência concomitante de danos à integridade física.

Palavras-chave: Autonomia privada. Liberdade. Dignidade humana. Relação médico-paciente. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of 1988 recognized freedom as a constitutional principle and established human dignity and pluralism as foundations of the Federative Republic of Brazil. Under this view the capable patient has the right to self-determination, that is, to choose the treatments or medical interventions that he/she wishes or not to perform according to his/her values and projects. Dignity cannot be seen as a limiting to the exercise of autonomy by the patient since each individual builds his/her own concept of dignity. On the contrary, it presupposes freedom. The patient's body, health and life belong to him/her and cannot be conditioned to the fulfillment of a social function, which would instrumentalize the person. Thus, in the case of self-referring medical situations, only the decisions made by the patient in the exercise of his/her autonomy are legitimate. Hence, instead of having the duty to act to save the patient's life, the doctor has to respect the patient's autonomy whenever it is manifested validly and to provide the patient with all the information necessary for him/her to exercise his/her autonomy validly. This study will seek to demonstrate that the violation of this conduct duty, when other assumptions of civil liability are present, the duty to indemnify can be ascertained upon the physician. Even if there was no error in the execution of the medical procedure, the physician may be accountable due to his/her non-compliance with the duty to inform and his/her violation of the patient's autonomy. This paper advocates that the damages arising from the violation of the patient's autonomy are independent of concurrent damages to his/her physical integrity.

Keywords: Private autonomy. Freedom. Human dignity. Patient-physician relationship. Civil liability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CR	Constituição da República
DNR	Do Not Resuscitate
PSDA	The Patient Self-Determination Act
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCLE	Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	17
2 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA: UMA RELEITURA NECESSÁRIA PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AUTODETERMINAÇÃO	19
2.1 A autonomia no paradigma do Estado liberal	20
2.1.1 <i>Autonomia da vontade</i>	23
2.1.2 <i>Outros princípios atinentes às relações contratuais</i>.....	24
2.1.3 <i>A queda do modelo liberal</i>	26
2.2 O advento do Estado social	27
2.2.1 <i>A queda do dogma da vontade e o advento da autonomia privada</i>	28
2.2.2 <i>A queda do modelo social de Estado</i>	29
2.3 O Estado democrático de direito	30
2.4 A autonomia privada em face do Estado democrático de direito.....	33
2.5 Outros princípios norteadores das relações jurídico-privadas no Estado democrático de direito	34
2.5.1 <i>Boa-fé objetiva</i>	34
2.5.2 <i>Função social</i>.....	36
2.6 Manifestação da autonomia privada nas situações existenciais	37
3 O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS MÉDICAS....	45
3.1 Relação médico-paciente.....	45
3.2 Marcos importantes no reconhecimento da autonomia do paciente.....	48
3.3 Os Princípios Bioéticos da beneficência e da autonomia.....	51
3.4 O consentimento esclarecido como requisito essencial para atuação médica	52
3.5 Situações em que o dever do médico de informar pode ser afastado.....	55
3.6 O Exercício da autonomia por meio das diretivas antecipadas de vontade...57	57
3.7 A recusa de tratamento pelo paciente	60
3.8 Requisitos de validade para o exercício da autonomia pelo paciente	63
3.9 A vulnerabilidade e o exercício da autonomia pelo paciente	67
3.10 O posicionamento do Conselho Federal de Medicina acerca do dever do médico de respeitar o exercício da autonomia pelo paciente.....	68
4 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	73
4.1 Responsabilidade negocial e extranegocial.....	74
4.2 Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva	77
4.2.1 <i>Ato ilícito</i>.....	77
4.2.2 <i>Dano</i>.....	79
4.2.3. <i>Nexo Causal</i>	84
4.2.4. <i>Do Rompimento do nexo causal</i>	86
4.2.5 <i>Responsabilidade civil objetiva</i>.....	87
5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	91
5.1 Pressupostos da responsabilidade civil do médico.....	92
5.2 Responsabilidade civil negocial (contratual) X Responsabilidade civil extranegocial (extracontratual).....	93

5.3 Obrigação de meio X Obrigação de resultado	95
5.4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente	98
5.5 Responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance.....	99
5.6 Dos riscos inerentes aos procedimentos e expectativa do paciente.....	100
5.7 Responsabilidade civil do médico pela violação da autonomia do paciente	101
6 CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a responsabilidade civil do médico por violação da autonomia do paciente. Para tanto, propõe-se uma análise dos contornos e nuances da autonomia privada em face de cada paradigma de organização estatal – do Estado liberal ao Estado democrático de direito. Ela tem como propósito demonstrar as transformações sofridas por este princípio jurídico ao longo do tempo e a relevância que assumiu após a promulgação da Constituição da República de 1988, sobretudo no tocante às questões existenciais.

Para tanto, no primeiro capítulo serão abordadas as principais características do paradigma liberal e como a autonomia era entendida dentro do contexto em que a igualdade era reconhecida apenas do ponto de vista formal e a liberdade, apenas sob seu viés negativo, de forma que ser livre significava sofrer o mínimo de intervenção estatal para possibilitar a circulação e a acumulação de riquezas. Nesse período, aliás, falava-se em autonomia da vontade (e não em autonomia privada), princípio que possibilitava aos indivíduos atuar sem a intervenção estatal e conforme o qual a vontade legitimamente exteriorizada consistia, por si só, fonte geradora de efeitos jurídicos. À época, o patrimônio era o valor social mais relevante, de forma que o ordenamento jurídico voltava-se quase que exclusivamente à proteção de aspectos patrimoniais, olvidando-se da proteção da pessoa em seus aspectos existenciais.

Com o tempo, porém, houve a falência do Estado liberal e o advento de um novo paradigma de organização estatal, o Estado social, em que a autonomia da vontade passa a sofrer acentuadas limitações, visto que o Estado começa a intervir nas relações privadas, buscando assegurar a igualdade material e evitar abusos. O novo contexto propicia verdadeira releitura da autonomia da vontade, que passa a ser denominada “autonomia privada”. Ocorre que o modelo social também não se sustentou, sendo substituído pelo Estado democrático de direito, em que o pluralismo impõe o respeito e a proteção a diferentes projetos de vida e valores.

No Brasil, foi a Constituição de 1988 que inaugurou este novo paradigma e, ao mesmo tempo, desencadeou o movimento de personalização do ordenamento jurídico, de forma que a pessoa, e não mais o patrimônio, passou a ser seu centro. É

este o marco teórico que norteará o presente trabalho, que, tendo em vista a consagração da dignidade da pessoa humana e do pluralismo como fundamentos da República Federativa do Brasil, buscará analisar a autonomia privada no tocante a questões existenciais.

A partir de uma revisão bibliográfica, este estudo questionará a possibilidade de imposição de decisões heterônomas, seja por parte do legislador, do médico ou da família no tocante a questões existenciais autorreferentes, como em regra são as decisões sobre o próprio corpo e a saúde, e a possibilidade de responsabilização civil do médico por violação da autonomia do paciente.

Com este objetivo, será abordada, no segundo capítulo, a manifestação da autonomia nas situações existenciais médicas, sendo importante ressaltar que nas últimas décadas a relação médico-paciente passou por grandes transformações e a autonomia do paciente vem sendo cada vez mais reconhecida.

Por sua vez, no terceiro capítulo, serão abordados os aspectos gerais e os pressupostos da responsabilidade civil de forma a possibilitar a análise do objeto principal do presente trabalho – a responsabilidade civil do médico por violação da autonomia do paciente –, identificando suas características e aspectos gerais.

Por fim, no quarto e último capítulo, serão abordados os pressupostos e os aspectos específicos da responsabilidade civil médica. O objetivo é verificar a possibilidade de imputar ao médico responsabilidade pela violação da autonomia do paciente caso o procedimento médico não tenha sido precedido do necessário consentimento esclarecido do paciente ou tenha havido violação da expressa manifestação de vontade deste.

Não é demais frisar que comumente a responsabilidade civil do profissional decorre tão somente do chamado “erro médico”, ou seja, de um erro técnico na execução de algum procedimento – daí a relevância e pertinência do presente trabalho.

2 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA: UMA RELEITURA NECESSÁRIA PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AUTODETERMINAÇÃO

A autonomia privada é um dos pilares de sustentação do direito privado, seja no tocante às relações patrimoniais como também às existenciais, objeto principal do presente estudo. Isso porque, o Estado não é onipresente e muito menos onisciente. Assim, não consegue, por si só, criar todas as normas necessárias para a vida em sociedade. Por isso mesmo, ele atribui a todos nós o poder de regular nossos próprios interesses, estabelecendo normas dotadas de força jurídica, em consonância com os limites legais, obviamente. É exatamente esta esfera privada de atuação jurídica que chamamos autonomia privada.

No campo patrimonial, este princípio revela-se, por exemplo, na liberdade de constituir e fixar o conteúdo das relações obrigacionais, bem como na prerrogativa de o proprietário dispor livremente de seus bens. Por sua vez, no tocante ao campo existencial, revela-se na possibilidade de construir livremente sua personalidade e de construir seu projeto de vida, podendo, dentre outras situações, escolher os tratamentos aos quais deseja se submeter e tomar as decisões referentes a seu próprio corpo e sua saúde.

Isso significa que, embora seja corrente a associação da autonomia privada à formação dos contratos ou dos direitos patrimoniais como um todo, seu campo de atuação vai muito além, estendendo-se também ao âmbito das relações existenciais, como na situação acima citada.

É, aliás, o que bem ressaltam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Sim, a autonomia privada transcende o perímetro dos negócios jurídicos patrimoniais, pois, em uma ordem pós-positivista, afirma-se como exercício de liberdade e instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Quer dizer, a autonomia privada não se reduz ao espaço normativo em que o sujeito realiza atividade econômica (art. 170, CF), sendo também localizada sempre que o ser humano manifesta situações jurídicas de personalidade, concretizando os seus projetos espirituais (art. 1, III, CF). Aqui, afirma-se a "autonomia existencial (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 125).

Ocorre que, embora seja um princípio basilar do sistema jurídico, a autonomia privada sofreu diversas modificações ao longo do tempo. Daí, a necessidade de levar

em consideração o contexto histórico, sobretudo, o paradigma de organização estatal para melhor entendê-la. Mesmo porque, a ideia de autonomia privada, ora adotada, em muito se distancia daquela predominante no contexto do estado liberal, por exemplo. Tanto é verdade que, em vez de autonomia privada, falava-se em autonomia da vontade, o que se dava exatamente pela ênfase no elemento volitivo como fonte criadora de deveres jurídicos e que definitivamente não mais se sustenta.

Por isso mesmo, propõe-se a análise dos contornos deste importante instituto jurídico em face dos vários paradigmas de organização estatal (do Estado liberal ao Estado democrático de direito). Com isso, pretende-se não apenas demonstrar as transformações sofridas por este importante princípio jurídico ao longo do tempo como também pôr em evidência o papel assumido pelo Texto Constitucional de 1988, no sentido de personalizar as relações privadas, de modo que o poder de autodeterminação do indivíduo (autonomia privada), principalmente no tocante às questões mais íntimas de sua personalidade, passe a ser entendido como um direito fundamental, sendo o indivíduo livre para tomar as decisões acerca do seu próprio corpo e sua saúde, de acordo com seus valores e conceito pessoal de dignidade.

2.1 A autonomia no paradigma do Estado liberal

O século XVIII foi marcado pelas revoluções contra o chamado Antigo Regime, cujas características marcantes eram o absolutismo e a existência de uma organização social hierarquizada e desigual, com privilégios em favor de determinadas classes sociais e restrição da liberdade econômica dos burgueses. Conforme assevera Luís Edmundo Moraes, no Antigo Regime, a sociedade não era concebida como composta por indivíduos autônomos, mas por classes relativamente estáveis que, com exceção do clero, eram hereditárias (MORAES, 2017).

No período pré-Revolução Francesa, a sociedade francesa era dividida em três grandes Estados: o primeiro Estado, constituído pelo clero; o segundo Estado, constituído pela nobreza; e o terceiro Estado, constituído por todos aqueles que não eram nem nobres, nem pertencentes ao clero e, portanto, não gozavam dos privilégios concedidos a estes. Dentro desta estrutura social estratificada, os nobres e o clero, que eram a menor parcela da população francesa, eram titulares de inúmeros privilégios, entre eles a isenção de alguns impostos e taxas. Já o Terceiro Estado era

responsável pela produção da riqueza que deveria suprir as necessidades do rei e de sua corte (FEITOSA, 2016).

Além da estratificação social, dentro de um mesmo estado também havia grandes diferenças entre seus membros, o que acarretava disputas e interesses conflitantes. O clero, por exemplo, era composto pelo alto clero, originalmente ligado à aristocracia feudal, e pelo baixo clero, de origem burguesa ou camponesa, mais próximos do Terceiro Estado. No Terceiro Estado, por sua vez, estavam incluídos desde camponeses e proletários até a alta burguesia.

Nesse período, a monarquia absolutista impunha uma série de restrições à indústria e ao comércio. Ademais, o país atravessava uma profunda crise política e econômica, agravada pelos altos gastos com as guerras em que a França se viu envolvida e com a manutenção da corte.

Todos esses fatores culminaram na Revolução Francesa, que eclodiu em 1789 e que, fortemente influenciada pelos ideais liberais, teve como lema a tríade “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Esta revolução rompeu com o regime jurídico então dominante e foi um passo importante para a consolidação do paradigma liberal de Estado.

É o que assevera Fábio Konder Comparato:

Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, limitava-se praticamente à supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios.

Em pouco tempo, aliás, percebeu-se que o espírito da Revolução Francesa era, muito mais, a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais para todos [...]

No tocante à liberdade política, a Revolução Francesa entendeu-a antes como a libertação da “tirania monárquica” do que como a efetiva instauração de um regime plúrimo de liberdades individuais (COMPARATO, 2019, p. 145-146, grifo nosso).

Por seus ideais liberais, a Revolução Francesa é comumente associada ao início da predominância do paradigma liberal de Estado, conforme assevera Ricardo Quartim de Moraes:

Levando em consideração que a Revolução Francesa, passo mais importante para a consolidação desse modelo estatal, foi idealizada e realizada em prol da burguesia, parece seguro concluir que o Estado Liberal é um Estado Burguês. Temos, portanto, na feliz expressão de Carl Schmitt, um Estado Burguês de Direito cuja Constituição corresponde aos **ideais do**

individualismo da burguesia e contém em seu bojo uma escolha pela liberdade. Mas note-se: pela liberdade burguesa. Ou seja: pela liberdade contratual, pela liberdade de propriedade, de comércio e de indústria (MIRANDA, 1997, p.87; SCHMITT, 1934, p.145 *apud* MORAES, 2014, p. 273, grifo nosso).

Frisa-se que o modelo citado tem como características marcantes a busca: da garantia de um mercado econômico autorregulado, isento de interferências estatais; da proteção dos indivíduos contra os abusos de poder dos governantes, de forma que os indivíduos pudessem desenvolver seus interesses individuais sem restrições e a defesa da igualdade formal, ou seja, a igualdade de todos perante a lei.

Nesse sentido, tornou-se célebre a expressão francesa “*laissez-faire, laissez passer*”, ou seja, “deixa fazer, deixa passar”, que expressa muito bem o ideal segundo o qual quanto menor a intervenção estatal, melhor. Até porque, acreditava-se que o mercado deveria funcionar livremente, sem interferência, taxas ou subsídios, apenas com regulamentos suficientes para proteger os direitos de propriedade.

Como assevera José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, o paradigma liberal importa em que todos sejam proprietários, livres e formalmente iguais. E, para que isso se concretizasse, era necessário evitar o retorno ao absolutismo, o que se buscou por meio da conformação do Estado à lei. O direito, então, tinha como função estabelecer o mínimo de normas que definem os limites para atuação do Estado (BARACHO JÚNIOR, 2000).

Na nova ordem inaugurada, o Estado deveria interferir o mínimo possível na esfera individual, caracterizando-se o viés negativo da liberdade. Ou seja, ser autônomo significava “não sofrer interferências externas no autorregramento dos próprios comportamentos ou relações, de forma a poder concretizar seus interesses na maior medida possível.” (SILVA, 2006, p. 140).

Da mesma forma, a igualdade era vista sob a ótica formal, de modo que bastava que todos fossem iguais apenas perante a lei, não sendo papel do Estado garantir ou fazer interferências para que essa igualdade se concretizasse efetivamente.

Este novo modelo representa, inegavelmente, a maior conquista da nova classe social que ascendia ao poder: a burguesia, que pretendia se ver livre das amarras decorrentes do *ancien* regime e, ao mesmo tempo, cercar-se das garantias necessárias para que pudesse desenvolver suas atividades, como a segurança jurídica, por exemplo, tida como fundamental para o crescimento econômico, e que

seria decorrente da limitação do poder estatal, agora devidamente conformado pela nova ordem jurídica instaurada.

2.1.1 Autonomia da vontade

Neste contexto individualista e egoístico do Estado liberal, em vez de autonomia privada, falava-se na verdade em autonomia da vontade. Ela se afigurava como um princípio que possibilitava aos indivíduos atuar sem a intervenção estatal, sendo a fonte geradora dos efeitos jurídicos exatamente a vontade legitimamente exteriorizada.

Desse modo, se a vontade fosse legitimamente exteriorizada, isto é, sem qualquer vício do consentimento (como o erro, dolo e a coação) ou vício social (como a simulação ou fraude contra credores), ela, por si só, seria suficiente para a produção de efeitos no mundo jurídico – que emanavam do elemento volitivo.

A esse respeito, cumpre trazer a lume as lições de Maria de Fátima Freire de Sá e Maíla Mello Campolina Pontes: “vigia uma noção de autonomia ilimitada. O acordo de vontades, refletor da liberdade do querer humano, desprovido de condicionantes externas, era o signo para a produção dos efeitos jurídicos que aproovessem ao homem no período liberal” (SÁ; PONTES, 2009, p. 43-44).

À época, o maior valor social era o patrimônio e, então, a autonomia da vontade caracterizava-se pelo poder da vontade atribuído ao indivíduo para decidir sua própria vida no tocante à liberdade contratual, visando a circulação e acumulação de riquezas. Conforme atesta Ana Carolina Brochado Teixeira, o símbolo do Estado Liberal era o negócio jurídico,

de modo que o acordo de vontades consistia na única norma de fato obrigatória, pois ele garantia a circulação de bens, principal escopo do Estado. Tratava-se do poder de constituir, modificar e extinguir negócios jurídicos, dando concretude à lógica proprietária, pois contrato e propriedade eram as bases do direito civil liberal (TEIXEIRA, 2018).

Nesse contexto, percebe-se de forma evidente a completa dicotomia entre direito público e direito privado, e que os aspectos não patrimoniais do ser humano eram regulamentados quase que exclusivamente pelo primeiro, por meio dos direitos fundamentais, então entendidos como normas que impunham uma limitação à

atuação estatal (direitos fundamentais de primeira geração). É o que ressalta Daniel Sarmiento:

Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção ao indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade (SARMENTO, 2008, p.13).

Refletindo esta visão individualista e patrimonialista própria do modelo liberal, agravada pela influência do Código Civil francês de 1803, o Código Civil brasileiro de 1916 voltava-se quase que exclusivamente à proteção de aspectos patrimoniais, praticamente excluindo a proteção da pessoa em seus aspectos existenciais. Conforme afirma Ana Carolina Brochado, “apenas direitos patrimoniais eram considerados fatos jurídicos, ou seja, as situações existenciais eram desconhecidas como fenômeno jurídico. Logo, os particulares apenas regulavam situações atreladas à patrimonialidade” (TEIXEIRA, 2018).

2.1.2 Outros princípios atinentes às relações contratuais

Ao lado da autonomia da vontade, ganharam força também outros princípios norteadores das relações contratuais, sempre na perspectiva patrimonialista, porém. Muitos deles, aliás, intimamente relacionados ao dogma da vontade. É o caso, por exemplo, do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, que era visto de forma absoluta e segundo o qual os contratos somente poderiam surtir efeitos entre as partes contratantes, assim entendidas como aqueles que participaram diretamente do acordo de vontades que deu origem à relação obrigacional daí advinda. Isso significa que o contrato não poderia alcançar terceiros estranhos a essa relação. E a razão de ser era uma só: se a vontade é a fonte geradora desses efeitos, nada mais natural que aqueles que não participaram diretamente da celebração do contrato não possam ser por eles alcançados. Como diriam os romanos: “*res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*”, ou seja, os atos concluídos por uns não podem beneficiar ou prejudicar a outrem.

O art. 928 do Código Civil de 1916 expressava bem este princípio: “A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros.” Isso significa, portanto, que ela não pode alcançar terceiros, que dela não participam diretamente (BRASIL, 1916).

Ainda a este respeito, cumpre transcrever as observações de Carlos Roberto Gonçalves:

Funda-se tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio. Mostra-se ele coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil, não se poderia conceber que o ajuste estendesse os seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção (GONÇALVES, 2006, p. 26).

Ainda dentro do contexto liberal, outro princípio que merece menção é o da obrigatoriedade contratual (*pacta sunt servanda*), de acordo com o qual, uma vez celebrado o contrato, ele deveria ser observado, custasse o que custasse. Tal ideia decorria exatamente da postura estatal frente às relações econômicas. Até porque, o estado liberal adotava uma postura absenteísta frente às sobreditas relações. Como dito, acreditava-se que a economia possuía leis próprias, suficientes, portanto, para se autorregular. Por isso mesmo, quanto menor a intervenção estatal, melhor. Por outro lado, acreditava-se que as pessoas eram livres e iguais, ainda que essa liberdade fosse vista apenas do ponto de vista formal. Sendo assim, se quiseram contratar, se foram livres para estabelecer o conteúdo da relação contratual, nada mais razoável que cumprissem o que fora pactuado. Desse modo, não poderia o Estado intervir, nem para rever os termos da avença e muito menos para extinguir o contrato legitimamente celebrado.

Tal princípio atendia com perfeição os anseios da classe burguesa, pois visava proporcionar segurança às relações contratuais, tão importantes para o desenvolvimento das atividades econômicas. O problema, porém, era que estava fundado em uma ideia equivocada, qual seja, a de que as partes estavam em igualdade de condições. A igualdade existia apenas do ponto de vista formal (perante a lei): na prática era grande a desigualdade entre os contratantes, o que se tornou ainda mais evidente com a massificação das relações de consumo, características da sociedade moderna.

2.1.3 A queda do modelo liberal

O modelo liberal, contudo, não tardou a apresentar suas falhas, evidenciadas com as graves crises econômicas e sociais que marcaram a primeira metade do século XX, culminando em sua queda, que se apresentava como necessária até mesmo para a manutenção do próprio sistema capitalista.

A esse respeito, conforme assevera Paulo Bonavides,

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade de contrato, a desumana espolição do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar (BONAVIDES, 2011, p.59).

Assim, a postura abstencionista do Estado, que se preocupava tão somente com a igualdade formal, contribuiu para o surgimento de severas desigualdades sociais, que culminariam, juntamente com outros fatores, na ruína do modelo de Estado liberal. Conforme explica Cimon Hendrigo Burmann de Souza:

Essa situação surgiu em decorrência de uma série de fatores, tanto internos como externos. Dentre aqueles, podemos citar a forte pressão exercida pela classe operária, que não mais aceitava as péssimas condições e as elevadas jornadas de trabalho às quais era exposta. [...] Outro fator interno também decisivo para a queda do modelo liberal foi a grande depressão econômica vivida pelo capitalismo na década de 1930, sobretudo após a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, agravando-se em virtude das duas grandes guerras. No que tange aos fatores externos, não podemos nos esquecer da “ameaça socialista”, decorrente da Revolução Russa de 1917. Essa revolução exerceu grande fascínio sobre o mundo ocidental, prometendo a tomada de poder pela classe operária e difundindo a ideia da concretização de um sonho antigo: a conquista da igualdade real entre os indivíduos, superando, portanto, a igualdade meramente formal, como era reconhecida nos textos legislativos até então. **Tudo isso fez com que o Estado adotasse uma nova postura, outrora severamente combatida, passando a intervir nas relações econômicas e, principalmente, nas relações contratuais, no intuito de assegurar um maior equilíbrio entre as partes contratantes. Assim, após mais de um século de liberalismo econômico, finalmente chegou-se à conclusão de que seria fundamental, para a sobrevivência do próprio capitalismo, a intervenção do ente estatal nas relações econômicas** (SOUZA, 2008, grifo nosso).

Acerca da falência do Estado Liberal, José de Oliveira Baracho Junior afirma que:

o paradigma liberal foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter público da própria dimensão privada, pela redução que empreende do privado à esfera do egoísmo, da propriedade privada absoluta, e, conseqüentemente, por fazer do âmbito formal um fim em si mesmo, uma proteção velada do status quo burguês, uma mera defesa da propriedade privada e dos interesses dos grandes capitalistas, por desconsiderar, assim, as formas de vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta (BARACHO JUNIOR, 2000, p. 167).

2.2 O advento do Estado social

Com a crise do Estado liberal, surge um novo modelo de organização estatal: o Estado social (*welfare state*), no qual os novos direitos fundamentais (de 2ª geração) impunham ao Estado uma série de prestações positivas, como no campo da educação, saúde e economia, por exemplo. O objetivo, indiscutivelmente, era uma melhoria na qualidade de vida dos cidadãos. Até porque, a preocupação com a igualdade meramente formal, típica do Estado Liberal, não mais atendia aos anseios sociais (ALVES, 2009).

Ademais, além da consagração de uma nova categoria de direitos fundamentais, tornou-se premente a necessidade de redefinir os direitos fundamentais de primeira geração, visto que a liberdade não poderia mais ser vista como o direito de fazer tudo o que não fosse proibido por um mínimo de leis e a igualdade não poderia mais ser vista como meramente formal (BARACHO JUNIOR, 2000).

No paradigma do Estado social, há destaque ao interesse público que, agora, deve se sobrepor ao interesse privado. Com isso, há hipertrofia do que é público, de modo que a postura estatal deixa de ser abstencionista e passa a ser intervencionista, buscando implementar uma pretensa igualdade material (e não apenas formal, como reconhecia o modelo liberal). Com isso, a autonomia da vontade passou a sofrer limitações, visto que o Estado passou a intervir nas relações privadas, buscando assegurar os direitos dos sujeitos da relação e evitar abusos.

