

PUCRS

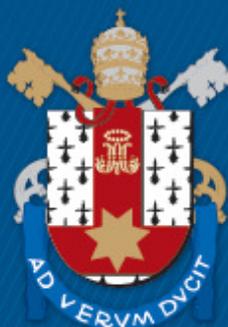
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

FLAVIANA RAMPAZZO SOARES

**NATUREZA, VALIDADE E INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO
INFORMADO, E SUA CORRELAÇÃO COM A AUTODETERMINAÇÃO DO
PACIENTE**

Porto Alegre
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

FLAVIANA RAMPAZZO SOARES

**NATUREZA, VALIDADE E INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO
INFORMADO, E SUA CORRELAÇÃO COM A AUTODETERMINAÇÃO DO
PACIENTE**

Tese apresentada como requisito final para obtenção do título de Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

ORIENTADOR: PROF. DR. EUGÊNIO FACCHINI NETO

PORTO ALEGRE

2018

Ficha Catalográfica

S676n Soares, Flaviana Rampazzo

Natureza, validade e interpretação do consentimento informado,
e sua correlação com a autodeterminação do paciente /
Flaviana Rampazzo Soares . – 2018.

323 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito,
PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto.

1. Consentimento informado. 2. Negócio jurídico. 3.
Autodeterminação. I. Facchini Neto, Eugênio. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

FLAVIANA RAMPAZZO SOARES

**NATUREZA, VALIDADE E INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO
INFORMADO, E SUA CORRELAÇÃO COM A AUTODETERMINAÇÃO DO
PACIENTE**

Tese apresentada como requisito final para obtenção do título de Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Aprovada em 20 de dezembro de 2018

Prof. Orientador Dr. Eugênio Facchini Neto

Prof. Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto (PUCRS)

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro (PUCRS)

Profa. Dra. Daniela Courtes Lutzky (PUCRS)

Prof. Dr. Fernanda Nunes Barbosa (UniRitter)

Prof. Dr. Marcos Jorge Catalan (UniLassalle)

PORTO ALEGRE

2018

À Ana, amor e exemplo, e ao Flávio (*in memoriam*), desse jeito, do jeito que foi. Obrigada por plantarem a semente.

Flávia, Fábio e Fabiano: a dedicatória é um pedido de desculpas, e um agradecimento pela compreensão nos momentos de ausência física e pelo alento nas horas de cansaço.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos são tão previsíveis quanto necessários. É o momento em que o coração nos pega pelas mãos e vai nos guiando pelos caminhos das memórias, de quando reconhecemos quem veio morar dentro de nós. Por isso, inicio com o local onde a convivência diária e a prática do direito apresentam seus desafios (a minha casa profissional): agradeço aos meus estimados colegas e amigos de escritório e de uma longa e inesquecível caminhada: Alexandre, Amanda, Ana H., Ana M., Ana R., Átila B., Átila M., Carolina, Diogo, Eduardo, Fabiana, Luciano, Marcela, Mayla e Tiago. O conforto para a escrita veio do suporte recebido. Ao Gerson em especial: sócio e amigo, exemplo, mente criativa e inquieta, que me despertou para o tema. Sou muito grata por tudo.

Na minha casa acadêmica, o agradecimento é à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), que havia me acolhido no mestrado e voltou a me receber no doutorado. A PUCRS é uma Universidade que oferece suporte de excelência a quem quer crescer intelectualmente. Ao PPGD da PUCRS, na pessoa do nosso coordenador, Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, profissional dedicado, bom conselheiro e que vibra a cada vitória nossa. O agradecimento também estende-se aos professores que encontrei nesse caminho pois, à sua maneira, cada um me tornou uma acadêmica melhor, em especial aos Drs. Adalberto Pasqualotto e Carlos Alberto Molinaro, que compuseram a pré-banca de qualificação, e ao Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva, também integrante, que contribuíram decisivamente ao aperfeiçoamento do texto da tese.

À Caren, que corporifica o mito de Atlas, simbolicamente carregando a secretaria do PPGD em seu suporte amigo e prestativo. Uiliam, Patrícia e Márcia: saber que vocês estão aí nos deixa mais tranquilos e felizes. Aos colegas do PPGD, do mestrado e do doutorado, cuja convivência permitiu que se tornassem amigos queridos. Em especial, à turma que formamos e que se respeita nas diferenças, que diverge, que converge, que aprecia mais o caminho que a chegada, que se diverte sem se ofender, e, sobretudo, que perdoa, pois somos imperfeitamente humanos: Carla, Elisabet, Jorge, Larissa, Leonardo, Paulo, Pery e Sebastião, e, em especial, à Isis e à Letícia.

À Daniela: os anos passam e a amizade se fortalece, ajudando-me a ver o que o outro tem de melhor.

E falar em amizade traz-me a lembrança das borboletas que dão movimento à minha vida: Cristina, Fernanda, Natália e Silvânia, além do Marco, querido amigo de tantos anos. Não poderia esquecer de vocês.

Minhas famílias Rampazzo, Soares e Dornelles, vocês são esteio e nossos laços são suficientemente fortes, a expressar mais do que qualquer palavra.

À quase centena de membros do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC, fundado com a pretensão de ser um fórum de estudos do tema de responsabilidade civil, que cresceu, estabeleceu-se como instituição e como revista, e de onde brotam mentes brilhantes, brindando-nos com doutrina de qualidade. Eu transbordo felicidade pela diretoria que fraternamente compusemos tanto no Instituto quanto na Revista: Bruno Carrá, Chiara de Teffé, Guilherme Martins, Karina Fritz, Marcos Catalan, Pablo Frota, Pastora Leal, Rafael Pereffi da Silva, Patricia Iglecias e Renata Multedo. Nelson Rosendal, presidente do IBERC, nosso farol: agradeço sempre, por tudo. A sua generosidade, espírito congregador, sabedoria e humildade são admiráveis.

Ao Instituto de Estudos Culturalistas – IEC, que me acolheu em um período de estudos e escrita da tese, em especial à Profa. Dra. Judith Martins-Costa, ao Prof. Dr. Miguel Reale Júnior e à Ivete Bonatto.

Ao Eugênio Facchini Neto, orientador de mestrado, de doutorado, de vida. É o compartilhar o encantamento, é a companhia para atravessar as pontes, é a celebração dos espaços conquistados, a presença nos momentos de dúvida. Conhecimento, maturidade e sensibilidade em pessoa.

À Universidad Complutense de Madrid e à Universidade de Lisboa, onde fiz parte das minhas pesquisas, em especial ao Doutor Fernando Araújo, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que tão generosamente me acolheu, e que carrega em si tanta paciência, conhecimento e virtude.

Ao Grupo de Bioética do Programa de Pós Graduação da Escola de Medicina da PUCRS, em especial à Profa. Dra. Livia Haygert Pithan.

Helenir, não esqueci de você: obrigada por ser o meu esteio, nas minhas constantes ausências de casa.

Em geral, fica o agradecimento aos que, embora não nominados, estão nas entrelinhas do trabalho, nos meus pensamentos e no meu coração, e que de alguma forma viabilizaram essa tese.

Por fim, o agradecimento contempla a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – CAPES, que me concedeu bolsa de estudos fundamental às pesquisas e escritos que foram publicados no decorrer do doutorado, assim como pelos que estruturam esta tese. Entidade valorosa, sem a qual tantos estudos não existiriam: um brinde e vida longa!

RESUMO

A busca pela natureza jurídica do consentimento para o ato médico é o impulso para uma revisitação da teoria do ato jurídico, e as suas conseqüentes repercussões jurídicas, sendo esse o cerne do tema a ser desenvolvido. O objetivo geral da tese é o de investigar a natureza jurídica do consentimento informado, tendo como hipóteses que ele seja mero fato; um ato jurídico em sentido estrito; um negócio jurídico ou uma nova categoria dentro da teoria do fato jurídico. Dessa forma, a tese tem como objetivos específicos diversos outros aspectos que tangenciam o tema direto, que com ele se correlacionam de forma interdependente e que compõem as diferentes partes do texto, que são: (a) os conceitos de ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, as similitudes e diferenças entre ambos, a pertinência prática dessa análise, bem como (b) seus contornos nos planos da existência, validade e eficácia. Igualmente, contemplam: (c) a análise da vontade na declaração contida no consentimento informado ou no comportamento concludente do paciente, o conteúdo e função da informação no processo material de consentimento informado e (d) a investigação quanto ao seu modo de constituição, interpretação e de validade. Considerando tais aspectos, perpassa o texto pelos negócios jurídicos existenciais e as condições de disponibilidade de direitos de personalidade. A partir desse cenário, verifica-se que a teoria do fato jurídico permanece atual, embora deva ser adaptada em alguns aspectos (notadamente no conceito de ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico) para albergar novos fatos juridicizados. Consta-se que o consentimento para o ato médico é um negócio jurídico existencial, que possui contornos específicos e que contempla um encadeado que começa com a transmissão das informações ao paciente, sua recepção, maturação, o processo decisório e culmina com a permissão propriamente dita. Percebe-se que o médico tem deveres principais e secundários a observar, que são essenciais ao plano da validade do consentimento informado, embora não afetem o plano da existência. Verifica-se que o consentimento informado está sujeito à conformidade com as boas práticas médicas, os princípios de ética bioética, a boa fé, e de princípios decorrentes da própria natureza do ato (em sentido largo), e que se sujeita a um modo de interpretação adaptado, quando em comparação com o tradicionalmente aplicado ao contrato.

Palavras-chave: Negócio Jurídico. Consentimento informado. Capacidade. Interpretação.

ABSTRACT

The pursuit of the legal nature of consent to the medical act is the impetus for a revision of the theory of the legal act, and its consequent juridical repercussions, this being the core of the subject to be developed. The general objective of the thesis is to investigate the legal nature of informed consent, having as hypotheses that it is a mere fact; a legal act in the strict sense; a legal business or a new category within the theory of legal fact. Thus, the thesis has as specific objectives several other aspects that touch on the direct subject, that with it are interrelated and that compose the different parts of the text, which are: (a) the concepts of legal act *stricto sensu* e legal business, similarities and differences between the two, the practical relevance of this analysis, as well as (b) their contours in the planes of existence, validity and effectiveness. Likewise, they contemplate (c) the analysis of the will in the statement contained in the informed consent or in the patient's conclusive behavior and eventual defects, the content and function of the information in the informed consent material process, and (d) the investigation in relation to its manner of constitution, interpretation and validity. Considering these aspects, it permeates the text by the existential legal business and the conditions of availability of personality rights. From this scenario, it is verified that the theory of the legal fact remains current, although it must be adapted in some aspects (notably in the concept of legal act *stricto sensu* and legal business) to accommodate new juridic facts. It is observed that the consent to the medical act is an existential legal business, which has specific contours and that includes a chain that begins with the transmission of information to the patient, its reception, maturation, the decision process and culminates with the authorization itself. It is perceived that the physician has primary and secondary duties to observe, which are essential to the validity of informed consent, although they do not affect the plane of existence. It is found that informed consent is subject to compliance with good medical practice, the principles of bioethical ethics, good faith, and principles arising from the very nature of the act (in the broad sense), and subject to an adapted manner of interpretation when compared to that traditionally applied to the contract.

Keywords: Legal business. Informed consent. Competence. Interpretation.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Plano da existência do negócio jurídico	135
Figura 2	Plano da validade do negócio jurídico	139
Figura 3	Pesquisa sobre a interferência dos planos de saúde na autonomia dos médicos	236

LISTA DE QUADROS

Quadro 1	Correlação entre os níveis de riscos envolvidos, de compreensão do paciente e de complexidade do atendimento	191
Quadro 2	<i>MacArthur Competence Assessment Tool - MacCAT-T</i>	195
Quadro 3	<i>Capacity Assessment Tool - CAT</i>	198

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Abr.	Abril
Ago.	Agosto
APC	Apelação cível
Art.	Artigo
AVC	Acidente vascular cerebral
BGB	Bürgerliches Gezetzbuch (Código Civil da Alemanha)
CC	Código Civil brasileiro de 2002
CCi	<i>Codice civile</i> italiano
CDC	Código de Defesa do Consumidor brasileiro de 1990
CEM	Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 2.217/2018)
CF	Constituição Federal brasileira de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina brasileiro
Cit.	Citado
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal brasileiro de 1940
CPC	Código de Processo Civil brasileiro de 2015
CRM	Conselho Regional de Medicina
CSP	<i>Code de la santé publique (France)</i>
Des.	Desembargador
Dez.	Dezembro
DJ	Diário da Justiça
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990
Ed.	Edição
e.g.	<i>Exempli gratia</i>
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015
EUA	Estados Unidos da América
Fev.	Fevereiro
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Jan.	Janeiro
Jul.	Julho
Jun.	Junho
MacCAT	<i>MacArthur Competence Assessment Tool</i>

Mai.	Maio
Mar.	Março
MCA	<i>Mental Capacity Act 2005</i>
Min.	Ministro
N.	Número
Nov.	Novembro
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
Out.	Outubro
PECL	<i>Principles of European Contract Law 2002</i>
PISA	Programa de Avaliação Internacional de Estudantes da OCDE
PUCRS	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Rel.	Relator
Res.	Resolução
REsp	Recurso Especial
Set.	Setembro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema único de saúde (Brasil)
T.	Tomo
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
Trad.	Tradução
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
V.	Volume
v. g.	<i>Verbi gratia</i>
v.	<i>Versus</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	CONSENTIMENTO INFORMADO: APONTAMENTOS HISTÓRICOS, CONCEITUAIS E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	19
2.1	Histórico do consentimento informado	19
2.2	Contorno conceitual do consentimento informado	32
2.3	Os direitos fundamentais no direito privado e a proteção dos direitos de personalidade	34
2.4	A liberdade como direito fundamental e a sua aplicação no direito privado: a autodeterminação e os negócios jurídicos	42
2.4.1	Uma questão terminológica? Autonomia da vontade, autorregramento da vontade, autonomia privada e autodeterminação.....	46
2.4.2	O consentimento informado como concretização do direito fundamental de autodeterminação	54
2.5	Consentimento informado como meio e prova de pré-exclusão de ilicitude: vida, dignidade e integridade psicofísica	60
2.6	Consentimento informado, direito subjetivo, dever jurídico e situações jurídicas	66
3	A BUSCA DA NATUREZA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO	74
3.1	Ato jurídico <i>stricto sensu</i> e negócio jurídico	80
3.2	A natureza jurídica do consentimento para o ato médico: negócio jurídico	82
3.3	O consentimento e o contrato de prestação de serviços de assistência médica	106
3.4	Negócios jurídicos existenciais e de lucro	115
3.4.1	Breve referência às diferentes correntes doutrinárias do negócio jurídico	124
3.4.2	Teoria da vontade e teoria da declaração no negócio jurídico	126
3.5	A concepção de negócio jurídico sob o aspecto estrutural	129
3.5.1	Os planos da existência, validade e eficácia nos negócios jurídicos	132
3.5.2	Causa e motivo determinante nos negócios jurídicos: diferenciação e consequências	143
4	CAPACIDADE, VONTADE, PRINCÍPIOS APLICÁVEIS E INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO	148
4.1	Autonomia para consentir – capacidade, legitimação e decisão	149
4.1.1	Consentimento e capacidade no direito estrangeiro	149
4.1.2	Consentimento e capacidade no direito brasileiro	175
4.1.3	A MacArthur Competence Assessment Tool (MACCAT-T) e a Capacity Assessment Tool (CAT)	194
4.1.4	Quem decide sobre a habilidade do paciente para a tomada de decisão	202
4.2	O direito à informação do paciente e o consentimento como prova do cumprimento da correlata obrigação médica	203
4.2.1	A declaração e o comportamento concludente do paciente	211
4.2.2	O repasse de informações e a correlata decisão	215

4.2.3	Teor e qualidade da informação	216
4.2.4	Princípios que regem esse processo dialógico	220
4.2.5	Assimetria informativa, vieses comportamentais e sua influência na tomada de decisão	224
4.2.6	Conflitos de interesses e conduta médica	235
4.3	Conselhos, recomendações, opiniões e atribuição médica	241
4.4	Princípios aplicáveis ao consentimento informado	249
4.4.1	Iniquidade, abusividade e aplicação do CDC	250
4.4.2	Princípio da boa-fé objetiva e teoria da confiança	252
4.4.3	Função social e consentimento informado?	257
4.4.4	Os princípios da ética biomédica e as boas práticas médicas	260
4.5	Considerações quanto à interpretação do consentimento informado	267
4.6	Consequências da não observância dos princípios e regras incidentes: convalidação, invalidade e responsabilidade	280
5	CONCLUSÃO	290
	REFERÊNCIAS.....	298

1 INTRODUÇÃO

A teoria do fato jurídico, nos cursos de direito, costuma ser uma matéria considerada meramente teórica e em geral é tratada como uma etapa a ser cumprida no cronograma da disciplina de teoria geral do direito civil. Para tanto, os manuais apresentam esquemas que facilitam a memorização do que seria apenas uma fórmula ou um mecanismo automático, cuja memorização é necessária para responder aos questionamentos contidos em instrumentos de avaliação¹.

Diante disso, é natural que se perquiria qual seria a utilidade de estudá-la, até mesmo diante da tendência atual de análise sob o aspecto funcional de categorias, institutos ou figuras jurídicas², ou seja, parte-se do raciocínio de que, se elas existem, isso ocorre diante da necessidade de que seja desempenhada uma função, com o objetivo de atingir um resultado.

Nesse passo, Pontes de Miranda afirmou, ao desenvolver a teoria, que “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico”³, porque a partir dele, ou ao menos no seu entorno, gravitam conceitos, relações, e consequências jurídicas que merecem uma investigação direcionada especificamente à relação médico-paciente.

A teoria do fato jurídico parte da ideia de que há ocorrências no mundo fático que adquirem alta relevância, e por isso teriam a condição de superar as fronteiras desse mundo fático e ingressar no mundo jurídico, qualificando-se como fatos jurídicos. A vontade, por sua vez, teria proeminência nessa doutrina, em especial para a sua separação em dois grandes grupos genéricos, quais sejam: a dos fatos jurídicos e a dos atos jurídicos.

Esse breve traçado doutrinário é fruto do pensamento jusracionalista, formatado notadamente na doutrina e legislação produzidas entre os séculos XVIII e início do século XX⁴, as quais costumavam representar o formalismo jurídico, no qual o sistema jurídico é

¹ FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível – o consentimento informado sob o prisma do direito comparado. *RJLB*, Lisboa, Ano 2, 2016, n. 1, p. 953-1024. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb>. Acesso em: 29 ago 2018.

² Instituto entendido como um “conjunto de regras e princípios jurídicos que regem certas entidades ou certas situações de direito” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 442), categoria como parte passível de integrar um instituto e em cuja composição estão determinadas figuras jurídicas, sendo estas entendidas como uma estrutura jurídica básica peculiar que a distingue de outras.

³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 19.

⁴ “A teoria geral dos atos jurídicos não nasce com os romanos. Juristas práticos, não se preocuparam eles com categorias abstratas. Voltaram suas vistas para os atos do homem de que resultavam obrigações [...] Para eles, haviam (*sic*) atos jurídicos específicos e não a figura genérica do ato jurídico, e as expressões *actus* e *negotium* que se encontram em textos jurídicos romanos não têm significação técnica”. ALVES, José Carlos Moreira. Distinção entre os atos jurídicos negociais e os atos jurídicos não-negociais. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro. v. 10, n. 10, p. 170–189, jul./dez., 1996. p. 170.

formado por normas e conceitos teoricamente ordenados, hierarquizados, integrados e com pretensão de completude, sendo necessário, por exigência racional, a qualificação e sistematização fenomenológica, fechando um círculo hermético e perfeito. Assim, embora a teoria do fato jurídico e sua classificação sejam recentes se considerada a história do próprio direito, é necessário investigar se essa distribuição em classes acolhe o consentimento ao ato médico.

Essa investigação torna-se mais importante a partir da evolução dos estudos relacionados aos direitos de personalidade e aos ajustes práticos que passaram a ser concretizados e que envolvem, por exemplo, a contratação barriga de aluguel, contratos para depósito de material genético ou reprodutivo, a utilização da pele de pessoas para estampar tatuagens com propaganda, a cirurgia de redesignação sexual, etc.

Um contínuo *levante dos fatos*, mexe com o direito e põe em xeque alguns paradigmas importantes do direito civil.

Uma análise ampla não é possível nesse trabalho, porque poderia pecar pela pretensão excessiva e possível superficialidade na abordagem, a indicar a necessidade de um recorte que seja útil e suficientemente ilustrativo dessa investigação que se pretende fazer.

Optou-se, assim, por abordar a teoria do fato jurídico tendo como foco o consentimento informado para o ato médico (doravante referido apenas como consentimento informado), seja pela extrapatrimonialidade que, por si, já autoriza uma revisitação da teoria sob o enfoque pretendido, seja pela constatação de que cada vez mais o consentimento para o ato médico tem sido obtido e o respectivo documento escrito utilizado na prática do atendimento na área da saúde. Saber *o que é e para que serve* um consentimento informado é um conhecimento que tem grande utilidade prática.

Com a finalidade de atribuir maior eficiência ao estudo proposto, o seu foco residirá essencialmente no consentimento no atendimento médico eletivo, circunscrito ao âmbito do direito privado (embora vez ou outra sejam pontualmente referidos alguns exemplos ou aspectos de direito público). Para um melhor recorte, esclarece-se que o trabalho não abordará o consentimento na pesquisa⁵.