Desse modo, ao contrário do que defendiam os liberais, a economia não se autorregulava. Era necessário que o Estado interviesse nas relações contratuais para evitar situações de desequilíbrio, como aquelas vivenciadas até então.

2.2.1 A queda do dogma da vontade e o advento da autonomia privada.

Como consequência do advento deste novo paradigma de organização estatal, aos poucos, caiu por terra também a tese que assentava na vontade a fonte geradora dos efeitos jurídicos (autonomia da vontade). Até porque, a intervenção estatal havia se tornado tão acentuada que a ideia de que os efeitos jurídicos pudessem advir diretamente do elemento volitivo se tornou inconcebível.

Cumpra transcrever a lição de Orlando Gomes, que muito bem explicita as limitações advindas dessa intervenção estatal:

As crescentes restrições ao poder de iniciativa dos indivíduos na área econômica repercutem na autonomia privada, restringindo-lhe a esfera mediante normas proibitivas, que, por conseguinte, impõem obrigações negativas ao proprietário ou empresário. As limitações aumentam em consequência da intervenção do Estado na vida econômica, mas o que há de novo nesta seara é a adoção do princípio de que a atividade empresarial tem de ser exercida na contextura de um plano estatal. Passam, de resto, a ser positivas no sentido de que o empresário deve movimentar seu negócio para a realização de fins sociais, conforme a programação global da vida econômica definida e planejada (GOMES, 2002, p.264-265).

Todas essas mudanças acabaram jogando por terra a ideia de autonomia da vontade, que foi substituída pela ideia da autonomia privada, marcando o poder da vontade no direito, porém de um modo objetivo. Conforme observa Francisco Amaral:

Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde existindo entre ambas sensível diferença. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real (AMARAL, 2002, p. 335-336).

Dentro deste novo modelo, portanto, não pode mais a vontade ser apontada como a fonte geradora dos efeitos jurídicos. Ora, não é dela, mas, sim, do ordenamento jurídico que decorrem os efeitos jurídicos produzidos pelos negócios jurídicos em geral. Desse modo, quando se celebra um contrato, por exemplo, de fato serão produzidos efeitos no mundo jurídico. Estes, porém, não derivam da vontade exteriorizada, mas, sim, em última análise, do próprio ordenamento jurídico, pois é ele que nos atribui poderes para a produção dos aludidos efeitos. É ele, portanto, e não a vontade, a fonte geradora das normas produtoras dos efeitos do mundo jurídico.

A esse respeito, cumpre transcrever a lição de Orlando Gomes, que, ao analisar o fundamento dos negócios jurídicos, muito bem explicita a mudança acima ressaltada:

Deixa-se, em consequência, de definir o negócio jurídico como declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, para conceitua-lo como o ato de autonomia privada que vincula o sujeito, ou os sujeitos que praticam, a ter conduta conforme o regulamento dos seus interesses que traçaram. É óbvio que a lei é que obriga o sujeito, ou as partes, a observar esse comportamento, não lhe permitindo invocar deficiências do processo volitivo que não puderam ser descobertas pelos outros e, além disso, prescindindo da investigação do intento do agente (GOMES, 2002, p. 269).

No mesmo sentido, afirma César Fiuza:

A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para regradar seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes se impõem normas de conduta. Difere do princípio da autonomia da vontade, em que o contrato viria de dentro para fora. Seria fenômeno exclusivamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é fenômeno meramente volitivo (FIUZA, 2015, p. 430).

2.2.2 A queda do modelo social de Estado

Conforme assevera Baracho Júnior, a materialização de direitos fundamentais que orienta o Estado social comportou ambiguidades. Isso porque, alguns Estados se consolidaram como regimes autocráticos, como a Alemanha Nazista, a Itália fascista e o Brasil após a Revolução de 30.

Assim,

com o final da Segunda Guerra Mundial, o modelo do Estado Social já começa a ser questionado, conjuntamente com os abusos perpetrados nos campos de concentração e com a explosão das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, bem como pelo movimento hippie na década de 60 (SOUZA, 2008).

Além disso, as graves crises econômicas, principalmente nas décadas de 70 e 80, acarretaram a diminuição da capacidade do Estado de prover as demandas sociais, cada vez mais crescentes, o que abriu espaço para a proposta econômica neoliberal.

Sobre a falência do Estado social, José de Oliveira Baracho Júnior afirma que:

Este paradigma foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania ativa efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina (BARACHO JUNIOR, 2000, p. 167).

Assim, com a crise do Estado social, que não era mais capaz de regular uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica, surge o Estado democrático de direito, que rompeu bruscamente com os paradigmas do Estado liberal e do Estado social.

2.3 O Estado democrático de direito

Com a falência do modelo social, ganha força um novo paradigma de organização estatal, que, do ponto de vista econômico, busca um equilíbrio entre os dois modelos anteriores. Isso significa que embora não se sustente mais a postura abstencionista própria do Estado liberal, fonte de graves crises econômicas e sociais, tampouco merecem prosperar os excessos típicos do modelo social.

Como bem ressalta Bruno Torquato, deve-se garantir o pluralismo social e a realização material de direitos fundamentais, mas sem o paternalismo característico do Estado social (NAVES, 2010).

Dentro deste novo contexto, ganha força a ideia do Estado enquanto agente regulador. Ou seja, em vez de interferir diretamente na economia, como agente econômico, o Estado deve agir para regulá-la, freando os excessos, mas não de forma tão acentuada como no paradigma social. Com isso, pretende-se conciliar e equilibrar a livre iniciativa com a solidariedade social, sem que nenhum destes princípios, ao menos em abstrato, possa se sobrepujar ao outro.

Da mesma forma, do ponto de vista jurídico, objetiva-se conciliar os direitos individuais com os sociais, isto é, a liberdade e a segurança, tão caras ao modelo liberal, com o desenvolvimento social, principal bandeira do modelo intervencionista estatal.

Conforme explicita Gualter de Souza Andrade Júnior, enquanto no Estado social de direito o Estado é o principal responsável por efetivar o direito, no Estado

democrático de direito a criação e a aplicação das normas cabe ao povo, que é titular do direito político (ANDRADE JUNIOR, 2010).

A diversidade e respeito às diferenças passam a ser a tônica deste novo modelo. Álvaro Ricardo de Souza Cruz afirma que

a grande novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito é justamente a noção de pluralismo, o qual tem por pressuposto a admissão, de respeito e proteção a projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade (CRUZ, 2010, p.73).

No Brasil, foi a Constituição de 1988 que inaugurou, no plano normativo, este novo paradigma de organização estatal. Como consequência, os direitos fundamentais foram ampliados e a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil e princípio estruturante de toda a ordem constitucional (CARVALHO, 2009).

A nova ordem constitucional, então, coroou o movimento de personalização do Ordenamento Jurídico, de forma que as normas se afastaram da perspectiva individualista e patrimonialista, característica do Código Civil de 1916, e passaram a buscar a proteção da pessoa humana. O patrimônio deixou de ser o centro do ordenamento jurídico, passando a pessoa a ocupar esta posição.

Torna-se evidente, assim, a necessidade de também o direito privado ater-se às relações existenciais, tutelando os sujeitos das relações jurídicas não apenas no tocante às questões patrimoniais (como o direito de crédito e os direitos reais), como ocorria até então. Como ressaltado, a tutela da pessoa humana passa a ser um princípio estruturante de todo o Ordenamento Jurídico, e não apenas do direito público.

Pode-se dizer, portanto, que foi a nova ordem constitucional que inaugurou uma das maiores e mais significativas mudanças de todo o direito privado, a saber, a personalização do Ordenamento Jurídico, de forma a se voltar para a tutela efetiva da pessoa humana, agora no tocante a seus aspectos existenciais, afastando-se definitivamente da perspectiva individualista e patrimonialista, características do regime jurídico anterior, principalmente daquele consagrado no Estatuto Civil de 1916. Assim, o patrimônio deixa de ser o centro do ordenamento jurídico, passando a pessoa a ocupar a referida posição. Com isso, torna-se impositivo que todas as normas sejam

elaboradas, interpretadas e aplicadas em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A este respeito, são precisas as observações de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

O Estado Democrático de Direito é por essência um agente de transformação social, tendo por função precípua a concretização dos direitos fundamentais previstos em sede constitucional. A seu turno, ao inserir a pessoa como valor maior, fim e fundamento do ordenamento jurídico, a dignidade humana se anuncia como seu elemento estruturante, verdadeiro manancial de direitos fundamentais, podendo ser esmiuçada da incondicional proteção da integridade psicofísica da pessoa, bem como em sua liberdade, igualdade e solidariedade perante os demais membros da comunidade. A dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral de respeito à condição humana. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 08).

Cumpra transcrever também a lição de Luiz Edson Fachin:

a 'repersonalização' do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata (FACHIN *apud* TARTUCE, 2015, p. 190).

Graças a esta importante mudança, pode-se dizer que o direito privado se voltou para relações absolutamente fundamentais que, até então, por não serem suscetíveis de avaliação econômica e, principalmente, por não se encaixarem nos dois pilares de sustentação de todo o Direito Civil, quais sejam, o direito de crédito e direitos reais, eram olvidadas pelos civilistas.

Em consonância com este novo contexto, o Código Civil de 2002 disciplinou explicitamente os direitos de personalidade, que visam tutelar atributos considerados essenciais à pessoa humana (como a honra, a imagem, o nome e a integridade física e moral). Tais direitos têm a função de ser instrumentos jurídicos de concretização de direitos fundamentais no direito privado em um paradigma em que a completa dicotomia entre direito público e privado se encontra superada (LIMA, 2016).

2.4 A autonomia privada em face do Estado democrático de direito

Em virtude de todas estas mudanças, fica patente a necessidade de uma releitura da autonomia privada que possa romper com o paternalismo característico do modelo social, sem, contudo, implicar um regresso ao individualismo e ao patrimonialismo inerentes ao modelo liberal.

Não é demasiado afirmar que, assim como todo o Direito Civil, a autonomia privada era analisada apenas no campo patrimonial, sendo considerada como a liberdade dos indivíduos de decidir acerca de aspectos dotados de valor econômico, de forma a assegurar a circulação de mercadorias e a acumulação de riquezas (liberdade contratual).

Como frisado, no entanto, diante da personalização do direito privado e da eleição do pluralismo e da dignidade da pessoa humana como valores fundantes da organização social, a autonomia privada deixa de ser vista apenas como um princípio atinente às situações patrimoniais e passa a ser determinante também nas situações existenciais.

A adoção do pluralismo como fundamento da Constituição da República, implica a “aceitação de diferentes visões de mundo, com o reconhecimento de espaços individuais de expressão da personalidade”. A diversidade democrática não permite mais a imposição de padrões de “vida boa”, devendo ser assegurada a todos os indivíduos a livre construção da sua identidade, da sua personalidade (OLIVIERI, 2013).

Assim, pode-se entender a autonomia privada como o poder conferido aos particulares de regular as relações de que participam e de se autodeterminar. Contudo, não é possível estabelecer aprioristicamente de forma minuciosa seu conteúdo. Porque,

o princípio da autonomia, como todos os princípios jurídicos, não encontra conteúdo previamente definido. O ordenamento jurídico conforma sua aplicação, assim como o de qualquer outra norma (plano de justificação), por meio de agentes internos. Deste processo dialético, surge seu conteúdo (NAVES, 2007, p. 237).

De todo modo, em face do atual paradigma, a autonomia privada consiste em fundamento para o reconhecimento de um efetivo direito fundamental dos indivíduos de se autodeterminar e, portanto, de tomar decisões autorreferentes sem imposição

externa, seja por parte do Estado, da família ou de terceiros, dando efetividade ao pluralismo inerente ao Estado democrático de direito.

2.5 Outros princípios norteadores das relações jurídico-privadas no Estado democrático de direito

As sucessivas mudanças de paradigma estatal acarretaram diversas modificações na postura do Estado frente à esfera privada de atuação (autonomia privada), dando origem a uma série de princípios informadores das relações jurídicas privadas. Assim, no período liberal, ao lado da autonomia da vontade, pode-se falar, também, na relatividade e obrigatoriedade contratual, como verdadeiros dogmas. Por sua vez, com o advento do Estado Social e, posteriormente, do Estado democrático de direito, novos princípios passaram a nortear as supracitadas relações. Agora, porém, não mais apenas no âmbito patrimonial, mas também no campo existencial.

Como consequência, os princípios até então existentes passaram por verdadeiras releituras e novos princípios passaram a ser reconhecidos em nosso ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, da dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento do ordenamento jurídico pátrio, que, como frisado, deu origem a um importante processo de personalização do ordenamento jurídico.

Ao lado desta cláusula geral de tutela da pessoa humana, outros princípios passaram a desempenhar também um importante papel, como a boa-fé objetiva e a função social.

2.5.1 Boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva pode ser entendida como uma norma de conduta, fundada em um caráter ético, que obriga a um justo proceder. É um dever imposto às partes de agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade. Como sintetizam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Trata-se da 'confiança adjetivada', uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 142).

Ela não se confunde, portanto, com a boa-fé subjetiva, entendida como um estado de ignorância, de falsa percepção da realidade. A título de exemplo, quando alguém adquire um bem de terceiro pensando tratar-se do verdadeiro proprietário, embora este não seja, age na qualidade de possuidor de boa-fé. Evidentemente que se está, neste caso, referindo-se à boa-fé subjetiva.

A boa-fé objetiva, por sua vez, desempenha importantes funções, como a interpretativa, a integrativa e a de controle. A primeira tem por objetivo orientar o trabalho do intérprete, de modo que o sentido atribuído às cláusulas seja aquele que melhor proteção conceda à confiança que deve nortear o comportamento das partes; a função integrativa, por sua vez, visa preencher eventuais lacunas, vazios normativos, advindos de questões às quais as partes não se ativeram; e, por fim, a função reativa ou de controle, visa limitar o exercício dos direitos subjetivos. Até porque, o titular do direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelos seus fins econômicos, sociais, **boa-fé** e bons costumes, também comete ato ilícito (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Dessa função de controle decorrem deveres importantes, chamados “anexos” ou “instrumentais”, conformadores do comportamento das duas partes da relação obrigacional. Isso significa que os aludidos deveres conformarão não apenas os comportamentos do devedor como também os do credor em uma relação obrigacional. São deveres decorrentes da boa-fé objetiva a lealdade, a informação, a transparência e a cooperação.

O princípio da boa-fé objetiva impõe às partes o dever de prestar, uma à outra, todas as informações importantes para a boa execução da obrigação. Conforme assevera César Fiuza, o princípio da boa-fé objetiva

impõe às partes envolvidas em relações de toda natureza o dever de intensa comunicação, esclarecimento e participação, de forma que o exercente de uma posição jurídica que se tenha comunicado a todo momento com a outra parte, esclarecendo a natureza e demais características do relacionamento, certamente não será surpreendido pelo reconhecimento de sua vinculação jurídica. Afinal, ela é fruto de seu comportamento (FIUZA; César, 2019, p. 442)

2.5.2 Função social

Como visto, com o advento do Estado democrático de direito, o centro do ordenamento jurídico deixou de ser o patrimônio e passou a ser a pessoa humana. Assim, as relações contratuais patrimoniais passaram a estar funcionalizadas em razão do ser humano; passaram a ser instrumentos de promoção deste (FIUZA, 2019).

A ideia principal decorrente deste princípio é que o titular do direito não pode mais exercê-lo como bem lhe aprouver. Sendo assim, o exercício dos direitos, via de regra, deve levar em conta também o interesse e os anseios do grupo social. Desse modo, não se sustenta mais a ideia de que: “se o bem é meu eu posso fazer com ele o que bem entender”.

Rompe-se com o individualismo que imperou durante todo o período liberal, em que, além do dogma da vontade, como frisado acima, prevalecia também uma postura extremamente individualista, como se o bem comum fosse o resultado da busca dos anseios individuais.

A este respeito cumpre transcrever as observações de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Como reação a este estado de coisas, tal e qual qualquer direito subjetivo, atualmente as obrigações revelam uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Para além da intrínseca função de circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre-iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana. O epicentro do contrato se desloca do poder jurígeno da vontade e do trânsito de titularidades, para um concerto entre o interesse patrimonial inerente à circulação de riquezas e o interesse social, que lateralmente àquele se projeta (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 184).

Por outro lado, o reconhecimento da função social deu origem a uma nova perspectiva de análise do fenômeno jurídico, que deve ser analisado não apenas do ponto de vista estrutural, como se fosse um instrumento de pacificação social neutro, demandando uma análise apenas no tocante à sua estrutura, como a que se tornara evidente a partir dos estudos Kelsenianos, principalmente no tocante à norma e ao ordenamento jurídico. Ao contrário, em face do novo contexto, o direito assume um papel importante também na promoção do desenvolvimento social, na erradicação da

pobreza e da marginalização, como, aliás, deixa entrever o Texto Constitucional de 1988, ainda em seu preâmbulo.

Conforme assevera César Fiuza

Função é a finalidade de um instituto, de um modelo jurídico, no caso as relações jurídicas. Todo modelo jurídico compõe-se de estrutura e função. Os sujeitos, objeto e o vínculo jurídico (direitos e deveres) estão na estrutura; a finalidade, o papel a ser cumprido, na função. Por função social das relações jurídicas entenda-se a função que os sujeitos devem atribuir ao objeto, ao exercer direitos sobre ele. Essa função deve ser, na medida do possível e quando for o caso, útil à coletividade (FIUZA, 2019, p. 399).

Assim, as situações jurídicas patrimoniais estão vinculadas à função social, de forma a atender não apenas à promoção dos interesses individuais como a dos interesses da coletividade.

2.6 Manifestação da autonomia privada nas situações existenciais

A Constituição de 1988 reconheceu a liberdade como princípio constitucional, consagrando a construção de uma sociedade livre como um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Conforme analisado no capítulo anterior, a liberdade reconhecida pelo paradigma liberal tinha um viés negativo e patrimonial, ou seja, a mínima intervenção do Estado nas relações patrimoniais. Nesse cenário, o estudo da autonomia privada, assim como de todo o direito privado, levava em conta apenas os aspectos patrimoniais, deixando de lado as questões existenciais.

Com a promulgação da Constituição de 1988, entretanto, e a inauguração no Brasil da tutela da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico, a liberdade passou a ser objeto de uma nova forma de tutela, qual seja, a positiva, e as questões existenciais passaram a ocupar posição central. Sob este viés, é dever do Estado atuar para garantir o poder de autorregulação do indivíduo concretamente considerado no tocante aos aspectos existenciais, assegurando não apenas que o indivíduo possa efetivamente realizar escolhas livres, mas também que essas escolhas sejam respeitadas.

É por meio da liberdade que a dignidade da pessoa humana se concretiza, visto que o conceito de dignidade não pode ser definido aprioristicamente pelo legislador ou pela sociedade. Pode-se dizer que, a liberdade é pressuposto essencial da

dignidade. Cada indivíduo, de forma autônoma, deve construir seu próprio conceito do que seja digno, para que lhe seja possível o livre desenvolvimento da personalidade e a construção de um projeto de vida que se adeque a seus valores e vivências. Conforme esta perspectiva, “a essência da dignidade humana é justamente a liberdade para construir a própria identidade e personalidade para viver de acordo com seus próprios ideais” (SIQUEIRA, 2019, p. 77).

Sendo assim, a dignidade não pode ser vista como um limitador da autonomia do indivíduo, como se esse tivesse de ser protegidos de suas próprias escolhas. No Estado democrático de direito, é primordial a busca pela emancipação do indivíduo por meio da autorresponsabilização pelas escolhas livremente realizadas, sob pena de serem adotadas medidas paternalistas que não se coadunam com o Ordenamento Jurídico brasileiro atual.

O paternalismo alude a uma estrutura de autoridade, em que o indivíduo é tratado como uma criança pelo Estado-pai, por alguma instituição ou por algum terceiro, como um médico. É o que ressalta Flávia Siqueira:

O paternalista é aquele que, na certeza de que sabe mais sobre o bem-estar de um terceiro do que ele próprio, impõe-lhe, de alguma forma, um padrão de conduta baseado em certos valores, de modo a “promover o seu bem” mesmo que contra a sua vontade. Ou seja, age como se fosse um pai atuando no melhor interesse de uma criança. Um médico pode ser paternalista em relação ao paciente ao exercer uma intervenção contra a vontade deste visando à promoção da sua saúde, da mesma forma que o Estado pode ser paternalista ao punir determinado tipo de conduta para prevenir danos ao próprio indivíduo que a pratica ou então autorizar intervenções paternalistas de terceiros na liberdade de seus cidadãos (SIQUEIRA, 2019, p. 47).

Contudo, ao adotar o pluralismo e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do ordenamento jurídico, a Constituição da República atribuiu a cada indivíduo o direito de estabelecer seu próprio projeto de vida, possibilitando a construção de concepções individuais sobre o que seja bom e digno, de acordo com as crenças, valores e experiências pessoais. Assim, atribuiu ao indivíduo o poder de autorregulação no tocante aos aspectos existenciais de forma a permitir o livre desenvolvimento da personalidade. Não há como se falar em dignidade da pessoa humana sem que haja o respeito integral à pessoa, ao seu modelo de vida – independente de qual seja -, pelo simples fato de ser pessoa.

Não é possível, assim, uma definição apriorística do que seja dignidade, vida boa e até mesmo saúde. Da mesma forma, na esfera mais íntima do indivíduo, não é

possível a imposição de condutas baseadas no conceito de “bem” formulado por um terceiro, seja ele o Estado, a família ou o médico. Não há mais um *ethos* único capaz de fornecer os elementos para esta conceituação; os valores são plurais e cada indivíduo tem o direito de construir sua própria personalidade.

Mas nem sempre foi assim. Pelo contrário, durante muito tempo, fatores externos como a religião freavam as diversidades, unificando o agir e os valores individuais. Ana Carolina Brochado ressalta o fato:

No medievo, a situação era bem diferente, pois a concepção religiosa unificava os “mundos individuais”, os valores eram, por isso, compartilhados e não permitiam que a diversidade imperasse, pois a diferença entre as pessoas ameaçava a ordem posta, razão pela qual ela deveria ser neutralizada. O fator unificador da comunidade era a crença divina, que informava que Deus era o responsável por tudo e, caso a conduta não fosse de acordo com seus mandamentos, o castigo seria imposto. A subjetividade era construída com bases heterônomas. Isso colocava toda a responsabilidade pelas escolhas em um imperativo divino, e não no âmbito pessoal, o *ethos* divino compartilhado à época desresponsabilizava o autor de escolhas, pois o êxito ou o insucesso eram sempre obras divinas (TEIXEIRA, 2018, p.76).

Contudo, com a personalização do ordenamento jurídico e a inauguração do paradigma do Estado democrático de direito, cuja marca é o pluralismo, é inegável que a autonomia privada atualmente também se estende às situações existenciais, apesar de ter ficado restrita às situações patrimoniais durante um longo período.

Pode-se dizer que a autonomia existencial é uma espécie do gênero da autonomia privada voltada para o desenvolvimento da personalidade e dos diversos aspectos da personalidade de cada indivíduo concretamente considerado (CASTRO, 2017).

Para verificar o tratamento jurídico adequado¹, é necessária a identificação da situação jurídica como patrimonial ou extrapatrimonial, visto que os bens jurídicos principais envolvidos são distintos.

¹ Sobre os critérios para identificação de uma situação como existencial ou patrimonial, Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder asseveram que é necessário analisar a função principal da situação. Entretanto, “constata-se que inúmeras hipóteses da vida concreta, a partir do diálogo fato e norma, estão em uma zona de obscuridade, de modo a dificultar a classificação em existenciais ou patrimonialidade. Por isso, faz-se essencial a busca da funcionalidade concreta e casuística que exerce naquele recorte fático: se realiza diretamente e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade, trata-se de situação existencial; se a realização da dignidade humana é mediata, visando, em primeiro plano, a efetivação da livre iniciativa, trata-se de situação patrimonial (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p.24).

Enquanto as situações jurídicas patrimoniais são aquelas que envolvem, principalmente, o direito obrigacional, contratual, direito real e crédito, as situações jurídicas existenciais são aquelas que têm como objeto principal os aspectos extrapatrimoniais da pessoa humana, como os direitos de personalidade.

Conforme assevera Ana Carolina Brochado, uma vez identificada a situação como existencial, ela atrai para si um tratamento jurídico próprio, com a aplicação de princípios adequados, como a gratuidade do ato, o consentimento qualificado, autorresponsabilidade e livre desenvolvimento da personalidade; deixando de lado, *prima facie*, princípios típicos das situações patrimoniais, como os princípios da função social e da paridade.

Segundo a autora, com a qual este estudo concorda, enquanto as situações patrimoniais são instrumentais, ou seja, são tuteladas visando à realização de interesses sociais e à concretização indireta da dignidade humana, as situações existenciais não podem ser instrumentalizadas, visto que têm como objetivo imediato a realização da personalidade e dos projetos de vida das pessoas, que devem ser protegidas pelo simples fato de serem pessoas. É o que se depreende da seguinte passagem:

Muito se assegura que as situações jurídicas existenciais têm primazia sobre as patrimoniais. Tal afirmação tem como base a instrumentalidade das situações patrimoniais à concretização da dignidade, pois seu principal objetivo é a realização de uma função social; prioritariamente, elas estão a serviço da coletividade, tornando-se inevitável a conformação da autonomia privada ao imperativo da solidariedade. Situação diferente ocorre nas situações jurídicas existenciais, cujo objetivo é a realização direta da dignidade, conforme as próprias aspirações, valores e *modus vivendi*, enfim, têm como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o estilo de vida individual. As situações patrimoniais têm função social e as existenciais, apenas função pessoal – se é que se pode atribuir algum tipo de função (TEIXEIRA, 2018, p.87).

No mesmo sentido, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro defende que:

Enquanto as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas à realização de interesses extrapatrimoniais e sociais, as situações existenciais têm como função direta a realização de interesses pessoais do seu titular. Decorre daí a diferença qualitativa da tutela da autonomia privada em ambos os casos: enquanto a autonomia nas situações patrimoniais é protegida se realizar interesses socialmente relevantes nem sempre coincidentes com os do titular, a autonomia nas situações existenciais, ou nas mistas com função predominantemente existencial, deve ser protegida como instrumento de concretização da função pessoal e dos valores da dignidade humana (CASTRO, 2017).

Percebe-se, portanto, que as situações jurídicas patrimoniais, diferentemente do que ocorria no paradigma liberal, estão ligadas à realização de uma função social (função social do contrato e da propriedade, por exemplo). Isso não significa, porém, que os interesses individuais devam ser olvidados nessas situações, como se não fossem dignos de tutela por parte do ordenamento jurídico. É evidente que não.

Já as situações existenciais, por envolverem as questões mais íntimas da pessoa, não podem estar vinculadas à realização de interesses de terceiros, pois têm como função primordial o desenvolvimento da personalidade.

Assim, a conformação da autonomia privada vai depender se envolve situações existenciais ou patrimoniais porque, enquanto a autonomia privada patrimonial é conformada pela função social, a autonomia existencial não pode estar condicionada por este instituto, pois não está vinculada à realização de interesses alheios ao seu titular.

Não é possível se falar, então, em função social dos aspectos mais íntimos da personalidade, como a vida, a saúde e o próprio corpo, sob pena de instrumentalizar a pessoa. As situações existenciais são voltadas para a realização dos interesses do próprio titular, não podendo ser vinculadas à realização de interesses sociais, interesses de familiares ou de amigos. Na esfera mais íntima, cada indivíduo é senhor de suas próprias escolhas, podendo fazer livremente as opções que melhor se adequem a seu projeto de vida.

Assim, em se tratando de pessoas capazes, há um espaço de maior intimidade em que só são legítimas as decisões tomadas livremente pelo próprio indivíduo, sem interferências externas. De modo que, em se tratando de situações de maior intimidade, que sejam autorreferentes, ou seja, que não afetam diretamente bens jurídicos de terceiros que sejam dignos de tutela pelo Estado democrático de direito, não há que se falar em imposição de decisões heterônomas, seja pelo legislador, Judiciário, família ou equipe de saúde. É o caso das decisões sobre a própria saúde e o próprio corpo.

Isso não significa que a autonomia privada no âmbito das situações existenciais seja ilimitada. Ela é conformada pelo próprio ordenamento jurídico, de forma a garantir iguais liberdades aos demais indivíduos. É limitada pela alteridade e encontra barreira no direito do outro, de forma a evitar que o exercício da autonomia por uma pessoa signifique a negação da autonomia a outros. Assim,

o exercício da liberdade só é ilimitado quando alude a aspectos existenciais do próprio titular, em nada afetando a esfera jurídica “do outro”. Quando “entram em cena” terceiros, aspectos de solidariedade já devem ser invocados de modo a vedar o exercício amplo da liberdade; trata-se da interferência da alteridade, que tem justificativa na intersubjetividade (TEIXEIRA, 2018).

Certo é, portanto, que tendo em vista o espaço concedido pela Constituição da República para que cada indivíduo desenvolva livremente sua personalidade e defina os rumos de sua própria vida e o conceito de vida digna, as limitações à autonomia existencial referente aos aspectos mais íntimos da vida privada, para serem legítimas, devem ser restritas às hipóteses de lesão ou risco de lesão a bens jurídicos de terceiros – obviamente aqueles dignos de tutela em face do pluralismo constitucional - evitando-se uma postura paternalista, incompatível com o atual paradigma de Estado.

Para verificar a necessidade e a legitimidade de intervenções restritivas feitas pelo ordenamento jurídico ou aplicadas pelo julgador sobre o exercício da autonomia, no caso concreto, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro propõe a classificação dos atos de autonomia existencial em (i) atos de eficácia pessoal; (ii) atos de eficácia interpessoal e (iii) atos de eficácia social (CASTRO, 2017).

Segundo a teoria - denominada Teoria Tríplice da Autonomia Existencial - os atos de eficácia pessoal são aqueles decorrentes de situações existenciais que acarretam consequências jurídicas relevantes apenas para o titular. São situações que não produzem efeitos jurídicos diretos e imediatos sobre a esfera jurídica de terceiros. Para esses atos, não seriam admitidos elementos limitadores da autonomia.

Já os atos de autonomia de eficácia interpessoal são aqueles decorrentes de situações subjetivas que geram repercussões em esferas jurídicas de terceiros, causando lesão ou ameaça de lesão a direitos de outras pessoas, que podem ser individualmente identificadas. Segundo a autora, nessas situações é possível a restrição concreta aos atos de autonomia existencial.

Por fim, os atos de autonomia de eficácia social são aqueles decorrentes de situações subjetivas que geram efeitos jurídicos diretos e imediatos na esfera jurídica de um número indeterminado de pessoas, podendo causar lesão ou ameaça de lesão aos direitos de terceiros. Nessas situações, também é possível restringir os atos de autonomia, inclusive em abstrato.

A classificação acima é feita considerando os efeitos diretos e imediatos do ato de exercício da autonomia existencial. Assim, reflexos indiretos, que não sejam suscetíveis de causar efetiva lesão ou risco de lesão a bens jurídicos de terceiros não são suficientes para justificar a limitação. Da mesma forma, nem todos os aspectos atingidos pelos efeitos do ato de autonomia são dignos de proteção jurídica. Como exemplo, não há que se falar em tutela de um determinado padrão social em detrimento de uma outra forma de viver e ver o mundo, assim como não há que se falar em tutela de um suposto direito de não respeitar padrões de vida diferentes (CASTRO, 2017).

No caso de conflitos envolvendo o exercício da autonomia existencial, é primordial que a resolução seja orientada pelo pluralismo consagrado pelo Texto Constitucional de forma que nenhum projeto de vida se sobreponha aos demais, sendo, ainda, indispensável a participação efetiva do destinatário no provimento que lhe afetará, buscando a construção de uma decisão dialógica².

Tem-se, assim, que a Constituição da República de 1988, ao atribuir à pessoa verdadeiro direito de escolher seus projetos e sua forma de viver, colocando a liberdade como pressuposto da dignidade, garantiu que os espaços existenciais de maior intimidade, que não acarretem lesões ou risco de lesões a bens jurídicos de terceiros, não podem estar sujeitos a interferências externas, seja do legislador, do Poder Judiciário, da família ou do médico, sob pena de violação do livre desenvolvimento da personalidade e da própria dignidade.

² A pluralidade, neste contexto, caracterizadora da sociedade moderna, não pode deixar de ser invocada como catalisador da complexidade que atinge as questões existenciais. Dessa maneira, não há que se falar em solução adequada se o seu destinatário não for tomado em sua particularidade e, a partir das concepções e convicções que lhe são próprias, figurar, também – e, principalmente! – como autor do provimento que lhe afetará. Levantar bandeiras de um Estado Democrático de Direito e desconsiderar a participação daquele que busca a materialização do seu direito nada mais é que bradar por algo oco em sentido, desprovido, exatamente, das características que lhe conferem rótulo e sustentam seus contornos lexicais. Não há como se falar em democracia desconsiderando a pluralidade e esta não existe se excluídos os rasgos da diferença (SÁ; PONTES, 2009, p. 39).

3 O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA NAS SITUAÇÕES EXISTENCIAIS MÉDICAS

As situações existenciais médicas envolvem alguns dos aspectos mais íntimos da pessoa, como a vida, a saúde, o próprio corpo, que, como visto, não podem estar vinculados à realização de interesses de terceiros – como a família –, sob pena de instrumentalização da pessoa humana. São voltadas para a realização dos interesses do próprio titular, podendo este fazer livremente as opções que mais se adequem a seu projeto de vida.

Assim, em se tratando de situações médicas autorreferentes, que não acarretem efetiva lesão ou risco de lesão a bens jurídicos de terceiros, só são legítimas as decisões tomadas pelo próprio paciente, no exercício da sua autonomia.

Nas situações existenciais médicas, via de regra, a autonomia do paciente é exercida por meio do consentimento informado e das diretivas antecipadas de vontade.

Entretanto, apesar de a autonomia dos pacientes ser juridicamente reconhecida hoje, é comum vê-la sendo violada quando: há conflito entre a opinião do médico e a vontade do paciente; há conflito entre a vontade do paciente e a vontade da família; o respeito à vontade do paciente implica em risco de morte para este; a vontade do paciente contraria aquilo que grande parte da sociedade considera como racional e bom, entre tantas outras situações.

3.1 Relação médico-paciente

É inegável que a relação médico-paciente passou por grandes transformações nas últimas décadas. No passado, o médico era visto como um profissional dotado de um saber supremo, quase que como um sacerdote, que detinha todas as competências necessárias para tomar as decisões acerca dos tratamentos a que o paciente seria submetido. Este, por sua vez, era visto como objeto do tratamento, e não como sujeito de direitos ou titular de autonomia para tomar as decisões pertinentes à sua saúde e ao seu corpo.

Comumente a relação médico-paciente era pautada na confiança e na amizade, de forma que o paciente raramente questionava o médico acerca das questões pertinentes aos tratamentos. Não rara era a figura do médico da família, amigo e conselheiro, em quem se depositava total confiança. Ele trazia para si o dever

de tomar todas as decisões referentes aos tratamentos. Nesta relação, normalmente, não havia espaço para desconfianças e questionamentos sobre a atuação do profissional.

Assim, tradicionalmente, a relação médico-paciente caracteriza-se por ser uma relação paternalista, na qual o médico, acreditando saber o que era melhor para o paciente, tomava, unilateralmente, e de acordo com seus valores e sua visão de mundo, as decisões que entendesse mais benéficas, pautando sua conduta na proteção do paciente.

O papel do médico era o de curar, tratar as doenças pelas quais o paciente encontrava-se acometido, devendo este, por sua vez, se submeter às decisões daquele, em uma relação verticalizada, onde o paciente não atuava como sujeito de direitos, mas como verdadeiro objeto da intervenção médica.

A redação do artigo 4º do Código de Deontologia Médica brasileiro de 1931, ilustra bem essa relação verticalizada, que desconsiderava a vontade do paciente: “O médico em suas relações com o enfermo, procurará tolerar seus caprichos e fraquezas, **enquanto não se oponham às exigências do tratamento, nem exerçam influencia nociva ao curso da afecção**” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1931, grifo nosso).

Nesse contexto, o médico possuía o direito de agir, mesmo por meio de intervenções médicas não autorizadas, em prol do “benefício” do paciente, sendo essa intervenção médica tradicionalmente concebida como um exercício regular do direito de curar ou como o cumprimento de um dever de salvar a vida.

Entretanto, com o desenvolvimento de novas tecnologias e o surgimento de grandes hospitais e dos planos de saúde, em uma sociedade cada vez mais marcada pela informação, ainda que muitas vezes mal utilizada, o médico e o paciente se distanciaram. O médico abandonou a figura de médico da família, amigo e conselheiro e passou a ser visto como um mero prestador de serviços.

Além disso, a necessidade de médicos cada vez mais especializados os distanciou ainda mais dos pacientes. O que se vê hoje em dia é que, na maioria das vezes, o médico deixou de ser uma pessoa de confiança do paciente e que cuida de sua saúde como um todo. Ao contrário, passou a ser aquele especialista, responsável por analisar isoladamente algum aspecto da saúde do paciente. Em muitos casos, não há sequer tempo para que o paciente conheça o seu médico e vice-versa (SÁ; NAVES, 2018, p. 101-102).

Por outro lado, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho, a autonomia do paciente foi sendo paulatinamente reconhecida e a relação de autoridade médico paciente perdeu “espaço para a consideração do paciente como sujeito partícipe do processo de tratamento” (SÁ; NAVES, 2018, p.5).

Os pacientes, antes de qualquer coisa, são sujeitos de direitos, titulares de autonomia para se autodeterminar, sendo livres para definir o próprio destino de acordo com suas crenças, valores e conceito de vida boa.

Sendo assim, é indiscutível que embora o médico exerça papel fundamental na tomada de decisão do paciente, esclarecendo as questões referentes a seu estado de saúde, bem como as possibilidades de tratamentos e riscos a eles inerentes, a decisão final, ao menos quando falamos de pessoas capazes, caberá ao paciente, que tem o direito subjetivo de decidir o que é melhor para si.

Sendo assim, o entendimento segundo o qual o médico possui o direito de intervir no corpo do paciente em busca de “benefício” para este ou o dever de atuar para curar, isto é, salvar a vida independentemente da vontade do paciente, não se coaduna com os princípios da liberdade, da pluralidade e do livre desenvolvimento da personalidade. Assim, em vez de um direito de intervir em benefício do paciente ou um dever de salvar a vida, mesmo que contra a vontade do paciente, o médico possui o dever de respeitar a autonomia deste sempre que ela for manifestada de forma válida, sob pena de ser responsabilizado civilmente pelos danos que a violação vier a causar.

O respeito à autonomia do paciente no âmbito das situações existenciais médicas exige, portanto, que se deixe de lado a tradicional relação de superioridade entre médico e paciente. É necessário que essa relação seja dialogal, atribuindo-se ao médico o dever de prestar as informações necessárias e reconhecendo-se o paciente como sujeito de direitos, livre para tomar as decisões sobre os aspectos mais íntimos de sua vida (corpo, saúde), de forma a possibilitar o exercício do seu direito de autodeterminação.

Assim, entendemos que o tradicional papel do médico de curar e de evitar a morte do paciente mesmo que contra a vontade deste – onde o mais importante eram os resultados alcançados e não o processo de cuidado integral da pessoa - não se coaduna com a nova principiologia constitucional. Os princípios da proteção integral da pessoa e do pluralismo trazem consigo a necessidade de um modelo voltado para o ser humano em sua integralidade, dando-se ênfase não apenas à doença, mas ao

bem-estar do paciente em todos os seus aspectos, sejam eles psíquicos, físicos ou sociais.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, a saúde vai muito além da ausência de doença e do bem-estar físico: engloba também o bem-estar psíquico e social. Assim, tem-se que a própria efetivação da saúde está ligada ao respeito aos valores individuais do paciente, buscando sua proteção integral, e não apenas a ausência de doença ou a manutenção da vida em seu aspecto exclusivamente biológico.

A saúde é um conceito individual, ou seja, depende dos valores de cada indivíduo. Conforme asseveram Maria de Fátima Freire e Diogo Luna Moreira: “Saúde deixa de ser conceituada como um mero estado de ausência de doença, pressupondo a participação da pessoa na definição do seu conteúdo. Saúde é, portanto, a expressão de uma liberdade que evidencia traços da individualidade” (FREIRE; MOREIRA, 2018, p. 303).

Sobre o cuidado integral Leo Pessini distingue quatro sentidos da expressão “cuidar”. O primeiro é o que aproxima o cuidado da compaixão: é tentar colocar-se no lugar do outro. O segundo é o de ajudar o outro a ser autônomo, disponibilizando instrumentos e recursos para que a pessoa vulnerabilizada pela doença possa ser autônomo. O terceiro sentido é fazer com que o paciente confie no profissional de saúde para se deixar ajudar por este. O quarto e último sentido é colocar todos os recursos humanos e técnicos a serviço do paciente (PISSINI, 2013).

Assim, o dever do médico de cuidar implica colocar o paciente como o verdadeiro centro da ação profissional, ajudá-lo a exercer sua autonomia e a confiar na equipe de saúde, além de disponibilizar todos os recursos humanos e técnicos a serviço do bem do próprio paciente, respeitando as decisões do paciente e o seu conceito do que seja bom.

3.2 Marcos importantes no reconhecimento da autonomia do paciente

Conforme explicitado, durante muito tempo o médico foi visto como detentor de um saber “supremo” e, portanto, não se vislumbrava sentido em dividir com o paciente detalhes sobre seu estado de saúde ou sobre o tratamento ao qual lhe submeteria. O médico, dotado do conhecimento técnico, sabia o que era o bom e o que era certo para o paciente.

Eis aí a chave do paternalismo médico, visto que essa mentalidade se firmou com muita força entre os médicos, que passaram a enxergar a si mesmos como os grandes salvadores das pessoas, descobridores das doenças, capazes de proporcionar a todos uma vida bem distante de intempéries. Mas, para isso, a submissão às suas determinações era fundamental. Ao que parecia, os médicos estavam acima do bem e do mal (SÁ; NAVES, 2018, p.5).

Entretanto, conforme afirmam Maria de Fátima Freire Sá e Bruno Torquato, “entre os anos de 1930 e 1940 essa situação começa a mudar”. Com as atrocidades cometidas por médicos nazistas nos campos de concentração, principalmente no âmbito da experimentação médica em minorias como judeus e ciganos, veio à tona a necessidade de se pensar em limites éticos para a atuação médica e dos cientistas em geral (SÁ; NAVES, 2018, p.5).

Em resposta a tais atrocidades, em 1947, foi elaborado, por juízes estadunidenses, o Código de Nuremberg, que objetivava subsidiar os julgamentos dos médicos nazistas. Seu primeiro item já ressaltava a necessidade do consentimento do paciente para a participação em pesquisas e experimentos:

1 O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente (ALEMANHA, 1947).

A Declaração de Helsinque de 1964, elaborada pela Associação Médica Mundial, também foi um importante passo para reconhecer o consentimento como ponto central para as pesquisas médicas envolvendo seres humanos. Em seu texto original, ela estabelecia que

Sendo possível, e de acordo com a psicologia do paciente, o médico deve obter o livre consentimento do mesmo, depois de lhe ter sido dada uma explicação completa. Em caso de incapacidade legal, o consentimento deve ser obtido do responsável legal; em caso de incapacidade física, a

autorização do responsável legal substitui a do paciente (ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 1964).

No tocante ao consentimento informado, a Declaração de Helsinque estabelecia ainda que: “a pesquisa clínica em um ser humano não pode ser empreendida sem seu livre consentimento, depois de totalmente esclarecido; se legalmente incapaz, deve ser obtido o consentimento do responsável legal” (ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 1964).

A referida Declaração sofreu inúmeras revisões e, atualmente, possui um capítulo que trata exclusivamente do consentimento informado como pressuposto para pesquisas médicas em seres humanos e a forma como esse consentimento deve ser dado (ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 1964).

Outro marco importante para a temática foi a elaboração do Relatório Belmont de 1979 nos Estados Unidos. Este relatório foi responsável por identificar os princípios básicos da bioética, a saber: a beneficência, justiça e autonomia.

O reconhecimento da autonomia como um princípio da bioética implica reconhecer que o paciente é livre para tomar as decisões que digam respeito a seu corpo e a sua saúde. Foi um avanço no tocante ao reconhecimento do direito de autodeterminação do paciente.

Importante também analisar a experiência estadunidense com *The Patient Self-Determination Act (PSDA)*, lei sobre a autodeterminação do paciente, de 1º de dezembro de 1991. Esta lei, que refletiu as transformações na relação médico-paciente, reconheceu expressamente a autonomia do paciente para tomar as decisões no tocante a seu tratamento, inclusive o direito de recusá-lo. A referida lei prevê as *advance directives*, que permitem que o paciente antecipe suas decisões, para os casos de se tornar incapaz para manifestar sua vontade. Por meio das *advance directives* o paciente pode estabelecer previamente os tratamentos aos quais não deseja se submeter, caso esteja em estado de inconsciência ou terminal e não possa, naquele momento, se manifestar. É possível, também, que o paciente constitua um representante para decidir e tomar as decisões referentes ao tratamento. Ainda, é possível que o paciente estabeleça os tratamentos aos quais não quer ser submetido e nomeie um representante para tomar as decisões referentes às questões médicas (SÁ; NAVES, 2018).

Em 1997, foi redigida a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, que estipula que, para a realização de uma intervenção no campo da saúde, o paciente

deve dar o seu consentimento previamente, exceto em situações de emergência. Estabelece, ainda, que consiste em direito do paciente ser informado sobre os aspectos da sua saúde, como também consiste em direito do paciente a escolha por não saber (OVIEDO, 1997).

A Convenção também prevê, em seu artigo 9º, que “os desejos anteriormente expressos relativos a uma intervenção médica por um paciente que não está, no momento da intervenção, em um estado para expressar seus desejos devem ser levados em consideração” (OVIEDO, 1997).

3.3 Os Princípios bioéticos da beneficência e da autonomia

Como visto acima, a beneficência e a autonomia foram reconhecidos expressamente como princípios básicos da bioética³.

Assim, são princípios da bioética (i) o princípio da beneficência, que impõe aos profissionais o dever de agir para trazer benefícios ao ser ali envolvido; (ii) o princípio da não maleficência que impõe aos profissionais o dever de se absterem de condutas prejudiciais ao ser ali envolvido; (iii) o princípio da autonomia, que consiste no reconhecimento de que a pessoa possui o poder de se governar; (iv) o princípio da justiça, que pressupõe a maximização dos benefícios das condutas com o mínimo custo financeiro, social, físico e psíquico e (v) o princípio da responsabilidade, que atribui responsabilidade pelas consequências das condutas adotadas (SÁ; NAVES, 2018, p. 37-38).

Analisando os princípios, Gracia explicita que:

³ Apesar de muitas vezes os termos serem usados de forma indistinta, a Bioética e o Biodireito designam ordens normativas distintas. A Bioética se volta para o estudo das questões éticas referentes às práticas no âmbito da saúde e da biologia. Está no plano da zetética, exercendo importante papel no plano de justificação das normas jurídicas. Já o Biodireito, é um microssistema jurídico, composto por normas jurídicas, com força cogente.

Enquanto a Bioética teve seus princípios enunciados no Relatório de Belmont, documento estadunidense apresentado no ano de 1978, o Biodireito não possui um documento específico que enumere seus princípios, de forma que a doutrina e a jurisprudência, por vezes, adotam nomenclaturas diferentes.

Maria de Fátima Freire Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves apresentam, como sendo princípios do Biodireito, (i) o princípio da precaução, que impõe aos profissionais o dever de adotar medidas de precaução em caso de risco de dano grave e irreversível, de forma a evita-los; (ii) o princípio da autonomia privada; (iii) o princípio da responsabilidade, que impõe a responsabilização daquele que descumpra uma obrigação/dever legal e o princípio da dignidade da pessoa humana (SÁ; NAVES, 2018, p.40/41).

A tese mais tradicional foi a de que a obrigação imperativa do médico é favorecer, e o não prejudicar é uma obrigação subsidiária quando o favorecer não é possível. Modernamente, a tese é mais precisamente o contrário: a obrigação primária é não prejudicar, e nunca se faz o favorecer sem o consentimento do paciente (GRACIA, 2010, p.250).

Conforme assevera Renata de Lima Rodrigues,

o princípio bioético da não-maleficência ou da beneficência não possui significado se seu conteúdo não for talhado conjuntamente com o princípio da autonomia, pois cada um deve ter a liberdade para decidir sobre aquilo que é bom ou melhor para seu próprio corpo, vida e saúde (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2017, p. 367).

O conteúdo dos princípios será definido no caso concreto, não havendo que se falar, em prevalência da beneficência em relação à autonomia. Em se tratando de pessoas capazes, o próprio conceito de bem será definido autonomamente pelo paciente, não podendo o médico alegar o dever ético de agir para trazer benefícios como justificativa para a violação da autonomia do paciente.

3.4 O consentimento esclarecido como requisito essencial para atuação médica

Com o reconhecimento da autonomia do paciente, a relação verticalizada, de autoridade, entre médico e paciente necessariamente deve ceder lugar a uma relação dialógica, com o reconhecimento do paciente como sujeito de direito - livre para definir o próprio destino de acordo com suas crenças, valores e conceito de vida boa -, e não mais como objeto da intervenção médica.

Sendo assim, é indiscutível que embora o médico exerça papel fundamental na tomada de decisão do paciente, esclarecendo todas as questões referentes ao seu estado de saúde, bem como as possibilidades de tratamentos e riscos a eles inerentes, a decisão final, ao menos quando falamos de pessoas capazes, caberá ao paciente, que tem o direito de decidir o que é melhor para si.

O direito de tomar as decisões sobre o próprio corpo e saúde, alguns dos aspectos mais íntimos da vida de uma pessoa, sem limitações e imposições externas, decorre exatamente do Princípio Constitucional da Liberdade; assim como da adoção, pela Constituição de 1988, do pluralismo e da dignidade da pessoa humana como fundamentos do ordenamento jurídico. Como consequência, deve ser assegurado a cada paciente, por meio de escolhas livres e esclarecidas, o livre desenvolvimento da

sua personalidade, respeitando-se as concepções individuais do que seja digno e bom, de acordo com as crenças, valores e experiências pessoais.

Esse direito de tomar as decisões acerca de sua própria saúde deve ser exercido em consonância com o dever do médico de prestar todas as informações necessárias para tanto, entre as quais, os possíveis tratamentos e seus riscos prováveis. Afinal, somente diante dessas informações, o paciente estará realmente apto a tomar as decisões que mais atendam a seus interesses e que estejam em consonância com suas crenças e conceito de vida boa e digna.

Por isso, diz-se que a autonomia do paciente no âmbito da saúde é exercida por meio do consentimento livre e esclarecido ou consentimento informado.

Assim, o paciente somente exercerá efetivamente sua autonomia se, no momento da tomada de decisão, tiver condições de entender sua situação e as consequências que poderão advir da decisão tomada, de forma que possa se responsabilizar por elas.

Ao optar por se submeter a determinado procedimento médico, após ter sido informado dos riscos e consequências do procedimento, o paciente consente com os riscos da intervenção, não podendo, posteriormente, caso o procedimento tenha sido realizado de acordo com a boa prática médica, responsabilizar o profissional da área médica se algum dos riscos se materializar.

Portanto, para que o consentimento seja realmente fruto do exercício da autonomia, é necessário que o médico forneça, por uma construção dialógica com o paciente, as informações importantes para a tomada da decisão. Não basta a entrega de um termo escrito de linguagem pouco compreendido pelos pacientes, como geralmente ocorre no Brasil. É necessário que o médico transmita as informações de forma acessível a seu destinatário. Ademais, elas não podem ser tendenciosas, ou seja, o médico não pode selecionar ou suprimir informações com o objetivo de induzir o paciente a tomar a decisão que ele entende como adequada.