Diante do que até agora foi referido, constata-se que o estudo proposto tem a pretensão de compreender a feição jurídica do consentimento informado, seu conteúdo, modo de atuação e sua interpretação.

E, sobre isso, há o problema de definir qual é a natureza jurídica do consentimento

⁵ Para esse tema, veja-se CEZAR, Denise Oliveira. *Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

informado.

Tem-se as hipóteses de que seja um mero fato; um ato jurídico em sentido estrito; um negócio jurídico ou uma nova categoria dentro da teoria do fato jurídico.

A partir desse problema e das hipóteses aventadas, surgem os seguintes questionamentos, cujas respostas serão buscadas ao longo deste trabalho:

- a) O consentimento informado encaixa-se em qual categoria na teoria do fato jurídico?
- b) Ele justifica a necessidade de revisão dos conceitos de ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico?
- c) A categoria do negócio jurídico existencial existe? Se existir, ela serve ao consentimento informado ou é necessário formatar uma “nova categoria jurídica” para abarcá-lo?
- d) Quando um consentimento informado é válido e quando é inválido?
- e) Como interpretar um consentimento para a intervenção médica em um paciente? Essa interpretação é influenciada pela natureza desvelada? Quais são os princípios aplicáveis para tal fim?

A resposta a essas perguntas implica uma análise do conteúdo e extensão do consentimento informado, da espécie de interesse jurídico envolvido e, sobretudo, de seu objeto tutelado, e inicia com a busca de uma possível compreensão do que seja um fato jurídico e de sua classificação tradicional, fixando-se conceitos prévios necessários ao desenvolvimento do trabalho e à compreensão do restante do conteúdo da investigação.

Assim, este trabalho divide-se em três grandes partes, sendo a primeira direcionada à definição dos contornos e histórico do consentimento informado, a indicação da sua gênese jurídica, essencialmente calcada na CF, em especial na dignidade da pessoa humana e na autodeterminação pessoal.

A segunda parte desenvolve os contornos teóricos da teoria do fato jurídico e implica a escolha prévia de um referencial teórico, pois, nessa matéria sobressaem pensadores com distintos pontos de vista, sendo imprescindível a inicial adoção de um marco, com o objetivo de que o estudo possa evoluir com o entendimento de conceitos prévios e suas aplicações aos pontos que serão tratados.

Assim, inicia-se a abordagem a partir da classificação teórica dos fatos jurídicos segundo a visão de Pontes de Miranda, posteriormente explicitada e ampliada por Marcos Bernardes de Mello, pois são os autores mais proeminentes no país a respeito da matéria, sob o viés voluntarista.

Abordam-se os conceitos de ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, com uma avaliação crítica e proposta conceitual que seja compatível com a tese exposta e harmônica considerando o conjunto do texto, contendo as adaptações cabíveis e necessárias para uma visão contemporânea dessas figuras.

Na parte relativa aos negócios jurídicos, Junqueira de Azevedo também servirá como referencial teórico, fundamentalmente para a análise estrutural do negócio jurídico (apresentando-se uma formulação da formatação teórica do consentimento informado nos planos da existência e da validade), em um exame reflexivo que objetiva construir uma compatibilidade dos pontos de vista de cada autor.

Finalizada essa segunda etapa, a terceira parte da tese destina-se à compreensão do processo material informativo e decisório no qual, ao primeiro, importa a qualidade da informação ao adequado processo a ela relacionado e, ao segundo, a capacidade para a formação da declaração negocial ou do comportamento concludente do paciente.

Passa-se inicialmente pela abordagem da capacidade civil e para consentir no direito brasileiro e no direito comparado, as ferramentas que costumam ser utilizadas pelos médicos para aferição de capacidade para consentir e a referência a quem pode decidir.

A seguir, a atenção volta-se ao processo informativo e decisório, primeiramente com a explanação dos meios informativos, a qualidade da informação e os princípios aplicáveis. Depois, passam a ser o objeto de análise a formação da declaração ou os contornos do comportamento do paciente e sua correlação com uma formatação válida do consentimento.

No tópico seguinte, assumem protagonismo a formação da vontade do paciente e os possíveis condicionamentos do médico, a demonstrar os desafios que o consentimento informado enfrenta diante da assimetria informativa, dos vieses comportamentais, dos lapsos associados a processos racionais automáticos e de acontecimentos com origem econômica que também podem atingir o processo decisório do paciente.

Os princípios incidentes ao consentimento informado são objeto de ponto específico na tese, porque influenciam diretamente a conduta das partes e seus deveres, seja com a análise da incidência de princípios típicos de negócios jurídicos, seja daqueles que se integram por força da sua especificidade, que são os princípios de ética biomédica e as boas práticas médicas, que, conforme se demonstrará, passam a assumir contornos jurídicos.

Dirigindo-se ao encerramento do trabalho, passa-se ao exame do consentimento informado na sua necessária interpretação, com a indicação de algumas pautas cuja observância é necessária para um correto tratamento dessa figura jurídica, e que se originam da sua própria essência, na sua cobertura pelo rodênamento jurídico e nos interesses que estão

envolvidos. A necessidade de indicação desses critérios é essencial para que seja respeitada a essência desse negócio, bem como o cumprimento de sua finalidade principal, que é assegurar uma verdadeira autodeterminação do paciente.

Será demonstrado que essa figura jurídica contempla particularidades tão consistentes e próprias que formam “núcleo” jurídico particular dentro da teoria do negócio jurídico, porque isso é necessário tanto para assegurar um adequado *pertencimento* dessa figura ao mundo jurídico, quanto para que seja adequadamente compreendido, aplicado e que sirva ao alcance das suas legítimas finalidades.

Como consequência lógica, o passo seguinte é abordar as consequências da inexistência ou de uma possível invalidação – total ou parcial - desse consentimento, que pode ensejar responsabilidade profissional.

Diante das características do trabalho, é possível verificar que o seu enfrentamento enseja a aplicação do método de procedimento documental, e como técnica de pesquisa a bibliográfica, de objetivo exploratório e cuja natureza é essencialmente teórica, embora com repercussão prática.

De acordo com o exposto, denota-se que o estudo apresentado se coaduna com área de concentração designada “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa “Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado”. Igualmente, esta tese alinha-se ao projeto de pesquisa do orientador, que é o estudo dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade no direito privado.

Por fim, informa-se que este trabalho foi desenvolvido com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – CAPES (código de financiamento 001).

2 CONSENTIMENTO INFORMADO: APONTAMENTOS HISTÓRICOS, CONCEITUAIS E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

De facto, parece-me isto ter a sua razão de ser: na verdade, tal como os médicos, quando se esforçam por dar às crianças repugnantes absintos, untam primeiro os bordos das taças com o doce e dourado líquido do mel, para ludibriar, só até aos lábios, a idade incauta das crianças e fazê-las assim beber de um trago o amargo líquido do absinto, e conseguir que, apesar de estarem a ser enganadas não sejam prejudicadas, mas antes robustecidas por este procedimento e recobrem a saúde. Assim também eu quis expor-te esta minha doutrina por meio da suaviloquente poesia das Piérides e como que tocá-la com o doce mel das Musas⁶.

O horizonte do consentimento informado é amplo. Por vezes, a sua aplicação tem nuances turvas. Ocasionalmente, elas são nítidas. Trata-se de tema cujo estudo é inevitável, porque toda pessoa, em algum momento da sua vida, poderá ser paciente e passar pelas mãos de um médico, e o direito ocupa-se dos aspectos jurídicos advindos dessa relação.

Sabe-se que o universo da atividade médica não se resume a cuidar da saúde de um enfermo. Atualmente, sua conduta também é de acompanhamento das condições de saúde das pessoas, de atendimento para melhoramento estético ou mesmo de atenção preventiva de doenças. Em geral, o profissional deve assegurar que a sua atuação prática esteja de acordo com o que o paciente entenda que seja melhor para si e que seja admissível juridicamente.

A análise do que constitua um consentimento do paciente para o ato médico passa pela narrativa do seu histórico, pela indicação do seu contorno conceitual, bem como pela explicitação da sua gênese na autodeterminação do paciente, constitucionalmente protegida, temas que ocupam os itens integrantes desse capítulo.

2.1 Histórico do consentimento informado

Estás também ciente de que como as pessoas enfermas nas cidades são constituídas tanto por escravos quanto por cidadãos livres, os escravos são geralmente tratados pelos escravos, em suas rondas pela cidade ou aguardando nos dispensários; e nenhum desses médicos dá ou recebe quaisquer explicações sobre as várias doenças dos diversos servos que tratam, limitando-se a prescrever para cada um deles o que julga certo com base na experiência, como se detivesse conhecimento exato, e com a auto-suficiência de um monarca despótico; em seguida passa de um átimo muito rapidamente para um outro servo enfermo, poupando assim seu mestre do atendimento dos doentes. Mas o médico nascido livre se ocupa principalmente em visitar e tratar das enfermidades das pessoas livres e o faz investigando-as desde o começo e conforme o curso natural; conversa com o próprio paciente e com seus amigos, podendo assim tanto obter conhecimento a partir daquele que padece da doença [e seus amigos] como transmitir a estes as devidas impressões na medida do

⁶ LUCRÉCIO. *Da natureza das coisas*. Trad. por Luís Manuel Gaspar Cerqueira. Lisboa, Relógio d'Água, 2015, p. 64-65.

possível. Ademais, ele não prescreve nada ao paciente enquanto não conquistar o Consentimento deste, para só quando conseguiu-lo então, mantendo a docilidade do paciente por meio da persuasão, realmente tentar completar a tarefa de devolver-lhe a saúde. Qual dessas duas formas da medicina revela o melhor médico, e, em matéria de treinamento, o melhor treinador? Deverá o médico executar uma única função idêntica de duas maneiras ou de uma maneira apenas, e neste caso a pior maneira das duas e a menos humana?⁷

A reprodução acima é de um trecho de Platão, na sua derradeira obra, denominada “As leis”, datada de 437 a.C., a indicar o quão antiga é a referência escrita à necessidade de diálogo entre o médico e o paciente, embora tenha sido apresentada correlacionando-o com a posição social deste e de acordo com uma conduta paternalista predominante, no sentido de que a informação deve ser dada para que o médico atue da forma que entender mais adequada⁸.

O médico e filósofo grego Hipócrates, chamado de *pai* da medicina científica, antes mesmo de Platão, foi a primeira pessoa a incluir e associar um método científico e aplicado de trabalho, específico para a área da saúde, que até então era exercido como *manus* da magia e da religião, vinculado à sacralidade e ao ritualismo.

Hipócrates atuou na defesa da cooperação do paciente ao ato médico, afirmando em seu livro Epidemias I, que “o paciente deve cooperar com o médico no combate à doença”, atuação essa que poderia tanto significar que um paciente teria que obedecer a todas as ordens de seu médico, quanto “que o paciente, para cooperar, deveria ser informado e dar seu consentimento”⁹.

Nesse contexto histórico, o *Corpus Hipocraticum* é uma importante compilação de

⁷ PLATÃO. *As leis, incluindo Epinomis*. 2. Ed. Trad. por Edson Bini. São Paulo: Edirpo, 2010. p. 194-195.

⁸ FELICI, Alessandro. *Consenso informato*. Riflessioni di un medico paziente. Roma: Librati. 2008. p. 27.

Dalla Vorgia esclarece a existência de condutas médicas distintas, conforme o paciente fosse escravo ou livre: “Como os pacientes podem ser escravos ou homens livres, os escravos eram tratados por médicos-escravos que não davam ao escravo qualquer informação sobre sua doença nem aceitavam qualquer discussão sobre isso. O médico nascido livre, no entanto, tratava principalmente de homens livres. Ele pedia informações ao próprio paciente e a seus amigos sobre o início e o curso da doença. E depois de reunir todos os dados necessários, ele informava ao paciente - tanto quanto possível - sobre a natureza de sua doença e não lhe dava nenhuma prescrição até que ele tivesse obtido o consentimento, e só então ele tentava fazer com que o paciente ficasse bem, acalmando-o com conselhos e preparando-o persuasivamente”. A seguir (p. 60), ao tratar de Hipócrates, refere que ele, “em seu livro Epidemias I, antes mesmo de Platão, disse que o paciente deve cooperar com o médico no combate à doença. Tal cooperação poderia evidentemente significar que um paciente teria que obedecer a todas as ordens de seu médico, mas também poderia significar que o paciente, para cooperar, deveria ser informado e dar seu consentimento.” DALLA-VORGIA, Panagiota; *et al.* Is consent in medicine a concept only of modern times? *Journal of medical ethics*. Feb. 2001. V. 27. N. 1. p. 59-61. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11233382>. Acesso em: 31 out 2018. p. 59 (tradução nossa).

Esse entendimento aproxima-se da ideia do médico visto até então como um “sacerdote”, da medicina entendida como uma arte vinculada à religião, e da doença como uma ocorrência com origem sobrenatural, não cognoscível sob uma base empírica. PELLEGRINO, Giulio. *Il consenso informato all'attività del medico: fondamenti, struttura e responsabilità*. Vicalvi: Key Editore, 2015. p. 14.

⁹ DALLA-VORGIA, Panagiota; *et al.* Is consent in medicine a concept only of modern times? *Journal of medical ethics*. feb./2001. v. 27. n. 1. p. 59-61. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11233382>. Acesso em: 31 out 2018. Em especial na p. 60.

textos cuja autoria não é certa, embora seja atribuída à Hipócrates, o qual, juntamente com o Juramento de Hipócrates, corporifica uma espécie de pauta ética na conduta médica, que ainda segue atual em muitos aspectos, em especial nos princípios da beneficência e não maleficência.

No entanto, em geral costuma-se dizer que, na Grécia antiga, a participação do paciente nas intervenções médicas era indesejável, e a tarefa principal do médico, além da atuação em si, era a de inspirar confiança àquele. No período medieval, a literatura médica incentivava os médicos a conversarem com os pacientes, como uma oportunidade de oferecerem conforto, esperança, e de manipulá-los para viabilizar a realização de um tratamento, havendo uma associação entre autoridade (do médico) e obediência (do paciente)¹⁰, para o *bem* deste. A doença era vista como um elemento desestabilizador de ordem fisiológica e psicológica, prejudicial à “capacidade de discernimento” do paciente, o qual se tornava “dependente” do médico, em uma atitude “quase permissivista e de obsequiosa obediência de um a respeito das ações do outro”¹¹.

Com o surgimento da primeira escola médica em Alexandria, reforça-se a independência científica da medicina e, sobretudo a partir do período do reinado de Alexandre Magno, rei da Macedônia no período de aproximadamente 330 a 320 a.C., “não apenas o consentimento do paciente era necessário, mas os médicos pediam ainda mais salvaguardas antes de empreender uma operação difícil”. Assim, é possível afirmar que, desde a antiguidade, os médicos, ao menos em algumas ocasiões, foram levados a buscar o consentimento de seus pacientes, mais por medo das consequências de um possível fracasso na intervenção¹² do que por respeito à autonomia deste.

Os primeiros séculos depois de Cristo, em especial a partir da queda do Império Romano na Idade Média, a medicina teve seu período de obscurantismo e sem saltos evolutivos, sendo basicamente exercida em conventos europeus. A evolução voltou a ocorrer durante o Renascimento, em especial com o surgimento de cursos universitários em medicina e a influência dos árabes que, a partir do século VII, estiveram na Europa Medieval e trouxeram conhecimento técnico proveniente das práticas mais avançadas adotadas nos

¹⁰ MURRAY, Peter M. The history of informed consent. *The Iowa Orthopaedic Journal*. 1990. v. 10. p. 104-109. Informações da p. 104.

¹¹ VIMERCATI, Benedetta. *Consenso informato e incapacità*. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica. Milano: Giuffrè, 2014. p. 9.

¹² DALLA-VORGIA, Panagiota; et al. Is consent in medicine a concept only of modern times? *Journal of medical ethics*. feb./ 2001. v. 27. n. 1. p. 59-61. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11233382> . Acesso em: 31 out. 2018.

hospitais de suas regiões de origem¹³.

O Iluminismo é a época em que a medicina avança em termos científicos, com a criação das especialidades médicas, de estudos e descobertas científicas. Entendimentos surgiram no sentido de que os pacientes tinham condições de compreender o médico e que isso justificaria a necessidade de diálogo, embora ainda se entendesse que o ardil fosse necessário para facilitar o atendimento.

No decorrer dos 1800, o paternalismo médico seguia reinante e a maioria dos profissionais era da opinião de que o paciente não deveria ser informado, se padecesse de alguma doença grave¹⁴.

Ainda assim, a partir de 1847¹⁵, o código de deontologia médica da Associação Médica Mundial (*American Medical Association*), recepcionou o direito de informação do paciente, “quando absolutamente necessário”, embora esse texto fosse essencialmente redigido segundo o paradigma médico paternalista¹⁶.

A história do consentimento informado, nesse ínterim do século XIX, seguia *cambaleante e não linear*, e com evidente propensão à preponderância das decisões médicas, que costumava ceder espaço à autonomia do paciente quando isso fosse conveniente ao médico, em especial para livrá-lo de responsabilidades.

Assim, a informação partia do paciente ao médico não na forma dialético-cooperativa, mas como uma etapa necessária ao atendimento, estabelecida como condição prévia a um diagnóstico mais preciso e para estabelecer a forma de condução do caso sob os seus cuidados, segundo o seu entendimento do que seria mais correto. De acordo com Albuquerque, “os pacientes participavam do processo terapêutico predominantemente reportando sintomas” porque, antes das grandes descobertas das ciências médicas, e “do conhecimento sobre o funcionamento interno do corpo humano, conferia-se grande peso à fala do paciente sobre si mesmo”. Essa situação modifica-se a partir do séc. XIX, “com o

¹³ BICHENO, Elisabeth; *et al.* *Storia della medicina*. (Parte prima: Dall'antichità al rinascimento). Milano: Editoriale Jaca Book. 1993. p. 15-27.

¹⁴ MURRAY, Peter M. The history of informed consent. *The Iowa Orthopaedic Journal*. 1990. v. 10. p. 104-109. Informações da p. 104.

¹⁵ FELICI, Alessandro. *Consenso informato*. Riflessioni di un medico paziente. Roma: Librati. 2008. p. 27-28.

¹⁶ O Código refere que os médicos devem “unir ternura com firmeza e condescendência com autoridade, de modo a inspirar as mentes de seus pacientes com gratidão, respeito e confiança” (art. I, § 2º - cap. I). Não devem os médicos emitir “prognósticos sombrios” mas devem “dar aos amigos do paciente o aviso oportuno do perigo, quando ele realmente ocorre; e até para o próprio paciente, se for absolutamente necessário (art. I, § 4º - Cap. I). No art. II, menciona que “a obediência de um paciente às prescrições de seu médico deve ser imediata e implícita”. O médico deve evitar discussões teóricas nas consultas (cap. II, art. IV, § 6º); e, na hipótese de divergência quanto a condução do assunto entre vários médicos, “a opinião da maioria deve ser considerada decisiva” (cap. II, art. IV, §8º). *Code of ethics of the American Medical Association*. May, 1847. Philadelphia: Turner Hamilton, Assembly buildings. Disponível em: <https://books.google.com.br/>. Acesso em: 2 nov 2018 (tradução nossa).

desenvolvimento do conhecimento científico sobre fisiologia e anatomia humanas”, época em que “o relato dos sintomas pelo paciente começa a perder importância”¹⁷.

No direito e, em especial, sob o aspecto jurisprudencial, a doutrina costuma referir como grandes marcos do reconhecimento do consentimento informado no âmbito do *Common Law*, os precedentes *Luka v. Lowrie*, de 1912 (de Michigan) e *Schloendorff v. Society of New York Hospitals*, de 1914 (de Nova Iorque)¹⁸.

O primeiro precedente serviu para afirmar que o consentimento seria dispensável nos casos de emergência, pois, nessa situação concreta, um cirurgião atendeu uma criança que sofreu uma lesão no pé, sem que seus pais estivessem disponíveis no momento, e o quadro exigia uma amputação emergencial como ato necessário para salvá-la. Após consultar quatro outros médicos e obter a confirmação de que esse seria o encaminhamento técnico adequado ao caso, o cirurgião procedeu dessa forma.

No julgamento, a Corte referiu que, se estivessem no local para opinarem, os pais teriam concordado com a necessidade de uma amputação de emergência, quando informados de que vários médicos haviam sido consultados, todos concordando com a necessidade desse procedimento e de sua imediatidade. Embora tenham referido uma “presunção de autorização” dos responsáveis, o que seria incorreto ao caso, o fato é que esse julgamento indica uma hipótese em que o consentimento é dispensável.

No segundo caso, *Schloendorff v. Society of New York Hospitals*, de 1914, passa-se a reconhecer o necessário consentimento do paciente ao ato médico. Nesse precedente, o juiz Benjamin Cardozo (que dezoito anos mais tarde iria para a Suprema Corte dos EUA), afirmou que todo ser humano capaz e com discernimento tem o direito de determinar o que deve ser feito com o seu corpo, e o médico que viesse a operar, sem a concordância do paciente que pudesse consentir, poderia ter a obrigação de indenizá-lo.

Dessa análise, verifica-se que o consentimento informado, tido como figura jurídica com contornos próprios e independentes, é fruto de um percurso jurídico cujo início pode não ser preciso em um calendário, mas a constatação de sua importância tem indubitavelmente seu ápice em uma experiência histórica dolorosa, que é da Segunda Guerra Mundial.

¹⁷ ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 48.

¹⁸ Os casos mencionados são referidos em JONSEN, Albert R. *The birth of bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 355, e MURRAY, Peter M. The history of informed consent. *The Iowa Orthopaedic Journal*. 1990. v. 10. p. 104-109. Informações da p. 104.