O consentimento informado não necessariamente deve se revestir da forma escrita. Obviamente, para maior segurança jurídica, é recomendável que os médicos, após prestarem os esclarecimentos ao paciente, colham o consentimento deles em documento escrito contendo as informações já transmitidas. Entretanto, é importante ter em mente que a simples existência de um formulário de consentimento assinado pelo paciente não consiste em prova cabal de que o médico realmente cumpriu seu

dever de informação e possibilitou que o paciente exercesse seu consentimento de forma livre e esclarecida.

Da mesma forma, a inexistência do termo de consentimento esclarecido não acarreta presunção absoluta de que o consentimento esclarecido do paciente não tenha sido exercido. Nesse caso, o médico pode comprovar, por outros meios de prova, que forneceu todas as informações necessárias e que o paciente consentiu com o tratamento e/ou procedimento médico.

Ao tratar sobre o consentimento, o Código Civil estabelece, em seu artigo 15, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Uma leitura isolada e simplista deste artigo poderia conduzir ao entendimento de que somente se o procedimento médico apresentasse risco de morte é que o paciente poderia se negar a se submeter a ele. Entretanto, uma interpretação sistêmica do artigo, levando em consideração a principiologia constitucional, conduz à conclusão de que todo e qualquer procedimento médico deve ser precedido do consentimento informado do paciente, dos mais simples até aqueles essenciais para a manutenção da vida (BRASIL, 2002).

Frisa-se que ao deixar de prestar, com eficiência e clareza, as informações necessárias para que o paciente tome as decisões pertinentes a seu corpo e a sua saúde, o médico viola um dever de conduta, podendo ser responsabilizado pelos danos causados ao paciente em decorrência dessa violação.

Ademais, quando descumpra esse dever de informação ou quando desrespeita as decisões tomadas pelo paciente no livre exercício da sua autonomia privada, como se verá com mais detalhes adiante, o médico viola o direito subjetivo do paciente de se autodeterminar, de tomar as decisões atinentes à sua vida de acordo com suas crenças, valores e conceito de vida boa, o que, na realidade consiste em verdadeira violação ao princípio da dignidade humana.

Por via de regra, quando se trata de paciente capaz, o que legitima a intervenção do médico no corpo do paciente é a autorização deste. Caso essa intervenção não seja consentida ou viole a manifestação de vontade livre e esclarecida do paciente, ela passa a ser ilícita.

Assim, mesmo que não tenha ocorrido erro na execução do procedimento médico em si, poderá haver a responsabilização do médico em decorrência do descumprimento do seu dever de informar e da violação da autonomia do paciente, direito fundamental deste.

Por outro lado, necessariamente, o direito de autodeterminação é acompanhado da responsabilização pelas escolhas, não podendo o paciente que fez a escolha de forma livre e esclarecida imputar a responsabilidade destas escolhas ao médico. Assim, o direito do paciente de optar por não se submeter a um tratamento ou de escolher, entre as opções de tratamento, aquela que mais se adequa a seus projetos de vida, acarreta sua responsabilização pelas escolhas feitas. É o que assevera Bruno Torquato:

Cabe ressaltar, enfim, a noção de responsabilização do paciente. Afirmamos no decorrer do presente trabalho que a ele deve ser dado o poder de escolha. Isso implica, necessariamente, dizer que ele será responsável por ela. Caso contrário, não há que se falar em autonomia. Disso decorre a necessidade de pormenorizada avaliação de sua decisão. A responsabilidade afigura-se, portanto, como elemento condicionante do princípio da autonomia privada (NAVES; REZENDE, 2007).

Em se tratando de pessoas capazes, somente em situações excepcionais é que o médico deve agir para salvar a vida do paciente, independentemente de prévia autorização para o procedimento; conseqüentemente, o médico fica isento de responsabilidade sobre este aspecto (PEDROSA, 2016).

3.5 Situações em que o dever do médico de informar pode ser afastado

O dever do médico de prestar todos os esclarecimentos necessários para o exercício efetivo da autonomia pelo paciente, somente pode ser afastado em situações excepcionais, tais como: situações em que a informação é capaz de causar dano grave ao paciente; situações urgentes, em que não há tempo para que as informações sejam prestadas e situações em que o próprio paciente opta por não ser informado (SIQUEIRA, 2019).

Nas situações excepcionais em que fique constatado que a comunicação direta ao paciente acerca de seu quadro clínico poderá causar-lhe dano grave e irreparável, pode o médico deixar de prestar os esclarecimentos devidos, prestando as informações, neste caso, aos familiares. É o chamado privilégio terapêutico.

O Código de Ética Médica traz a possibilidade do privilégio terapêutico em seu artigo 34, segundo o qual é vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, neste caso, fazer a

comunicação a seu representante legal” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

Destaca-se que o privilégio terapêutico não pode servir de justificativa para condutas paternalistas, em que o médico se coloca como responsável por tomar as decisões atinentes ao paciente. Deve ser excepcional, ou seja, quando ficar demonstrado que a revelação das informações efetivamente causará danos graves ao paciente.

Não se justifica alegar privilégio terapêutico apenas em razão de o paciente ter uma doença grave, estar em situação de terminalidade ou ser idoso. Da mesma forma, não pode o privilégio terapêutico ser utilizado para evitar tristeza e preocupação para o paciente. Deve haver verdadeiro risco de que a comunicação naquele momento poderá ocasionar danos graves.

Mesmo nos casos em que houver razões para o privilégio terapêutico, se for possível o médico deve transmitir informações graduais, mesmo que incompletas, buscando alternativas para restaurar a autonomia do paciente.

Também nas situações urgentes, quando o quadro clínico exige que o médico aja imediatamente para preservar a integridade física e a vida do paciente, não havendo como postergar a intervenção sem o risco de causar grave dano, o dever de informar pode ser mitigado ou até afastado, se for inviável, em razão da urgência, prestar os esclarecimentos e colher o consentimento do paciente.

Nesses casos, prevalece o consentimento presumido, devendo o médico agir para preservar a integridade física e a vida do paciente, resguardando sua autonomia futura. Passada a situação de urgência, contudo, o médico tem o dever de prestar todas as informações sobre os procedimentos realizados e sobre o quadro clínico, colhendo o consentimento esclarecido do paciente para todas as intervenções posteriores.

Por fim, o dever do médico de informar pode ser afastado quando o próprio paciente renuncia ao direito de tomar conhecimento e de decidir sobre o seu próprio corpo e saúde, delegando este papel para o médico ou para terceiros. Neste caso, a manifestação de vontade do paciente de não ser informado, caso seja válida, também consiste em exercício de autonomia e deve ser respeitada.

Nessas situações, prevalece o consentimento presumido do paciente – em que se presume que o paciente tem interesse em manter sua vida –, sendo afastada a

responsabilidade civil do médico pelo não esclarecimento e pela ausência do consentimento expresso do paciente.

3.6 O exercício da autonomia por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade

As diretivas antecipadas de vontade, assim como o consentimento livre e esclarecido, são instrumentos de exercício da autonomia pelo paciente. Entretanto, enquanto o consentimento livre e esclarecido é prestado pelo paciente contemporaneamente à realização da intervenção médica, as diretivas antecipadas de vontade contemplam manifestações de vontade do paciente para o futuro, aplicáveis na hipótese de ele ficar impossibilitado de decidir sobre seus cuidados médicos. São instruções que o paciente prepara para orientar seu cuidado médico no futuro.

Conforme afirmam Maria de Fátima Freire Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, a justificativa para o surgimento das diretivas antecipadas foi a limitação da intervenção médica não curativa a determinadas situações terminais ou de inconsciência irreversível. Entretanto, houve uma significativa ampliação em sua utilização (SÁ; NAVES, 2018).

Assim, segundo Rodrigues, as diretivas antecipadas de vontade consistem em documentos que têm como objetivo informar que tipos de cuidados o paciente gostaria de ter e/ou quem deve ser o responsável por tomar essas decisões, dando ao paciente o direito de recusar tratamentos ou escolher dentre os possíveis, caso se torne incapaz de tomar decisões médicas no futuro, esteja o paciente ou não em situação de terminalidade ou em situação irreversível (RODRIGUES, 2013).

Posicionamento diverso é o de Luciana Dadalto, segundo a qual as Diretivas Antecipadas de Vontade são instrumentos utilizados para a manifestação da vontade em caso de doenças ameaçadoras da vida e não para quaisquer cuidados com a saúde, de modo que o mandato duradouro e o testamento vital são tidos como espécies daquelas (DADALTO, 2018).

No tocante às espécies de diretivas antecipadas, o mandato duradouro consiste na nomeação, por uma pessoa, de um ou mais mandatários que ficarão responsáveis por tomar as decisões atinentes aos cuidados médicos desta, caso ela fique impossibilitada de fazê-lo. Nesses casos, o mandatário deve decidir de acordo com a vontade do paciente, buscando tomar as decisões que ele acredita que o paciente

tomaria caso estivesse em condições de decidir. Ele estará agindo em nome do paciente, buscando garantir a autonomia deste mesmo em casos de inconsciência. Para que isso seja possível, é preciso que o mandatário tenha uma relação próxima com o paciente e tenha conhecimento de suas preferências e valores, que são os subsídios para tomar as decisões de acordo com a vontade do paciente e não de acordo com a sua própria vontade.

Já o testamento vital, ainda segundo Dadalto, é um documento voltado para situações de terminalidade da vida, ou seja, situações em que o paciente esteja com uma doença ameaçadora, fora de possibilidades terapêuticas e sem condições de manifestar sua vontade. Assim, por meio do testamento vital, a pessoa pode dispor, antecipadamente e enquanto ainda tiver condições para exercer sua autonomia, a que cuidados, tratamentos e procedimentos deseja ou não se submeter em caso de futura situação de terminalidade (DADALTO, 2018).

Independentemente desta classificação, as Diretivas Antecipadas são importantes instrumentos na concretização da autonomia do paciente, pois possibilitam que sua vontade, valores e projetos de vida também sejam respeitados em momentos em que ele esteja impossibilitado de decidir acerca dos seus cuidados médicos. Elas devem ser respeitadas pela equipe de saúde, familiares e sociedade em geral, garantindo-se, assim, a dignidade e a autonomia do paciente tanto em situações de terminalidade quanto em situações em que o paciente, por alguma razão, se encontra impossibilitado de decidir.

Assim como no caso do consentimento informado, as diretivas antecipadas de vontade também devem ser precedidas dos devidos esclarecimentos médicos sobre as consequências das decisões manifestadas, visto que, somente após tomar conhecimento dos eventuais tratamentos possíveis para determinadas situações e das consequências de cada um deles ou da sua recusa, o paciente poderá efetivamente manifestar sua vontade de forma livre.

As Diretivas Antecipadas de Vontade são negócios jurídicos unilaterais, gratuitos e personalíssimos, podendo ser revogadas ou alteradas a qualquer momento, até mesmo porque os valores e projetos de vida das pessoas estão sujeitos à constantes mudanças.

Frisa-se que, mesmo inconsciente ou impossibilitado de decidir naquele momento, os bens jurídicos envolvidos nas situações médicas – como o corpo, a saúde e a própria dignidade - são do paciente, e não da família, da sociedade ou do

médico. Assim, ainda que haja conflito entre a vontade da família e as diretivas deixadas pelo paciente, devem prevalecer essas últimas, sob pena de violação da autonomia e da própria dignidade do paciente.

Há que se ter em mente, porém, que a vontade manifestada pelo paciente deve ser lícita, não podendo conter disposições contrárias ao ordenamento jurídico, como a decisão pela eutanásia ativa, por exemplo, que é vedada pelo ordenamento pátrio, não obstante vários e sólidos argumentos a seu favor.

No Brasil, não há dispositivo legal regulamentando as Diretivas Antecipadas de Vontade; entretanto, não há dúvidas de que, com base em tudo o que se expôs, a principiologia do ordenamento jurídico garante sua validade.

Nesse sentido, em 09 de agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou a Resolução nº 1.995, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade do paciente, visando regulamentar a conduta do médico a este respeito.

Na resolução em questão, diretivas antecipadas de vontade foram definidas como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Apesar de não esgotar o tema, a resolução foi um avanço no tocante às diretivas antecipadas, vez que regulamentou, pela primeira vez, o dever do médico de respeitar a vontade manifestada previamente pelo paciente sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Frisa-se que o CFM não possui competência para legislar. Assim, a resolução e todos os outros atos normativos editados pelo Conselho não possuem força de lei. Eles não podem criar, extinguir ou modificar direitos, mas constituem importantes avanços no reconhecimento do dever do médico de respeitar as diretivas antecipadas de vontade.

Quanto à forma, o Enunciado Nº 37 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça recomenda que as Diretivas Antecipadas de Vontade devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular ou público, com duas testemunhas, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

3.7 A recusa de tratamento pelo paciente

Importante destacar que o paciente dotado do necessário discernimento tem o direito de escolher os tratamentos a que deseja se submeter, podendo, inclusive, se recusar a se submeter a qualquer tratamento, no exercício de sua autonomia privada, mesmo que a recusa implique risco de morte.

Assim, em contraposição a esse direito do paciente, há o dever do médico e de toda a equipe de respeitar a decisão tomada validamente por este, mesmo que ela traga como consequência sua morte. Não pode o médico considerar a vida como um dever do paciente, desrespeitando a autonomia, valores e projeto de vida deste sob o pretexto de manter um bem supostamente maior, qual seja, a vida.

No tocante à recusa de tratamento em razão de crença religiosa, ganham relevância os Testemunhas de Jeová e os membros da Ciência Cristã. Os Testemunhas de Jeová acreditam que a transfusão de sangue é proibida pela Bíblia e que, portanto, não devem se submeter a ela⁴.

Já a Ciência Cristã considera que as doenças podem ser curadas pela oração e, portanto, rechaça tratamentos médicos e a ingestão de medicamentos. Segundo informações constantes no site oficial da Ciência Cristã no Brasil

O tratamento está fundamentado no poder total do Espírito, Deus. Um sistema fundamentado no Espírito como sendo o único poder, normalmente não pode ser misturado com outros sistemas, tais como remédios que têm como base a matéria como sendo um poder (CIÊNCIA CRISTÃ, 2019).

Sobre o tema, analisando o artigo 15 do Código Civil, a V Jornada de Direito Civil editou o enunciado 403, que dispõe que o direito à inviolabilidade de consciência e de crença previsto no artigo 5º da Constituição da República se aplica também à pessoa que se nega a realizar tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2012).

Contudo, a recusa de tratamento nem sempre está atrelada à crença religiosa do paciente. É possível que a recusa seja justificada por outros motivos, como, por

⁴ Tal entendimento baseia-se em Gênesis 9.3-4 (Tudo quanto se move, que é vivente, será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde. A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis) e em Levítico 17.10 (E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do seu povo) (Gn 9, 3-4; Lv 17,10).

exemplo, o desejo de não ser submetido a tratamentos desgastantes, internações hospitalares, intervenções cirúrgicas muito invasivas, optando por esperar a evolução natural da doença. Quando se trata de pacientes capazes, estas escolhas cabem somente a eles, conforme seus valores, projetos de vida e conceitos do que seja bom e digno.

Faz-se necessário proteger não apenas a vida biológica, que tem seu significado definido pela ciência, mas também a vida biográfica, construída individualmente por cada um.

Alguns médicos e juristas, no entanto, ainda hoje, defendem que, em caso de risco de morte, o paciente deve ser submetido ao tratamento médico mesmo contra sua vontade. Tal entendimento, com a devida vênia, viola a autonomia privada do paciente e está ligado a uma visão sacra e paternalista da vida. Como se a vida fosse um bem supremo, mais valioso que qualquer outro, como o direito de crença, o respeito ao pluralismo e à dignidade, por exemplo. A visão da vida até mesmo como um dever.

Flávia Siqueira cita entrevista concedida por Nelson Hungria a Leonídio Ribeiro em que o jurista afirma que,

no caso em que o tratamento médico cirúrgico se apresente com caráter de necessidade, a licitude não está condicionada ao assentimento do enfermo ou da sua família. A preservação da existência de um homem não interessa somente a este e a sua família, senão também a sociedade em geral (RIBEIRO *apud* SIQUEIRA, 2019, p.145).

No entanto, esse entendimento não se coaduna com a nova principiologia constitucional, que garante a cada indivíduo o direito de decidir os rumos de sua própria vida. O reconhecimento da autonomia e do pluralismo impede que terceiros definam, aprioristicamente, quais bens jurídicos devem prevalecer em caso de conflito. Somente a pessoa poderá definir se o mais adequado para a realização da sua dignidade é a preponderância do seu conceito de dignidade ou das suas crenças, por exemplo, sobre a vida ou vice-versa. Desse modo, é direito do paciente abrir mão da própria vida em nome da realização de algum outro valor que para ele seja mais relevante.

Como visto, a dignidade não consiste em um conceito que pode ser aprioristicamente definido. Pelo contrário, em uma sociedade plural, característica do

Estado democrático de direito, cada pessoa constrói seu próprio conceito de vida digna, em consonância com seus valores, crenças e cultura.

Ademais, a vida, a saúde e o próprio corpo são aspectos íntimos da pessoa que não podem ser funcionalizados, sob pena de instrumentalização do ser humano. Assim, não há que se falar em um dever de viver ou de conservar a saúde para que se possam realizar interesses socialmente relevantes.

A despeito disso, como visto, quando se trata de situações graves, em que a recusa do tratamento pode ocasionar diminuição da integridade física do paciente ou até mesmo sua morte, é comum ver-se a autonomia do paciente ser deixada de lado para priorizar-se a vida e a integridade física.

Como exemplo, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o hospital ajuizou uma ação pretendendo obter uma decisão judicial obrigando uma paciente, adulta e capaz, a se submeter à transfusão sanguínea. Em sua manifestação, o hospital argumentou que “a liberdade religiosa não pode ferir o direito à vida”. Por sua vez, o relator entendeu que sequer era necessária a intervenção judicial no caso, visto que “o médico e a instituição hospitalar, ao prestarem seus serviços aos pacientes, têm o dever de realizar todo e qualquer procedimento técnico necessário para a manutenção da vida”, que “o consentimento do paciente somente é necessário quando inexistir perigo de vida” e que “o médico é obrigado a empregar todos os meios disponíveis para salvar a vida dos pacientes” (RIO GRANDE DO SUL, 2007).

Vê-se que tanto o hospital quanto o julgador hierarquizaram, a partir de suas próprias convicções pessoais, os valores do paciente. Consideraram a vida como mais importante que a convicção religiosa. Violaram a liberdade de autodeterminação do paciente e, conseqüentemente, sua dignidade.

Quando se trata de um paciente capaz, a decisão de se submeter ou não a intervenções médicas autorreferentes, com ou sem risco de vida, cabe somente a este. Até porque, assegurar a autonomia do paciente apenas no tocante a intervenções médicas que não são indispensáveis para a manutenção da vida consiste em postura paternalista, que visa assegurar o “bem” do paciente mesmo contra a sua vontade.

Contudo, como visto acima, o conceito de “bem” em uma sociedade democrática, que pressupõe o respeito ao pluralismo, não pode ser definido de forma

heterônoma. Cabe somente ao paciente decidir qual valor é mais importante para si e qual decisão é a mais adequada para realizar sua dignidade.

Ademais, não cabe a proteção da vida como um bem jurídico acima dos demais. O texto constitucional impõe o respeito e a proteção integral da pessoa, em todos seus aspectos, sejam eles religiosos, sociais, psicológicos, não havendo que se falar em um dever de proteção da vida biológica em detrimento de outros aspectos da personalidade; nem em uma hierarquia entre bens jurídicos da personalidade.

A recusa a tratamento vital não importa em desrespeitos à dignidade humana, mas em uma das formas de sua efetivação, a partir do respeito ao poder de autodeterminação e realização da personalidade do paciente.

Frisa-se que a recusa de tratamento não se confunde com a eutanásia ativa direta, prática tipificada pela legislação penal. Na eutanásia ativa direta, há a intenção de encurtar a vida do paciente e uma conduta para produzir o efeito morte. É a ação do médico que emprega meio eficiente para produzir a morte do paciente incurável e em estado de sofrimento. Na recusa de tratamento, não há uma ação do médico para abreviar a vida, mas permite-se tão somente o curso natural de uma doença, sem que seja realizada a intervenção médica recusada (SÁ; NAVES, 2018).

O direito do paciente de recusar ou suspender o tratamento, caso manifestado de forma válida, deve ser respeitado pela família, pela equipe de saúde, pelo Estado e pela sociedade em geral.

3.8 Requisitos de validade para o exercício da autonomia pelo paciente

O artigo 104 do Código Civil estabelece os requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, quais sejam, agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. Além dos referidos requisitos gerais, o exercício da autonomia nas situações médicas possui requisitos de validade especiais, que excepcionam ou complementam os requisitos gerais (SÁ, NAVES, 2018).

Quanto ao requisito da capacidade do agente, sem pretender analisar de forma aprofundada tal instituto jurídico, visto que não é objeto do presente estudo, o Código Civil atribui a todas as pessoas capacidade de direito, ou seja, a aptidão para ser titular de direitos e deveres. Já a capacidade de fato, ou seja, a capacidade para exercício dos direitos, é atribuída em função da maioridade civil, partindo-se da presunção de

que todas as pessoas, ao alcançarem a maioridade civil, são capazes para a prática dos atos da vida civil.

Entretanto, o regime de incapacidades previsto no Código Civil de 2002 baseia-se na lógica patrimonialista, tendo sido concebido para atender situações que envolvem negócios jurídicos e interesses de cunho econômico. A ideia é de que o incapaz deve ter seu patrimônio protegido, evitando-se negócios malsucedidos e, ao mesmo tempo, garantir segurança jurídica (RODRIGUES, 2013).

Contudo, este conceito de capacidade, estabelecido aprioristicamente pelo Código Civil e que, portanto, desconsidera as particularidades do caso concreto, não é suficiente para as situações existenciais. Nessas situações, que envolvem os aspectos da personalidade do indivíduo, o importante é que a pessoa tenha discernimento, ou seja, tenha condições de compreender a situação em que se encontra e tomar a decisão que mais se adequa aos seus valores e projetos de vida; sob pena de privar pessoas com discernimento do livre desenvolvimento de sua personalidade.

A esse respeito, cumpre transcrever a lição de Ribeiro:

[...] a competência do paciente deve ser medida por suas habilidades formais de julgar e valorar situações envolvendo seu estado de saúde e não pelo conteúdo de seus valores. Seria um equívoco considerar incompetente o paciente que possui valores distintos dos do médico ou da maioria das pessoas (RIBEIRO, 2010, p. 40).

Assim, para verificação da capacidade para o exercício da autonomia nas situações existenciais médicas, é necessário analisar, no caso concreto, se no momento da manifestação de vontade o paciente possui o necessário discernimento para entender a situação em que se encontra e as consequências de suas decisões, assumindo esses resultados e adequando a decisão a seus valores. Enfim, unindo discernimento e responsabilidade.

Conforme assevera Bruno Torquato:

Avaliando-se o caso concreto, por vezes poderá ser afastado o conceito genérico de capacidade, tendo-se em vista a adoção do critério da capacidade específica. Caso a pessoa possua condições de se orientar em uma tarefa particular, a ela devem ser atribuídos instrumentos que possibilitem o exercício de sua vontade, qual seja, a capacidade (NAVES; REZENDE, 2007, p.100).

Sem pretender esgotar a temática, entendemos ser possível que menores, orientados pelos pais, exerçam sua autonomia no tocante às situações médicas, caso se constate, no caso concreto, a existência do necessário discernimento acerca da situação e de suas consequências. Caso esse discernimento não seja suficiente para que o menor exerça sua autonomia de forma plena, é necessário que suas manifestações de vontade sejam levadas em consideração na tomada de decisão na medida de seu discernimento e desenvolvimento intelectual (autonomia progressiva) (LIMA; SÁ, 2016).

Ao tratar do consentimento livre e esclarecido, a Recomendação nº 1 de 2016 do CFM explicita que:

Crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, estão aptas a compreender e a manifestar sua vontade por intermédio do assentimento, de forma livre e autônoma, não devem ser afastadas do processo de informação e compreensão do procedimento médico que lhes é recomendado (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Caso interessante é o de Hannah Jones, uma menina inglesa que desde os cinco anos de idade enfrentava um tipo raro de leucemia. Aos 13 anos de idade, Hannah se recusou a se submeter a um transplante de coração, manifestando sua vontade de retornar para casa. Hannah e família foram informados de que o transplante de coração, caso bem-sucedido, poderia aumentar sua expectativa de vida; ela poderia tomar alguns medicamentos e, após alguns anos, se submeter a um novo transplante. Por outro lado, o risco de morte na sala de cirurgia seria alto e o procedimento poderia piorar o seu sistema imunológico (LIMA; SÁ, 2016).

Hannah, apoiada por seus pais, recusou-se a se submeter ao transplante. O hospital, então, cogitou a possibilidade de buscar uma decisão judicial para obrigar Hannah a se submeter ao procedimento cirúrgico. Entretanto, após ser avaliada por assistente social da instituição, ficou demonstrado que ela possuía consciência da decisão tomada e, diante disso, desistiram do procedimento judicial⁵.

Por outro lado, em se tratando de crianças ou adolescentes que não possuam o discernimento necessário para a tomada de decisão, entende-se que os tratamentos médicos urgentes e indispensáveis para assegurar a saúde e a vida da criança

⁵ Posteriormente, após ter sua decisão respeitada e voltado para casa, Hannah decidiu se submeter ao transplante, que foi bem-sucedido.

indicados pelo *standard* da medicina devem ser realizados, mesmo que isso seja conflitante com a vontade dos pais e eles se neguem a autorizar o procedimento. Caso os tratamentos indicados não sejam urgentes, mas sejam necessários, o médico poderá suprir a autorização dos pais por uma autorização judicial. A nosso ver, deve-se agir de forma a assegurar a autonomia futura do menor que ainda não possui o discernimento necessário para a tomada de decisão (LIMA; SÁ, 2016).

Da mesma forma, é possível que uma pessoa civilmente capaz, não possua condições cognitivas, psicológicas, pelo menos naquele momento, de discernir, ou seja, de decidir de forma consciente. Assim, “diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões” (SÁ; NAVES, 2018, p.108).

Em caso de ausência de capacidade do paciente, a tomada de decisões, seja pela família, pela equipe de saúde ou pelo Estado, deve ser voltada para a realização de interesses e em benefício do paciente e não de seus familiares ou de terceiros.

Somente o paciente que tenha discernimento suficiente para entender a situação médica, com as possibilidades terapêuticas e consequências das suas decisões, pode exercer validamente a sua autonomia.

Frisa-se que o discernimento, entretanto, não pode ser condicionado à capacidade de tomar decisões com grau ideal de racionalidade ou de conhecimento de mundo. Conforme assevera Flávia Siqueira:

No entanto, a autonomia enquanto direito não pode representar um ideal de perfeição, até porque a decisão impecável, com elevadíssimo grau de racionalidade, autogoverno e todas as demais características da autonomia enquanto ideal, dificilmente é atingível na realidade em virtude das próprias limitações humanas – afinal, o ser humano não é perfeito. Isso, no entanto, não é uma razão para que a autonomia e a dignidade dos pacientes não devam ser respeitadas.

Essa busca pela autonomia perfeita e por um elevado grau de racionalidade desvirtua a própria essência do direito à autodeterminação dos pacientes capazes, que não se refere ao direito de tomar as melhores decisões, mas sim de controlar o que acontece com o seu próprio corpo e de tomar livremente decisões que sejam suas, ainda que consideradas, pelo médico, ruins ou irracionais (SIQUEIRA, 2019, p.118).

Na ausência de discernimento e caso o paciente não tenha deixado diretivas antecipadas de vontade validamente elaboradas, não há como se falar em exercício válido da autonomia pelo paciente. Nesses casos, deve prevalecer a beneficência no sentido de realizar as intervenções indicadas pela medicina.

Como requisito especial, tem-se a informação. Para que o paciente exerça validamente sua autonomia, é imprescindível que o médico preste todas as informações referentes ao quadro clínico, às opções de tratamento, aos riscos e aos benefícios de cada um e às possíveis consequências das escolhas do paciente. Somente de posse dessas informações o paciente poderá efetivamente exercer sua autonomia, tomando a decisão que mais se adeque aos seus valores e projeto de vida.

Ao sonegar informações ou transmiti-las de forma tendenciosa, o médico viola o direito do paciente de decidir de forma livre, violando, dessa forma, o seu direito de autodeterminação.

Por fim, para que o exercício da autonomia pelo paciente seja válido, é necessário que

não haja condicionadores externos diretos à manifestação de vontade, isto é, a vontade deve ser livre, não podendo comportar quaisquer vícios, sejam sociais ou do consentimento, os únicos condicionamentos admitidos são os da própria consciência do paciente (SÁ; NAVES, 2018, p.109).

3.9 A vulnerabilidade e o exercício da autonomia pelo paciente

É comum que a doença e o processo de tentativa de restabelecimento da saúde faça com que os pacientes vivam situações mais intensas de medo, insegurança e ansiedade, ficando mais vulneráveis, mais frágeis.

“O termo vulnerabilidade é derivado do Latim (*vulnus*: ferida), e, referindo-se a pessoas, expressa de um modo geral a possibilidade de alguém ser ferido” (MORAIS, 2010).

Quanto maior a vulnerabilidade, maior deve ser a proteção. Entretanto, a maior vulnerabilidade do paciente não consiste, *prima facie*, em razão para que sua autonomia seja suprimida.

Conforme explica Pessini, a vulnerabilidade, no contexto da reflexão bioética, é discutida em três perspectivas: a vulnerabilidade como condição humana universal, pois todo ser humano é vulnerável, tanto em seus aspectos biológicos como em seus aspectos existenciais; a vulnerabilidade como característica particular de pessoas e grupos, definindo como vulneráveis aqueles com capacidade ou liberdade diminuída para consentir ou abster-se de consentir, e a vulnerabilidade como princípio ético

internacional. A Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos da Unesco, em seu artigo 8º, enuncia que (PESSINI, 2013):

A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada (UNESCO, 2005).

Todo ser humano é vulnerável por sua própria condição. O paciente, por normalmente se apresentar em um momento de maior vulnerabilidade, obviamente deve ser tratado com empatia e cuidado pelo médico, que deve buscar a melhor forma de lhe comunicar os aspectos relacionados à sua saúde, buscando o exercício ou a restauração de sua autonomia.

A vulnerabilidade, por si só, não pode representar, pelo menos em um primeiro momento, a limitação do exercício da autonomia pelo paciente. Até mesmo porque, ela faz parte da condição humana.

Somente em casos excepcionais, quando, por exemplo, em razão do elevado grau de vulnerabilidade, a capacidade de discernimento do paciente estiver afetada é que o médico e família poderão agir para resguardar sua autonomia futura, já que naquele momento ele não se encontra em condições de exercê-la.

3.10 O posicionamento do Conselho Federal de Medicina acerca do dever do médico de respeitar o exercício da autonomia pelo paciente

Os Conselhos Regionais e o Conselho Federal de Medicina são autarquias, ou seja, pessoas jurídicas de direito público, criadas pela Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957. São órgãos supervisores da ética profissional e, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, no âmbito administrativo (BRASIL, 1957; CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Compete ao Conselho Federal de Medicina votar e alterar o Código de Deontologia Médica, tendo, portanto, competência para regular o exercício da profissão. Importa destacar que o Código de Ética Médica e as demais resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina são normas jurídicas, mas não são leis. Assim, seu alcance é limitado, não podendo, obviamente contrariar a lei, nem limitar o exercício de direitos ou impor deveres aos cidadãos em geral. Sua competência

normativa refere-se à regulação do exercício da medicina, nos limites legais, vinculando, portanto, a comunidade médica.

Como será visto, o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018) de uma forma geral reconhece a autonomia do paciente para, após ser devidamente esclarecido, decidir acerca dos cuidados com a sua saúde. Entretanto, limita essa autonomia quando há risco de morte do paciente, adotando, a nosso ver, postura paternalista incompatível com o direito à autodeterminação.

Sobre o exercício da autonomia do paciente nas situações médicas, o Código de Ética Médica estabelece, em seu artigo 24, que é vedado ao médico deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

Em seu artigo 22, prevê que é expressamente vedado ao médico deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecer-lhe sobre o procedimento a ser realizado, **salvo em caso de risco iminente de morte** (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010, grifo nosso).

Na mesma linha, estabelece o artigo 31 do Código de Ética Médica que é vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas e terapêuticas, **salvo em caso de iminente risco de morte** (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010, grifo nosso).

Vê-se, então, que o Código de Ética Médica reconhece a autonomia do paciente, contudo, relativiza esse direito nos casos em que há risco iminente de morte. Ou seja, reconhece que o médico deve respeitar as escolhas do paciente, mas somente até o ponto em que essas escolhas não acarretem em risco de morte.

Como já discutido neste trabalho, quando houver risco de morte ou dano grave e o paciente não puder manifestar sua vontade, como nos casos em que o paciente está desacordado e a intervenção médica deve ser realizada com urgência, o médico realmente deve agir, independentemente do consentimento expresso do paciente. Entretanto, nas situações em que o paciente recusa o tratamento indispensável para a manutenção da sua vida, não há, a nosso ver, que se falar em autorização do médico para realizar a intervenção contra a vontade do paciente.

Entretanto, apesar de reconhecer a autonomia do paciente para decidir sobre as intervenções médicas a que deseja ou não se submeter, quando se trata de recusa de tratamento necessário para a manutenção da vida, o CFM desconsidera a

autonomia do paciente, entendendo pela permissão do médico para realizar a intervenção mesmo contra a vontade do paciente. Adota uma postura defensora da vida biológica, desconsiderando a vida biográfica, construída de forma individual.

No ano de 1980, o CFM editou a Resolução nº 1021/80, que estabelecia que:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1980).

Após anos, a Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová apresentou consulta ao CFM sugerindo sua revogação. Em 2014, no parecer 12/14 do CMF, ficou consignado que “urge a publicação de uma nova Resolução e consequente revogação da Resolução CFM nº 1021/80” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2014).

Contudo, somente em 16/09/2019 foi publicada uma nova resolução que revogou expressamente a Resolução 1021/80. Trata-se da Resolução nº 2.232/2019 do CFM, que estabelece as normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

Ela reconhece o direito do paciente capaz de recusar tratamento, contudo, em situações de urgência e emergência, que caracterizarem iminente perigo de morte, estabelece que o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica (art. 11).

Vê-se, assim, que no tocante à recusa de tratamento em casos urgentes de iminente perigo de vida, a posição do CFM se manteve a mesma de 1980. Na realidade, este posicionamento reflete uma postura paternalista, de proteção do paciente de suas próprias escolhas, como se a vida tivesse um valor absoluto e superior em relação a outros bens jurídicos do paciente, como sua liberdade e dignidade. Traduz uma visão sacra da vida biológica, como se ela tivesse que ser mantida a qualquer custo, pois, afinal de contas, seria o valor supremo de todo ser humano.

Contudo, tal posicionamento não se coaduna com o direito constitucional de liberdade e com o pluralismo característico do Estado democrático de direito. Somente o paciente, desde que competente para tanto, pode decidir qual decisão melhor se

adequa a seus valores, projeto de vida e conceito de dignidade. Para alguns, por exemplo, esperar o desenvolver natural de uma doença, sem se submeter a tratamentos e internações hospitalares se adequa mais a seu conceito de dignidade e a seus anseios. Para outros, a crença religiosa pode ser mais importante que a manutenção da vida. Não há como se estabelecer aprioristicamente a vida biológica como bem supremo a ser protegido, mesmo contra a vontade do paciente.

Assim, na opinião deste estudo, são inconstitucionais as normas emitidas pelo CFM que permitem que o médico realize intervenções médicas contra a vontade de paciente que manifestou sua vontade validamente. Ademais, deve-se ter em mente que o CFM não possui competência para legislar, não podendo, portanto, limitar o exercício da autonomia pelo paciente, nem estabelecer que um bem jurídico tem mais importância que outro.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é tema dos mais fascinantes de todo o Direito Civil, campo fértil de acalorados debates tanto na doutrina quanto nos tribunais pátrios. Antes, porém, de se aprofundar sobre seu estudo, cumpre esclarecer o sentido que deve ser atribuído ao termo responsabilidade.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho, “a palavra responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade (...)” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 45/46)

Trata-se, portanto, de

uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 47)

Durante muito tempo o instituto da responsabilidade civil se preocupou muito mais com a sanção a ser imposta ao causador do dano e, portanto, com a análise da culpa propriamente dita do que com a efetiva proteção e reparação da vítima. Conforme afirma Maria Celina Bodin Moraes:

O preceito romano *neminem laedere* ingressou na Idade Moderna pela via canônica. Toda violação de direitos era considerada pecado, e a salvação das almas era o objetivo precípuo da Igreja Católica, sendo suas as tarefas tanto de evitar-lhe a ocorrência quanto de examinar se malévolas a intenção do pecador. Fazia-se necessário, pois, distinguir entre o lícito e o proibido, entre o pecado grave e o leve e, subsequentemente, identificar formas cada vez mais sutis de culpa, como a negligência leve, a mentira e o engano, por exemplo. [...] Ressaltava aqui não o interesse da vítima, mas a existência do pecado e a sanção a ser aplicada. A sanção pelos danos culposos era, portanto, dirigida à consciência do ofensor, através de uma reprovação baseada na culpa como núcleo do pecado. (MORAES, 2009, p. 203.)

Na contemporaneidade, especialmente em decorrência da preocupação com a tutela da dignidade da pessoa humana, o foco da responsabilidade civil deixou de ser a punição do ofensor e passou a ser a proteção integral da vítima, buscando, sempre que possível, reestabelecer o *status quo ante*.

Como visto, com a promulgação da Constituição da República de 1988, o advento do Estado Democrático de Direito e o conseqüente rompimento da lógica

essencialmente patrimonialista, a construção de uma sociedade solidária foi eleita como um dos objetivos da República. Por isso mesmo, ainda segundo Moraes (2009), a solidariedade social passou a ser um dever juridicamente exigível e não mais um sentimento genérico de fraternidade.

Como consequência, ocorreram mudanças no tocante à responsabilidade civil. Assim, por exemplo, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Neto Braga e Nelson Rosenvald contam que:

[...] o foco da responsabilidade civil é deslocado da sanção ao ofensor para a tutela do ofendido. Em vez de buscar um culpado pela prática de um ilícito danoso – avaliando-se a moral de sua conduta -, quer-se encontrar um responsável pela reparação de danos injustos, mesmo que não se tenha violado um dever de conduta (teoria objetiva), mas simplesmente pela potencialidade de risco inerente à sua atividade ou por outras necessidades de se lhe imputar a obrigação de indenizar. (FARIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p. 49)

No mesmo sentido, a responsabilidade civil passou a ser guiada também pelo Princípio da Reparação Integral da Vítima. Seu objetivo principal passou a ser restituir o ofendido ao estado anterior à lesão, buscando, sempre que possível, reestabelecer a situação anterior a esta.

Isso significa que o objetivo principal deve ser, desde que possível, a restituição do ofendido ao *status quo ante*, restituindo-lhe o bem jurídico lesado. Não sendo possível essa reparação específica, ela será convertida em pecúnia, por intermédio de uma indenização e/ou compensação.

No presente capítulo, serão abordados alguns aspectos gerais relacionados ao referido instituto, como as espécies de responsabilidade (negocial e extranegocial; subjetiva e objetiva) abordando seus pressupostos e características gerais. O objetivo, evidentemente, não é esgotar o tema, mas, sim, lançar as bases necessárias para abordar o objeto principal do presente trabalho, qual seja, a responsabilidade do médico pela violação da autonomia do paciente.

4.1 Responsabilidade negocial e extranegocial

Tradicionalmente, a responsabilidade civil é dividida em negocial (contratual) e extranegocial (aquiliana). Trata-se de distinção baseada no fundamento da imputação do dano. Isso porque, a responsabilidade pode advir tanto da violação de deveres inerentes a uma relação obrigacional previamente constituída, como da violação de

um preceito normativo que regula a vida de um modo geral (o de não causar dano a outrem – *neminem laedere*).

No primeiro caso, tem-se a responsabilidade negocial. No segundo caso, a responsabilidade extranegocial, tradicionalmente conhecida como aquiliana.

Frisa-se que a responsabilidade civil negocial é normalmente denominada de responsabilidade contratual. De fato, grande parte das relações obrigacionais decorre de um contrato firmado pelas partes, alguns por escrito, outros verbais e até mesmo tacitamente.

Contudo, pode acontecer de a relação jurídica advir também de um negócio jurídico diverso, como aquele que nasce de um único comportamento ou manifestação de vontade (unilateral), que não assume a forma contratual. A título de exemplo, nos termos do art. 861 e seguintes do Código Civil, a gestão de negócios pode dar origem a uma relação obrigacional entre as partes envolvidas – gestor e o dono do negócio - que também pode ser inadimplida, implicando, portanto, o surgimento de uma responsabilidade que, em tese, estaria inserida no campo negocial, haja vista a existência de uma relação anterior entre as partes. Por isso mesmo, Rosenvald, Braga Netto e Farias (2017), ao invés de usarem as expressões responsabilidade contratual e extracontratual, optam pelo uso das expressões responsabilidade negocial e extranegocial, as quais serão aqui utilizadas, exatamente por serem mais abrangentes.

Nesse sentido, como frisado, a responsabilidade extranegocial se distingue da negocial em virtude da inexistência de prévia relação obrigacional entre as partes. Nesta modalidade de responsabilidade, há a violação de um dever geral de não causar danos, surgindo o dever de indenizar, não obstante a inexistência de anterior relação obrigacional entre os envolvidos.

Não são raras as situações, contudo, em que, mesmo havendo um vínculo previamente constituído entre as partes, ocorre a violação a um dever geral de cuidado, imposto pelo ordenamento jurídico de forma geral e abstrata. Por isso mesmo, Rosenvald, Braga Netto e Farias admitem uma espécie de concurso de responsabilidades (negocial e extranegocial). É, aliás, o que se extrai da seguinte passagem:

Reiteramos, portanto, nossa clara defesa pela adoção do regime geral de responsabilidade civil sempre que o dano extrapole as regras concebidas pelas partes e corresponda verdadeiramente a um descumprimento de um dever de cuidado oponível em caráter erga omnes. Implicitamente daí decorre a impossibilidade de mistura de regimes ao bel prazer do lesado, ou mesmo

a criação de um terceiro regime de responsabilidade que lhe possa conferir aquilo que há de mais vantajoso em um ou outro sistema. Vale dizer, aferida a origem extranegocial da lesão, ofensor e ofendido respeitarão as regras relativas à responsabilidade civil, com os seus bônus e ônus. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2014, p. 101).

Talvez por isso seja possível falar em uma interpenetração entre as duas modalidades de responsabilidades, havendo uma clara tendência no sentido de aproximá-las. É, aliás, o que observam mais uma vez Rosenvald, Braga Netto e Farias, segundo os quais “A natural aproximação entre os dois setores é tendência absolutamente compreensível em ordenamentos jurídicos complexos e abertos aos influxos da realidade.” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO 2014, p. 93/94)

No mesmo sentido, afirma Leonardo Poli que:

Com a superação do paradigma liberal, talvez a tendência seja uma progressiva fusão entre as duas espécies de responsabilidade civil. Segundo Alpa, tal dicotomia decorre de uma visão distorcida da realidade que induziu tanto os tribunais como a doutrina a criar uma separação radical entre tort e contract. (POLI, in: FIUZA, 2004, p. 294)

Não obstante a supracitada tendência, existem diferenças significativas entre a responsabilidade negocial e extranegocial. A título de exemplo, no âmbito da responsabilidade negocial, a depender do caso, é possível, por meio de uma cláusula penal compensatória, pré-fixar a indenização a título de perdas e danos, o que não é possível na responsabilidade extranegocial⁶. Na responsabilidade extranegocial, via de regra, cabe à vítima provar os pressupostos da responsabilidade civil. Assim, por exemplo, em se tratando de responsabilidade subjetiva, deve a vítima provar o ato ilícito praticado pelo agente, a culpa, o dano material ou moral por ela sofrido e o nexo causal entre ambos. Por sua vez, na responsabilidade civil negocial, o simples fato de ter havido o inadimplemento, por si só, dá origem à obrigação de indenizar. Neste caso, cabe ao devedor (e não ao credor) o ônus da prova visando a afastá-la. É, aliás, o que se extrai do Enunciado 548 do Conselho de Justiça Federal: “Caracterizada a violação de dever contratual, incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que o fato causador do dano não lhe pode ser imputado.” (FEDERAL, 2013). Percebe-se, portanto, que, via de regra, na responsabilidade civil negocial, a culpa do agente é

⁶ Frisa-se que, nas relações regidas pelo CDC, é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar. (Artigo 25 da Lei 8.078/90)

presumida, enquanto na responsabilidade civil extranegocial, geralmente, ela deve ser comprovada pela vítima.

4.2 Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva

Outra divisão extremamente relevante no tocante à presente temática, é a que distingue a responsabilidade em subjetiva e objetiva. A primeira tem como pressupostos: um ato ilícito, seja ele fundado na culpa ou abuso de direito por parte do agente; um dano e, por fim, o nexos causal entre ambos.

4.2.1 Ato ilícito

O Código Civil de 2002 utiliza o termo ilícito em dois sentidos distintos: amplo e estrito. O ilícito em sentido amplo é sinônimo de antijurídico, isto é, ato contrário a nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, o ilícito em sentido estrito é aquele ato que, além de antijurídico, é também culpável, isto é, pressupõe a culpabilidade como um de seus elementos precípuos. É, aliás, o que se extrai do art. 186 do Código Civil, segundo o qual: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002).

A culpabilidade, portanto, é claramente aqui empregada em sentido amplo, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito. A diferença entre ambos decorre do fato de a conduta dolosa já nascer ilícita, uma vez que intencionalmente dirigida à obtenção de um resultado antijurídico. Por sua vez, a conduta culposa nasce lícita, porém se torna ilícita em virtude da violação a um dever de cuidado, seja em decorrência de um comportamento imprudente, negligente ou imperito por parte do agente.

Diferentemente do que ocorre no âmbito penal, a diferença entre dolo e culpa não tem a mesma relevância no tocante à responsabilidade civil. Ao contrário da pena, a indenização mede-se, via de regra, pela extensão do dano sofrido pela vítima (princípio da reparação integral), e não pela culpabilidade do agente. Excepcionalmente, contudo, essa regra é afastada. É o que acontece nos negócios jurídicos benéficos, ou seja, no campo da responsabilidade negocial, nos quais aquele que realiza a liberalidade responde apenas em virtude de um comportamento doloso

(ou em caso de culpa grave, aqui equiparada ao dolo), enquanto o beneficiário responde também em virtude de culpa. É, aliás, o que dispõe o Art. 392 do Código Civil: “Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.” (BRASIL, 2002).

Por outro lado, o abuso de direito, embora também caracterize um ilícito, ao menos em sentido amplo, independe de culpa por parte do agente. Trata-se, portanto, de um ato antijurídico, porém, que não depende da culpa para sua caracterização. É, aliás, o que se depreende do art. 187 do Código Civil, segundo o qual: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, ressalta Leonardo Poli:

Em sentido amplo, ato ilícito seria sinônimo de ato antijurídico, seria o ato contrário ao ordenamento jurídico.

Como regra, ato ilícito em sentido estrito seria espécie de ato antijurídico, seria o ato jurídico, culpável, que causa dano.

Em relação ao art. 187, portanto, considerar-se-ia o conceito de ato ilícito em sentido amplo.

Em outras palavras, o ato ilícito em sentido amplo caracteriza-se pelo aspecto objetivo da ilicitude e o ato ilícito em sentido estrito, por seu aspecto subjetivo. Neste ponto, ato ilícito e abuso de direito se distanciam. Em que pesem as teorias subjetivas sobre o abuso de direito, a tendência em nosso ordenamento jurídico tem sido a de fundamentá-lo objetivamente. (POLI, in: FIUZA, 2004, p. 294)

Sendo assim, é possível falar que o abuso do direito encontra-se dentro da responsabilidade subjetiva, ainda que não pressuponha um comportamento culposo do agente. Por isso mesmo, apesar de corrente essa afirmação, parece não ser correto apontar a culpabilidade como fundamento indispensável da responsabilidade subjetiva, mas, sim, a antijuridicidade, aqui entendida em sentido amplo, abrangendo o ato ilícito em sentido estrito (art. 186) e o abuso de direito (art.187).

Frisa-se que, ao definir o ato ilícito, o art. 186 do Estatuto Civil acabou pecando pelo excesso, prevendo o dano como uma consequência necessária deste. Ocorre que, nem todo ilícito ensejará dano e, portanto, o dever de indenizar.

A esse respeito, abordando os efeitos que podem advir do ato ilícito, afirma César Fiuza que:

Para o direito civil, tais efeitos podem ser os mais variados, dependendo das consequências do ilícito. Assim, teremos, quanto a esses efeitos, ilícitos indenizantes, porque geram como efeito a indenização dos eventuais danos causados; ilícitos caducificantes, porque geram a perda de um direito para seu autor (por exemplo, a perda do poder familiar para o genitor que maltrata os filhos); ilícitos invalidantes, que anulam o ato praticado ilicitamente (por exemplo, o contrato celebrado sob coação), e, finalmente, ilícitos autorizantes, uma vez que autorizam a vítima a praticar um ato, no intuito de neutralizá-los, como o doador que fica autorizado a revogar a doação, nos casos de ingratidão do donatário. (FIUZA, 2004, p. 282)

Assim, o ilícito indenizante, isto é, aquele que causa dano, é apenas uma das espécies de ilícito, de modo que o dano não pode ser apontado como um elemento indispensável para que a conduta seja contrária ao ordenamento jurídico, como dá a entender o citado art. 186 do Estatuto Civil.

Além do ato ilícito, seja ele fundado em comportamento culposos ou um abuso de direito, o dano também é imprescindível para imputar à alguém o dever de indenizar, sobretudo no campo da responsabilidade extranegocial.

4.2.2 Dano

O dano é entendido como a lesão a um bem jurídico, isto é, a ofensa a um bem, corpóreo ou incorpóreo, patrimonial ou extrapatrimonial, merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico.

Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho afirmam que “Nesses termos, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO 2014, p. 82)

Contudo, durante muito tempo apenas o patrimônio era objeto de tutela por parte do Direito Civil. Conforme anteriormente ressaltado, apenas o crédito e a propriedade eram merecedores de proteção por parte do direito privado, o qual mantinha-se ao largo das questões existenciais, relacionadas à dignidade da pessoa humana. Por isso mesmo, só se admitia o dano material, não se cogitando de outras espécies de danos, como o moral e o estético, por exemplo.

Por dano material entende-se aquele que atinge um bem suscetível de avaliação econômica, que integra, portanto, o patrimônio da vítima, causando-lhe uma diminuição. Daí, portanto, o direito desta a uma reparação (indenização) pelas perdas e danos sofridos, que, nos termos do art. 402 do Código Civil, salvo as exceções

expressamente previstas em lei, abrangem, além do que a vítima efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar. Isso significa que as perdas e danos devem compreender não apenas o dano emergente, como também o lucro cessante.

O dano emergente compreende o prejuízo efetivamente sofrido pela vítima, isto é, a diminuição patrimonial por ela já experimentada. Por sua vez, os lucros cessantes correspondem àquilo que ela deixou de ganhar, ou seja, a perda de um ganho esperado.

Nesse sentido, cumpre trazer a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. (GONÇALVES, 2008, p. 343/344)

Em se tratando de dano material, cabe à vítima demonstrar sua extensão. Isso porque, nos termos do art. 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano (princípio da reparação integral). Sendo assim, é ônus da vítima comprovar não apenas o dano por ela sofrido, como também sua extensão, isto é, a dimensão da diminuição patrimonial por ela experimentada, o que vale não apenas para o dano emergente, como também para o lucro cessante, o que, aliás, pode ensejar um série de dificuldades do ponto de vista prático, sobretudo em relação a este último.