Embora nos EUA, mesmo depois desse precedente, tenham ocorrido situações reprováveis, tais como as pesquisas com doentes de sífilis, os quais foram tratados como “objeto” de pesquisa médica, sem terem sido informados da existência de tratamento disponível para a doença, por meio da administração da penicilina. Essa narrativa consta em PALMER, Michael. *Problemas morais em medicina: curso prático*. Trad. por Bárbara Theoto Lambert. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 95.

Por isso, o final dos anos 1930 e a década de 1940 são historicamente importantes. Prisioneiros de campos de concentração nazistas foram involuntariamente submetidos a diversos experimentos médicos, muitos deles brutais, de modo eticamente reprovável. Após a segunda grande guerra, em 1947, o Tribunal Militar Internacional, em Nuremberg, condenou diversos acusados por crimes de guerra, tendo indicado expressamente dez pontos norteadores do julgamento que resultou nessas condenações e, conseqüentemente, do que seria ou não admissível em matéria de pesquisa médica. Esses pontos constituíram o chamado *Código de Nuremberg*¹⁹.

Em matéria de consentimento informado, interessa o primeiro ponto desse Código, que especifica a exigência do consentimento do paciente em experimentos; da necessária capacidade legal para consentir; da imprescindível autonomia do paciente, cuja decisão deve ser livre de intervenções prejudiciais externas ilícitas; do prévio conhecimento das informações necessárias à tomada de decisão e da obrigação do pesquisador quanto a “qualidade do consentimento”.²⁰ Complementa o *Código de Nuremberg* a *Declaração de Genebra* (1948), formatada pela Associação Médica Mundial com a finalidade de modernizar o juramento de Hipócrates, prevendo como compromisso do médico o respeito à autonomia e à dignidade do paciente²¹.

O tema voltou a ter maior atenção no âmbito internacional, na década de 1960. A proeminência em matéria de consentimento informado teve assento na *Declaração de Helsinque*²² (1964), adotada pela Associação Médica Mundial, a qual foi revisada nove vezes,

¹⁹ Ele teria sido baseado nas Diretrizes para a Experimentação Humana de 1931. Ghooi chega a afirmar que o Código de Nuremberg teria plagiado referidas diretrizes e que teria “caído no esquecimento” porque, contrário da Declaração de Helsinque, não é regularmente revisado e atualizado (GHOOI, Ravindra B. The Nuremberg Code – A critique. *Perspectives in Clinical Research*. Apr-jun 2011. v. 2, n. 2. p. 72-76).

De toda forma, é certo que o Código de Nuremberg é sempre lembrado, por seu contexto, importância e teor históricos, como o “avô de todas as normas internacionais para proteção de sujeitos de pesquisa humanos”, conforme HARMON, Louise. The doctor’s trial at Nuremberg. In: RAFUL, Lawrence (org.). *The Nuremberg Trials: International Criminal Law Since 1945*. München: K.G. Saur Verlag. 2006. p. 164-174 (trecho extraído da p. 165).

²⁰ Veja-se parte do seu conteúdo, no que interessa a esta tese: “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”.

Disponível em: www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm. Acesso em: 31 out. 2018.

²¹ Disponível em: www.wma.net. Acesso em: 1 nov. 2018.

²² Disponível em: [https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-](https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for)

sendo a última em 2013. Em comparação com o *Código de Nuremberg*, a *Declaração de Helsinki* é mais aprimorada e atualizada, em especial por estabelecer mecanismos de monitoramento e de cumprimento dos padrões éticos na pesquisa médica com humanos.

A mencionada declaração prevê a autonomia do paciente, e o seu consentimento como princípio geral na pesquisa médica²³, precedido das devidas informações necessárias à

medical-research-involving-human-subjects/. Acesso em: 1 nov. 2018.

²³ Abaixo, segue a reprodução dos trechos específicos relacionados ao consentimento informado e à dignidade da pessoa humana:

“9. En la investigación médica, es deber del médico proteger la vida, la salud, la dignidad, la integridad, el derecho a la autodeterminación, la intimidad y la confidencialidad de la información personal de las personas que participan en investigación. La responsabilidad de la protección de las personas que toman parte en la investigación debe recaer siempre en un médico u otro profesional de la salud y nunca en los participantes en la investigación, aunque hayan otorgado su consentimiento.”

“25. La participación de personas capaces de dar su consentimiento informado en la investigación médica debe ser voluntaria. Aunque puede ser apropiado consultar a familiares o líderes de la comunidad, ninguna persona capaz de dar su consentimiento informado debe ser incluida en un estudio, a menos que ella acepte libremente.”

“26. En la investigación médica en seres humanos capaces de dar su consentimiento informado, cada participante potencial debe recibir información adecuada acerca de los objetivos, métodos, fuentes de financiamiento, posibles conflictos de intereses, afiliaciones institucionales del investigador, beneficios calculados, riesgos previsibles e incomodidades derivadas del experimento, estipulaciones post estudio y todo otro aspecto pertinente de la investigación. El participante potencial debe ser informado del derecho de participar o no en la investigación y de retirar su consentimiento en cualquier momento, sin exponerse a represalias. Se debe prestar especial atención a las necesidades específicas de información de cada participante potencial, como también a los métodos utilizados para entregar la información.

Después de asegurarse de que el individuo ha comprendido la información, el médico u otra persona calificada apropiadamente debe pedir entonces, preferiblemente por escrito, el consentimiento informado y voluntario de la persona. Si el consentimiento no se puede otorgar por escrito, el proceso para lograrlo debe ser documentado y atestado formalmente.

Todas las personas que participan en la investigación médica deben tener la opción de ser informadas sobre los resultados generales del estudio.”

“27. Al pedir el consentimiento informado para la participación en la investigación, el médico debe poner especial cuidado cuando el participante potencial está vinculado con él por una relación de dependencia o si consiente bajo presión. En una situación así, el consentimiento informado debe ser pedido por una persona calificada adecuadamente y que nada tenga que ver con aquella relación.”

“28. Cuando el participante potencial sea incapaz de dar su consentimiento informado, el médico debe pedir el consentimiento informado del representante legal. Estas personas no deben ser incluidas en la investigación que no tenga posibilidades de beneficio para ellas, a menos que ésta tenga como objetivo promover la salud del grupo representado por el participante potencial y esta investigación no puede realizarse en personas capaces de dar su consentimiento informado y la investigación implica sólo un riesgo y costo mínimos.”

“29. Si un participante potencial que toma parte en la investigación considerado incapaz de dar su consentimiento informado es capaz de dar su asentimiento a participar o no en la investigación, el médico debe pedirlo, además del consentimiento del representante legal. El desacuerdo del participante potencial debe ser respetado.”

“30. La investigación en individuos que no son capaces física o mentalmente de otorgar consentimiento, por ejemplo los pacientes inconscientes, se puede realizar sólo si la condición física/mental que impide otorgar el consentimiento informado es una característica necesaria del grupo investigado. En estas circunstancias, el médico debe pedir el consentimiento informado al representante legal. Si dicho representante no está disponible y si no se puede retrasar la investigación, el estudio puede llevarse a cabo sin consentimiento informado, siempre que las razones específicas para incluir a individuos con una enfermedad que no les permite otorgar consentimiento informado hayan sido estipuladas en el protocolo de la investigación y el estudio haya sido aprobado por un comité de ética de investigación. El consentimiento para mantenerse en la investigación debe obtenerse a la brevedad posible del individuo o de un representante legal.”

“31. El médico debe informar cabalmente al paciente los aspectos de la atención que tienen relación con la investigación. La negativa del paciente a participar en una investigación o su decisión de retirarse nunca debe

decisão, bem como a asseguaração da possibilidade de retirada do consentimento em qualquer momento.

Em 1966, a XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas adotou o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, internalizado no Brasil por meio do Decreto n. 592/1992, cujo art. 7º prevê que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”, sendo proibido “submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”.

A década de 1970 é a da manifestação do ativismo individual e coletivo de pacientes nos EUA. “A primeira declaração de direitos dos pacientes a ser reconhecida pela literatura foi emitida pelo Hospital Mont Sinai”, em Boston (EUA) no ano 1972. Em 1973, houve a adoção da Carta dos Direitos dos Pacientes (*Patient's Bill of Rights*), originada da Organização Nacional dos Direitos do bem-estar, por parte da Associação Americana de Hospitais (AHA)²⁴ e, no âmbito europeu, 1979 é o ano da edição da *Carta do Doente Usuário de Hospital* pela Comunidade Econômica Europeia, a qual confirmou “o direito do paciente hospitalizado à autodeterminação”, podendo “aceitar ou recusar os cuidados propostos pelos profissionais de saúde tanto para diagnóstico como para tratamento, como também a obrigatoriedade do fornecimento das informações sobre todos os fatos referentes ao seu estado de saúde”. Esse empoderamento do paciente foi confirmado em 1984, com a Carta Europeia dos direitos do paciente, emitida pelo Parlamento Europeu²⁵.

Ainda nos anos 1980 o tema segue sob aperfeiçoamento, com a extensão da proteção expressa da autodeterminação do paciente por meio do consentimento informado no atendimento médico em geral, e não apenas nas pesquisas médicas com humanos. Aqui, a *Declaração de Lisboa* sobre os Direitos dos Pacientes (de 1981, revisada e atualizada em 1995 e em 2000)²⁶, igualmente pelas mãos da Associação Médica Mundial, reconhece não

afectar de manera adversa la relación médico-paciente.”

“32. Para la investigación médica en que se utilice material o datos humanos identificables, como la investigación sobre material o datos contenidos en biobancos o depósitos similares, el médico debe pedir el consentimiento informado para la recolección, almacenamiento y reutilización. Podrá haber situaciones excepcionales en las que será imposible o impracticable obtener el consentimiento para dicha investigación. En esta situación, la investigación sólo puede ser realizada después de ser considerada y aprobada por un comité de ética de investigación.” Disponível em: www.wma.net. Acesso em: 1 nov. 2018.

²⁴ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986. p. 87 e 93-94.

A AHA Patient's bill of rights refere que o paciente tem o direito de obter do médico informações completas relativas ao diagnóstico, tratamento, prognósticos, de modo compreensível, para que possa emitir o seu consentimento ao ato médico, podendo, inclusive, recusar o tratamento.

²⁵ Os trechos entre aspas são de FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Ética, direitos dos usuários e políticas de humanização da atenção à saúde. *Revista Saúde e Sociedade*. v. 13. n. 3. São Paulo. set./dez. 2004. Disponível em: www.scielo.br. Acesso em: 3 nov. 2018.

²⁶ Abaixo, estão reproduzidos os principais trechos que vinculam-se ao consentimento informado:

apenas o consentimento quanto protege o direito de dissentir.

O ano de 1982 traz o texto das *International Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, internalizadas no Brasil em 1985 pelo Ministério da Saúde (*Diretrizes Internacionais Propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos*) e confirmada pelas Resoluções ns. 196/1996 e 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde, igualmente reforçando como diretriz a prévia obtenção do consentimento do paciente como procedimento prévio a qualquer intervenção na saúde deste, sendo extremamente detalhado quanto aos requisitos à obtenção do consentimento e das diretrizes relacionadas a pesquisa em seres humanos, inclusive a impossibilidade de renúncia à indenização por danos²⁷.

“□□□Derecho a la autodeterminación

(a) El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión.

(b) El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.

(c) El paciente tiene derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza de la medicina.

□□□El Paciente inconsciente

(a) Si el paciente está inconsciente o no puede expresar su voluntad, se debe obtener el consentimiento de un representante legal, cuando sea posible.

(b) Si no se dispone de un representante legal, y se necesita urgente una intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, en base a lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, que éste rechazaría la intervención en esa situación.

(c) Sin embargo, el médico siempre debe tratar de salvar la vida de un paciente inconsciente que ha intentado suicidarse.

□□□El Paciente legalmente incapacitado

(a) Incluso si el paciente es menor de edad o está legalmente incapacitado, se necesita el consentimiento de un representante legal en algunas jurisdicciones; sin embargo, el paciente debe participar en las decisiones al máximo que lo permita su capacidad.

(b) Si el paciente incapacitado legalmente puede tomar decisiones racionales, éstas deben ser respetadas y él tiene derecho a prohibir la entrega de información a su representante legal.

(c) Si el representante legal del paciente o una persona autorizada por el paciente, prohíbe el tratamiento que, según el médico, es el mejor para el paciente, el médico debe apelar de esta decisión en la institución legal pertinente u otra. En caso de emergencia, el médico decidirá lo que sea mejor para el paciente.”

Disponível em: www.wma.net. Acesso em: 1 nov. 2018.

²⁷ As Diretrizes apresentam definições importantes, como a do consentimento, do termo de consentimento e do termo de assentimento, as quais são reproduzidas abaixo:

“II.5 - consentimento livre e esclarecido - anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar;”

“II.23 - Termo de Consentimento Livre e Esclarecido - TCLE - documento no qual é explicitado o consentimento livre e esclarecido do participante e/ou de seu responsável legal, de forma escrita, devendo conter todas as informações necessárias, em linguagem clara e objetiva, de fácil entendimento, para o mais completo esclarecimento sobre a pesquisa a qual se propõe participar;”

“II.24 - Termo de Assentimento - documento elaborado em linguagem acessível para os menores ou para os legalmente incapazes, por meio do qual, após os participantes da pesquisa serem devidamente esclarecidos, explicitarão sua anuência em participar da pesquisa, sem prejuízo do consentimento de seus responsáveis legais;”

Refere a necessidade de consentimento na pesquisa:

Em 1991, o Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS), em conjunto com a OMS, publicou as *Diretrizes Internacionais para Pesquisa biomédica envolvendo seres humanos*, que constituem um recente esforço da comunidade internacional para estabelecer princípios éticos para pesquisas nessa área²⁸.

E 1996 é o ano da apresentação da Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina (*Convenção sobre os direitos humanos e a biomedicina*), conhecida como *Convenção de Oviedo*, elaborada pelo Conselho da Europa²⁹.

Em 1997, a UNESCO aprovou a *Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos*³⁰, cujo art. 5º menciona expressamente que a “pesquisa, o tratamento ou o

“III.1 - A eticidade da pesquisa implica em: (...) g) obter consentimento livre e esclarecido do participante da pesquisa e/ou seu representante legal, inclusive nos casos das pesquisas que, por sua natureza, impliquem justificadamente, em consentimento a posteriori; (...) q) utilizar o material e os dados obtidos na pesquisa exclusivamente para a finalidade prevista no seu protocolo, ou conforme o consentimento do participante;”

Os requisitos para o consentimento na pesquisa constam no item IV a Resolução.

Disponível em: <www.saude.gov.br>. Acesso em: 2 nov. 2018.

²⁸ HARMON, Louise. The doctor's trial at Nuremberg. In: RAFUL, Lawrence (org.). *The Nuremberg Trials: International Criminal Law Since 1945*. München: K.G. Saur Verlag. 2006. p. 164-174. O histórico, cujas informações foram utilizadas nesta tese, constam na p. 165-166.

²⁹ Os trechos da Convenção que mais importam a este trabalho são os seguintes:

“Artigo 1º. - Objecto e finalidade. As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina.”

“Artigo 2º. - Primado do ser humano. O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência.”

“Artigo 5º. - Regra geral. Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”

Disponível em: www.ubi.pt. Acesso em: 2 nov. 2018.

³⁰ À tese, importam os textos dos artigos 5º e 9º da Declaração, transcritos abaixo:

“Artigo 5. a) A pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano, devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios neles implicados e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional. b) Em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condição de fornecer tal consentimento, esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo. c) Deve ser respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências dela decorrentes. d) No caso de pesquisa, os protocolos devem ser submetidos a uma análise adicional prévia, em conformidade com padrões e diretrizes nacionais e internacionais relevantes. e) Se, conforme a legislação, um indivíduo não for capaz de manifestar seu consentimento, a pesquisa envolvendo seu genoma apenas poderá ser realizada para benefício direto à sua saúde, sujeita à autorização e às condições de proteção estabelecidas pela legislação. Pesquisa sem perspectiva de benefício direto à saúde apenas poderá ser efetuada em caráter excepcional, com máxima restrição, expondo-se o indivíduo a risco e incômodo mínimos e quando essa pesquisa vise contribuir para o benefício à saúde de outros indivíduos na mesma faixa de idade ou com a mesma condição genética, sujeita às determinações da legislação e desde que tal pesquisa seja compatível com a proteção dos direitos humanos do indivíduo.”

“Artigo 9. Visando a proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais, limitações aos princípios do consentimento e da confidencialidade somente poderão ser determinadas pela legislação, por razões consideradas imperativas no âmbito do direito internacional público e da legislação internacional sobre direitos humanos.” Disponível em: www.unesco.org. Acesso em: 2 nov. 2018.

diagnóstico que afetem o genoma” somente podem ser realizados mediante prévia e rigorosa avaliação dos riscos e benefícios implicados, dependente de consentimento “prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido”.

Os anos 2000 também trazem a sua contribuição, com a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia (conhecida como *Carta de Nice - 2000*)³¹, vinculativa a partir do Tratado de Lisboa de dezembro de 2009, com a previsão de necessidade de respeito ao “consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei” (art. 3º), confirmando uma ampla proteção à liberdade pessoal (referida no art. 6º).

O ano de 2005 é o da emissão da *Declaração de Bioética e Direitos Humanos* (2005), da UNESCO, cujo art. 6º determina que toda intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica depende de “consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa envolvida, com base em informação adequada”, consentimento este que deve ser manifesto e pode ser retirado por qualquer razão e a qualquer momento, sem acarretar desvantagem ou prejuízo ao paciente³².

³¹ Os artigos da Carta dos direitos da União Europeia que asseguram os direitos à integridade e à liberdade humana, são os seguintes:

“Artigo 3º. Direito à integridade do ser humano

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.
2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:
 - a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;
 - b) A proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas;
 - c) A proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro;
 - d) A proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

Artigo 11. Liberdade de expressão e de informação

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.”

“Artigo 35. Protecção da saúde

Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União é assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.

“Artigo 52. Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios

1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”.

Disponível em: www.eur-lex.europa.eu. Acesso em: 2 nov. 2018.

³² Disponível em: www.unesco.org. Acesso em: 3 nov. 2018.

Os artigos que interessam ao tema da tese são reproduzidos abaixo:

“Artigo 6 – Consentimento

1. Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.
2. Só devem ser realizadas pesquisas científicas com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa. A informação deve ser suficiente, fornecida em moldes compreensíveis e incluir as modalidades de

No plano nacional, alguns dispositivos normativos são vinculados ao consentimento informado de forma indireta. Não há lei federal, até o momento, que trate específica e detalhadamente do consentimento informado.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), estabelece que as ações e serviços de saúde, públicos e privados, devem preservar a “autonomia das pessoas na defesa e sua integridade física e moral” (art. 7º, inc. III).

No âmbito da legislação estadual, no Estado de São Paulo vige a Lei n. 10.241/1999, a qual trata dos “direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências”, contemplando, em seu art. 2º, os “direitos dos usuários dos serviços de saúde”, com a inclusão do consentimento e dissentimento como direitos do paciente, assim como a informação (clara, objetiva e compreensível) sobre hipóteses diagnósticas, bem como de diagnósticos realizados, exames indicados e finalidade dos materiais coletados, ações terapêuticas e respectivas durações estimadas, riscos, benefícios e inconvenientes das medidas diagnósticas e terapêuticas propostas, informações sobre a anestesia que possa ser necessária, alternativas de diagnósticos e terapêuticas existentes, no serviço de atendimento ou em outros serviços³³.

A Portaria n. 1.820/2009, do Ministério da Saúde, dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários dos serviços de saúde e prevê, em seu art. 5º, que “toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde”, sendo-lhe garantido o direito ao “consentimento livre, voluntário e esclarecido”, quanto “a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública”, a possibilidade de revogação do consentimento anteriormente emitido “a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais” (inc. V)³⁴. Essas diretrizes foram essencialmente confirmadas

retirada do consentimento. A pessoa em causa pode retirar o seu consentimento a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo. Excepções a este princípio só devem ser feitas de acordo com as normas éticas e jurídicas adoptadas pelos Estados e devem ser compatíveis com os princípios e disposições enunciados na presente Declaração, nomeadamente no artigo 27ª, e com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

3. Nos casos relativos a investigações realizadas sobre um grupo de pessoas ou uma comunidade, pode também ser necessário solicitar o acordo dos representantes legais do grupo ou da comunidade em causa. Em nenhum caso deve o acordo colectivo ou o consentimento de um dirigente da comunidade ou de qualquer outra autoridade substituir-se ao consentimento esclarecido do indivíduo.

³³ SÃO PAULO. *Lei n. 10.241*, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/pesquisa-legislacao/?status=G&tipo=9&numero=10241&ano=1999&texto=>. Acesso em: 18 ago. 2018.

³⁴ No inc. VI do mesmo artigo, prevê que o paciente não se submeterá a “nenhum exame de saúde pré-admissional, periódico ou demissional, sem conhecimento e consentimento, exceto nos casos de risco coletivo”. Portaria disponível em www.saude.gov.br, acesso em 6 nov 2018.

na Resolução n. 553/2017, emitida pelo Conselho Nacional de Saúde³⁵.

Outras referências diretas ocorrem, em geral, em regras de *soft law*, em especial de normas emitidas pelo CFM, que é o conselho profissional da classe dos médicos, juridicamente constituído sob a forma de autarquia e, dessa forma, apresenta-se como órgão da administração indireta³⁶.

Nesse contexto, emerge o Código de Ética Médica (CEM - Resolução CFM n. 2.217/2018), com seus preceitos diceológicos e deontológicos sobre “atividades relativas a ensino, pesquisa e administração de serviços de saúde, bem como em quaisquer outras que utilizem o conhecimento advindo do estudo da medicina” (inc. I do preâmbulo)³⁷.

Os princípios fundamentais do CEM (Capítulo I), referem que o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas (princípio XXI), enquanto que o Capítulo IV, que trata dos direitos humanos, prevê que o médico não pode “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” (art. 22), e deve “garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar”, não podendo “exercer sua autoridade para limitá-lo” (art. 24).

Igualmente importante no âmbito do CEM é o art. 26, o qual refere que o médico não pode desrespeitar a vontade do paciente capaz ou desconsiderar o seu direito de decisão (arts. 26 e 331), tampouco pode desestimar o “interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade” (art. 28).

Há, ainda, o Projeto de Lei n. 5.559/2016, que “dispõe sobre os direitos dos pacientes”, e que está em tramitação perante a Câmara dos Deputados. Nesse projeto, assumem relevância ao tema ora analisado o disposto no art. 2º, inc. IV, que conceitua o consentimento informado como “manifestação de vontade do paciente, livre de coerção externa ou influência subjugante, sobre os cuidados à sua saúde, após ter sido informado, de forma clara, acessível e detalhada, sobre todos os aspectos relevantes sobre o seu diagnóstico,

³⁵ Disponível em: www.conselho.saude.gov.br. Acesso em: 6 nov. 2018.

³⁶ BRASIL. *Lei n. 3.268*, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 6 nov. 2018.

³⁷ Todas as referências ao CEM do CFM desta tese foram extraídas do site eletrônico do CFM. Disponível em: www.cfm.org.br. Acesso em: 3 e 4 nov. 2018.

Conforme advertem Baú e Pithan, a Resolução n. 4/2001 do Conselho Nacional de educação, “a prestação de informação e educação dos pacientes e familiares deve ser objeto das habilidades médicas”. BAÚ, Marilise K.; PITHAN, Livia H. Aproximações entre bioética e direito: a exigência ética e jurídica do consentimento informado. In: KIPPER, Délio José (Org.). *Ética: teoria e prática. Uma visão multidisciplinar*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006. p. 133-150. Trecho extraído da p. 145.

prognóstico, tratamento e cuidados em saúde”, sendo passível de revogação a qualquer tempo, sem quaisquer “represálias” (art. 14, parágrafo único)³⁸.

O mencionado projeto confirma o direito do paciente à informação quanto a procedimentos ou medicamentos experimentais ou relativos à pesquisa médica, assegurando-se a possibilidade de recusa de uso ou participação, respectivamente (art. 13). No art. 14, consta que o consentimento é dispensado “em situações de risco de morte em que esteja inconsciente”.

Além disso, o projeto faz uma vinculação específica entre consentimento e segurança do paciente, no art. 9º, mencionando que este tem o direito de ser informado sobre procedência e dosagem prescrita de insumos ou medicamentos, de eventuais efeitos adversos e outros aspectos que tratem da sua segurança.

O art. 12 do projeto estabelece o direito do paciente “à informação sobre sua condição de saúde, o tratamento e eventuais alternativas, os riscos e benefícios dos procedimentos, e os efeitos adversos dos medicamentos”, até mesmo quanto aos cuidados após eventual alta hospitalar, a qual “deve ser acessível, atualizada e suficiente”. Caso o paciente tenha deficiência que exija a intervenção de um intérprete para que possa compreender as informações e tomar a decisão, isso ser-lhe-á providenciado.

Expostos brevemente o percurso histórico e o contorno normativo do consentimento informado, torna-se necessário estudar a sua feição conceitual, o que será feito no próximo tópico deste trabalho.

2.2 Contorno conceitual do consentimento informado

O exercício da medicina consubstancia a prática de uma atividade técnica que possui feição muito peculiar, cujo resultado é experimentado pelo paciente, porque envolve a sua saúde e nela interfere, e pode resultar tanto em melhora quanto em danos indelévels, que o atingem nesse aspecto da maior importância, porque os riscos são inerentes à atividade médica; a falibilidade é indissociável da condição humana; erros ocorrem e são detectáveis estatisticamente³⁹.

A possibilidade de ocorrência de dano pode provir tanto de um ato equivocado

³⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087978>. Acesso em: 6 nov. 2018.

³⁹ Para um panorama mais aprofundado, veja-se: KOHN, Linda T.; CORRIGAN, Janet M.; DONALDSON, Molla S. (edits.). *To err is human: building a safer health system*. Institute of Medicine (US) Committee on Quality of health care in America. Washington: National Academies Press, 2000.

quanto de uma conduta médica adequada, pois mesmo o exercício da medicina atendendo às boas práticas técnicas pode ensejar resultados iatrogênicos adversos e lesivos, que estão fora do alcance da ingerência do profissional que exerce o seu ofício.

Há necessidade de que o paciente efetivamente participe dessa marcha e seja o protagonista na tomada das decisões que dizem respeito à sua saúde, uma vez que é este quem diretamente experimentará o resultado de qualquer intervenção em si efetivada.

Nesse contexto complexo e relevante, está o denominado consentimento informado.

Na doutrina, encontram-se diferentes expressões para designar o que se concebe como a permissão prévia para a prática de um ato especializado na esfera da saúde de uma pessoa, culminando o processo material de tomada de decisão. Assim, são empregados para designar esse fenômeno os termos “consentimento esclarecido”, “consentimento consciente”, “consentimento pós-informação”, “consentimento para o ato médico”, “vontade qualificada do paciente” e o mais encontrado, o “consentimento informado”. Todos os termos mencionados designam um mesmo fenômeno, conquanto se faça uso preferencial, embora não exclusivo, da nomenclatura “consentimento informado”, unicamente porque é a mais usual.

Conforme dito, tanto esse quanto os demais vocábulos consignam a ideia de expressão de uma deliberação autorizadora emitida pelo paciente, após um processo formativo de decisão, antecedido pelo recebimento, compreensão e análise de informações (atuando como ato demonstrativo de *conhecimento* e de *vontade*).

Dessa forma, o consentimento informado é uma decisão permissiva a um determinado ato médico, mas que necessariamente se constitui validamente enquanto processo decisório materialmente complexo e intersubjetivo, como será visto.

Tem como funções a demonstração do respeito à autodeterminação do paciente, a construção de um atendimento mais eficiente e colaborativo, a pré-exclusão de ilicitude na atividade do médico e a fixação das fronteiras de atuação do profissional (como estabelece o item n. 5 da Recomendação CFM n. 1/2016, que será tratada no Capítulo 3.2).

O *consentimento* é um “sentir junto” (do latim, *consentio*, que é “ser de igual sentimento, decidir de comum acordo”), é, como será demonstrado, negócio bilateral, com conteúdo existencial e revogável, construído a partir de uma atuação conjunta de médico e paciente e permeado por conteúdo informativo efetivo, essencial à sua constituição válida. A sua emissão dá-se pelo paciente, que analisa a sua conveniência e a sua oportunidade, tratando-se de uma decisão-deliberativa-concordante formada a partir de um processo material e dialético, decorrente do cumprimento de deveres que competem ao médico, com maior ênfase nos de informar e de esclarecer.

O paciente, ao consentir, não apenas tolerará uma intervenção, mas sobretudo, concordará com a sua ocorrência e delimitará os seus contornos, desde que sobre estes o médico que a executará esteja de acordo ou tenha obrigação de atender, no que se deverá conciliar e vincular com eventual contrato de prestação de serviços em saúde.

Há, no consentimento informado, uma concordância construída entre médico e paciente, concretizada como emanção da autodeterminação deste, dispondo a respeito da forma de condução apta ao atendimento de seus interesses no que atinja a sua integridade psicofísica, em matéria de atendimento médico.

Se houver uma mera adesão do paciente a uma proposta diagnóstica ou terapêutica elaborada e escolhida pelo médico, não há propriamente um consentimento, mas no máximo um “assentimento” (do latim, *assentire*, que literalmente significa “aprovar”), uma mera anuência, pois limitar-se-ia a uma aceitação passiva à vontade de outrem, uma vontade não imbuída de conhecimento técnico, que é inacessível a um leigo, sem a passagem pelo processo material-informativo⁴⁰. Assentimento somente há quando o paciente delega ao médico a decisão quanto ao modo de proceder. Isso retira a ilicitude da conduta médica quanto ao aspecto penal, mas não permite que esse profissional atue de modo inadequado na condução da saúde do paciente.

Esclarecido esse aspecto inicial básico, passa-se à exposição da gênese constitucional do consentimento informado, essencial à compreensão do tema exposto.

2.3 Os direitos fundamentais no direito privado e a proteção dos direitos de personalidade

Ainda que não haja espaço, nos estritos limites desse trabalho, à abordagem do debate doutrinário que se estabeleceu a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado, ou expressões equivalentes (tais como eficácia entre terceiros, eficácia externa ou eficácia horizontal de direitos fundamentais), é possível afirmar que essa questão, ao menos tendo em consideração a ordem jurídica brasileira, está superada pela admissão da supremacia da CF, e que esta, seus princípios, valores e direitos fundamentais, estão no centro do sistema jurídico brasileiro, no qual gravitam as regras infraconstitucionais, incluindo-se leis e códigos⁴¹.

⁴⁰ DE TILLA, Maurizio, *et al.* *La parola al paziente: il consenso informato e il rifiuto delle cure*. Milano: Sperling & Kupfer, 2008. p. 28-29.

⁴¹ Conforme Perlingieri: “O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente

Esse entendimento tem gênese multifatorial, a considerar: (a) a passagem ao Estado Social - no qual há maior ingerência estatal na seara do direito privado; (b) a admissão de que o ordenamento jurídico é um encadeamento que somente se justifica e legitima em uma ordenação sistemática, correlacionada entre si e ao máximo compatibilizada e harmonizada; (c) a transposição da ideia de constituição como mero espaço de organização estrutural do aparato estatal e de sua composição e função para uma constituição mais abrangente; (d) a admissão da denominada força normativa da Constituição⁴², incluindo seus princípios e valores unificadores desse sistema (com força imperativa e com diretrizes exigíveis e tuteláveis), significando esta “não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional”⁴³.

Conforme Sarlet, as constituições contemporâneas têm como funções: (a) servir como estatuto organizativo, limitador e controlador do poder (em especial pela separação de poderes e assegurar de direitos fundamentais); (b) ordenar e conformar juridico-politicamente o Estado; (c) legitimar a “ordem jurídica estatal”; (d) estabilizar a ordem constitucional de modo duradouro; (e) servir como “símbolo, garantia e instrumento de afirmação da identidade da ordem jurídica e política instaurada”; (f) reconhecer e garantir os direitos fundamentais e (g) ser dirigente no sentido de estabelecer “programas, fins e tarefas que (em alguma medida) vinculam os poderes constituídos”⁴⁴.

civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p. 6.

De acordo com Fachin, deve-se reconhecer a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na designação germânica *Drittwirkung*. No Brasil, o tema está resolvido pela própria Constituição, bastando, pois a direta leitura do art. 5º e seus parágrafos. Em termos de direitos fundamentais, as dúvidas já estão sanadas. Algumas questões permanecem na seara contratual. Sem evidentemente confundir poder privado e poder público, os particulares estão sujeitos, direta e imediatamente, aos direitos, liberdades e garantias constitucionais”. FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 61-62.

Na doutrina espanhola, segundo Martínez: “No existe ninguna base racional para excluir del ámbito de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares (...)”. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín oficial del Estado. 1995. p. 221.

Para detalhes sobre o tema, no direito brasileiro, veja-se SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011 (especialmente nas p. 61-63 e 98) e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

⁴² Vide, a respeito, a clássica obra de Konrad Hesse (HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho Constitucional*. Trad. por Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 57-78).

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 49-50.

Schreiber confirma: “A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil), o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”. SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

⁴⁴ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5.

Todo esse fenômeno transformador ocorre não apenas porque as “eficácias invalidatória, derogatória e hermenêutica”⁴⁵ da CF no âmbito do direito privado sejam mais facilmente admissíveis e concretizáveis, mas, igualmente, pelo reconhecimento de que a aplicação de preceitos constitucionais nas relações privadas significa a necessidade de harmonização entre esses e os demais elementos jurídicos que tratam, circundam ou que incidam sobre determinadas questões postas sob análise jurídica.

Reconheça-se também que toda norma é provida de eficácia jurídica, e há distintos graus de indeterminação que ensejarão outros diferentes patamares de concretização ou de esforço hermenêutico para aplicação (lembrando-se que os direitos fundamentais são multifuncionais, em sua dimensão dúplice, negativa nos direitos de defesa e positiva nos direitos a prestações) e que os direitos de personalidade são os primeiros a serem alcançados pelos “efeitos da migração do primado material do direito civil à função nuclear da Constituição”⁴⁶.

Dissidência ainda persiste quanto a essa eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito privado ser direta ou indireta e, ao menos no âmbito do direito brasileiro, tem-se que o STF emitiu decisões nas quais faz aplicação direta de preceitos constitucionais nas relações privadas⁴⁷, embora seja necessário repetir a existência de diferentes situações normativas, a ensejar distintas formas de atuação, tanto interpretativas quanto aplicativas.

Assim, por exemplo, quando a CF refere que a imagem das pessoas é inviolável (art.

ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 86-90.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 78.

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 28.

⁴⁷ “[...] seguimos sustentando que a resposta constitucionalmente adequada no caso do Brasil é no sentido de reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas”. [...] “Por outro lado, ao se afirmar uma eficácia direta *prima facie* não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual.” SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. a.1. n. 1. jul./set. 2012. p. 1-30. p. 18 e 20 e p. 24-25. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 27 jul. 2018.

Lutzky apresenta entendimento ampliativo, ao defender que “a melhor e mais prudente escolha” é a da “imposição de uma eficácia direta e de uma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais para as pessoas físicas ou jurídicas” (LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 217).

Rodrigues Jr. preconiza que os contratos estão sujeitos a fatores de correção na hipótese de desconformidades. No Direito privado “exterioriza-se primariamente pelas normas e pelos princípios desse sistema”. Segundo o autor, “a utilização dos fatores de correção internos (ditos extrassistemáticos), mas não privatísticos, pode-se dar pelas formas tradicionais de recurso à Consituição e a seus princípios, para fins de controle de validade de normas e atos”. Os direitos fundamentais, por sua vez, teriam uma “eficácia indireta”, e, assim, não se perderia a autonomia do direito privado. Ocorrendo colisão de direitos fundamentais em um conflito entre particulares, Rodrigues Jr. sustenta que “é possível o emprego de técnicas próprias do direito constitucional para a interpretação do direito ou mesmo para a solução de conflitos”, o qual seria utilizado como fator de correção em *ultima ratio*. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 337.

5º, inc. X), e o CC preconiza que o uso indevido da imagem é passível de indenização, percebe-se que há uma harmonia entre os textos que tratam desse tema, porquanto ambos expressam uma proteção sob o aspecto normativo a esse direito de personalidade, embora seja reconhecida a possibilidade de uso da imagem sob determinadas circunstâncias independentemente de autorização (como ocorre, v.g., na limitação involuntária por meio de uso pontual e específico, quando diz respeito a informação jornalística com interesse público juridicamente relevante).

Por outro lado, quando a CF menciona, em seu preâmbulo, que o Estado Democrático é destinado a assegurar a liberdade, pode-se abordar a liberdade em diferentes áreas do direito, a qual, no âmbito do direito privado, pode corresponder à liberdade de contratar, de formar família, de dispor sobre interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, etc., o que dependerá da análise de elementos correlacionados específicos de cada figura jurídica sob enfoque, como por exemplo, a liberdade de contratar sujeita a uma função social; a formação de família sob o formato de união estável ou casamento, desde que a união tenha feição duradoura e pública; que a doação de bens respeite a legítima dos herdeiros necessários (art. 1.846 do CC).

Desse modo, há diferentes possibilidades vinculadas ao tema, por ser possível que (a) tanto a CF quanto o CC silenciem a respeito de determinada figura jurídica do direito privado (por exemplo, o garantidor à primeira demanda⁴⁸, o adimplemento substancial); (b) a CF seja silente, e o CC preveja genericamente (v.g., dissolução de sociedade); (c) a CF se omita, e o CC discipline especificamente (como ocorre com o exercício da tutela); (d) tanto a CF quanto o CC prevejam de maneira superficial (p. ex., o princípio da função social); (e) a CF discipline de modo genérico e o CC silencie (v.g. a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família, para pagamento de dívidas decorrentes da sua atividade produtiva); (f) a CF refira genericamente e o CC especificamente (é o caso do direito de herança) ou, ainda, que (g) a CF mencione expressamente e o CC seja silente (p. ex., o acesso à informação).

Há, como visto, uma possível eficácia da Constituição no direito privado (incluindo a interpretação conforme e a sua incidência nas relações entre sujeitos privados, seja pela legislação que esmiúce preceitos constitucionais) e mesmo a inserção de institutos típicos do direito privado na Constituição⁴⁹. E haverá outros casos em que o texto constitucional poderá

⁴⁸ Vide, a respeito do tema, FRADERA, Vera Maria Jacob de. Os contratos autônomos de garantia. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 53. nov./ 1991. p. 238-251.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado:

ser inerte.

Evidentemente que as omissões ou vaguezas referidas no exame de possibilidades acima apresentado podem não ser despropositadas (principalmente porque não cabe à CF substituir o CC e tampouco ela tem a pretensão de exaurir ou mesmo de tratar todos os temas jusprivatísticos) e o direito privado não se cinge ao CC. A relação entre a Constituição e o direito privado é dinamicamente dialética, embora, como dito, em alguns casos resulte desnecessária porque o direito privado é suficiente na regulação de determinadas relações e figuras jurídicas.

Ainda, na atualidade, há regras infraconstitucionais distribuídas em inúmeras leis, decretos e outros regramentos, mas, quando é exercitado um raciocínio de aplicação do direito, é usual buscar-se intuitivamente em primeiro lugar, alguma regulamentação específica, e, a seguir, analisa-se se a mesma, em uma aplicação *in concreto*, não destoa do restante do sistema jurídico, em especial com a CF. Caso haja descompasso, o nível compreendido dessa incompatibilidade pode ser objeto de questionamento e, a partir disso, pode-se ter até mesmo um pronunciamento judicial a explicitar uma interpretação possível conforme os ditames constitucionais, produto de uma visão sistemática do direito, que observe o diálogo necessário entre as fontes *de* e *do* direito.

Igualmente, é importante ressaltar que o dinamismo ínsito e natural do direito privado atual não pode ser enclausurado, e a CF também serve ao exercício da função de possível freio a condutas indesejadas ou indesejáveis, sendo igualmente certo que a própria estruturação codificada atual do direito privado, contemplativa de inúmeros casos que comportam a construção de soluções concretas não engessadas, erige os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais como aberturas do sistema jurídico que servem, ao mesmo tempo, como libertação e como amarra: por um lado, permitem que o direito privado tenha seu espaço ao exercício da liberdade e da criatividade humana no gerenciamento de seus interesses de ordem intersubjetiva ou mesmo individual e, por outro lado, admitem que sejam postos limites pontuais toda vez que houver excesso ou ameaça de uso desarrazoado ou injustificável dos direitos.

A aplicação da constituição no direito privado serve para parametrizar a atividade hermenêutica do juscivilista, inclusive para ter “a unidade dos direitos fundamentais como limite e como possibilidade”⁵⁰, além de solucionar possíveis casos de colisão de direitos,

algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*. a.1. n. 1. Jul.-set. 2012, p. 1-30. p. 10. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 27 jul. 2018.

⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 8.

porque o direito civil não se encerra em si, não é um setor hermético, completo e de silogismo mecânico.

Some-se a isso as características peculiares da CF, generosa em disposições relativas a direitos, princípios e valores, muitos deles diretamente relacionados a questões que se vinculam ao direito privado (como honra, imagem, privacidade, propriedade, relações familiares, etc.) e tornam o ambiente jurídico favorável a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁵¹.

Reconhece-se que cada ramo do direito possui as suas especificidades, acentuando-se a necessidade de que a aplicação dos ditames constitucionais ocorra com as devidas adequações, ponderações e concordância prática, que serão estabelecidas casuisticamente ou conforme o instituto, a categoria ou a figura jurídica envolvida pois, por exemplo, no direito de família a dignidade humana será aplicada também considerando (e conciliando) os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, da igualdade entre cônjuges ou companheiros, da solidariedade familiar, etc.⁵²

Ademais, por vezes o texto constitucional pode conter disposições sem eficácia

⁵¹ Andrade vê com ressalva a afirmação de centralidade da constituição em relação ao direito privado, notadamente em razão do elevado grau de indeterminação de diversos de seus dispositivos e a necessidade de regulamentação legislativa de várias regras constitucionais; a distância entre a constituição e a vida cotidiana, etc. (ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 126-128 e 153). Para ele, a centralidade do direito privado ainda está no Código Civil, embora reconheça que “a positivação dos direitos da personalidade no direito brasileiro ocorreu somente com a edição da Constituição de 1988”, não obstante sua “regulamentação específica” ter ocorrido com o CC, em 2002 (ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista derecho del estado*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. n. 30, enero./junio 2013. p. 93-124. Trechos extraídos das p. 96-97).