Além dos danos emergentes e lucros cessantes, outras consequências poderão advir do ato ilícito praticado pelo agente, também incidentes sobre o patrimônio da vítima ou das pessoas que dela dependiam diretamente. No caso de homicídio, por exemplo, nos termos do art. 948, II, do Código Civil, prevê o legislador a possibilidade de condenação do agente a prestar alimentos àqueles que dependiam economicamente da vítima. Neste caso, leva-se em conta a duração provável da vida da vítima, assim como a renda que ela tinha em vida, devendo ser deduzido esse valor, 1/3 (um terço), o qual entende-se destinado à manutenção do próprio falecido.

A esse respeito, convém transcrever as observações de Sílvio de Salvo Venosa:

[...] entende-se que o valor da pensão deve ser fixado em 2/3 dos ganhos da vítima, porque, presumivelmente, 1/3 era destinado à própria manutenção do falecido. Se vários são os beneficiários, vários irmãos por exemplo, os julgados têm admitido o direito de acrescer entre eles, de molde que a pensão

se mantenha íntegra quando se extingue em relação a uns que atingem a maioria, aumentando o montante dos remanescentes. Quanto à duração da pensão, leva-se em consideração a vida presumível do morto. A jurisprudência tem entendido que esse limite é a idade presumida de 65/70 anos. Há tendência de que essa expectativa de vida em nosso país seja mais elevada, o que deverá majorar essa probabilidade. A pensão é devida aos filhos menores até que estes atinjam a maioria, ou até 24/25 anos, quando presumivelmente se casam ou concluem curso universitário estabelecem-se fora do lar. (VENOSA, 2012, p. 329.)

Quanto aos danos morais, ressalta-se que, como asseveram Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2017), até meados dos anos 1960 a responsabilidade civil se ocupava apenas dos danos materiais, prevalecendo o entendimento de que não seria possível a reparação de danos morais devido à ausência de equivalência entre o bem jurídico lesado e a indenização/compensação. Evidentemente, esse entendimento conduzia a inúmeras injustiças.

Posteriormente, alguns julgados chegaram a reconhecer o dano moral puro. Foi, contudo, o Texto Constitucional de 1988 que, atento à necessidade de conferir primazia à proteção da pessoa humana e à despatrimonialização das relações jurídicas, previu expressamente a reparação do dano a atributos extrapatrimoniais, afastando de vez a discussão no tocante a essa questão.

Com o advento do Código Civil de 2002, por sua vez, a tutela desses atributos existenciais mereceu um destaque especial, sendo expressamente consagrada uma categoria nova de direitos, chamada de direitos de personalidade, cujo objetivo precípua é a tutela não dos aspectos patrimoniais, que até então gozavam de primazia no ordenamento cível, mas, sim, dos aspectos inerentes à esfera existencial da pessoa humana, como a honra, a imagem, o nome, dentre outros.

Assim, resta totalmente superada a discussão no tocante à possibilidade do dano moral, que se caracteriza por atingir aspectos não patrimoniais da pessoa humana, mas que, indiscutivelmente, são dignos de tutela por parte do ordenamento jurídico.

Dentro desse novo contexto, sejam os danos patrimoniais ou morais, a principal função da responsabilidade civil é a tutela da vítima, buscando, via de regra, a recomposição ou reparação de seus bens lesados, e, caso isso não seja possível, o estabelecimento de uma compensação, ainda que em pecúnia.

Isso porque, no âmbito dos danos morais, a restituição ao *status quo ante* muitas vezes afigura-se absolutamente impossível, visto que, por recair a lesão sobre bens extrapatrimoniais tão caros à pessoa humana, uma vez violados, não há como

restituí-los ao estado anterior. É o caso, por exemplo, das ofensas à saúde, à integridade física e psíquica e à autonomia privada existencial.

Nesses casos, sendo inviável a reparação específica do bem lesado, a proteção da vítima dar-se-á, dentre outras formas, de maneira compensatória, objetivando amenizar o dano causado, mesmo que de forma imperfeita, visto que os bens de natureza extrapatrimonial nunca são suscetíveis de avaliação pecuniária.

Cumprе observar, porém, que a compensação pecuniária não é o único instrumento que pode ser utilizado em caso de dano moral. Ao contrário, outros remédios podem igualmente ser empregados pelas vítimas dos aludidos danos, como é o caso do pedido de retratação, por exemplo, o qual consiste em um pedido de desculpas, por meio do qual o ofensor desmente o que foi dito anteriormente. Com isso, pretende-se amenizar o dano à imagem da vítima, por exemplo.

Importante ressaltar, contudo, que a utilização deste instrumento não afasta necessariamente a possibilidade de compensação pecuniária. É, aliás, o que já decidiu o STJ, no REsp n. 959565 – SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. CONDENAÇÃO APENAS À RETRATAÇÃO PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA. INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL. 1. Limitação da reparação por danos morais pelo tribunal de origem à retratação junto à imprensa. 2. A reparação natural do dano moral, mesmo se tratando de pessoa jurídica, não se mostra suficiente para a compensação dos prejuízos sofridos pelo lesado. 3. Concreção do princípio da reparação integral, determinando a imposição de indenização pecuniária como compensação pelos danos morais sofridos pela empresa lesada. 4. Sentença restabelecida, mantendo-se o valor da indenização por ela arbitrado com razoabilidade. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ESPECIAL Nº 959.565 - SP (2007/0133636-7). (STJ, 2011, on-line)

Ademais, em se tratando de dano moral, também pode desempenhar importante função a tutela inibitória, a qual objetiva exatamente evitar que o dano se concretize.

Nesse sentido, aliás, urge ressaltar que o art. 12 do Estatuto Civil estabelece que “Pode-se exigir que **cesse a ameaça**, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, **sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.**” (grifo nosso)

Percebe-se, que o próprio Código Civil reconhece, no tocante à tutela dos direitos de personalidade, a possibilidade de se utilizar a tutela inibitória, ressaltando, ademais, outros instrumentos que também podem ser eficazes em relação à tutela dos aspectos existenciais, como o pedido de retratação, acima ressaltado.

Ainda no que tange à tutela inibitória, importa transcrever o disposto no parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil, que muito avançou em relação a essa questão, sobretudo pelo fato de dispensar a demonstração de dolo ou culpa para que a vítima possa usufruir da tutela estatal exatamente com objetivo de evitar que o dano se concretize.

Art. 497 do CPC: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é **irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo**”. (Grifo nosso) (BRASIL, 2015)

No tocante aos possíveis danos sofridos pela vítima, também merece menção a existência de uma terceira categoria, distinta, portanto, do dano material e moral, a saber: o dano estético.

Trata-se, no entanto, de questão que gerou uma certa polêmica inicial. Até porque, comumente, o dano estético era visto como uma espécie de dano moral. Assim, por exemplo, afirma Cavalieri Filho que:

[...] continuo convicto de que o dano estético é modalidade do dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento. Em razão da sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 102)

Contudo, no âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão com a edição da Súmula 387, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.” (BRASIL, 2009)

Não obstante, persiste, no tocante ao tema, outra questão de grande importância prática, que diz respeito aos elementos necessários para a caracterização do referido dano. Isso porque, o STJ já se manifestou no sentido de que no dano

estético ocorreria uma “alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa.” (STJ, 1995). Em linhas gerais, o aludido dano teria como pressuposto uma situação de enfeamento da vítima, caracterizando-se, portanto, como uma ofensa a sua aparência externa. Por sua vez, Rosenvald, Farias e Braga Netto adotam uma concepção mais ampla no tocante ao dano estético. Segundo eles:

[...] o dano estético não se resume a uma ofensa em face da ‘aparência externa da pessoa’, ou mesmo que lhe conduza a um enfeamento. É um equívoco aproximar o conceito artístico do estético como ‘belo’ da definição jurídica (e ampla) do dano estético, como transformação da integridade física. [...]
Para além da visão clássica da dano estético como a desfiguração do ofendido por uma enorme cicatriz ou aleijão, deve ele ser identificado também naqueles casos em que há uma permanente mitigação da pessoa de se servir de seu corpo de forma eficiente. (FARIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO 2017, 405)

Isso significa que, havendo a ofensa definitiva ou ao menos duradoura à integridade física, caracterizada, por exemplo, pela perda de um órgão, ainda que não afete a aparência externa da vítima, será suficiente para caracterizar o dano estético. Trata-se, portanto, de uma concepção mais ampla de dano estético.

4.2.3. Nexo Causal

Além do ato ilícito e do dano, a responsabilidade civil pressupõe também o nexos causal, que será a seguir analisado.

O nexos causal deve ser entendido como o elo de ligação existente entre o ato ilícito praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima.

Existem, diversas teorias no que tange à questão. A principal delas estabelece que o dano deve ser uma consequência direta e imediata da conduta. É possível citar também a teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*); a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata.

Sem aprofundar o debate no tocante ao tema, até porque não é o objeto principal do presente estudo, cumpre apresentar, ainda que resumidamente, as características principais de cada uma dessas teorias.

A teoria da *conditio sine qua non*, parte do pressuposto de que toda e qualquer circunstância que, de alguma forma, tenha contribuído para o evento danoso, deve

ser considerada causa deste. Para definir, porém, se ela contribuiu ou não para a ocorrência do dano basta analisar a cadeia causal e, por meio de uma operação mental, dela retirar a circunstância objeto de análise. Ato contínuo, se mesmo assim, ou seja, mesmo com a retirada da referida circunstância, chegar-se à conclusão que o evento danoso irá ocorrer, a circunstância não pode ser apontada como causa do dano. Em contrapartida, se o dano deixar de ocorrer, o nexo de causalidade restará evidenciado (*conditio sine qua non*).

Por pecar pelo excesso, contudo, essa teoria tem pouca aplicação prática, não sendo bem acolhida na doutrina, bem como em nossos tribunais. Por isso mesmo, ganha força a segunda teoria, da causalidade adequada, segundo a qual somente pode ser considerada causa do evento danoso aquela circunstância que, abstratamente considerada, for adequada para produzir o resultado danoso sofrido pela vítima. Isso significa que nem toda circunstância será considerada causa do dano, ainda que tenha contribuído para este, mas tão somente aquela que, repita-se, em abstrato, for adequada para produzi-lo.

Por fim, a teoria da causalidade direta e imediata parte do pressuposto de que somente será considerada causa do evento danoso aquela circunstância do qual o dano derive direta e imediatamente. A ideia, portanto, não é analisar a cadeia causal como um todo e verificar, dentre todas as circunstâncias que a compõem, aquela que, em abstrato, é adequada para produzir o evento danoso, mas, sim, identificar de qual circunstância esse dano deriva diretamente.

As duas últimas teorias (a da causalidade adequada e da causalidade direta e imediata) são as que encontram o maior número de adeptos na doutrina e nas decisões judiciais. Importa observar, porém, que, não obstante o disposto no art. 403 do Código Civil, segundo o qual “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”, o qual dá a entender que teria sido adotada, em nosso ordenamento jurídico, a teoria da causalidade direta e imediata, razão assiste àqueles que admitem a possibilidade de aplicação também da teoria da causalidade adequada, a depender das especificidades do caso concreto. É, aliás, o que ressalta Cavalieri Filho:

À luz dos exposto é forçoso concluir que, não obstante as teorias existentes sobre o nexo causal e tudo quanto já se escreveu sobre o tema, o problema da causalidade, como ressaltamos, não encontra solução numa fórmula

simples e unitária, válida para todos os casos. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 52)

4.2.4. Do Rompimento do nexo causal

Como visto, independentemente da teoria adotada, o nexos causal é imprescindível para imputar à alguém o dever de indenizar, o que, aliás, vale não apenas para a responsabilidade subjetiva, como, também, para a responsabilidade objetiva, que será analisada adiante.

Ocorre que, determinadas situações podem romper o nexos causal entre o comportamento do agente e o dano sofrido pela vítima, afastando, conseqüentemente, o dever de indenizar. Dentre outras situações, é o caso da culpa exclusiva da vítima, do fato de terceiro, do caso fortuito e da força maior.

A esse respeito, nos termos do art. 945, “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”(BRASIL, 2002). No caso em questão, trata-se de culpa concorrente, que não afasta o dever de indenizar, mas tão somente reduz o valor da indenização, proporcionalmente à contribuição da vítima para o evento danoso. Em contrapartida, havendo culpa exclusiva da vítima, ao invés da simples redução do valor da indenização, haverá o afastamento do dever de indenizar, exatamente em virtude do rompimento do nexos causal.

Por sua vez, o fato de terceiro, de acordo com o entendimento dominante, também poderá romper o nexos causal. É o que acontece, por exemplo, quando o causador do dano, na verdade, foi um simples instrumento impulsionado por um terceiro, este sim, o verdadeiro responsável pelo evento danoso. É o que acontece, por exemplo, quando um carro se choca com outro, vindo a ocorrer, em virtude da batida, o atropelamento de um pedestre. Neste caso, resta evidente que não há nexos de causalidade entre o comportamento do motorista que atropelou e a vítima do atropelamento, o qual foi rompido exatamente pelo comportamento de terceiro, no caso, o primeiro motorista. É, alias, o que destacam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “Note-se que, a princípio, desde que haja a atuação causal de um terceiro, sem que possa imputer participação do autor do dano, o elo de causalidade restaria rompido.” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, p. 116)

Todavia, a matéria não é pacífica. Em algumas situações, a incidência dessa causa excludente é afastada expressamente. A título de exemplo, dispõe o art. 735

do Código Civil que: “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.” (BRASIL, 2002)

Por fim, o caso fortuito e a força maior também tem o condão, via de regra, de romper o nexos causal. Existe, contudo, enorme controvérsia na doutrina no que tange ao sentido dos dois termos. É comum, por exemplo, associar a força maior a um evento da natureza e o fortuito à atuação humana. Por outro lado, o fortuito costuma ser associado também ao acaso, enquanto a força maior àquilo que, embora previsível, é inevitável no que tange a suas consequências.

Ressaltando essa divergência conceitual, afirma Cavalieri Filho que:

Muito já se discutiu sobre a diferença entre o caso fortuito e a força maior, mas até hoje não se chegou a um entendimento uniforme. O que é indiscutível é que tanto um como outro estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 65)

De um modo geral, porém, essa diferença acaba sendo de menor importância do ponto de vista prático. Isso porque, as consequências daí advindas serão exatamente as mesmas, ou seja, rompimento do nexos causal, afastando o dever de indenizar.

4.2.5 Responsabilidade civil objetiva

Como ressaltado, na responsabilidade subjetiva, o dever de reparar decorre de danos injustos causados em virtude de um ato antijurídico, ou seja, um ato contrário a nosso ordenamento jurídico, seja ele advindo de um comportamento culposo ou do exercício abusivo de um direito.

Com o desenvolvimento industrial, contudo, chegou-se à conclusão que essa modalidade de responsabilidade já não era mais suficiente para proteger as vítimas dos danos. Até porque, não eram raros os danos advindos do exercício de atividades de risco, sem que se pudesse aferir, com segurança, a culpabilidade do suposto agente causador do dano.

Tal fato, aliás, foi muito bem observado por Adriano Stanley:

Com a Revolução Industrial, o mundo experimentou uma verdadeira explosão de inventos das mais diversas maquinarias que, por sua vez, fomentaram a indústria, aumentando ainda mais a riqueza dos industriais daquela época. Com o advento destas novas máquinas, absolutamente desconhecidas para os trabalhadores de então, estes se tornavam vítimas frequentes de inúmeros acidentes trabalhistas, provocados pelos seus desconhecimentos naturais na operacionalização de suas novas ferramentas de trabalho. Obviamente, a produção de tal prova era impossível em algumas situações. Como poderia, por exemplo, um simples trabalhador fazer prova de que o acidente que lhe vitimara na fábrica fora causado por culpa de seu patrão? Patrão este que, muitas vezes, nem dentro do estabelecimento se encontrava? (SOUZA, 2015, p. 58.)

Daí, portanto, a necessidade de se conceber uma nova modalidade de responsabilidade, que, no intuito de conferir à vítima uma proteção mais efetiva, prescindisse da perquirição da ilicitude da atuação do agente. Trata-se da responsabilidade objetiva, que, segundo Rosenvald, Braga Netto e Farias (2017), implica uma ruptura com o sistema até então dominante. Mesmo porque,

Não há que se fazer um recorte entre a licitude ou ilicitude do comportamento do agente, pois isso simplesmente não interessa nos casos em que se aplica a teoria objetiva! É despendioso perquirir se o ato comissivo ou omissivo que causou o dano foi ou não antijurídico, pois o pressuposto do fato ilícito é simplesmente descartado na doutrina objetiva. Em nenhum momento faz-se uma investigação da antijuridicidade do ato, mas apenas do liame causal entre o comportamento do agente (seja ele lícito ou ilícito) e o dano injusto. (FARIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p. 519.)

São pressupostos da responsabilidade civil objetiva: o ato do agente (ação ou omissão), o dano e o nexo causal. Tal responsabilidade encontra-se expressamente reconhecida no parágrafo único do art. 927 do Estatuto Civil, que estabelece que a responsabilidade será objetiva quando definida por lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Percebe-se, portanto, que o fundamento da responsabilidade objetiva é totalmente distinto do da subjetiva. Mesmo porque, enquanto na responsabilidade subjetiva a ilicitude do comportamento do agente é um pressuposto inafastável do dever de indenizar, na objetiva, a responsabilidade, ao menos em face do Código Civil, parece estar assentada, como regra geral, na criação de uma situação de risco. Isso significa que, se o agente, ao exercer uma atividade, criar uma situação de risco para terceiros, daí advindo qualquer dano, deve por ele responder, independentemente, portanto, de um comportamento culposos da sua parte.

Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor, ao prever a responsabilidade por fato proveniente de um produto ou serviço, também consagra a responsabilidade objetiva. É, aliás, o que se depreende do art. 14 do Estatuto consumerista:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

No caso do médico, porém, por se tratar de um profissional liberal, a responsabilidade será apurada sempre mediante a verificação de culpa. Isso significa que sua responsabilidade é subjetiva, diferentemente do hospital que responde objetivamente pelo dano sofrido pelo paciente. É, aliás, o que será analisado no próximo capítulo.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Como visto, a relação-médico paciente passou por profundas transformações. Durante muito tempo os médicos foram vistos como seres dotados de um saber supremo, verdadeiros sacerdotes, não havendo espaço para questionamentos sobre sua atuação profissional e qualidade, até mesmo porque o paciente era visto como objeto da intervenção médica, cabendo exclusivamente ao referido profissional as decisões acerca dos cuidados com a saúde.

Nesse cenário, era inconcebível pensar na responsabilização do médico que, agindo de acordo com a boa prática médica, realizasse intervenções não consentidas no corpo do paciente para curá-lo ou para salvar-lhe a vida. O médico possuía, portanto, o direito e até mesmo o dever de agir em prol da vida e da integridade física do paciente.

Não obstante, o médico e o paciente se distanciaram e aquele passou a ser visto tão somente como um prestador de serviços. Houve a mercantilização da medicina e o conseqüente aumento das demandas movidas por pacientes em face dos médicos.

Comumente, a responsabilização civil do médico está assentada no chamado “erro médico”, ou seja, quando o profissional comete algum erro técnico por negligência, imperícia ou imprudência durante algum procedimento ou intervenção, causando danos ao paciente.

Contudo, conforme será abordado no presente trabalho, não são apenas os conhecidos “erros médicos” que podem acarretar a responsabilidade civil do referido profissional da área da saúde.

Como visto, o paciente possui o direito de se autodeterminar e, portanto, de tomar as decisões sobre seu próprio corpo e sua saúde, sem limitações e imposições externas. Este direito decorre do princípio constitucional da liberdade, do pluralismo e da dignidade da pessoa humana, que impõem o respeito às concepções individuais do que seja digno e bom, de acordo com crenças, valores e experiências pessoais.

Quando falamos de pacientes capazes, não há mais espaço para posturas paternalistas, sendo dever do médico respeitar a autonomia do paciente.

Assim, não basta mais que o médico aja de acordo com a melhor prática médica, podendo este vir a ser responsabilizado caso o procedimento por ele

realizado não tenha sido precedido do necessário consentimento esclarecido do paciente ou tenha violado expressa manifestação de vontade do paciente.

5.1 Pressupostos da responsabilidade civil do médico

A responsabilidade civil do médico no exercício de sua profissão é subjetiva, ou seja, pressupõe a existência de uma conduta (ação ou omissão) ilícita, isto é, contrária ao ordenamento jurídico, devendo estar assentada, ademais, em uma violação a um dever de cuidado - imposto pela lei ou pelo contrato - causando dano patrimonial ou extrapatrimonial ao paciente⁷. Depende da existência de culpa por parte do profissional.

Não há como imputar responsabilidade ao profissional da saúde sem a apuração do elemento culpa. É o que decorre, aliás, tanto do disposto no Código Civil, em seu art. 951, como no disposto no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 951 do Código Civil: O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, **por negligência, imprudência ou imperícia**, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (grifamos) (BRASIL,2002)

Art. 14, § 4º, do CDC: A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (BRASIL,1990)

No mesmo sentido, é o que ressaltam Nelson Rosenthal, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Peixoto Braga Netto:

A responsabilidade do médico é subjetiva, depende de culpa. Quer apliquemos o Código Civil, quer apliquemos o CDC, a solução, na matéria, é a mesma. O que pode variar, na sistemática dos referidos diplomas, é a valiosa previsão trazida pelo CDC da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6, VIII). (FARIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2017, p. 1117)

Haverá, pois, responsabilidade civil do médico quando houver a violação a um dever de conduta que cause um dano injusto à vítima, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial. Assim, são requisitos da responsabilidade civil médica a conduta (ação ou omissão), o dano, o nexo causal entre a conduta e o dano e a culpa.

⁷ O STJ, em julgamento do REsp 196306 / SP, entendeu, expressamente, que, “no caso de danos e seqüelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva” (BRASIL, 2004).

Ademais, cumpre destacar que, como o ordenamento jurídico brasileiro coloca a reparação da vítima como centro da responsabilidade civil, não é necessário que a culpa do médico seja grave para que ele seja responsabilizado. Ao contrário, basta sua existência. Aliás, não é despidendo frisar que a indenização deve ser fixada com base na extensão do dano causado à vítima (e não de acordo com a culpabilidade do agente), buscando ao máximo, como ressaltado, a reparação integral do dano⁸.

Na responsabilidade civil médica, como na responsabilidade civil de um modo geral, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito e força maior rompem o nexo causal.

Assim, a culpa exclusiva (ou fato exclusivo) do paciente na ocorrência do dano pode romper com o nexo causal. No caso de culpa concorrente (fato concorrente) entre o médico e o paciente na ocorrência do dano, poderá haver a redução do *quantum* indenizatório. Pode ficar caracterizada a culpa do paciente, por exemplo, quando ele omite do médico que está tomando um determinado medicamento ou presta informações falsas que levem o médico a cometer um erro.

5.2 Responsabilidade civil negocial (contratual) X Responsabilidade civil extranegocial (extracontratual)

A relação médico paciente tradicionalmente é uma relação negocial, visto que há verdadeiro contrato, seja verbal, escrito ou tácito, entre o paciente e o médico ou entre o primeiro e o plano de saúde ou hospital.

Maria de Fátima Freire Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves asseveram que, tanto no atendimento em instituição particular como no atendimento em instituição pública, a natureza da relação será contratual⁹. Da mesma forma, mesmo no atendimento emergencial, em que não há escolha dos contratantes ou definição voluntária do conteúdo do contrato, a responsabilidade será contratual (SÁ; NAVES, 2018).

Embora muito se tenha discutido a respeito, a responsabilidade médica é contratual, seja no caso de profissional escolhido livremente pelo paciente,

⁸ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano (BRASIL, 2002).

⁹ Uma das consequências de se caracterizar a responsabilidade civil médica como contratual, por exemplo, é que nestes casos, os juros contam-se a partir da citação. No caso da responsabilidade extracontratual, os juros contam desde a ocorrência do evento danoso.

seja no caso de designação do hospital e plano de saúde. Tanto o atendimento em instituição particular quanto pública apresenta a natureza contratual. Em que pese a liberdade de contratar, lembremos que o ordenamento jurídico obriga determinadas pessoas a contratar, em decorrência da indispensabilidade da atividade desempenhada (SÁ; NAVES, 2018, p.117).

Entendimento diverso é o de Aguiar Júnior, que, escrevendo na vigência do Código Civil de 1916, assevera que a relação médico-paciente é contratual quando resulta de um negócio jurídico prévio, ainda que tácito, entre médico e paciente, restringindo-se às questões relativas à medicina privada. No entanto, será extranegocial quando decorrer de atendimento médico de urgência ou emergência sem o prévio consentimento do paciente ou quando houver a prestação de serviço médico no setor público (AGUIAR JUNIOR, 2012).

Iara Antunes de Souza e Rafaela Leite Fernandes afirmam que a responsabilidade civil do médico pode ser tanto contratual, como extracontratual, a depender do caso concreto:

O dano sofrido pelo paciente pode decorrer do descumprimento contratual, quando se reclama o inadimplemento da obrigação assumida pelo profissional, seja de meio ou de resultado, ou, extracontratual, quando se reclama a prática de um ato ilícito pelo profissional médico nas intervenções não precedidas do consentimento livre e esclarecido do enfermo, em razão da urgência/emergência do atendimento.

Classifica-se assim, a responsabilidade civil em contratual, com fundamento jurídico nos artigos 389 e seguintes; e 395 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002) ou extracontratual ou aquiliana, com fundamento jurídico nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil (SOUZA; FERNANDES, 2018, p. 68-69).

Contudo, apesar de na responsabilidade civil negocial a culpa de quem descumpriu a obrigação pactuada ser tradicionalmente presumida, não é o que ocorre no caso dos médicos, visto que, em regra, a culpa deste deve ser devidamente demonstrada.

Frisa-se que o fato de ser uma relação negocial não implica presunção de culpa por parte do médico. Esta deve ser comprovada pelo paciente, salvo nas hipóteses em que houver a inversão do ônus da prova ou quando a obrigação assumida pelo médico for considerada uma obrigação de resultado.