⁵² Vide, a respeito do tema, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais orientadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

O STF recentemente fez uma leitura conforme a constituição do art. 1.790 do CC, que trata da sucessão na união estável, a qual foi objeto do Tema n. 498 (“Alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva”), do qual adveio a seguinte tese: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.” STF. Tribunal Pleno. RE n. 646721/RS. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Min. Roberto Barroso. Provido o recurso, por maioria, reconhecendo a inconstitucionalidade incidental. J. em 10/05/2017. Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito. DJE-204. Divulg. 08-09-2017. Public. em 11-09-2017. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 jul. 2018.

No RE n. 201819, o STF confirmou a possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais nas relações com titulares privados. Na referida decisão, foi referido que “O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”. STF. 2ª Turma. RE n. 201819. Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, J. em 11/10/2005, DJ 27-10-2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 jul. 2018

social imediata, e, ainda, há normas constitucionais com elevado grau de fluidez semântica; que encontram alguns entraves à aplicação; que podem conflitar com outras igualmente importantes ou cuja incidência pode depender de condições extrajurídicas, a indicar a necessidade de demanda de esforços de adequação ou mesmo de ponderação para assegurar a sua aplicabilidade, a fim de reforçar a sua força vinculativa, e a demonstrar que todas as normas constitucionais geram efeitos jurídicos, cuja medida poderá ser variável no tempo e conforme as circunstâncias do caso concreto, sem que isso signifique que essas normas constitucionais sejam ineficazes ou representem mero simbolismo normativo⁵³.

Acrescente-se o argumento da fundamentalidade dos dispositivos da CF com maior aplicação no direito privado (principalmente o princípio da dignidade humana, da liberdade, a proteção da honra, da imagem, da vida privada, etc.), estrategicamente inseridos na parte inicial do texto constitucional, a indicar a sua proeminência, realçada pela vedação de qualquer medida tendente a abolição direitos e garantias individuais, até mesmo por emenda (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF).

E, para apresentar um entendimento mais propositivo, prático e a concretizar o exposto, pode-se sustentar a possibilidade de aplicação do raciocínio semelhante ao formulado no art. 2:102 dos *Principles of European Tort Law*⁵⁴, no sentido de que, quanto mais valioso e essencial for o valor posto em causa ou afetado pelo ato de autonomia, mais ampla é sua proteção e maior deve ser o cuidado na análise do seu conteúdo e extensão,

⁵³ “[...] embora existam gradações entre os efeitos dos preceitos constitucionais, todos eles possuem pelo menos uma eficácia mínima, já que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico, vinculam negativamente o legislador e a administração, que não podem agir de modo contrário à norma, e acarretam a não-recepção do direito anterior incompatível”. “De fato, existem fatores universais que exigem a extensão da proteção outorgada pelos direitos humanos à esfera das relações entre particulares, diante da desigualdade gritante, da opressão e da injustiça que permeiam estas relações. Mas, por outro lado, há fortes razões para rejeitar uma simples equiparação do ator privado aos poderes públicos, em termos de vinculação aos direitos humanos, já que esta pode conduzir as restrições à autonomia individual até patamares inaceitáveis para os Estados constitucionais, que se preocupam realmente com a liberdade dos seus cidadãos.” SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 52 e 233.

Sobre a aplicação dos princípios implicar ponderação ou adequação, veja-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. II. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 314 e ss. (crítico da ideia de ponderação e partidário da técnica da adequação) e SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 95 e ss. (partidário da técnica da ponderação).

⁵⁴ *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Sprinter, 2005. Trata-se de *soft norm* (preceitos com valor normativo restrito e sem eficácia plena, por não serem obrigatórios ou vinculantes), fruto “impresso” dos estudos empreendidos por estudiosos em direito de danos de treze países europeus, dos EUA, Israel e África do Sul, que se reuniram no denominado “grupo europeu de responsabilidade civil”, e que foi inicialmente apresentada em uma conferência pública realizada em Viena, na Academia Austríaca de Ciências (*Österreichische Akademie der Wissenschaften*), em maio de 2005, condensando o “menor denominador comum das diferentes regras nacionais”, numa tentativa de harmonizar o direito privado europeu (sobretudo no âmbito da união europeia), em matéria de direito de danos.

Sobre *soft law*, veja-se DUPUY, Pierre-Marie. *Soft law and the international law of the environment*. *Michigan Journal of international law*. n. 12. 1991. p. 420-435, em especial na p. 420.

permitindo-se que a vida, integridade física ou psíquica, dignidade humana e liberdade estejam em uma situação de maior proteção jurídica (assim como maior proteção à autonomia no que se refere a decisões de ordem existencial); e que os direitos reais (abrangendo os direitos sobre bens incorpóreos) e os interesses meramente econômicos ou relações contratuais não tenham um rigor acentuado na análise da autonomia⁵⁵.

Assim é o caminho trilhado por Sarmiento, para quem o nível de proteção da autonomia deve observar a medida em que seu exercício venha a tratar de elementos essenciais à vida digna que possam ser prejudicados pela tomada de decisão: “o peso da autonomia privada em uma ponderação de interesses varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão examinada”⁵⁶, embora o conflito entre direitos fundamentais necessariamente leve o aplicador do direito a uma compatibilização, procurando harmonizar cada situação da forma mais razoável e proporcional possível.

E, quando se trata de interesses a serem resguardados, cada ordenamento jurídico pode especificar suas áreas específicas ou especiais de proteção, seja ao proibir ou a exigir um comportamento predeterminado em maior ou menor medida, seja ao estabelecer os direitos, poderes, interesses e demandas de uma forma bastante geral, que em regra devem ser

⁵⁵ Veja-se o texto do art. 2:102 dos *Principles of European Tort Law*, abaixo reproduzido:

“Art. 2:102. Interesses protegidos.

- (1) A extensão da proteção de um interesse depende da sua natureza; quanto mais valioso e mais precisa a sua definição e notoriedade, mais ampla será a sua proteção.
- (2) A vida, a integridade física ou psíquica, a dignidade humana e a liberdade gozam da proteção mais extensa.
- (3) Aos direitos reais, incluindo os direitos sobre coisas incorpóreas, é concedida uma ampla proteção.
- (4) Os interesses puramente econômicos ou as relações contratuais poderão ter menor proteção. Nesses casos, deve tomar-se em consideração, especialmente, a proximidade entre o agente e a pessoa ameaçada, ou o fato de o agente estar consciente de que causará danos, apesar de os seus interesses deverem ser necessariamente considerados menos valiosos do que os do lesado.
- (5) A extensão da proteção poderá também ser afetada pela natureza da responsabilidade, de forma a que um interesse possa ser mais extensamente protegido face a lesões intencionais do que em outros casos.
- (6) na determinação da extensão da proteção, devem também ser tomados em consideração os interesses do agente, especialmente na sua liberdade de ação e no exercício dos seus direitos, bem como o interesse público.”

⁵⁶ Sarmiento segue o raciocínio afirmando adicionalmente que: “Por exemplo, entendemos que se fosse ajustada pelas partes num contrato de locação uma cláusula estipulando a possibilidade de rescisão do pacto com a retomada do imóvel, caso o locatário passasse a receber em sua casa pessoas negras, ou se convertesse à umbanda, a autonomia privada não deveria assumir um peso relevante [...] Mas, ao inverso, de forma alguma poder-se-ia obrigar alguém, com base na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a tornar-se amigo de pessoa de outra cor ou religião [...] É porque, nestes últimos casos, estamos lidando com decisões de caráter existencial, que se revestem de um colorido emocional e estão protegidas pelo direito à privacidade.” O mesmo autor, refere que: “No campo das relações patrimoniais, a proteção à autonomia privada é menor quando estiverem em jogo bens essenciais para a vida humana com dignidade, e maior quando a questão envolver bens de natureza supérflua.”, devendo-se, no entanto, haver uma “ponderação de interesses, que, no outro lado da balança, quase sempre vai figurar alguma emanção da autonomia privada, entendida em sentido amplo (autonomia privada negocial, privacidade, autonomia associativa, etc.)” SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 268.

respeitados⁵⁷.

Uma regra imperativa especial, que proíbe colocar em perigo o interesse por alguma conduta descrita com precisão, responde à questão do quão extensiva é a proteção dos interesses de uma pessoa e qual comportamento é exigível dos demais, mas a questão torna-se mais complexa, se a lei só prevê que os outros não devam atuar *contra bonos mores* (contrariamente aos costumes lícitos). Estabelecer o nível de proteção também é mais difícil se o sistema jurídico apenas descreve os direitos ou interesses a proteger, mas uma legislação específica pode definir com precisão o âmbito de proteção⁵⁸.

Assim, o princípio que trata dos interesses protegidos estabelece que a natureza de um específico interesse é determinante na fixação da extensão da proteção a ser concedida, estabelecendo um elenco de interesses protegidos, apresentado em ordem hierárquica.

Porém, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode servir para asfixiá-las indevidamente, ou para engessar esse ramo tão dinâmico do direito. Deve-se admitir e mesmo compreender que as pessoas podem tomar decisões mais ou menos acertadas conforme o ponto de vista, sem que isso signifique que deva haver intervenção judicial alterando um determinado ajuste.

Calcada a aplicabilidade das disposições constitucionais ao direito privado brasileiro, passa-se à análise mais específica do direito fundamental que mais se aproxima do consentimento informado, que é a liberdade.

2.4 A liberdade como direito fundamental e a sua aplicação no direito privado: a autodeterminação e os negócios jurídicos

O consentimento informado, de acordo com o conceito delineado no capítulo 2.2, é manifestação que representa uma concretização da liberdade tutelada constitucionalmente, concebida como autonomia no direito privado, e só exerce verdadeiramente a liberdade quem tem independência, quem não está sob amarras indevidas.

A liberdade é “verdadeira característica humana”, pois o “ser humano é o único ser vivo que tem capacidade de projetar e projetar-se”, sendo suas condutas não apenas reativas, mas também implementativas de projetos. Sob o aspecto ontológico (radicada no âmago da pessoa, existente em seu mundo interior, ilimitada, absoluta e fora do alcance do direito) têm

⁵⁷ Aplicando-se o raciocínio exposto nos *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Springer, 2005. p. 30.

⁵⁸ Incidindo a premissa disposta nos *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Springer, 2005. p. 30.

gênese pré-jurídica, e, enquanto realidade fenomênica (exterior, limitada, relativa, condicionada), concretizada por meio de atos ou comportamentos humanos, está sob possível ingerência do direito⁵⁹.

Há questões filosóficas atreladas a esse tema, sobretudo quanto a quais são as reais condições que trazem uma verdadeira independência⁶⁰, mas, de toda forma, a palavra é polissêmica e, na teoria constitucional moderna, *grosso modo*, há a liberdade como soberania popular, a qual justifica que as pessoas participem da formação do Estado assim como do seu encadeamento e desenvolvimento, e a liberdade como autonomia individual (neste texto, a ênfase estará na proteção constitucional e sentido da liberdade no que se vincula à autonomia no direito privado).

Por outro lado, a doutrina costuma também dividir a liberdade sob os enfoques positivo e negativo. Bobbio afirma que o primeiro é entendido como a possibilidade do titular dirigir a sua vontade a um objetivo, de tomar decisões sem ser determinado pela vontade alheia (correspondente a uma “qualificação da vontade”), enquanto que no segundo está a possibilidade de agir ou não sem impedimentos (de acordo com a própria vontade, independentemente de interferência, coação ou proibição alheia: seria uma “qualificação da ação”). Contudo, o próprio autor afirma que seria mais correto substituir essa classificação pela “liberdade de obrar” (uma ação não impedida e não constringida) e “liberdade de querer” (uma conduta não heterodeterminada, ou seja, autodeterminada), pois uma ação pode ser livre sendo ou não voluntária⁶¹.

De toda forma, em matéria de liberdades jurídicas “é hoje praticamente consensual que não basta o simples reconhecimento” destas, mas, sim, que “se confirmam as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente desfrutá-las”⁶².

E em função dessa constatação é que surge o plano ternário da liberdade em relação à pessoa individualmente considerada: (a) como não interferência (ausência de impedimentos), (b) como participação (nas relações, desde as políticas até as mais pessoais) e (c) como promoção. As duas primeiras assemelham-se, respectivamente, às liberdades negativa e

⁵⁹ SCHMIDT NETO, André Perin; FACCHINI NETO, Eugênio. Ensaio jurídico sobre a racionalidade humana: maiores, capazes e irracionais. *Revista brasileira de políticas públicas*. Brasília. Uniceub. v. 8. n. 2. Ago./2018. p. 65-88. p. 69.

⁶⁰ SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 1999. p. 282-298.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. por Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993. p. 97-104.

⁶² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 149. A respeito do tema veja-se, igualmente, SALDANHA, Leonardo Tricot. *Legitimação política democrática e autonomia*. Porto Alegre: Uniritter Editora, 2008. p. 87-88.

positiva, e a terceira como a satisfação das necessidades humanas básicas⁶³.

No entanto, esse entendimento de inclusão da liberdade “como promoção” talvez esteja a alçar à concepção de liberdade uma premissa (importante) que não está necessariamente contida no seu conceito, embora seja efetivamente uma relevante condição tanto à sua implementação quanto ao seu exercício⁶⁴.

E, no sistema constitucional brasileiro, é na CF que a liberdade se acentua como direito fundamental (art. 5º, *caput*), a qual vincula liberdade e legalidade ao especificar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inc. II). Além disso, no texto constitucional constam várias espécies de liberdades referidas pontual (“direitos especiais de liberdade”), embora não exaustivamente, de forma que é possível falar de um “direito geral de liberdade”, constante nesse sistema aberto que concebe esse direito também como “critério material para a identificação de outras posições jurídicas fundamentais”, inclusive as liberdades específicas não citadas expressamente na CF⁶⁵ (são referidas, por exemplo, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade de reunião, de expressão, a liberdade religiosa, a política, a de iniciativa econômica e a de autodeterminação informativa).

Por isso que se costuma dizer que o direito geral de liberdade atua como valor, princípio, dever e direito, desempenhando igualmente o papel de fator de “interpretação e integração das liberdades em espécie e de identificação de liberdades implícitas”⁶⁶, propositalmente aberto em sua extensão, evitando que situações que exijam a intervenção desse direito geral possam ser desprovidas de proteção por não estarem referidas especificamente no texto constitucional.

Protege-se também o poder de decidir, fruto dessa liberdade que é direito fundamental⁶⁷, assim como o respeito pelo que o outro decidir. Na esfera do direito privado, essa liberdade expressa-se como autonomia, permeada pelos direitos de personalidade e pelo

⁶³ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín oficial del Estado. 1995. p. 289-292.

⁶⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. por Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 234 e 363.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 480 e 482. Porém, Dworkin refuta a ideia de um direito geral de liberdade, porque ele estaria em descompasso com o direito à igual consideração, e apenas liberdades específicas seriam adequadas e passíveis de concretização (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 406).

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 482-483.

⁶⁷ Cordeiro afirma que a liberdade é um conceito político e filosófico, enquanto que a autonomia privada é técnico-jurídico equivalente a um “espaço de liberdade jurígena” às pessoas concedida pelo direito, “podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”. CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português*. T. 1. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 217.

princípio da dignidade da pessoa humana, em uma dimensão *positiva*, que é a possibilidade de decisão sem interferências alheias prejudiciais e indevidas, ou em uma faceta *negativa*, que é a de escolher não decidir ou mesmo de transferir essa faculdade a outrem.

Essa breve exposição pode fazer parecer que o assunto seja simples em sua dimensão teórica e aplicabilidade prática, o que não é verdade, porque o permanente desafio é o de verificar os limites dessa liberdade e a sua aplicação em casos concretos, pois sempre é possível questionar até que ponto o Leviatã (o Estado, na metáfora de Hobbes) pode imiscuir-se em decisões individuais, e qual seria o fundamento que legitimaria essa intervenção.

Poder-se-ia vincular a justificção da restrição dessa liberdade ao fato de que não seriam admissíveis condutas causadoras de prejuízo à coletividade ou a terceiro, ou mesmo à própria pessoa, quando isso repercutisse negativa e injustificadamente nesse espaço de coexistência, e isso é visível naqueles casos em que se pode falar em consenso, como, por exemplo, a respeito da necessidade de limitação da liberdade sexual quando se trata de crianças ou adolescentes, ou quando há um interesse público relevante, como as vacinações obrigatórias, ou o uso obrigatório do cinto de segurança, embora seja mais complexo quanto a pontos sobre os quais há intenso debate, como o aborto e a eutanásia.

Liberdade, assim, vincula-se também à responsabilidade⁶⁸ e aos interesses da coletividade. Conforme Lillo, baseado no direito italiano, “a densa trama de relações interpessoais existentes na comunidade estatal implica uma reciprocidade de posições e uma simetria de deveres inderrogáveis”, fundados na “solidariedade política, econômica e social”, que é “posta na base do modelo de convivência civil” desenhado na constituição italiana, no qual “a natural socialidade humana implica necessariamente que os direitos intangíveis de cada pessoa correspondam simetricamente a deveres correlatos”, cuja observância generalizada é necessária à construção e manutenção de uma convivência social organizada e pacífica⁶⁹.

Mas isso não responde de modo pragmático (nem poderia deixar de ser) a várias demandas nas quais a necessidade de limitação não seja patente, como v.g, a liberdade do empregado que pretende utilizar vestimenta representativa e típica de determinada crença religiosa em relação a do empregador que pretende transmitir uma ideia de neutralidade

⁶⁸ Declaração universal sobre bioética e direitos humanos. “Art. 5º. A autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.” Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2018.

⁶⁹ LILLO, Pasquale. *Diritti fondamentali e libertà della persona*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. p. 89-90.

religiosa em suas dependências; ou o famoso caso do arremesso de anão, no qual houve o impedimento de continuidade de vínculo entre empregador e empregado para “função” considerada ilícita, ou, ainda, do ensino domiciliar⁷⁰. Esses aspectos ultrapassam os limites deste trabalho, conquanto tenham sido utilizados para demonstrar a complexidade do tema e a necessidade de analisar as justificativas e finalidades de uma determinada conduta que aprioristicamente poderia ser considerada como limitadora de uma liberdade.

Em resumo e para finalizar esse ponto, fala-se, assim, em liberdade como direito fundamental, em liberdade como conceito polissêmico, em liberdade concebida como autonomia no direito privado. A última acepção referida é a que interessa a esse trabalho, e, quanto a ela, são vistas algumas expressões correntes, como autonomia da vontade, autorregramento da vontade, autonomia privada e autodeterminação.

Para uma melhor análise, esse aspecto terminológico é objeto de estudo específico, que será feito no próximo subtópico.

2.4.1 Uma questão terminológica? autonomia da vontade, autorregramento da vontade, autonomia privada e autodeterminação

⁷⁰ Veja-se, a respeito do tema “arremesso de anão”, STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN Ivar. A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/247>. Acesso em: 16 ago. 2018.

Carbonel faz uma interessante observação a respeito do tema:

“En 1986, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó una sentencia en la que afirmaba la constitucionalidad (es decir, la corrección moral desde la óptica de la Constitución) de una ley local que sancionaba con pena de prisión las relaciones homosexuales entre varones, incluso si se celebraban de común acuerdo, en privado y entre personas mayores de edad (se trata del caso *Bowers vs. Hardwick*). Todavía en la actualidad existen leyes estatales en Estados Unidos que castigan con penas de prisión las relaciones sexuales por vía anal. En el mismo país, la Corte ha extendido de manera muy amplia el derecho a la intimidad para proteger la decisión de la mujer de tomar anticonceptivos o incluso para que mujeres menores de edad pudieran realizar se una interrupción voluntaria del embarazo sin el consentimiento de los padres. Lo que ponen de manifiesto ambos extremos es la gran dificultad para proceder a la regulación de la libertad y la variabilidad que el ámbito de la autonomía personal puede tener, incluso dentro de un mismo país”. CARBONELL, Miguel. Libertad y derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Derecho constitucional: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 273-293. p. 287-288.

Quanto ao precedente *Bowers vs. Hardwick*, deve-se esclarecer que, em 2003, a *Supreme Court of the United States* revogou esse precedente, no julgamento do caso *Lawrence vs. Texas*, no qual, diante da tutela da *privacy*, considerou inconstitucionais as leis estaduais que criminalizavam a sodomia.

Vide, a respeito do assunto: CLARK, Matthew. Rational relationship to what? How *Lawrence v. Texas* destroyed our understanding of what constitutes a legitimate State interest. *Liberty University Law Review*. dez./2012. v. 6. Issue 2, article 9. p. 415-452 (abordando o caso a partir do enfoque o interesse estatal na regulação que questões que somente dizem respeito ao íntimo da pessoa) e STRAUT, Charles B. Due process disestablishment: why *Lawrence v. Texas* is a First Amendment case. *New York University Law Review*. v. 91. n. 6., dez./2016. p. 1794-1820 (que afirma haver uma imposição da moralidade, constatada pela afirmação de que a legislação dessa natureza codifica credos religiosos).

Como denominar o poder tutelado às pessoas - e regulado pelo ordenamento jurídico -, de expressar vontade ou externar comportamento capaz de criar atos jurídicos *lato sensu*? O consentimento informado é um exemplo das duas dimensões da vontade na teoria do ato jurídico *lato sensu*. A primeira, interna, do próprio poder de decisão, e a segunda, o resultado do exercício desse poder⁷¹, entendido como a possibilidade de operar um determinado objetivo do modo desejado pelo titular⁷².

Reiterando o que antes fora destacado neste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro resguarda o poder de decidir, fruto da liberdade e provinda de pessoa apta a determinar seu comportamento. O teor da decisão, em si, está inicialmente no mundo dos fatos e envolve elementos de ordem subjetiva, não encobertos por roupagem jurídica. Passa a ter relevância para o mundo do direito se, sobre o conteúdo exteriorizado, houver possibilidade de extrair repercussão jurídica. Vale dizer, é a ocorrência fática que se encaixa em determinado suporte fático que adquire essa proeminência jurídica, e no consentimento informado há um conteúdo permissivo externado e coberto pelo direito, no exercício da liberdade pessoal do paciente, no plano da existência.

De toda forma, para uma declaração ou comportamento juridicamente qualificado, que concretiza o exercício da liberdade na esfera do direito privado, encontram-se diferentes expressões designativas, conforme dito no capítulo 2.2, sendo os mais usuais autonomia da vontade, autorregramento da vontade, autonomia privada e autodeterminação. A decisão para o ato médico, no campo jurídico, envolve o prévio exercício de liberdades por parte do paciente na sua esfera privada (às vezes transferido, por representação, a quem por ele responda), liberdades essas que são fundamentais e constitucionalmente asseguradas, por consagrarem os valores da personalidade, inerentes à pessoa humana. Mas, qual é a expressão que melhor reflete esse fenômeno?

Autonormatividade e sua variação *autorregramento da vontade* são termos utilizados, embora rejeitados sob o argumento de que não seria possível considerar o negócio jurídico como norma jurídica para as partes e criada pelas próprias partes para regerem as suas relações⁷³ (concepção objetiva de negócio jurídico).

A expressão *autonomia da vontade* foi a utilizada nos textos jurídicos mais antigos

⁷¹ Reale trata a autonomia como fonte e também como poder. REALE, Miguel. *Fontes e modelos no direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 73.

⁷² “La possibilità di operare questo risultato nel modo voluto si chiama potere. La situazione di chi subisce le conseguenze dell’esercizio del potere giuridico si chiama soggezione”. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 46.

⁷³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 110 (§ 254).

que trataram do negócio jurídico. Na leitura de alguns autores do século passado, é possível perceber que não se costumava fazer uma distinção clara entre autonomia da vontade e autonomia privada. A expressão mais comum era a da autonomia da vontade, entendida como *facultas*, um “direito supra-estatal”, consubstanciada pela possibilidade não ilimitada dos “particulares para resolver seus conflitos de interesses”, com o objetivo de “dinamizar, enfim, a vida em sociedade”⁷⁴.

O conceito estava atrelado à ideia de que a pessoa teria a possibilidade de reger sua vida com ampla liberdade, por isso considerada como uma vontade autônoma, com um valor em si, embora fosse certa a existência de “diversas autonomias”⁷⁵.

O ordenamento jurídico, quando tratava da autonomia da vontade, oportunizava ampla liberdade às partes contratantes, e, ao mesmo tempo, oferecia ferramentas para assegurar uma restrita circulação patrimonial onde isso fosse conveniente, com uma consequente limitação dessa autonomia, no que facilitasse a manutenção das grandes fortunas, das oligarquias e do patriarcado. Por isso, o antigo não reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, as restrições quanto ao poder de testar, as regras sobre sucessão ou mesmo as restrições de capacidade para a prática de negócios jurídicos⁷⁶.

O exercício das liberdades, na esfera do direito privado presente nas bases civilistas liberais do século XIX, representava interesses que muitas vezes tinham como paradigmas a individualidade e a patrimonialidade (contemplando o “ter”, em detrimento do “ser”), o qual expressava a tríade liberdade, segurança e propriedade, que marcou tanto a formatação normativa codificada quanto a doutrina então produzida, refletindo, por exemplo, nos conceitos de direito subjetivo (tido como o poder da vontade) e de negócio jurídico (o produto da vontade, aplicado na realização de interesses patrimoniais).

A autonomia da vontade em matéria contratual, por exemplo, correlacionava-se de uma maneira acentuada com a igualdade meramente formal e considerava uma paridade muitas vezes falsamente pressuposta, da qual emergia uma ampla liberdade contratual, em sua forma e conteúdo, resultando na validação e ampla aceitação da força obrigatória dos

⁷⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 24.

⁷⁵ RODRIGUES JÚNIOR. Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. *Revista de informação legislativa*. Brasília. a. 41, n. 163, jul./set. 2004. p. 113-130, em especial nas p. 117.

⁷⁶ Pontes de Miranda, embora utilizasse as expressões “autonomia da vontade” e “autorregramento”, diz que estas equivalem ao “espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades”, pois os “sistemas jurídicos apenas põem no seu mundo, dito mundo jurídico, parte dessa atividade humana”, de modo que “‘autonomia da vontade’ não é mais do que o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático, suficiente para tornar jurídicos atos humanos, a vontade”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 110-111 (§ 254).

contratos, no estabelecimento de regras rígidas para desconstituição de contratos, fundados muitas vezes em aspectos essencialmente formais.

Assim, por exemplo, o trabalhador teria ampla autonomia para contratar com o seu empregador, em situação de paridade meramente formal, permitindo-se, portanto, jornadas exaustivas e condições degradantes de trabalho, cujos ajustes contratuais seriam fruto da autonomia dos seus partícipes e não poderiam sofrer interferência alheia, tampouco a estatal⁷⁷. O consumidor também teria ampla liberdade para firmar contratos em relações de consumo, ainda que contivessem cláusulas iníquas.

Com o paulatino declínio da escola da exegese, e com a chegada do Estado Social, alguns paradigmas começam a ser desconstruídos ou revistos, pois passa a ficar claro que a igualdade substancial deve ser promovida, que a igualdade formal pura e simples não satisfaz os anseios sociais e que o ser humano no âmbito do direito civil não se cinge ao indivíduo que *tem*, mas a pessoa humana que *é*⁷⁸.

Além disso, dissemina-se a constatação de que na sociedade há pessoas com diferentes aptidões e condições, de ordem social, econômica, educacional ou psicofísica, bem como de que o mercado não consegue, sem intervenção estatal, conduzir-se adequadamente, de modo que essa liberdade de trafegar no mundo, no que reverbera juridicamente, necessita de regulação, impondo-se também a fixação de limites ao exercício de direitos subjetivos.

Tanto agora quanto outrora, essas concepções com conotação patrimonial estão centradas na ideia de autogoverno, sendo perceptível a mudança do grau de disposição que a pessoa tem para tal fim, a qual, até aproximadamente meados do século XX, era modulada segundo circunstâncias pessoais (notadamente sexo e idade), em especial por meio da capacidade negocial e da legitimação. No que antes essas circunstâncias serviam para excluir determinados grupos do mundo dos negócios jurídicos, na atualidade as mesmas foram de certa forma atenuadas e adaptadas (veja-se, por exemplo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência) com a finalidade de proteger certos grupos vulneráveis, que preservam alguma

⁷⁷ Lembre-se o conhecido e triste precedente *Lochner vs. New York*, no qual Suprema Corte dos Estados Unidos (em votação por maioria) afirmou que: (a) o Estado de Nova Iorque não poderia instituir lei que limitasse a jornada de padeiros em sessenta horas semanais, e dez horas de trabalho por dia; (b) não haveria correlação direta entre a saúde dos padeiros e a limitação da jornada de trabalho; (c) os padeiros e os seus empregadores teriam capacidade para livremente estabelecer as condições para preservação de seus interesses, sem necessidade de intervenção ou regulação estatal. Com base nesse precedente, inúmeras regulamentações semelhantes foram desconstituídas, até 1955, com a guinada operada pelo precedente *Williamson v. Lee Optical Co.* GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. *Constitutional Law*. 13th ed. New York: The Foundation Press, 1997, p. 464 e 481-482 e SULLIVAN, E. Thomas; MASSARO, Toni M. *The arc of due process in American Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2013. p. 29.

⁷⁸ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausula patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 87-114, especialmente nas p. 91-92.

integridade cognitiva e aptidão decisória, mas que recebem - e devem receber - broques jurídicos (constituindo-se como autênticas salvaguardas) para evitar situações iníquas.

Destarte, no direito contemporâneo, o *status* pessoal tem valor, mas as premissas são outras: antes, o poder de autogestão das mulheres e das pessoas deficientes era limitado; consumidores eram considerados plenamente capazes para contratar e seus contratos dificilmente poderiam ser revisados com base em alegação de iniquidade ou abusividade; trabalhadores eram livres para firmar contratos cujas condições para a sua prestação eram indignas⁷⁹. Agora, essas circunstâncias podem ensejar a adoção de medidas protetivas, conquanto resguardada a autodeterminação, considerado um vetor de compatibilidade a ser definido nas fontes do direito.

No aspecto da capacidade, Araújo oportunamente lembra que a referência à incapacidade esteve vinculada a uma ideia de “benevolência” dos “agentes morais que aparentemente não sofrem de deficiência ou dependência”, em um mundo idealizado⁸⁰. No mundo *como ele é*, torna-se complexa a compreensão quanto a uma pessoa ou comportamento *deficiente* ser ou não pleno, juridicamente apto, ou estar ou não de acordo com um padrão, que pode ou não estar encilhado a outros vínculos inexoráveis.

Hoje, a regra é a de capacidade plena dos deficientes; as mulheres contam com maior igualdade e vasta capacidade negocial, consumidores usufruem proteção legislativa ampla e específica por meio de microsistema legislativo próprio e trabalhadores contam com leis mais protetivas e asseguradoras da nulidade de disposições que violem o ordenamento ou que não garantam condições dignas de trabalho. Embora o sistema jurídico enfrente movimentos cíclicos de proteção jurídica ora mais ora menos extensa, há claramente uma maior proteção à pessoa humana em comparação com a situação existente sob o Código Civil de 1916 ou mesmo sob a Constituição de 1967.

A autonomia da vontade, assim, outrora ficou atrelada a um momento histórico que tinha como premissa no direito privado uma lógica de exercício indiscriminado da vontade individual sob um desmedido liberalismo econômico, que foi superada pelo reconhecimento de novos princípios vetores do direito, tais como a dignidade da pessoa humana, a função

⁷⁹ Transforma-se a parábola “do *status* ao contrato”, para “do contrato ao *status*” (segundo Maine, direitos e obrigações individuais nas sociedades primitivas decorreriam do *status* do indivíduo, e, posteriormente, passaram a decorrer do princípio do contrato, distanciando-se dos costumes - seria uma evolução social e do direito-, por isso afirmou que “o movimento das sociedades progressistas tem sido até então um movimento de *status* para contrato”). MAINE, Henry James Sumner. *Ancient Law, its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*. Tucson, Arizona: The University of Arizona Press, 1986. p. 163-165.

⁸⁰ ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 33-34.

social e a solidariedade⁸¹, em uma perspectiva que é relacional e que a todo momento objetiva compatibilizar a subjetividade e a intersubjetividade tendo como alvo a dignidade humana, de modo que o livre desenvolvimento da personalidade atenda aos ideais de fraternidade⁸², solidariedade e desenvolvimento social, sob o pressuposto da liberdade.

Na visão atual, a vontade não é, por si, o elemento propulsor e ao mesmo tempo limitador ao exercício das liberdades na esfera privada, pois esse poder de autogestão está circunscrito ao atendimento conjunto de outros interesses socialmente relevantes, que atuam no sentido de atribuir-lhe maior ou menor espaço.

Com isso, abre-se espaço à noção de *autonomia privada*, e a doutrina passa a atribuir um caráter subjetivo à *autonomia da vontade* e uma feição objetiva à *autonomia privada*, ao destacar que aquela representaria uma “manifestação de liberdade individual no campo do direito”, com “conotação subjetiva, psicológica”, e esta, concebida como um “poder da vontade”, um movimento concreto destinado à produção de normas jurídicas particulares “nos limites da lei”, como se fosse um ordenamento jurídico específico *do e para* o seu titular nas relações privadas das quais participa, distinto, embora complementar, do ordenamento estatal, o qual perfilha-o e define seus limites⁸³.

Esse entendimento de “norma jurídica particular”, no entanto, é refutado pelos motivos que serão apresentados no estudo da teoria objetiva do negócio jurídico, essencialmente porque se a norma tem uma aptidão de atuar como preceito genérico, um preceito particular livremente pactuado tem natureza e feição distinta.

Assim, *autonomia da vontade* foi condenada como conceito ultrapassado em razão de seu histórico, e a *autonomia privada* seria uma nomenclatura mais adequada e atualizada, sendo exercitada em diferentes áreas do direito. A autonomia privada, assim, é a exercida nas relações estabelecidas sob a égide do direito privado constitucionalizado e considerado o

⁸¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 24. Cabral afirma que a diferença se resume ao fato de que “[...] a autonomia da vontade relaciona-se com a liberdade de autodeterminação (manifestação da vontade livre) e a autonomia privada ao poder de autorregulamentação (normas estabelecidas no interesse próprio)”. CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais. v. 5. n. 19, jul./set. 2004, p. 83-129. p. 111.

⁸² “A fraternidade é o direito da totalidade social, na comunhão do universal e do particular, quando a razão confecciona o nó da liberdade efetiva suportando no direito à vontade livre de ser o que é, ser humano diante do outro reconhecido como seu próprio ser outro, ser humano também, o universal reconhecido, ser-para-si no mundo da cultura, livre para ser aquilo que ele enquanto ele mesmo pode ser, portanto, na efetividade da fraternidade como direito de todo ser humano que é e sendo deve ser, expressa na ordem política racional”. ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra, Almedina, 2010. p. 241.

A solidariedade tem na justa coexistência sua razão e raiz e consolida-se como valor, segundo uma premissa de reciprocidade, segundo a qual torna-se necessário respeitar a esfera jurídica alheia tanto quanto razoavelmente pode-se exigir que os demais respeitem a própria.

⁸³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 345-348.

indivíduo na sua socialidade, em que as partes atuam como particulares não tem mais relação com “norma individual”. Por isso, agregar substantivos à autonomia somente faz sentido se for para deixar claro algum critério específico, como o ramo ou “ambiente” jurídico a ser utilizado.

Embora autonomia e capacidade sejam conceitos distintos; que certos atos de autonomia ou de autodeterminação podem ser realizados independentemente de capacidade civil, e que atos praticados por capazes necessariamente devem ser frutos da autodeterminação, o fato é que, na circulação de bens e direitos presente no direito civil, consegue-se perceber que o conceito de autonomia privada (tido como poder de autogestão conforme o ordenamento jurídico, no campo do direito privado), não perdeu sua essência ao longo do tempo. No entanto, convém repetir, a alteração é contínua e inexorável no que tange à sua extensão, a considerar escolhas de ordem axiológicas, que podem ser formatadas e revisadas periodicamente no mundo jurídico, bem como a atividade interpretativa e dogmática a respeito dos impactos do exercício da autogestão pessoal em diferentes áreas do direito.

Mesmo esse raciocínio não elimina a necessidade de solucionar a questão de saber se os conceitos de autonomia e de autodeterminação são distintos e, se positiva a resposta, qual deveria prevalecer, ou se deveria prevalecer, notadamente em matéria de consentimento para o ato médico.

Azevedo⁸⁴, afirma que há diferença entre autonomia da vontade e autorregramento da vontade, ao referir que a primeira se vincula à doutrina fundada na gênese do negócio jurídico (entendida por ele como ato de vontade com a finalidade de produzir efeitos), “ligada ao momento inicial, à liberdade (‘autonomia’) para prática o ato” e o segundo aproxima-se de um preceito concreto cuja validade se encontra em uma norma jurídica abstrata, radicado em um olhar sobre o “momento final, dos efeitos (‘regras’) que do ato resultam”. Pense-se que a vinculação entre essa lógica do autorregramento como uma concreção com a finalidade de criar normas individuais pode ser creditada à própria etimologia (grega) da palavra autonomia, na qual *autos* (próprio) une-se a *nomos* (regra, governo ou lei)⁸⁵, para denotar a

⁸⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

Ráo, por sua vez, refere que os atos jurídicos “possuem caráter preceptivo” não equivalente a norma jurídica, pois “são de natureza privada, vigoram apenas entre os interessados e sofrem as determinações e limitações impostas pelo ordenamento jurídico, que lhes confere eficácia e os protege”. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 51.

⁸⁵ Sobre as origens da expressão em suas perspectivas histórica e filosófica, vide URZÚA, Alberto Lecaros. *Hacia una autonomía encarnada: consideraciones desde un ethos de la finitud y la vulnerabilidad*. Revista Latinoamericana de Bioética, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, n. 2, p. 162-187, jul./dez. 2016, especialmente na p. 164 e FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed*

criação de uma norma a si próprio (nesse pleonasma necessário).

Autonomia, conceitualmente, parece ser um passo anterior à autodeterminação (mas não ao autorregramento pois, como visto, o ato jurídico *lato sensu* não significa que a parte esteja estabelecendo regras para si), porque inicialmente a pessoa tem autonomia em decorrência da sua liberdade, e, no campo do direito privado, essa liberdade se “especializa” com o nome de autonomia, e pode ser exercida na forma admissível pelo ordenamento jurídico, e, por isso, a pessoa pode utilizá-la para autodeterminar-se. A liberdade é princípio e regra, enquanto que a autonomia está presente em diversas figuras jurídicas previstas normativamente e a autodeterminação é a concretização dessa autonomia. São diferentes dimensões e níveis de concretização da liberdade⁸⁶, embora seja necessário reconhecer que esse ponto é mais um acordo semântico que propriamente uma distinção de caráter puramente técnico, legal ou mesmo natural.

A autonomia se exterioriza tanto no campo das relações patrimoniais quanto extrapatrimoniais, e tem como objetivo “a realização de interesses e de funções que merecem tutela”⁸⁷, independentemente de ser intersubjetiva e da utilidade do seu exercício ser social ou individualmente útil.

Rodrigues Júnior, no entanto, refere que a autodeterminação seria mais ampla que a autonomia privada, porquanto aquela compreenderia escolhas e autogestão fora do âmbito do direito privado ou mesmo de índole coletiva, como, por exemplo, a autodeterminação dos povos, ou, no âmbito individual, as opções individuais relacionadas à ideologia, à política, à

consent. New York: Oxford University Press. 1986. p. 8.

⁸⁶ No entanto, convém referir que há diversos entendimentos doutrinários a respeito da matéria, e que, ao fim, aproximam-se mais às questões semânticas que propriamente a premissas teóricas sustentadas em regras jurídicas. Branco, por exemplo, afirma que autonomia privada corresponde aos atos de autorregulamentação em negócios jurídicos, os quais tratariam unicamente de relações de ordem econômica (sendo que o seu exercício não corresponderia a um dever jurídico e, por isso, não poderia ser considerada como um direito subjetivo num sentido estrito, mas sim como “competências” outorgadas às partes, concretizadas nos negócios jurídicos, que contêm “normas particulares” criadas pelos próprios celebrantes para regerem suas combinações); e, à autodeterminação, caberia o exercício de faculdades (uma liberdade de escolha entre exercer ou não exercer direitos intrínsecos à personalidade), “permissões” previstas no ordenamento, que delimitam o exercício de determinados direitos vinculados à personalidade, e facultam a pessoa exercê-las, e que essa diferenciação seria reforçada pela distinção feita pelo Código Civil entre direitos de personalidade e negócios jurídicos, tratados em capítulos próprios. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. In: NARCISO, Baez; CASSEL, Douglas. (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Unoesc, 2011, v. 1, p. 219-237.

⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p. 19 (embora referido autor mencione que os atos de autonomia devam representar uma “utilidade social”, o que não é necessariamente verdadeiro, pois há atos que são representação de autonomia e que dizem respeito apenas aos interesses individuais, sem utilidade social, como, por exemplo, a pessoa que altera seu sobrenome em razão do casamento).

religião⁸⁸, à designação de gênero, sexo, orientação sexual, etc.

Para Ribeiro, a autonomia privada contemplaria a liberdade contratual, sendo entendida como um “processo de ordenação” que permite a “constituição e modelação” das relações jurídicas por seus partícipes (ainda com a ultrapassada correlação à ideia da vinculação aos efeitos de uma regra para si), enquanto que a autodeterminação consistiria em poder individual, aceito socialmente e juridicizado, de livre gerenciamento da esfera de interesses próprios, com a auto-orientação de vida conforme as próprias preferências⁸⁹.

Por outro lado, no que pertine à autonomia privada e à liberdade (autonomia) contratual, há quem vincule indistintamente as duas expressões⁹⁰. Não são sinônimos, advirta-se. A autonomia privada, conforme dito, é um espaço de exercício do poder de escolha, vinculada a uma vontade juridicamente relevante, que se vê presente no ato jurídico *lato sensu*, enquanto que a liberdade contratual é instrumental, existe “polarizada e conformada para os fins a que se destina”⁹¹. É onde brotam as escolhas que resultam na formação de um contrato.

De toda forma, há liberdade para escolher exercitar ou não exercitar os poderes ou faculdades sob a titularidade de cada pessoa em relação aos seus interesses e, na esfera do direito privado, a autonomia é a expressão da liberdade, sem a qual não é possível conceber a plena realização humana, sendo “nota essencial da ideia de personalidade e uma condição da realização desta”, assim como “se identifica com todas as manifestações de directa convivência ou vida comum”⁹².

Ultrapassada essa etapa de refinamento conceitual geral, o próximo tópico cuida da abordagem específica da autonomia no consentimento informado.

2.4.2 O consentimento informado como concretização do direito fundamental de autodeterminação

⁸⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luis. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. *Revista de informação legislativa*. Brasília. a. 41, n. 163, jul./set. 2004. p. 113-130, em especial nas p. 126-127.

⁸⁹ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 20-22.

⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 11. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo. s. ed. v. 1, Maio/2005. p. 41-66. p. 45.