Em geral, na responsabilidade civil contratual, basta o descumprimento da obrigação para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade de quem descumpriu a obrigação (tradicionalmente) é presumida, sob o prisma probatório. Não é, porém, como vimos, o que ocorre no caso dos médicos. A

responsabilidade deles, entre nós, é subjetiva, seja à luz do CDC (art. 14, §4º), seja à luz do Código Civil (art. 951). Outro aspecto que pede menção é o seguinte: comumente, o inadimplemento contratual gera danos materiais, exclusivamente. A imposição de danos morais é excepcional, embora possível. Na responsabilidade civil médica, no entanto, a indenização por dano moral ocorre com frequência, dada a natureza dos danos experimentados (morte de entes queridos, paraplegia, cegueira, etc). Frisasse, portanto, que a indenização por dano moral, em casos de inadimplemento contratual, embora não seja comum, pode acontecer (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2014, p. 895).

Nesta esteira, a análise da responsabilidade civil do médico traz a lume a discussão acerca da tradicional bipartição das obrigações em obrigações de meio e obrigações de resultado.

5.3 Obrigação de meio X Obrigação de resultado

As obrigações de resultado consistem naquelas obrigações nas quais o devedor assume o dever de alcançar um determinado fim.

Já as obrigações de meio são aquelas obrigações em que o devedor não se compromete a alcançar um determinado fim, mas tão somente desempenhar com zelo e qualidade suas atividades.

No tocante à atividade profissional dos médicos, tem-se que a obrigação assumida por eles é uma obrigação de meio, ou seja, o médico, no exercício da sua profissão, não se obriga a alcançar determinado resultado, como, por exemplo, a cura de uma determinada doença, mas tão somente a agir com o devido zelo, diligência e cuidado, de acordo com as boas práticas e em consonância com a literatura médica.

Apenas em alguns casos excepcionais a obrigação do médico é tida pela doutrina e jurisprudência majoritária como obrigação de resultado, como nas cirurgias plásticas com fins exclusivamente estéticos¹⁰ e exames laboratoriais, por exemplo, entendendo-se que nestas situações o médico se compromete a alcançar determinado resultado.

Porém, dizer que a obrigação do médico excepcionalmente é considerada de resultado não significa dizer que a responsabilidade civil deste será independente de

¹⁰ Como exemplo podemos citar: “De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido” (BRASIL, 2013). (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 328.110, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJ 25/09/2013)

culpa. Na realidade, mesmo nas obrigações de resultado, a culpa continua a ser pressuposto para a responsabilização civil do médico. A diferença é que, nas obrigações de resultado, há a presunção de culpa do agente causador do dano, cabendo a este demonstrar que não agiu de forma negligente, imprudente ou imperita.

Conforme asseveram Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves

Nas relações médico-paciente, por serem contratuais, se a obrigação for de meio, caberá ao autor provar a culpa do médico para pretender reparação. Se a obrigação for de resultado, bastará a prova de que o resultado não foi atingido. Será então, o médico que deverá provar que o dano não decorreu de sua culpa (SÁ; NAVES, 2018, p. 112).

Cumprido destacar que, apesar de esta bipartição da obrigação do médico em obrigação de meio e resultado ainda ser muito utilizada por doutrinadores e pelos Tribunais, alguns juristas¹¹, com os quais concordamos, têm defendido que tal diferenciação não seria cabível na seara médica, visto que todo procedimento, por mais simples que seja, implica riscos e o resultado positivo depende de fatores alheios à atuação do médico, como as particularidades e respostas de cada organismo, por exemplo. Diante disso, entende-se que não poderia o médico assumir a obrigação de alcançar determinado resultado, mas apenas de agir de modo diligente.

Fabio Ulhoa explicita que:

Insisto para questionar o entendimento da jurisprudência no sentido de existir uma hipótese em que o médico teria responsabilidade de resultado: a cirurgia plástica destinada unicamente ao embelezamento do paciente (mal denominada cirurgia estética). Pelo que predomina nos tribunais, se a cirurgia plástica se destina a corrigir deformidade congênita ou adquirida (num acidente de trânsito ou de trabalho, p. ex.), o cirurgião atua nas mesmas condições que seus colegas médicos de outras especialidades. Assume, então, obrigação de meio. Mas, se o procedimento tem o objetivo único do embelezamento, não havendo propriamente um mal a curar, o cirurgião assume obrigação de resultado. Obrigar-se-ia, neste caso, a alcançar, com sua técnica cirúrgica e habilidades, o padrão de beleza prometido. Neste caso, não alcançado o objetivo contratado, ele responderia por indenizar o paciente (cf. Gonçalves, 2002:366/370).

Em primeiro lugar, é necessário desfazer a enorme distância entre a plástica corretiva e a estética que a retórica jurídica estabeleceu. Não há fundamentos para tratar as duas hipóteses como essencialmente diversas. [...]

Mas o que, decisivamente, sustenta a natureza de obrigação de meio dos cirurgiões plásticos nas intervenções motivadas apenas por razões estéticas é a presença das mesmas razões que impossibilitam os médicos das demais especialidades de assumir compromissos de resultado. A ciência médica,

¹¹ Rui Rosado Aguiar Júnior, Carlos Alberto Menezes Direito e Fabio Ulhoa são alguns juristas adeptos desta corrente minoritária (PERFEITO NETO, 2017).

embora possa estabelecer padrões gerais altamente confiáveis para os procedimentos que recomenda, não consegue controlá-los de forma absoluta. Em casos correspondentes a certas margens estatísticas, manifestar-se-ão especificidades que fogem ao controle da medicina. Cada organismo reage diferentemente à “agressão” da cirurgia, e influi enormemente nos resultados da plástica o estado psíquico do paciente. Este quadro encontra-se em todas as especialidades médicas, inclusive na medicina de embelezamento. Em suma, a intervenção cirúrgica de razões meramente estéticas expõe o paciente a riscos, tanto quanto qualquer outra (Aguar Jr., 1995:40). (COELHO, 2012, p. 649-650).

Ainda neste sentido, Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Peixoto Braga Netto postulam que

O médico não tem controle absoluto sobre os resultados, mesmo que tenha agido com toda a diligência possível. Toda intervenção cirúrgica, qualquer que seja, apresenta riscos. Pode resultar em resultados não esperados, ainda que não tenha havido erro. A afirmação de que determinado procedimento – cirurgia plástica com fins estéticos, por exemplo – é obrigação de resultado não parece encontrar amparo na medicina (ROSENVALD; CHAVE; NETTO, 2017, p. 1140).

No mesmo sentido, Iara Antunes de Souza e Rafaela Leite Fernandes, asseveram que:

Diante disso, defende-se que a obrigação do médico é, em regra, de meio, inclusive na cirurgia plástica estética. Assim, a impossibilidade do profissional de alcançar o resultado esperado pelo paciente, por si, só, não pode configurar o descumprimento contratual. Contudo, excepcionalmente, entende-se que a obrigação do médico pode ser de resultado, não quando se trabalha com especialidades, mas quando o médico assim se obrigar junto ao TCLE (SOUZA; FERNANDES, 2018, p.68).

De toda forma, conforme ressaltado, mesmo que se entenda que existam alguns casos excepcionais em que a obrigação assumida pelo médico seja de resultado, sua responsabilidade será sempre condicionada a uma conduta culposa, cabendo a este, neste caso, afastar a presunção de culpa por meio de elementos probatórios que demonstrem que sua conduta foi zelosa, diligente, adequada e pautada na literatura médica atual e que o resultado não foi alcançado por fatores alheios à sua conduta.

Frisa-se que a culpa sempre será requisito para caracterização da responsabilidade civil do médico, havendo alteração, portanto, apenas no tocante ao ônus da prova.

5.4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente

Outra questão atinente à responsabilidade civil dos médicos refere-se à aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor.

De modo geral, a responsabilidade civil médica é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, vez que em regra o médico atua como um prestador de serviços, nos termos do caput do artigo 3º do CDC¹², e o paciente, como consumidor, nos termos do caput do artigo 2º do CDC¹³.

De forma exemplificativa, podemos citar trecho de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: “A orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal é no sentido de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo de prescrição quinquenal previsto no artigo 27 do CDC” (BRASIL, 2012).

Como consequência, tem-se que o prazo prescricional aplicável às ações de reparação de danos será de cinco anos - art. 27 do CDC - e não de três anos, como no Código Civil – art. 206, §3º, V; a possibilidade de propositura da ação no domicílio do paciente/consumidor - conforme art. 101, I, do CDC; a vedação da denunciação da lide e a possibilidade de inversão do ônus da prova com fundamento no artigo 6º, VIII, do CDC.

Com relação à inversão do ônus da prova, aliás, tem-se que - salvo nos casos em que a obrigação do médico é considerada de resultado – o ônus de comprovar a culpa do médico é da vítima. Entretanto, no caso concreto, quando as alegações do paciente foram verossímeis ou quando este for hipossuficiente, poderá haver a inversão do ônus da prova com base no disposto no artigo 6º, VIII, do CDC¹⁴. Neste quesito, cumpre destacar que do ponto de vista técnico o paciente quase sempre estará em posição de hipossuficiência em relação ao médico, visto que não domina as técnicas e nem o linguajar médico. Assim, a inversão do ônus da prova, em relação

¹² Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹³ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, 1990).

a algumas questões, atua como importante ferramenta processual para possibilitar a efetiva responsabilização do médico em hipóteses em que o paciente não teria como produzir provas acerca do desvio de conduta do médico.

Contudo, em se tratando de serviços médicos prestados em hospitais ou postos de saúde públicos, consolidou-se o entendimento de que não há aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque, nos termos do art. 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, serviço é definido como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. Assim, como não há remuneração direta, específica, pelo serviço prestado por hospitais e centros de saúde públicos – que são custeados por receitas tributárias - consolidou-se o entendimento de que não aplica-se o CDC nestas situações.

De forma exemplificativa, pode-se citar:

Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 2010).

O conceito de "serviço" previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC). Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF).

Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade da incidência das regras de competência contidas na legislação específica” (BRASIL, 2006).

5.5 Responsabilidade civil do médico pela perda de uma chance

A teoria da perda de uma chance consiste na possibilidade de se indenizar a chance perdida. Frisa-se que não é qualquer chance que é passível de indenização, mas tão somente a chance séria, razoável e real, não a mera expectativa de ocorrência do resultado esperado.

Na aplicação desta teoria, deve-se ter em mente que o resultado final é incerto, mas razoável. Em casos de responsabilidade civil médica, a teoria também tem sido aplicada.

Por exemplo, como já se decidiu, configura perda da chance a postura do médico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomendou tratamento domiciliar ao paciente ao invés de interná-lo. Privou-se, desse modo, da chance do tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. Decidiu-se, em outra ocasião, que a chance de cura (ou de sobrevivência) passa a ser considerada um bem juridicamente protegido, razão pela qual sua privação indevida é tida como passível de ser indenizada. Do mesmo modo, o tratamento inadequado do câncer, por exemplo, reduzindo as possibilidades de cura, possibilita a aplicação da perda de uma chance (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 1124).

Frisa-se que o dano daí advindo pode recair tanto sobre um bem suscetível de avaliação econômica (dano material), como sobre algum atributo essencial à pessoa humana, intimamente ligado a sua dignidade e, portanto, extrapatrimonial.

5.6 Dos riscos Inerentes aos procedimentos e expectativa do paciente

Além dos aspectos já abordados neste trabalho, ao tratar da responsabilidade civil do médico, deve-se ter em mente que a relação médico-paciente, assim como todas as demais relações jurídicas, deve ser guiada pelo princípio da boa-fé objetiva.

Como visto, a boa-fé objetiva impõe às partes o dever de agir com lealdade, transparência e cooperação. Assim, a boa-fé objetiva impõe ao médico e ao paciente o dever de agir com lealdade e transparência, antes, durante e após a realização dos procedimentos médicos, devendo o médico se abster de frustrar as legítimas expectativas do paciente (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017).

Por isso mesmo, não pode o médico prometer a obtenção de um resultado que na realidade é incerto, sob pena de responsabilização civil pela violação da expectativa criada, mesmo que não haja um erro técnico na execução da intervenção.

A medicina não é uma ciência exata e nem tudo está sob controle do médico. Sendo assim, o cumprimento adequado do dever de informação do médico é importante para evitar a responsabilidade civil do médico com relação aos riscos inerentes do procedimento e pela quebra da expectativa do paciente.

Pode haver várias abordagens terapêuticas para um mesmo problema. E o médico, no exercício da sua autonomia profissional, juntamente com o paciente, no exercício de seu poder de autodeterminação, construirão de forma dialógica a decisão que melhor se aplica ao caso, levando em consideração os aspectos técnicos da intervenção e os valores, preferências e projeto de vida do paciente.

Como visto, o médico participa e exerce papel fundamental na tomada de decisão acerca do tratamento a ser adotado, esclarecendo todas as questões referentes ao estado de saúde do paciente, as características de cada uma das possibilidades terapêuticas para o problema e os riscos inerentes a cada uma delas. Entretanto, caberá ao paciente – quando se fala de pessoas capazes – decidir qual tratamento mais se adequa a seu conceito de dignidade, valores e projetos.

Se existem abordagens clínicas reconhecidas no meio médico, pelo *standard* da medicina, a nosso ver, não há como se falar em erro médico pela aplicação de uma em detrimento de outra quando a decisão é construída dialogicamente com o paciente. Qualquer procedimento, por mais simples que seja, envolve riscos, pois o corpo humano pode responder de formas diferentes a intervenções idênticas. Podem ser materializados danos que decorrem dos riscos do próprio procedimento, e não de uma conduta equivocada do médico.

Ao optar por se submeter a determinado procedimento médico, após ter sido informado dos possíveis riscos e consequências do procedimento, o paciente, no exercício da sua autonomia, consente com o fato de que esses riscos podem se materializar, não podendo o médico, portanto, ser responsabilizado pelos riscos inerentes ao exercício da profissão, mas somente pelos danos decorrentes de erro de conduta.

Como visto, o direito do paciente de se autodeterminar importa, necessariamente, na responsabilização pelas escolhas feitas de forma livre e esclarecida.

Para a responsabilização civil do médico, é preciso que haja uma ação ou omissão praticada com violação de um dever de cuidado - imposto pela lei, pelo contrato ou pelos costumes - de forma culposa e que cause dano patrimonial ou extrapatrimonial. No caso dos riscos inerentes à intervenção, portanto, desde que devidamente esclarecidos pelo médico e consentidos pelo paciente, não há que falar em ação ou omissão praticada com violação a um dever, tampouco em culpa.

5.7 Responsabilidade civil do médico pela violação da autonomia do paciente

Como visto, o paciente possui o direito de tomar as decisões referentes a sua saúde e a seu corpo de acordo com seus valores, projetos, experiências pessoais e conceito de vida boa. O paciente deixou de ser objeto da intervenção médica e passou

a ser sujeito de direitos, a quem competem, em última instância, as decisões referentes aos cuidados com sua saúde. Este poder de autodeterminar-se é pressuposto essencial da própria dignidade humana, já que esta não possui um conteúdo aprioristicamente definido: ele é construído por cada indivíduo de acordo com seus valores e experiências pessoais.

Assim, quando falamos de pacientes capazes, a intervenção médica, via de regra, somente será lícita quando devidamente consentida pelo paciente.

Deste direito de tomar as decisões acerca de sua própria saúde e do seu corpo decorre, *prima facie*, o dever do médico de prestar todas as informações necessárias para que o paciente possa ponderar e tomar a decisão que mais se adeque a seus valores, crenças e conceito de vida boa.

Assim, o dever de informação do médico, apesar de também estar relacionado ao princípio da boa-fé objetiva e ao direito de informação do consumidor previsto no artigo 6º do CDC, decorre *prima facie* do próprio direito de autodeterminação do paciente.

Como demonstrado, para que o paciente possa efetivamente exercer seu direito de autodeterminação é impositivo que o médico forneça todas as informações importantes para a tomada de decisão, como, por exemplo, as informações acerca dos tratamentos possíveis e das consequências de cada um.

É indiscutível, portanto, o dever de conduta do médico, consistente na obrigação de fornecer, de forma acessível e clara, todas as informações necessárias para que o paciente exerça sua autonomia. Assim, a relação médico-paciente importa para o médico não apenas a obrigação de agir de acordo com a boa prática médica sob o ponto de vista técnico, mas também a obrigação de informar, viabilizando o consentimento livre e esclarecido do paciente.

Há, também, conforme demonstrado no Capítulo 2 deste trabalho, o dever de respeitar as decisões validamente tomadas pelo paciente, sejam elas decisões contemporâneas ao tratamento ou manifestadas por meio de diretivas antecipadas de vontade. Tais decisões, aliás, incluem não apenas as que não acarretem em risco para o paciente, como também aquelas que consistam em recusas de tratamento que seja indispensável para a preservação da integridade física e da própria vida do paciente.

De forma geral, pode-se dizer, então, que é dever do médico respeitar a autonomia do paciente. Por isso mesmo, ao deixar de prestar, com clareza e de forma

acessível, as informações necessárias para que o paciente tome as decisões pertinentes a seu corpo, a sua saúde e a sua vida, o médico viola um dever de conduta, podendo ser responsabilizado pelos danos causados ao paciente em decorrência dessa violação.

Da mesma forma, quando desrespeita as decisões validamente tomadas pelo paciente, no livre exercício da sua autonomia privada, o médico também viola um dever de conduta, podendo, também, ser responsabilizado pelos danos causados, mesmo que, sob o ponto de vista técnico, ele tenha realizado a intervenção de forma adequada.

O descumprimento destes deveres de conduta acarreta a violação da autonomia do paciente e, conseqüentemente, a violação da própria dignidade humana, já que, como visto, a liberdade é pressuposto da dignidade. Portanto, comprovado, no caso concreto, a conduta do médico que viola a autonomia do paciente, a culpa e o dano advindo dessa violação, caracterizado estará o dever de indenizar.

Repita-se que, em se tratando de pacientes capazes, é ilícita a intervenção médica não consentida - salvo nas hipóteses em que o dever de colher o consentimento expresso é afastado - ou que contrarie a manifestação expressa de vontade do paciente. Conforme demonstrado no Capítulo 2 deste trabalho, o médico possui o dever de respeitar a autonomia do paciente sempre que ela for manifestada de forma válida.

Portanto, a responsabilização civil do médico pode decorrer não apenas de erros na execução de procedimentos em si, mas também da violação da autonomia do paciente, mesmo que todos os procedimentos realizados estejam de acordo com a literatura médica e tenham até contribuído, sob o ponto de vista da medicina, para o tratamento efetivo de algum problema de saúde.

A violação da autonomia do paciente pode-se dar pelo descumprimento do dever de informar e de colher o consentimento livre e esclarecido, pela atuação em sentido contrário ao manifestado pelo paciente ou pela atuação fora dos limites do consentimento prestado pelo paciente.

Ao deixar de prestar, com eficiência e clareza, as informações completas acerca do estado de saúde do paciente, possíveis tratamentos, riscos e conseqüências, o médico retira do paciente a possibilidade de ponderar entre os riscos e benefícios de realizar determinado tratamento, ou até mesmo de não realizar

tratamento algum, violando o direito deste de tomar a decisão que mais se adequa a seus valores, crenças, projetos e conceito de dignidade.

Conforme explicitado, a medicina é uma ciência complexa, e todos os procedimentos, por mais simples que sejam, apresentam riscos e consequências para a saúde do paciente.

Quando o médico deixa de informar adequadamente o paciente, ele retira deste a liberdade de decidir quais riscos ele deseja ou não correr, quais os efeitos colaterais ele entende como justificáveis pelos possíveis benefícios a serem obtidos e qual o tratamento traz os benefícios que mais se adequam a seu projeto de vida, ou seja, retira do paciente o poder de autodeterminação.

Como assevera Sérgio Cavalieri Filho:

A falta de informação, a violação do dever de informar, pode levar o médico ou hospital a ter que responder até mesmo pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, nem por culpa pelo insucesso do tratamento, mas pelo defeito da informação; pela omissão em informar ao paciente os reais riscos do tratamento (CAVALIERI FILHO, 2004).

Sendo assim, quando há desrespeito à autonomia do paciente, o dano emerge da própria violação da liberdade e, como consequência, da violação da dignidade humana. Ademais, no caso concreto, é possível que haja a demonstração de danos à integridade psíquica do paciente, bem como a violação de seus valores, preferências e conceito do que seja bom, não sendo necessário demonstrar a ocorrência de um dano à integridade física do paciente.

Não é necessária a existência de dano à saúde do paciente para que o profissional incorra em responsabilização pessoal; o desrespeito à autonomia do enfermo já justifica o reconhecimento de um dano à liberdade de escolha do paciente. Em tais circunstâncias, ainda que se demonstre que o profissional atuou em estrita observância das normas e técnicas próprias de seu ofício, caberá atribuir-lhes o dever de reparar o dano, consistente na violação de um espaço necessário de autonomia do paciente, a quem competirá, em última análise, a decisão sobre os rumos a tomar em relação à sua saúde (GODINHO, 2018, p.486).

Por outro lado, quando o médico cumpre o seu dever de informar adequadamente e o paciente presta o consentimento esclarecido para a intervenção médica, escolhendo determinada intervenção ou tratamento, há o consentimento no tocante aos riscos e consequências da atuação médica. Assim, caso o médico aja de acordo com a boa prática e de acordo com o *standard* da medicina, não há, como se

falar, *prima facie*, em responsabilidade civil do profissional. São riscos inerentes ao exercício da própria profissão.

Conforme postulam Iara Antunes de Souza e Rafaela Leite Fernandes ao tratar do consentimento livre e esclarecido do paciente nas cirurgias plásticas estéticas:

O paciente esclarecido antecipadamente de todos os riscos e consequências ordinárias e extraordinárias do procedimento e que, não obstante, consente com a intervenção cirúrgica, é o responsável pelas suas decisões e assunção de eventuais riscos que livremente pactuar pelo resultado que pactuar pelo resultado insatisfatório do procedimento, ou seja, pelo resultado em desconformidade com sua expectativa íntima, mas de acordo com o proposto e previamente esclarecido pelo profissional médico. O médico, por sua vez, responde pelas informações qualitativa e quantitativa, de acordo com a literatura médica existente e adequada para a situação casuística (SOUZA; FERNANDES, 2018, p.62).

Da mesma forma, quando são apresentados ao paciente – de forma correta, completa e eficiente - possíveis tratamentos ou intervenções médicas, e este, juntamente com o médico, opta por um deles, não há que falar em responsabilização civil do médico, por exemplo, pela perda de uma chance pela não realização dos outros tratamentos disponíveis.

Contudo, quando o médico não presta os esclarecimentos necessários, impedindo que o paciente realize uma escolha de forma verdadeiramente livre, há um dano à sua liberdade e à sua dignidade, visto que lhe é retirado o direito de decidir se, segundo seus valores e crenças pessoais, seria adequado ou não se submeter àquele tratamento ou se haveria outro caminho mais adequado para realizar seus projetos e a sua dignidade.

“A falta de informação ou sua insuficiência podem acarretar a perda de uma chance por parte do paciente, tendo em vista a vedação da possibilidade de escolha por um tratamento que ofereça menos riscos, ou a opção por uma conferência médica” (BORGES, 2017).

Nestes casos, o dano emerge exatamente da violação da liberdade e da dignidade humana.

Em recente julgado, o STJ reconheceu o dever de indenizar por descumprimento do dever de informar. No caso em questão, um paciente que apresentava tremores no braço direito decorrentes de um traumatismo crânio-encefálico ocorrido anos antes procurou um médico – um dos réus da ação – para

realizar um tratamento visando à melhora dos tremores. O médico optou pela realização de dois procedimentos cirúrgicos: “talamotomia + DBST” (BRASIL, 2018).

Ocorre que, após a realização dos procedimentos, o paciente nunca mais voltou a andar. O pedido de indenização, então, foi fundamentado na existência de erro médico durante a realização dos procedimentos e no não cumprimento do dever de informar por parte do médico, que segundo o paciente, não teria sido observado, uma vez que não lhe foi informado quais procedimentos seriam realizados e tampouco as consequências e riscos deles advindos.

Pela prova pericial produzida nos autos ficou comprovado que não houve erro médico na realização dos procedimentos, tendo estes sido realizados de acordo com o que determina a literatura médica.

No voto vencedor, proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão, ficou consignado que

a indenização que se postula nos autos é decorrente da falta de esclarecimento acerca dos riscos, como dito, que, indiscutivelmente interfere na decisão, na escolha em realizar o procedimento ou não. É que não há dúvidas de que, diante da ignorância quanto aos efeitos colaterais adversos possíveis, ainda que incertos, aquele procedimento tem aprovabilidade maior, a chance de escolha por sua realização acaba sendo maior (BRASIL, 2018).

Ainda, ficou consignado que o médico, a clínica médica e o hospital não lograram êxito em comprovar o adequado consentimento informado do paciente, ônus da prova que recaiu sobre eles.

Assim, concluiu o voto vencedor que:

Nesse rumo de ideias, de extrema importância esclarecer que o dano indenizável, não é o dano físico, a piora nas condições físicas ou neurológicas do paciente. Todavia, este dano, embora não possa ser atribuído à falha técnica do médico - e que parece mesmo não ocorreu, conforme exsurge dos autos -, poderia ter sido evitado diante da informação sobre o risco de sua ocorrência, que permitiria que o paciente não se submetesse ao procedimento.

O dano indenizável é, na verdade, a violação da autodeterminação do paciente que não pôde escolher livremente submeter-se ou não ao risco previsível (BRASIL, 2018).

Outro caso interessante foi o julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o autor da ação alegou que contratou a prestação de serviços médicos

consistentes na realização de transplante capilar, mas que não foi devidamente informado de que poderia precisar fazer novas sessões de implantes. (BRASIL, 2012).

No acórdão proferido pelo aludido Tribunal ficou consignado que não houve erro médico na execução do transplante capilar, tendo o procedimento cirúrgico sido realizado de forma acertada, em consonância com o que determina a boa prática médica. Contudo, de acordo com o acórdão, ficou comprovado que o paciente não foi devidamente informado de que poderia ser necessária a realização de terapia complementar para obter os resultados necessários, de modo que, com essa informação, ele pudesse optar em fazer ou não o implante. Assim, houve a condenação a indenizar não em virtude da não obtenção do resultado esperado pelo paciente, mas pela violação do dever de informar que causou dano à liberdade do paciente (BRASIL, 2012).

Destaca-se que a responsabilidade civil do médico será sempre subjetiva, sendo que em regra é do paciente o ônus de comprovar a conduta ilícita do médico.