Lembre-se, outrossim, que liberdade contratual (possibilidade de construção do conteúdo do contrato) é diferente de liberdade de contratar (que é de toda pessoa capaz de contratar).

⁹² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 42-43.

Tudo o que foi visto indica que o consentimento informado é complexo, e uma das suas facetas é a sua concepção como representação da capacidade para a liberdade e, mais especificamente, como exercício de autogestão de interesses relacionados à saúde do paciente.

Na atualidade, essa autogestão da pessoa humana encontra seu maior suporte, corporificação e sentido na ordem constitucional brasileira⁹³, calcada sobre valores e princípios humanitários, na qual há uma vinculação umbilical entre as liberdades na esfera do direito privado e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), com seus feixes da solidariedade social (art. 3º, I, da CF) e igualdade social (art. 3º, III, da CF)⁹⁴.

Há, no consentimento informado, uma densificação do mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, em dois de seus eixos estruturantes, quais sejam, os valores da integridade psicofísica pessoal e da liberdade. Do mesmo modo, esse consentimento é um dos modos de concretização do direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade⁹⁵, tendo feição *instrumental* (como *meio* utilizado para o exercício da autogestão no específico âmbito do atendimento médico), servindo, por isso, como um dos possíveis modos de concretização do direito fundamental à autonomia do paciente.

A decisão do paciente representa o exercício da autogestão individual, sendo que, no campo das relações privadas, a liberdade, no poder de autoadministração pessoal - tanto no que se relaciona à esfera patrimonial, quanto ao que pertine aos seus interesses extrapatrimoniais -, constitui princípio fundamental e fundante do direito civil, e recebe novas feições e atribuições que lhe atualizam e a conformam com todo o sistema jurídico, de modo

⁹³ Não obstante algumas visíveis falhas metodológicas e de técnica redacional da CF, é possível afirmar que há tutela constitucional da liberdade (tanto por preceitos que preconizam abstenções para asseguarção das liberdades, quanto de ações para garanti-las), a qual é tutelada seja de maneira específica no art. 5º, II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, seja de modo esparso em diversos dispositivos (notadamente nos artigos 1º, 5º, 8º, 17, 170, 206, 220, 226 e 227) que, muitas vezes, não se formata de modo explícito.

A liberdade está prevista inicialmente, no Capítulo I, do Título II da CF, que trata dos “Direitos e deveres individuais e coletivos”. O caput do art. 5º refere à igualdade, à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, explicitando algumas espécies em seus incisos, tais como a liberdade de crença; de pensamento, de trabalho, de locomoção, de associação e a liberdade pessoal (vejam-se os incisos VI, IX, XIII, XV, XVII, XLVI, LIV e LXVIII).

⁹⁴ Lembre-se do preceito liberal do art. 4o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica o outro”.

⁹⁵ MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: RIBEIRO, Antônio de Pádua et al. Portugal-Brasil ano 2000. *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica* 40. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 149-246, especialmente na p. 151.

Para os fins deste trabalho, é possível considerar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é um desiderato extraído do contexto e do conteúdo do ordenamento jurídico brasileiro, contemplando tudo o que seja minimamente necessário à constituição, promoção e preservação da dignidade da pessoa humana (no aspecto prestacional) e no que seja maximamente considerado como suficiente à salvaguarda dessa mesma dignidade (na sua feição de defesa). Os direitos de personalidade, por sua vez, são específicos e contemplam um conjunto de atributos básicos personalíssimos e inerentes à pessoa humana e dela indissociáveis, imediatamente extrapatrimoniais e absolutos.

que a liberdade referida não é mais apenas a meramente formal, mas, sim, a exercida para o desenvolvimento pessoal (substancial), incluindo a realização pessoal.

Isso porque a “autodeterminação se identifica com o projeto de vida realizado ou objetivado pela pessoa”, e a vida “governada por um exercício ininterrupto de soberania que permite a livre construção da personalidade”⁹⁶.

No âmbito do STJ, referiu-se que a autodeterminação, constitucionalmente protegida, constitui “fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente”, preconizando “a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações”⁹⁷.

Embora essa prerrogativa de autogestão pessoal na área da saúde seja uma regra (vinculada à autonomia corporal), ela não significa uma possibilidade de disposição absoluta e incondicional, conquanto possa ser restringida em razão da existência de direitos alheios ou interesses de maior relevância, por meio de limites estabelecidos no sistema jurídico ou construídos a partir deste, de forma a aliar liberdade e responsabilidade de maneira inexorável e figurativamente circular, pois o ordenamento pode estabelecer algumas hipóteses de restrições ao seu exercício, como ocorre nas limitações quanto ao transplante de órgãos, à participação em pesquisas médicas, etc., as quais existem em função da própria preservação dessa mesma dignidade: a dignidade, assim, funciona ao mesmo tempo como *ponto de partida e ponto de chegada* no campo da bioética, na mesma medida que a liberdade deve ser exercida com responsabilidade.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico muitas vezes intervém para estabelecer os contornos e os limites de um querer, para aqueles casos em que esse elemento volitivo seja juridicamente relevante (a vontade, na classificação dos atos jurídicos *lato sensu*).

O ser humano deve ser considerado para o direito na sua singularidade (um valor em si), na sua correlação social e no seu papel na formação de uma coletividade justa, tanto no *ser* quanto no *ter*.

Há uma dualidade entre a necessidade de que haja a interação que está contida no direito de ser informado e o conseqüente direito de decidir, porque de um lado há uma intersubjetividade (prévia e em alguns casos contínua) e de outro a sua atuação como premissa ao exercício na individualidade que cerca essa atividade decisória que deve ser livre

⁹⁶ RODOTÀ, Stefano. Editoriale. *Rivista Salute e Società*. Consenso Informato in edicina: aspetti etici e giuridici. Bologna. Franco Angeli Editore. A. IX, n. 3, 2012. p. 9-12. p. 11.

⁹⁷ STJ. 4ª Turma. REsp n. 1.540.580. Rel. (para acórdão) Min. Luis Felipe Salomão. J. em 02/08/2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018.

de interferências indevidas, a demonstrar que a pessoa, em última análise e considerado todo esse processo, não está propriamente *só* em suas decisões, e uma decisão, em si, sequer seria interessante juridicamente não fosse o fato de que se vive em sociedade e que o direito é um fenômeno que tem nela a sua razão de existir.

Não apenas isso, deve ser considerada a autonomia como direito fundamental em todas as suas nuances, incluindo a autonomia existencial, que se manifesta por meio do exercício da autogestão nas situações jurídicas subjetivas extrapatrimoniais, inclusive no que se refere ao corpo, que significa o poder de disposição da pessoa na sua existencialidade, vinculada ao seu corpo (no todo ou sobre partes dele). Esse poder independe de qualquer liame de ordem intersubjetiva, pois é essencialmente individual (a atuação da pessoa “sobre si mesma”, na realização de seus interesses, juridicamente admissíveis, inclusive na administração daqueles vinculados ao seu corpo), tendo a possibilidade de agir contra quem indevidamente queira intervir ou efetivamente intervenha nessa esfera.

Por esse motivo, é permitida a intervenção estética ou reparadora que altere a simetria ou a configuração corporal de uma pessoa (incluindo, por exemplo, a conhecida *body art*), sendo possível afirmar que o limite ao exercício da autodeterminação corporal é o que diz respeito à impossibilidade de que ela sirva à realização de práticas predatórias de mercado⁹⁸, injustamente expropriatórias ou destine-se ao atendimento de mecanismos injustificados de poder.

Essa seria uma possível premissa para definir minimamente o espaço no qual se torna justificável o “paternalismo” estatal⁹⁹ tendente a reprimir o exercício da autonomia corporal, por meio de restrições (*interdições* jurídicas) que tenham ou possam ter essa finalidade, ou mesmo por ações promocionais que se valem de elementos renováveis do corpo humano (cuja extração não acarrete risco à saúde do indivíduo que a ela se sujeita) com finalidade fraterna ou solidária (altruísta ou científica), tal como a doação de sangue ou de medula óssea, ou mesmo de órgãos ou do cadáver após a morte (art. 14 do CC).

Em matéria de disposição sobre o próprio corpo, o art. 199, § 4º da CF, entrega à lei posterior a regulamentação sobre transplantes e a coleta, processamento e transfusão de sangue e hemoderivados, prevendo “as condições e requisitos” para a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para esse fim, a qual prevê a disposição gratuita de tecidos,

⁹⁸ Por esse motivo, v.g., o art. 199, § 4º, da CF, retira do comércio os órgãos humanos, e a Lei n. 10.205/2001 (art. 14), impede a comercialização de hemoderivados (inclusive a coleta, processamento, estocagem e distribuição), permitindo apenas a contraprestação por reembolso de custos.

⁹⁹ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Trad. por Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta. 2010. p. 94-96.

órgãos e partes do corpo humano, em vida ou após a morte, com a finalidade de transplante e tratamento, sendo que transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e parte do corpo humano somente podem ser feitos por equipes médico-cirúrgicas em estabelecimentos de saúde (público ou privado) previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁰⁰.

A retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo para transplante ou tratamento, realizada após a morte, depende da constatação técnica de morte encefálica, de acordo com critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina, a qual se faz por meio de documento firmado por dois médicos que não participem de equipe de remoção e transplante.

Por outro lado, há de compreender-se que, quando o art. 11 do CC prevê que os direitos da personalidade “são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”, quer dizer que é o núcleo do direito que não poderá ser atingido de modo a prejudicar injustificadamente o seu titular.

É admissível uma disposição voluntária (mesmo a limitativa) quanto ao seu exercício, desde que seja justificável por corresponder a um legítimo interesse de seu titular, seja parcial (não atinja o núcleo do direito), não permanente e tampouco geral ou juridicamente injustificada, sendo inclusive admitida a limitação a algumas formas de exercício de direitos de personalidade, por disposição normativa, desde que atendidas as premissas expostas, como, por exemplo, que ocorra com a determinação de isolamento de paciente com doença grave e altamente contagiosa que acarrete risco à sociedade, como foi o caso da epidemia de Ébola na África Ocidental. Adicionalmente, não é permitido o exercício abusivo de direitos (inclusive os de personalidade) ou contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes¹⁰¹.

O art. 13 do CC, por sua vez, permite os transplantes de órgãos ou tecidos e prevê que o ato de disposição do próprio corpo é permitido, desde que a integridade física não seja atingida por redução permanente e que não ofenda aos bons costumes.

O art. 15 do CC refere que “ninguém pode ser constrangido a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

¹⁰⁰ A transfusão de sangue está regulamentada pela Lei n. 10.205/2001 e o transplante de órgãos pela Lei n. 9.434/1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.268/1997.

¹⁰¹ Veja-se o teor do Enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Das III Jornadas surgiu o Enunciado n. 139, segundo o qual os “direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.”

Disponível em: <www.cjf.jus.br>. Acesso em: 18 out. 2018.

A redação desses dois artigos é alvo de diversas críticas, dentre outros motivos, porque ingerências não permanentes com finalidades ilícitas podem ser igualmente repreensíveis sob o enfoque jurídico (por exemplo, a inclusão de *chips* corporais para monitoramento de pessoas); que partes do corpo passíveis de regeneração também podem ter proteção jurídica (v.g., a saliva e materiais reprodutivos); e que o Código Civil tem como paradigma a naturalidade (de um padrão natural de corpo, decorrente da natureza) que, em regra, não pode ser violado¹⁰².

Deve-se evitar que haja indevida interferência quanto a autodeterminação do paciente, ao mesmo tempo que devem ser evitadas situações de mera *objetificação* do paciente. O paciente tem, por exemplo, a possibilidade juridicamente admitida de submeter-se à cirurgia plástica estética (caso em que não há uma intervenção com finalidade terapêutica ou com indicação para melhora da saúde, mas de alteração da aparência), embora não tenha a possibilidade de vender um rim, por exemplo, porque não é admissível que a pessoa humana monetarize seu corpo, prejudicando a sua saúde de forma permanente e significativa, sem que haja um benefício não econômico, socialmente aceitável e juridicamente admissível ao paciente.

Por isso, é admitida a cirurgia de transgenitalização, para alteração irreversível de características designativas do sexo da pessoa. Isso é permitido porque a cirurgia serve como parte integrante (embora não obrigatória) de um processo no qual uma pessoa se redesigna sexualmente e adapta a sua anatomia corporal (incluindo ou não o seu sexo biológico) a um gênero com o qual ela se identifica, inclusive para manutenção da sua integridade psíquica, porque, para algumas pessoas, esse descompasso pode gerar intenso sofrimento ou doenças psíquicas¹⁰³.

Usar apenas um critério, seja o puramente jurídico, seja unicamente o médico, pode gerar incertezas ou injustiças, sendo necessário muitas vezes fazer uma análise multidisciplinar e particularizada para haver maior chance de acerto quando se trata do estabelecimento dos contornos específicos de hipóteses de disposição do próprio corpo¹⁰⁴.

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 139. KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Revista Pensar*. Fortaleza. v. 18. n. 2, p. 354-400, maio/ago. 2013, em especial na p. 361. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2696/pdf>, acesso em 17 de julho de 2018.

¹⁰³ Veja-se a Resolução CFM n. 1.955/2010, a qual autoriza os médicos a realizarem a cirurgia de transgenitalização (art. 1º), por não considerá-la como crime de mutilação, porque destina-se ao “tratamento de casos de transexualismo”, nos quais há desvio psicológico permanente de identidade sexual. Disponível em: www.cfm.org.br. Acesso em: 19 out. 2018.

¹⁰⁴ “A verdade é que tais controvérsias encerram escolhas que não são biológicas, mas valorativas, para as quais um jurista não está, portanto, menos habilitado do que um clínico. E aqui, como em outros campos, se compreenderá que, se tal verdade por ser apenas jurídica, não é verdade por inteiro, tampouco o será a verdade

Reconhece-se, por fim, que o direito deve atuar na gestão de interesses jurídicos e análise de elementos formativos de institutos, categorias ou figuras jurídicas, como ciência e como prática, com vistas a compatibilização “entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem” e o espaço de exercício da autonomia privada de cada ser humano, “de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos” e de sua trajetória¹⁰⁵.

Nos itens precedentes, foram referidos alguns aspectos essenciais vinculados ao conteúdo do consentimento informado, bem como a sua dimensão como expressão da autodeterminação do paciente. No entanto, esse consentimento não se limita a esse aspecto. Uma de suas principais funções é a de servir como ato (em sentido *lato*) pré-excludente de ilicitude da conduta médica, o que será abordado no próximo tópico.

2.5 Consentimento informado como meio e como prova de pré-exclusão de ilicitude: vida, dignidade e integridade psicofísica

Figurativamente, cada pessoa tem um espaço próprio, que a circunda no mundo jurídico e, nesse mundo, referido espaço é protegido e constituído por um complexo de situações e relações que gravitam em torno de interesses jurídicos, abrangendo direitos, deveres, obrigações, poderes, sujeições, ônus, legítimas expectativas, ações, pretensões e exceções a ela relacionadas, com conotação material ou imaterial, espaço esse que pode ser denominado de *esfera jurídica*.

Essa esfera é única e particular quanto ao seu titular, e nela somente entra ou interfere *quem* ou *o que* for juridicamente permitido ou o que o próprio titular admitir, desde que seja justificável e aceitável sob o enfoque jurídico. Por outro lado, a ninguém cabe imiscuir-se indevidamente na esfera jurídica alheia. A esse fenômeno dá-se o nome de princípio da “incolumidade das esferas jurídicas”¹⁰⁶, que igualmente tem sustentáculo na integridade psicofísica como direito de personalidade fundado na dignidade da pessoa humana, a considerar que o fim último do ordenamento jurídico é a “realização, promoção e

médica. O melhor remédio há de surgir não da prevalência de uma sobre a outra, como sugere o art. 13 do Código Civil, mas da sua efetiva combinação”. SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 141.

¹⁰⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina; VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*. Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014. p. 795.

¹⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 201 (§ 278) e MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94-96 (§ 15).

valorização”¹⁰⁷ dessa pessoa.

E, por consequência, há a necessidade de respeito à incolumidade psicofísica (que, via de regra, é inviolável), a qual integra a esfera jurídica pessoal, protegida pela ordem jurídica: por isso que se parte do princípio de que a intervenção não consentida no corpo ou psique representa conduta ilícita. A integridade psicofísica determina deveres negativos de abstenção e deveres positivos para a prática de atos de auxílio.¹⁰⁸

Isso advém dos direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, caput, e art. 6º da CF), bem como do reconhecimento do princípio multidimensional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), fundamento da República Federativa do Brasil, que contempla o reconhecimento de uma qualidade intrínseca pessoal de cada ser, bem como da respectiva necessidade de respeito e de sua promoção, tanto sob o aspecto individual quanto coletivo, com a finalidade de proteger a condição humana, livrando-a da vivência de situações degradantes, e a asseguarção, segundo Sarlet, de “condições existenciais mínimas para uma vida saudável” proporcionando e promovendo ao ser humano a sua “participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”¹⁰⁹.

A dignidade também se configura como uma cláusula geral de tutela, destinada à promoção da personalidade, que aplicação prática revela a sua aptidão para a criação de deveres positivos e negativos, considerando o ser humano individual e coletivamente considerado¹¹⁰.

Saindo do grau de abstração inicial, ínsito ao princípio da dignidade da pessoa humana; e com a ideia de concretizá-lo e de aplicá-lo ao estudo proposto, convém esmiuçá-lo para que seja possível chegar aos quatro eixos estruturantes sob os quais está assentado, que são: a igualdade substancial, a integridade psicofísica pessoal, a solidariedade a liberdade¹¹¹.

¹⁰⁷ DE TILLA, Maurizio, et al. *La parola al paziente: il consenso informato e il rifiuto delle cure*. Milano: Sperling & Kupfer, 2008. p. 1.

¹⁰⁸ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 222.

¹⁰⁹ O conceito de Sarlet é o seguinte: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70-71.

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58.

¹¹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo

Sob o aspecto da integridade psicofísica, ressalta-se como direito fundamental (nas searas de proteção da vida e da saúde) e, mais especificamente, como direito da personalidade (na proteção da integridade corporal)¹¹², sendo permanente e importante o embate entre o espaço de autodeterminação no exercício dos direitos pessoais e o papel do direito como limitador de condutas que possam ser consideradas atentatórias a interesses juridicamente protegidos, incluindo aqueles inatos e essenciais à condição humana, seja da pessoa em relação aos seus justos interesses, seja nos vínculos inter-relacionais com outras pessoas, entes, ou com o Estado.

A personalidade, na sua dimensão objetiva, compreende as características e atributos corpóreos e incorpóreos da pessoa humana, e é resguardada pelo ordenamento jurídico¹¹³.

Os direitos de personalidade são “um certo número de poderes jurídicos” gerais (com potencialidade de gozo) que abrangem um conjunto de atributos básicos personalíssimos e inerentes à pessoa humana e dela indissociáveis, imediatamente extrapatrimoniais e absolutos (oponíveis *erga omnes*)¹¹⁴, muito em face da sua essencialidade, e, nesse sentido, o Código Civil a eles reserva um capítulo (arts. 11 a 21), que aborda os direitos ao próprio corpo, ao

normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 107-149 (a parte referida consta na p. 119). Em sentido semelhante, pondera AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./maio 2002.

¹¹² A respeito da nomenclatura, Schreiber esclarece: “No decorrer dos últimos séculos, o tema foi tratado sob diferentes enfoques e distintas denominações. A Assembleia Constituinte Francesa, por exemplo, referiu-se, em sua célebre declaração de 1789, aos Direitos do Homem e do Cidadão. Já a Declaração das Nações Unidas, de 1948, emprega a expressão Direitos Humanos. A Constituição brasileira de 1988 dedica-se, em seu Título II, aos Direitos e Garantias Fundamentais. O Código Civil brasileiro reserva um capítulo aos Direitos de Personalidade. [...] O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional [...] Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado”. [...] Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional”. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

¹¹³ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil I*. Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 192: “Quer dizer que a palavra personalidade pode ser tomada em duas acepções: numa acepção puramente técnico-jurídica ela é a capacidade de ter direitos e obrigações e é, como muito bem diz Unger, o pressuposto de todos os direitos subjetivos e, numa outra acepção, que se pode chamar acepção natural: é o conjunto dos atributos humanos e não é identificável”. Sobre o tema, vide DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. por Adriano Vera Jardim e António Miguel Caetano. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 26.

Há doutrina referindo a necessidade de adotar a nomenclatura de “subjetividade”, para designar a “aptidão para ser sujeito de direito” (que é a conhecida capacidade de gozo) e de “capacidade de fato”, para definir a “intensidade de seu conteúdo”. “Por conseguinte, a subjetividade, não já a personalidade, pode ser atribuída às pessoas jurídicas. Somente as pessoas naturais, por sua vez, são dotadas de personalidade e, por isso mesmo, constituem objeto de proteção máxima pelo ordenamento”. TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 227-247, em especial na p. 234.

¹¹⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 206-207.

nome, à honra, à imagem e à privacidade, como também o fizera a CF, em diferentes medidas, ao tratar de direitos fundamentais e direitos de personalidade (notadamente nos arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, 6º e 7º).

Em matéria de dimensão objetiva da personalidade, há, na doutrina, a corrente pluralista, a qual preconiza a existência de vários direitos de personalidade (no Brasil, a CF e o CC os nominam expressamente, embora não explicitem que a referência seja exaustiva), e a monista, que advoga a existência de um direito geral de personalidade, apto a proteger todas as possíveis expressões que integram a personalidade humana, independentemente de enunciação pontual, embora se reconheça que, em última análise, ambas cheguem a um mesmo resultado prático, que é a proteção jurídica dos direitos de personalidade.