Entretanto, quando se trata de comprovar a efetiva obtenção do consentimento livre e esclarecido por parte do paciente, há uma inversão, recaindo, portanto, sobre o médico o ônus probatório. Assim, compete ao médico comprovar que todas as informações foram prestadas de modo adequado para o paciente, mesmo porque entendimento em contrário acabaria imputando ao paciente a produção de prova negativa impossível:

O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos (BRASIL, 2018).

Repita-se que não há qualquer norma no Direito brasileiro que imponha que o consentimento informado deva se revestir da forma escrita. A inexistência de um termo de consentimento escrito não acarreta a presunção absoluta de descumprimento do dever de informar. O médico pode comprovar, por outros meios de prova, como, por exemplo, a prova testemunhal, que as informações foram devidamente transmitidas ao paciente e que este consentiu com o procedimento. Contudo, exatamente em razão do ônus da prova, é recomendável que os médicos, após prestar os esclarecimentos ao paciente, colham o consentimento deles em documento escrito.

No tocante à responsabilidade civil do médico relacionada à ausência ou falha no consentimento livre e esclarecido, importante destacar que, como visto, em situações excepcionais, pode ser afastado o dever do médico de prestar todos os esclarecimentos ao paciente e de colher o consentimento expresso deste para a realização da intervenção médica.

São situações excepcionais: aquelas em que a informação é capaz de causar dano grave ao paciente, denominadas “privilegio terapêutico”; as situações urgentes, em que não há tempo para que as informações sejam prestadas e para que o consentimento do paciente seja colhido e o quadro clínico exige que o médico aja imediatamente para preservar a integridade física e a vida do paciente, não havendo como postergar a intervenção sem o risco de causar grave dano grave; e as situações em que o próprio paciente renuncia ao direito de tomar conhecimento e de decidir acerca do seu próprio corpo e sua saúde, delegando esse papel para o médico ou para terceiros.

Caso efetivamente se caracterizem estas situações, não há que se falar em responsabilização civil do médico por violação da autonomia do paciente porque não há, nestes casos, ilicitude ou violação de um dever de conduta por parte do médico.

Ao tratar da isenção de responsabilidade do médico em situações excepcionais de urgência, Adriano Marteleto Godinho explicita que

em casos tais, sendo impossível colher do próprio paciente ou de seus responsáveis a manifestação de vontade, emergirá a figura do consentimento presumido, a isentar o profissional de qualquer responsabilidade por seu comportamento, ainda que reste provado, posteriormente, que a atuação médica contrariou, de algum modo, a verdadeira intenção do enfermo (GODINHO, 2018, p.418).

Destaca-se que, como explicitado acima, a violação da autonomia do paciente pode ocorrer não apenas quando o consentimento é ausente ou defeituoso, mas também quando o médico realiza intervenções contrariando expressa manifestação de vontade do paciente.

O paciente dotado do necessário discernimento tem o direito de escolher os tratamentos a que deseja se submeter, podendo, inclusive, se recusar a se submeter a qualquer tratamento, no exercício de sua autonomia privada, mesmo que essa recusa implique diminuição de sua integridade física ou até mesmo sua morte. Essa recusa pode ser motivada por inúmeros fatores, como a crença religiosa do paciente,

seus valores ou simplesmente pelo desejo de não se submeter a tratamentos desgastantes ou a internações hospitalares.

Como visto, não pode o médico desrespeitar a decisão do paciente sob o pretexto de manter um bem supostamente maior, qual seja, a vida.

Contudo, na prática, em decorrência de posturas paternalistas e da visão de que a vida é o bem jurídico mais importante da pessoa, nunca devendo ser sacrificado, às vezes, em casos urgentes, o paciente acaba sendo submetido a tratamentos contra sua vontade.

Entretanto, na opinião deste estudo, quando o médico desrespeita a vontade expressa do paciente, seja ela manifestada contemporaneamente à intervenção ou por meio de diretivas antecipadas de vontade, e realiza uma intervenção recusada pelo paciente, a liberdade e a dignidade do paciente são violadas.

Nestes casos, não há que se falar em excludentes de ilicitude, como estrito cumprimento de um dever ou exercício regular de direito. Como visto, o médico não possui o direito de intervir no corpo do paciente sem autorização e nem o dever de curar ou salvar a vida do paciente contra a sua vontade. Há, na realidade, o dever de respeitar a autonomia do paciente.

De forma exemplificativa, podemos pensar na situação em que um paciente capaz, com doença pulmonar crônica, após ser devidamente esclarecido, realiza, de forma válida, uma ordem para não ressuscitação (*do not resuscitate*, DNR), ou seja, uma recusa à realização de ressuscitação cardiorrespiratória. Havendo uma parada cardíaca, caso os médicos tenham conhecimento da manifestação de vontade e mesmo assim realizem as manobras de ressuscitação cardiorrespiratória, mesmo que o paciente venha a sobreviver em razão dessa atuação, na opinião deste estudo, o médico poderá vir a ser responsabilizado civilmente pelos danos advindos da violação da autonomia do paciente, sejam estes danos materiais, morais ou estéticos, mas que estejam ligados à conduta médica de violação da autonomia por um nexo causal.

Da mesma forma, um médico que realiza transfusão sanguínea em paciente Testemunha de Jeová contra sua expressa e válida manifestação de vontade, pode vir a ser responsabilizado civilmente pelos danos advindos da violação da autonomia, mesmo que, exatamente em razão da transfusão, o médico tenha salvado a vida do paciente.

Os danos à liberdade e à dignidade ocasionados pelo desrespeito à autonomia do paciente constituem danos autônomos, bastando de per si para que haja o dever

de indenizar. Assim, a demonstração de que esses danos advieram da conduta médica praticada com violação a um dever de conduta, qual seja, o dever de respeitar as decisões validamente tomadas pelo paciente, por si só, é suficiente para que haja o dever de indenizar.

Ocorre que, apesar de entender-se que a principiologia constitucional – notadamente o Princípio da Liberdade e da Dignidade Humana - garante ao paciente o direito de tomar as decisões acerca de sua saúde e a seu próprio corpo, podendo, inclusive, recusar tratamentos indispensáveis e urgentes, sendo dever do médico respeitar essas decisões, é importante ressaltar que esse entendimento está muito longe de ser pacífico.

Silvio de Salvo Venosa, por exemplo, possui entendimento diametralmente oposto:

É delicada a situação do paciente que se recusa a receber transfusão de sangue por convicção religiosa. O médico deve pedir, se possível, autorização judicial ou respeitar a vontade do paciente e seus familiares, se não houver risco iminente. Deverá efetuar imediatamente a transfusão se houver real perigo de morte para o paciente, independentemente de autorização judicial ou dos responsáveis. Essa é a posição dos tribunais que se harmoniza com o Código de Ética (Tepedino, in Alvim et al.; 2003:296). Quando exercíamos a judicatura em comarcas do interior, tomamos sempre o cuidado de orientar os médicos locais e sempre autorizamos a transfusão nos riscos efetivos de periclitacão de vida, mormente em crianças, inclusive com a nossa presença física no hospital, em companhia de representante do Ministério Público, se possível assumindo a responsabilidade pelo Estado, pois o fardo é muito grande para a decisão dos médicos. Não há valor maior do que a preservação da vida humana, não importando credo, crença ou religião (VENOSA, 2012, p. 148).

Como no Brasil não há lei que trate especificamente da possibilidade de recusa de tratamentos pelo paciente e das diretivas antecipadas de vontade, o médico acaba se sujeitando a uma situação de absoluta falta de segurança jurídica.

Sempre haverá o receio de que, ao respeitar a vontade do paciente de não se submeter a certos tratamentos, o médico venha a ser processado posteriormente pela família, sob alegação de que foi negligente e deixou de prestar a devida assistência ao paciente.

Como a questão ainda não foi pacificada, é possível que o julgador, adotando posicionamento incompatível com a Constituição da República de 1988, entenda que, na verdade, o médico deixou de observar um dever de conduta consistente na

obrigação de realizar a intervenção necessária para a manutenção da vida e condená-lo a indenizar em razão disso.

Conforme asseveram Matheus Massaro Mabtum e Patrícia Borba Marchetto:

Embora regras esparsas reconheçam o direito à autonomia e autodeterminação do paciente, esse entendimento depende de um esforço interpretativo sistemático, o que nem sempre é feito pelos operadores da ciência jurídica, o que gera insegurança entre os profissionais da saúde com relação às diretivas antecipadas de vontade (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 126)

Assim, é imprescindível que os estudos nesta área avancem com discussões sérias e que seja elaborada legislação específica que regule a matéria, trazendo segurança jurídica não apenas para os pacientes de que seus desejos serão respeitados como também para os médicos, evitando-se o atual cenário, em que a licitude ou ilicitude da conduta médica que respeita a vontade validamente manifestada pelo paciente é incerta.

6 CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, demonstrou-se que a autonomia privada se aplica indiscutivelmente às situações existenciais, apesar de, por longo período, ter sido vinculada às situações patrimoniais. A autonomia no âmbito existencial confere aos indivíduos o poder de autodeterminação, possibilitando-lhes o livre desenvolvimento da personalidade.

Nas situações existenciais, diferentemente do que ocorre com as situações patrimoniais, contudo, o exercício da autonomia não pode estar vinculado ao princípio da função social, não estando as situações existenciais do indivíduo condicionadas à realização de interesses alheios aos de seu titular. Na esfera mais íntima, em se tratando de situações autorreferentes, cada indivíduo possui o direito de realizar as escolhas que mais se adequem a seu projeto de vida. São ilegítimas, portanto, imposições heterônomas, seja pelo Estado, pela família ou pelo médico.

Esta liberdade é pressuposto da própria dignidade. Assim, nas situações existenciais autorreferentes, violando-se o direito do indivíduo de fazer as escolhas que entenda adequadas para realizar seus valores, crenças e projetos de vida, viola-se a própria dignidade humana.

Como visto, isso não quer dizer que o exercício da autonomia no âmbito das situações existenciais seja ilimitado. Ele é limitado pela igualdade e alteridade, encontrando barreira no direito do outro, de forma a evitar que o exercício da autonomia por uma pessoa signifique a negação da autonomia a outros.

A autonomia do paciente vem sendo paulatinamente reconhecida nas situações existenciais médicas, de modo que o paciente deixou de ser visto como mero objeto da intervenção médica e passou a ser considerado como partícipe da relação médico-paciente, titular do direito de autodeterminação e, portanto, livre para tomar as decisões que mais se adequem a suas crenças, valores e conceito de vida boa.

Assim, salvo em situações excepcionais, no lugar de um direito de intervir em “benefício” do paciente ou de um dever de agir para resguardar a integridade física do paciente e sua vida, o médico possui o dever de respeitar a autonomia do paciente, sempre que ela for manifestada de forma válida. Isso significa que não compete ao médico decidir o que seja bom ou ruim para o paciente. Salvo em

situações excepcionais, o que legitima a intervenção do médico no corpo do paciente é a manifestação de vontade livre e esclarecida deste.

Aliás, o direito do paciente de tomar as decisões acerca do seu próprio corpo e saúde importa para o médico o dever de prestar todas as informações necessárias, como os possíveis tratamentos e riscos de cada um deles. A autonomia somente poderá ser efetivamente exercida pelo paciente se, no momento da decisão, ele tiver condições de entender a situação em que se encontra e as possíveis consequências de cada decisão, por isso fala-se em “consentimento livre e esclarecido do paciente”.

Ademais, além de decorrer da própria autonomia do paciente, o dever de informação do médico também se fundamenta na boa-fé objetiva e no direito à informação previsto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Apenas em situações excepcionais pode ser afastado o dever do médico de prestar todas as informações acerca da intervenção e de colher o consentimento expresso do paciente. São situações excepcionais aquelas em que a informação é capaz de causar dano grave ao paciente, situações urgentes, em que não há tempo para que as informações sejam prestadas e o quadro clínico exige que o médico aja imediatamente, e situações em que o próprio paciente opta por não ser informado. Nelas prevalece a figura do consentimento presumido, não havendo que se falar em responsabilidade civil do médico por violação da autonomia do paciente.

Assim como o consentimento livre e esclarecido, as diretivas antecipadas de vontade são instrumentos que possibilitam o exercício da autonomia pelo paciente. Por meio delas, o paciente informa previamente e após ser devidamente esclarecido os tipos de cuidados deseja receber e a quais tratamentos deseja ou não ser submetido, caso fique impossibilitado de decidir no futuro.

Demonstrou-se, no decorrer deste trabalho, que o paciente, dotado do necessário discernimento, tem o direito de escolher os tratamentos a que deseja ou não se submeter, podendo recusar a realização de determinado tratamento, mesmo que isso implique risco de morte.

Demonstrado o direito do paciente de autodeterminação e, portanto, de tomar as decisões acerca do seu próprio corpo e da sua saúde, em regra sem limitações e imposições externas, verificaram-se os pressupostos e aspectos gerais da responsabilidade civil do médico.

A responsabilidade civil do médico, no exercício da sua profissão, é subjetiva, tendo como pressupostos a existência de uma conduta (ação ou omissão) praticada

com violação a um dever de cuidado – imposto pela lei ou pelo contrato – de forma culposa e que cause dano patrimonial ou extrapatrimonial.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil do médico é negocial (contratual), porém não haverá presunção de culpa por parte do médico. A culpa deve ser comprovada pelo paciente, salvo nos casos em que houver a inversão do ônus da prova ou quando a obrigação assumida for de resultado.

Via de regra, contudo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, de forma que ele não se obriga a alcançar determinado resultado, mas tão somente agir com cuidado e diligência, em consonância com a boa prática médica e com a literatura atualizada.

Apenas em situações excepcionais, como nas cirurgias meramente estéticas, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que a obrigação é de resultado. Nesses casos, porém, a responsabilização civil do profissional continuará sendo subjetiva, ou seja, terá a culpa como um de seus pressupostos.

Certo é, porém, como buscou-se demonstrar ao longo deste trabalho, que o cumprimento adequado do dever de informação é importante para que o médico não seja responsabilizado pela ocorrência de riscos inerentes ao procedimento. Cada organismo possui particularidades e pode responder de forma diferente a um mesmo procedimento. Por mais simples que seja, todo procedimento médico apresenta riscos. Além disso, geralmente existem diferentes abordagens terapêuticas para um mesmo problema.

Assim, a decisão de se submeter ou não a um tratamento ou a decisão de qual, entre os tratamentos possíveis, será seguido deve ser construída dialogicamente pelo médico e pelo paciente.

Cabe ao médico esclarecer todas as questões referentes ao estado de saúde do paciente, as possibilidades terapêuticas e os riscos inerentes a cada uma delas. Em seguida, após estar devidamente esclarecido, caberá ao paciente decidir qual tratamento mais se adequa a seus valores, projeto de vida e conceito de vida boa.

Se o médico cumpre o dever de informar de forma adequada, construindo com o paciente, por uma relação dialógica, a decisão acerca do tratamento a ser realizado, não há como ser responsabilizado pela aplicação de um tratamento em detrimento de outro. Da mesma forma, caso riscos inerentes ao procedimento se materializem, não há como imputar reponsabilidade ao médico por isso.

Por outro lado, ao deixar de prestar as informações acerca do estado de saúde do paciente, possíveis tratamentos e riscos de cada um destes, o médico age em contrariedade ao ordenamento jurídico, descumprindo um dever de conduta. Nestes casos, ele retira do paciente a possibilidade de ponderar os riscos e os benefícios de realizar determinado tratamento ou de não realizar tratamento algum.

Da mesma forma, ao realizar intervenções contrárias à expressa e válida manifestação de vontade do paciente, o médico age em contrariedade ao ordenamento jurídico, violando um dever de conduta.

Por isso mesmo, em ambos os casos, caso fiquem comprovados os requisitos da responsabilidade civil do médico – quais sejam, ação ou omissão, dano, nexos causal e culpa –, este estudo entende que ele pode ser responsabilizado civilmente pela violação da autonomia do paciente, mesmo que a intervenção médica em si tenha sido bem-sucedida sob o ponto de vista técnico.

Os danos à liberdade e à dignidade ocasionados pelo desrespeito à autonomia do paciente constituem danos autônomos, sendo desnecessária a demonstração concomitante de danos à integridade física.

Quanto à responsabilidade civil do médico nas situações em que o paciente recusa tratamento urgente e necessário para a preservação da vida e da integridade física, apesar de que a principiologia constitucional garante este direito ao paciente, demonstrou-se que este entendimento está longe de ser pacífico.

Alguns doutrinadores, como visto, entendem que não há valor maior que a vida e que o médico tem o dever de agir para salvá-la, mesmo contra a vontade do paciente.

Diante deste cenário, tanto os médicos como os pacientes encontram-se em situação de insegurança jurídica. Por parte do médico, haverá o receio de que, ao respeitar a vontade do paciente, ele venha a ser condenado por ter supostamente deixado de prestar assistência ao paciente, e o paciente correrá o risco de ter sua autonomia desrespeitada.

Assim, é importante que os estudos nesta área avancem e que seja elaborada legislação específica para regular a matéria, de forma a buscar maior segurança jurídica tanto para médicos como para pacientes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **JORNADA DE DIREITO CIVIL**, 5., 2012, Brasília; (org). Brasília: CJF, 2012.

ALEMANHA. Código de Nuremberg. **Tribunal Internacional de Nuremberg**, Nuremberg, 1947.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

ANDRADE JÚNIOR, Gualter de Souza. **Autonomia privada perspectiva do Estado de Direito Democrático**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2010.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Helsinki I**. Finlândia, 1964. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm>>. Acesso em: 19 out. 2019.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social** 10. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei Nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei Nº 8.078, 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990.

BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 30 set. 1957. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4º Turma). Resp. 196.306. Rel. Min. Fernando Gonçalves, 03 ago. 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 ago. 2004.

Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19470054/recurso-especial-resp-196306-sp-1998-0087588-3?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4º Turma). AgRg nos EDcl no AREsp 328.110, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 19 set. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 set. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24202906/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-328110-rs-2013-0110013-4-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4º Turma). EDcl no REsp 704272 / SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 07 ago. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 ago. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24074294/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-704272-sp-2012-0182148-0-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2º Turma). Resp. 1.187.456, Rel. Ministro Castro Meira, 16 nov. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 dez. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17902134/recurso-especial-resp-1187456-rj-2010-0033058-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1º Turma). Resp. 1.540.580 – DF, Relator Ministro Lázaro Guimarães, 16 nov. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 dez. 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7178127/recurso-especial-resp-493181-sp-2002-0154199-9?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4º Turma). Resp. 493.181, Rel. Min. Denise Arruda, 02 ago. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 set. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/621592003/recurso-especial-resp-1540580-df-2015-0155174-9?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387**. 2ª Seção. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. 01 de setembro de 2009. RSSTJ. vol. 35. p. 331. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BORGES, Gustavo Silveira; MOTTIN, Roberta Weirich. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 1, p.15-47, abr. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro. A função social da cláusula de bons costumes no direito civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial.

RBDCivil, [S.l.], v. 14, n. 4, 2017.

Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/168>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar.

Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.7, n.28, 2004. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista28/revista28_81.pdf>. Acesso em: 11 nov. 19.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 102.

CÓDIGO de ontologia médica. **Portal médico**, [S.l.], 1931. Disponível em:

<[http://www.portalmedico.org.br/arquivos/codigo_deontologia_medica\(1931\).pdf](http://www.portalmedico.org.br/arquivos/codigo_deontologia_medica(1931).pdf)>. Acesso em: 17 out. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: volume 2: obrigações responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação CFM Nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. **Conselho Federal de Medicina**, Brasília, 21 jan. 2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução CFM Nº 1.931/09. CFM: Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 08 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Conselhos de Medicina completam 60 anos. **Conselho Federal de Medicina**, Brasília, 18 out. 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27232:conselhos-de-medicina-completam-60-anos&catid=3>. Acesso em: 02 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer CFM nº 12/14. Resolução CFM nº 1021/80, que trata sobre a recusa pelos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sanguínea. **Conselho Federal de Medicina**, 2014. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2014/12_2014.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2019.

DADALTO, Luciana Dadalto. **Testamento Vital**. 4.ed. São Paulo: Editora Foco. 2018.

DECLARAÇÃO de Helsinque da Associação Médica Mundial. Finlândia, 1964. Disponível em: <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/491535001395167888_DoHBrazilianPortugueseVersionRev.pdf>. Acesso em 19 out. 2019.

DECLARAÇÃO Universal de Bioética e Direitos Humanos. [S.l.], 19 out. 2005. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana Gemelli. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. **Revista da AJURIS**, Rio grande do Sul, v. 42, n.138, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: volume 3: teoria geral da responsabilidade civil, responsabilidade civil em espécie. Salvador: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil. Volume 3**. Salvador: Juspodivm, Edição 2014, p. 101.

FEDERAL, Conselho da Justiça. Enunciado 548. **VI Jornada de Direito Civil**. 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/601>. Acesso em: 25 nov. 2019.

FEITOSA, Samara. **Da Revolução Francesa até nossos dias**: um olhar histórico. Curitiba, PR: Intersaberes, 2016.

FIUZA, César. In: Fiuza César. **Curso avançado de Direito Civil**. São Paulo: Thomson, 2004, p. 282.

GRACIA, Diego. **Pensar a bioética: metas e desafios**. São Paulo: São Camilo; Loyola, 2010.

GENÊSIS. In: BIBLIA Sagrada On-line, [S.l.], 2009. Disponível em: <<https://www.bibliaon.com/>>. Acesso em: 19 out. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Vol 3, p. 45/46, 12ª Edição, Editora Saraiva, 2014.

GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade Civil dos Profissionais da Saúde pela Violação da Autonomia dos Pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. **Responsabilidade Civil: Novas Tendências**. São Paulo: Editora Foco, 2018, p. 489.

GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro**. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 343/344.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Obra atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2002. 18ª Edição.

JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, 1, 2, 3, 2019, Brasília, 2019. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9560/1/ENUCIADOS%20APROVADOS%20E%20CONSOLIDADOS%20III%20JORNADA%20DA%20SA%20C3%9ADE.%20C3%9ALTIMA%20VERS%20C3%83O.pdf>>. Acesso em: 24 out.2019.

LEVÍTICO. *In*: BIBLIA Sagrada On-line, [S.l.], 2009. Disponível em: <<https://www.bibliaon.com/>>. Acesso em: 19 out. 2019.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a infância e a adolescência**. Belo Horizonte, MG: Arraes, 2016.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. *In*: MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pp. 89-131. Disponível em: <<http://books.scielo.org/search/?lang=pt&index=tw&where=BOOK&q=O+debate+bio%20C3%A9tico+e+jur%20C3%ADdico+sobre+as+diretivas+antecipadas+de+vontade&filter%5Bpublisher%5D%5B%5D=>>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 203.

MORAES, Luís Edmundo. **História Contemporânea**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial. São Paulo: Editora Contexto, 2017.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, [S.l.], v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509938>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

MORAIS, Inês Motta de. Vulnerabilidade do doente versus autonomia individual. **Rev. Bras. Saude Mater. Infant.**, Recife, v.10, supl. 2, p. s331-s336, Dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 out. 2019.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil**: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Viii. p.237.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. A Autonomia Privada do Paciente em Estado Terminal. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria

de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II** : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. VIII, p. 108.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito civil pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2010.

OLIVIERI, Isabella Souza Costa. **Autonomia privada existencial, paternalismo e os relativamente incapazes**: critérios para interpretação do Art. 4º, I, CC/2002 à luz da CF/88. Rio de Janeiro, 2013.

O QUE é ciência cristã. **Ciência Cristã**, [S.l.], 2019. Disponível em: <<https://www.cienciacrsta.com/oque>>. Acesso em: 03 out. 2019.

OVIEDO. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. **European Treaty Series**, [S.l.], 1997. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98>>. Acesso em: 19 out. 2019.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. **Ética da alteridade e respeito à autonomia na relação médico-paciente**. Revista Direito UNIFACS, Salvador, n. 187, 2016.

PISSINI, Leo. **A Medicina Atual: Entre o Dilema de Curar e Cuidar**. In: DOS hospitais aos tribunais. Del Rey: Belo Horizonte, MG, 2013. p. 9-10

POLI, Leonardo Macedo: in: FIUZA, César. **Curso Avançado de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 294-295.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70020868162. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 25 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70048922017, Desembargador Relator Leonel Pires Ohlweilert. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 14 dez. 2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112430778/apelacao-civel-ac-70048922017-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 out. 2019.

RODRIGUES, Renata Lima. **Diretivas Antecipadas: Planejamento Preventivo para Decisões**. In: DOS hospitais aos tribunais. Del Rey: Belo Horizonte, MG, 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito civil: atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 39-44.

SÁ, Maria de Fátima Freire; Moureira, Diogo Luna. A formação dialógica do consentimento como elemento de mensuração da responsabilidade civil do médico. *In*: SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz; OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de (Orgs). **Temas de responsabilidade civil: o direito na sociedade complexa**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. p. 303.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SIQUEIRA, Flavia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Responsabilidade civil**. Transação em danos ambientais. Curitiba: Appris, 2015, p. 58.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann. **Autonomia Privada no Âmbito das Relações Contratuais: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

SOUZA, Iara Antunes de; FERNANDES, Rafaela Leite. Cirurgias Plásticas Estéticas: Obrigação de Meio ou Obrigação de Resultado X Responsabilidade Civil Médica. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de (Coord.). **Direito e medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar**. Indaiatuba, SP: Foco, 2018, p. 59-76.]

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 65393 RJ 1995/022154-3. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ: 18/12/1995. Jusbrasil, 1995. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/550035/recurso-especial-resp-65393/inteiro-teor-110999267?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 959565 SP 2007/0133636-7. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. DJ: 04/05/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21109675/recurso-especial-resp-959565-sp-2007-0133636-7-stj/inteiro-teor-21109676?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S.l.], v.16, p.75-104, abr/jun, 2018. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7PZTgpsLYy4J:https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/232/214+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações Jurídicas Dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 24.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Análise do Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Conteúdo Jurídico do Direito Fundamental à Liberdade no Processo de Morrer**. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana. Tratado Brasileiro sobre Direito Fundamental à Morte Digna. São Paulo: Almedina, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.