Um olhar sobre essas teorias denota a possibilidade de haver uma conjugação desses entendimentos, com adaptações, no sentido de sustentar que há um direito geral de personalidade, compreendido como um direito passível de ampla tutela, e de direitos de personalidade específicos e não exaustivos, sujeitos a tutela por diversos meios juridicamente admissíveis (tutelas específicas – inclusive inibitórias -, compensatórias, invalidantes, etc.).

A compreensão dos direitos de personalidade não se limita à sua concepção como direito subjetivo, mas, sim, igualmente como princípio, valor, poder jurídico, ônus, estado, direito potestativo, como figura ou categoria passível da mais ampla proteção, porque, mais do que um direito geral de personalidade, o que se deseja é reconhecer a existência de um *princípio geral de tutela da pessoa humana*¹¹⁵.

De todo modo, e ao que interessa a este trabalho, o CC aborda a questão da autodeterminação corporal (que é um direito de personalidade e possui vinculação direta com o consentimento no ato médico) de modo incompleto e parcial, nas regras dos arts. 13 e 15, as quais exprimem, ainda que com alguns lapsos de redação¹¹⁶, a impossibilidade de atos de disposição do próprio corpo, “quando importar diminuição permanente da integridade física, ou quanto contrariar os bons costumes”, bem como o impedimento de qualquer

¹¹⁵ Como aduzem BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 118; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p. 155; CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. O princípio da dignidade da pessoa humana da Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, Sérgio Rezende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 191-199, em especial nas p. 194-195.

¹¹⁶ CC. “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” A doutrina esclarece que uma interpretação literal do referido dispositivo normativo ensejaria uma situação injusta, de que o consentimento seria necessário somente quando a intervenção em saúde ensejasse risco de vida. Sobre o assunto, vide TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 44-45.

constrangimento a uma pessoa com o objetivo de submetê-la a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Mas, ao tratar desse ponto, uma regra com grande repercussão é a do art. 146 do CP, cogente, impositiva e proibitiva, que tipifica como constrangimento ilegal (um crime contra a liberdade pessoal), a prática de atos indevidos e sem consentimento, assim reputada a intervenção feita sem permissão do paciente ou de seu representante legal. A intervenção sem consentimento ou autorização é justificável e lícita apenas quando houver “imminente perigo de vida” ou a “coação para impedir suicídio”¹¹⁷. Os arts. 132 e 129 do CP, que tratam, respectivamente, do perigo à vida ou à saúde de outrem, e da lesão corporal, também emergem como regras que denotam proibição de ingerência arbitrária que atinja a integridade psicofísica alheia.¹¹⁸

Assim, de acordo com o panorama traçado nos artigos acima referidos, se um médico intervém em um paciente sem a aceitação deste (observando-se as hipóteses de exceção abordadas ao final deste item do trabalho), comete ato contrário ao direito (ilícito), constituindo conduta que pode integrar o suporte fático das regras jurídicas que tratam do

¹¹⁷ CP. “Constrangimento ilegal. Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Aumento de pena

§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por imminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

¹¹⁸ CP. “Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.”

CP. “Lesão corporal. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.”

CP. “Lesão corporal .Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.”

ilícito civil e do dever de indenizar (configurando um ato ilícito indenizativo) e, conforme o caso, também poderá se encaixar em tipo penal imputável ao médico, que tenha capacidade delitual.

O consentimento informado, assim, atua em um primeiro momento para elidir a incidência do suporte fático previsto nas regras penais antes referidas, ou seja, é um meio para afastar o elemento ilicitude na conduta profissional no ato médico. Veja-se que essa exclusão ocorre na seara do direito penal e remete a uma atuação para autoproteção do próprio médico, pois evita-se que haja conduta criminalmente prevista¹¹⁹.

E essa exclusão inicial de ilicitude não é a do suporte fático da responsabilidade médica, pois, para tanto, ou se está diante do plano das condutas omissivas e, nesse caso, é necessário verificar se haveria ou não dever do médico de atuar em determinada hipótese para, a partir disso, verificar se estaria configurado o ilícito por omissão, ou pensa-se nessa possibilidade no plano das condutas comissivas, na qual será necessário analisar, posteriormente ao atendimento, se o mesmo foi correto.

A pré-exclusão de ilicitude incide em todas as situações em que as regras permitam que se excepcione uma desconformidade sob uma análise preliminar, nas situações que, em regra, se encaixariam como atos reprovados pelo direito, mas que se justificam por uma causa juridicamente relevante a ponto de ensejar regra específica prevendo-a, tornando admissível um ato inicialmente inaceitável, em razão de alguma circunstância específica prevista no ordenamento jurídico¹²⁰.

Há hipóteses em que não há ilícito na intervenção médica mesmo sem consentimento, por exemplo, em situações caracterizadas como de risco ou de emergência, nas quais a atuação médica se impõe como obrigação de socorro e que, por suas circunstâncias, não permitem a passagem pelo processo de consentimento, ou na hipótese de privilégio terapêutico, em que a falta de informação serve para evitar maiores males ao próprio paciente¹²¹. As obrigações exigíveis ao médico são as de atuação de acordo com as

¹¹⁹ Para Hogg, o consentimento informado tem uma dupla função: a “legal”, pois sem ele o médico pode cometer uma ilegalidade, ideia de que “a integridade corporal de uma pessoa deve ser protegida contra toques ou invasões não autorizados”, como determina a legislação inglesa desde a Idade Média. A segunda função é clínica e “visa garantir a confiança e a cooperação do paciente”. HOGG, Christine. *Patients, power et politics: from patients to citizens*. London: Sage Publications, 1999. p. 10 (tradução nossa).

¹²⁰ É o que ocorre, por exemplo, nas causas de exclusão de ilicitude previstas no art. 23 do CP (prática de fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

¹²¹ Veja-se a redação do Enunciado n. 533 da VI Jornada de Direito civil: “O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”. Disponível em: <www.cjf.jus.br>. Acesso em: 5 ago. 2018.

Esse Enunciado merece uma leitura cuidadosa, pois: (a) o paciente que não tenha plena capacidade civil

boas práticas e no que as circunstâncias permitirem ou possibilitarem.

Finalizado o estudo desse ponto, passa-se para a avaliação do consentimento informado como direito subjetivo, o que será feito no próximo tópico.

2.6 Consentimento informado, direito subjetivo, dever jurídico e situações jurídicas

O que significa ou mesmo sustenta juridicamente esse espaço de atuação do paciente na tomada de decisões no que respeita a sua saúde e que tenham relação com o ato médico é ponto que deve ser examinado, pois natureza e função são importantes ao estabelecimento do conteúdo e finalidade das figuras jurídicas, e cada uma delas exerce uma função no mundo do direito, que é uma “competência para atingir uma finalidade”¹²².

A ideia de direito subjetivo historicamente ganha propulsão e corpo notadamente a partir do momento em que as leis começam a ser “catalogadas” como preceptivas, interditivas e permissivas, vinculando-se o domínio do direito subjetivo à última categoria, onde havia espaço próprio para o exercício da liberdade individual, suplantando-se a ideia de que o direito estaria vinculado à propriedade (partilha de bens), e erguendo-se uma noção de poder do titular de um direito sobre um bem, que se desdobra em diversas pretensões, situação que ocorre em especial com a concretização de um sistema jurídico que atende ao movimento liberal burguês, no qual o ser humano deixa de estar “sujeito a” (no absolutismo), para ser “sujeito de” (no liberalismo)¹²³.

O direito subjetivo foi entendido por Savigny como um feixe da liberdade humana, um poder da *vontade*¹²⁴ individual (no que se designou de *teoria da vontade*, da qual

também poderá, na medida do possível, opinar sobre o seu tratamento (embora não possa firmar um consentimento) e o paciente com plena capacidade civil, mas sem condição transitória (fator tempo) ou específica (em relação a alguma habilidade especial exigível para uma decisão, como ocorre quando o paciente é civilmente capaz mas está sob sério abalo psicológico que o impede de tomar uma determinada decisão sobre a sua saúde, em um determinado momento da sua vida), que poderá não ter a capacidade temporária para consentir e (b) o exercício da autonomia do paciente não se limita aos tratamentos, atos ou intervenções que causem risco de vida, ele é cabível igualmente naqueles em que não haja risco de vida.

¹²² MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo. s. ed. v. 1, Maio/2005. p. 41-66. p. 47.

¹²³ MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. *Revista eletrônica do curso de direito – PUC Minas Serro*. Serro. n. 3. 2011. p. 11-20, em especial na p. 14. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/viewFile/1995/2178>. Acesso em: 28 jun. 2018.

¹²⁴ “Le droit, si nous le considérons tel que dans la vie réelle il nous entoure et nous pénètre de tous côtés, nous apparaît comme un pouvoir de l’individu. Dans les limite de ce pouvoir, la volonté de l’individu règne, et règne du consentemet de tous. Ce pouvoir ou faculté, nous l’appelons droit, et quelques-uns l’appellent droit dans le sens subjectif “. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit roman*. T. 1. Trad. por M. CH. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, 1840. p. 7.

Windscheid também é partidário¹²⁵, embora este tenha esclarecido que a vontade a que se referia seria a vontade normativa), aproximando-se da ideia kantiana de que liberdades coexistem e que o exercício delas serviria como limite ao exercício alheio, para viabilizar uma razoável ordenação da vida social, cabendo ao direito objetivo delimitar o espaço de atuação do direito subjetivo¹²⁶.

Jhering opôs-se a esse pensamento, ao desvincular a vontade como elemento central do aspecto dinâmico do direito, sob o argumento de que, mesmo quando não há vontade, existe proteção no mundo jurídico¹²⁷. Constrói sua concepção a partir da *teoria do interesse* juridicamente protegido, segundo a qual o núcleo do direito subjetivo está radicado no interesse que o ordenamento jurídico protege: o interesse é o elemento propulsor da conduta humana e justificador do exercício de um direito, até mesmo porque a luta pelo direito individual contém em si um valor ideal que é do direito como um todo, por isso, “a luta pelo direito”¹²⁸.

Esse entendimento de Jhering foi objetado em razão da sua feição utilitarista, por deixar o indivíduo nas mãos do Estado e por baralhar o conceito e a finalidade (esta considerada como a proteção de interesses jurídicos), bem como pela fluidez da expressão “interesse”¹²⁹. Não obstante isso, é sobretudo com Jhering que há o reconhecimento de que “todo direito se assenta em um interesse do agente que é reconhecido pela ordem jurídica”¹³⁰.

Na análise de ambas teorias, houve quem julgasse que elas não seriam incompatíveis, mas complementares¹³¹, ou mesmo que deveriam ser conjugadas¹³², sendo que a doutrina que

¹²⁵ “Entrambe le specie de’diritti soggettivi comprende la definizione: diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico”. WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. V. I. Parte prima. Trad. por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1902. p. 170

¹²⁶ “Ce fondement pourra bien être tiré de l’idée – vraie – du respect dû par l’individu a l’individu; cette mesure pourra bien être tracée, selon la doctrine kantienne, sur la base du principe individualiste – et inexact – de la co-existence des libertés”. DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952. p. 57.

¹²⁷ JHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Trad. por Rafael Benaion. T. IV. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 213-216. Na p. 219, afirma que a substância do direito está na “utilidade”, e não na “vontade”.

Reale vai além, ao afirmar que o direito subjetivo “existe e continua existindo, a despeito da vontade do titular ou contra essa mesma vontade”. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252).

¹²⁸ JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Tradução de: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. p. 31.

¹²⁹ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952. p. 69 (Dabin afirma ser um erro definir o direito por sua finalidade, que para Jhering é o da satisfação de um interesse: “Mais quoique le droit ait un but, c’est une erreur de définir le droit par son but: on marque par là le but du droit, on ne définit pas le droit”).

¹³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

¹³¹ Para Ionescu, com o objetivo de equilibrar os dois fatores, poderia ser possível compreender o direito subjetivo como o poder de agir de uma pessoa individual ou coletiva com objetivo de realizar um interesse, nos limites da lei. (“En tenant compte de l’équilibre de ces deux facteurs, je pense qu’on peut s’arrêter à la définition suivante: Le droit subjectif est le pouvoir d’agir d’une personne individuelle ou collective en vue de

criticou essa concepção *mista* do direito subjetivo o fez usando a mesma fórmula usada na criação desse entendimento, que é a de reunir as objeções existentes das duas teorias.

Na doutrina belga, Jean Dabin apresenta a noção de direito subjetivo como uma relação de pertença coberta pelo direito objetivo, consubstanciando-se naquilo (bem ou valor) que, conforme o direito, é seu, por domínio, que se expressaria pelo poder de exercer o direito e dele dispor¹³³. Esse entendimento não ficou imune à crítica de que há direitos (notadamente o direito à vida) que poderiam ser classificados como direito subjetivo¹³⁴ e que estão desvinculados de uma ideia de mera apropriação ou propriedade, que é incompatível com a própria natureza dos mais importantes direitos subjetivos, como os direitos da personalidade.

Há, por outro lado, as teorias que rejeitam a ideia de direito subjetivo, sob o argumento de que ele seria uma ficção, pois a própria dificuldade de fixação conceitual demonstraria essa proposição. Nessa seção doutrinária, tem proeminência o pensamento do positivista Léon Duguit, no sentido de que, embora fosse reconhecido o uso corrente da expressão *direito subjetivo*, haveria artificialismo nessa concepção, conquanto fosse certo que as pessoas seriam detentoras de posições garantidas pelo Estado (em decorrência da aptidão destas para o desempenho de atividades), as quais não decorreriam da condição humana em si, mas do pertencimento do indivíduo a uma sociedade, indivíduo esse que teria obrigações a desempenhar e precisaria ter o poder de cumpri-las: a vontade individual, assim, não poderia preponderar sobre a vontade coletiva¹³⁵.

Duguit afasta-se da dita “noção metafísica” e individualista que circunda a teoria da vontade, para conceber uma “função social” justificadora do exercício de direitos, entendido como “um poder do indivíduo que integra uma sociedade” que o legitima “a obter o reconhecimento social na esfera do objeto pretendido, desde que o seu ato de vontade possa

réaliser un intérêt dans les limites de la loi.”). Para ele, a vontade concretiza o direito subjetivo e o interesse constitui seu conteúdo. IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 1978. p. 97 e 125.

¹³² Vide, em resumo, RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 25-51, quanto às teorias mistas, vide p. 33-34.

¹³³ “Au départ du concept de droit subjectif se place l’idée spécifique d’appartenance. Tout droit subjectif suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d’appartenance, d’ailleurs consacré par le droit objectif, en sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou valeur est sien.” DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952. p. 80-81.

¹³⁴ ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. p. 50.

¹³⁵ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*. Colección juristas perennes. V. 8. Valparaíso: EDEVAL, 1987. p. 32 e 35. A crítica ao conceito individualista e baseado na vontade também consta em DUGUIT, Léon. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l’État*. Paris: Félix Alcan, Éditeur: 1908. p. 14-21.

Da interdependência social, vide DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. por Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 39-41. O trecho reproduzido consta na p. 15.

ser considerado deliberadamente legítimo pelo direito objetivo”¹³⁶. A aceitação da justificação da vida em sociedade nos moldes de um contrato social – que pressupõe paridade entre os pertencentes à coletividade –, é objeto de severa e acertada crítica na filosofia do direito contemporânea, pois há seres que não estão em condição de cooperar (qualquer um que não é igual ou capaz) e que são apenas dependentes de proteção e de apoio social, jurídico e financeiro, como os idosos, as crianças, os não humanos e os doentes¹³⁷.

Kelsen também tem uma postura negativista, mas trilha rumos próprios em uma teoria normativista, ao afirmar que o direito subjetivo seria o dever jurídico atribuível a alguém, de atuar de determinado modo (definido normativamente) em razão de outrem¹³⁸. Distingue, assim, duas dimensões do indivíduo, quais sejam, de um lado, aquele que está sujeito a um dever jurídico (sua conduta está definida teoricamente no ordenamento jurídico) e de outro, o que detém um poder jurídico quando estabelecidas normas jurídicas individuais decorrentes de uma conduta pessoal, porque a aplicação do direito é simultaneamente edificação de direito, e isso porque em qualquer dessas dimensões, há um alicerce, que é a ordem jurídica positiva¹³⁹.

A questão é que essa teoria somente trata das normas que atribuem direitos, mas não enfrenta as posições daqueles que são seus titulares¹⁴⁰.

O direito subjetivo corresponde, para alguns, à liberdade individual de exercício de uma posição subjetiva, em uma zona de poder livre de intervenções externas, na qual a pessoa pode se mover do modo que melhor lhe convier, sendo possível a fixação de limitações nessa zona de atuação, por intermédio da ordem jurídica¹⁴¹. Esses direitos podem ser absolutos

¹³⁶ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*. Colección juristas perennes. V. 8. Valparaíso: EDEVAL, 1987. p. 32 e 35. A crítica ao conceito individualista e baseado na vontade também consta em DUGUIT, Léon. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: Félix Alcan, Éditeur: 1908. p. 14-21

Da interdependência social, vide DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. por Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 39-41. O trecho reproduzido consta na p. 15.

¹³⁷ NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade pertencimento à espécie*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. Trad. por Susana de Castro. p. 18-19, p. 39-42 e p. 80-81.

¹³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. por João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976. p. 184-189.

¹³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. por João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976. p. 187-189 e IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 1978. p. 70.

¹⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55: “As teorias normativistas, por definição, não podem apreender as posições das pessoas que têm direitos; só podem falar das normas que atribuem direitos. As suas definições de direito subjetivo são importantes para captar o direito subjetivo como uma posição das pessoas.”

¹⁴¹ “Nel diritto privato un posto del massimo rilievo spetta al diritto soggettivo. Essenziale di questa posizione soggettiva è la libertà nel suo esercizio da ogni intervento o direzione esterna, attribuendosi al singolo una zona di potere nella quale egli può muoversi a suo criterio. La delimitazione di queste ‘zone’ presuppone l’attualità di interessi in conflitto e tiene conto della loro rilevanza sociale”. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto*

(oponíveis a uma coletividade indeterminada) ou relativos (pode-se fazer valer a uma ou mais pessoas determinadas); classificados como direitos de personalidade de um lado ou direitos patrimoniais de outro¹⁴².

Não obstante isso, e de forma até mesmo contraditória (pois, por exemplo, incapazes são titulares de direitos de personalidade), Trimarchi reconhece que a vontade no direito privado importa ao direito subjetivo, sem desconhecer a doutrina que dispensa a vontade como elemento integrante, sob o argumento de que a zona de liberdade concedida à decisão privada é própria do direito subjetivo, inclusive por seu significado histórico e político¹⁴³.

Para o referido jurista italiano, o direito subjetivo é contraposto à noção de *potestà*, que corresponde a um poder atribuído a alguém, mas para o exercício de uma função destinada a proteger e realizar um interesse de outrem ou um interesse superior, e não necessariamente para atuação em interesse próprio, o que ocorre tipicamente no poder discricionário, que está entre o agir livre e o vinculado. Ele complementa seu pensamento, afirmando que a *potestà* é figura essencial no direito público, embora também exista no direito privado, como na hipótese dos pais, que devem atender aos interesses de seus filhos desprovidos de capacidade civil¹⁴⁴.

Por outro lado, a doutrina também traça as linhas da designada *situação jurídica*, compreendida como uma situação fática que ingressa no mundo jurídico, tendo uma ou mais posições (ativa, passiva – simples; ou ativa e passiva - complexa)¹⁴⁵, a qual engloba o direito subjetivo como parte integrante e contempla um complexo de direitos e de deveres, que pode ser subjetiva (tratando precipuamente direitos), ou objetiva (a ocupar-se preponderantemente de deveres)¹⁴⁶.

Para Paul Roubier, há direitos subjetivos que submergem como prerrogativas próprias aos sujeitos, e que podem dispor como verdadeiros bens (v.g., os direitos de propriedade, de criação, de sucessão), enquanto que as situações jurídicas objetivas (p. ex., incapacidade, responsabilidade, casamento, filiação) nascem sob a base de uma regra jurídica, mas trazem em si mais encargos que verdadeiros direitos, e seus titulares não podem por esse

privato. 19. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 35. O conceito é tratado de forma esparsa nos capítulos IV e V da sua obra, mas encontra-se essencialmente nas p. 35 e 48.

¹⁴² TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 48 e 49.

¹⁴³ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 48 e 49.

¹⁴⁴ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 36-37.

¹⁴⁵ “(...) a expressão ‘situação jurídica’ deixa de significar uma simples etapa genética na formação de relações jurídicas (segundo Kohler), ou uma mera posição de sujeito como parte dessas relações (conforme Carnelutti), para corresponder a toda e qualquer situação de fato sobre que incida norma de direito”. COSTA JÚNIOR, Olimpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 4-5.

¹⁴⁶ ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. p. 52-54.

motivo livremente deles desistir ou se desvencilhar (essas situações são mais numerosas no direito público)¹⁴⁷.

No Brasil, Reale destaca que as situações jurídicas subjetivas (a “possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito”) englobam “várias categorias”, dentre as quais ressaltam-se o *direito subjetivo* (“é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”), o *interesse legítimo* (uma pretensão fundada em um interesse) e o *poder* (“competência ou atribuição conferidas a uma pessoa, pública ou privada, sem que exista propriamente uma pretensão e obrigação correlatas, nem o exercício de uma faculdade”)¹⁴⁸.

De qualquer maneira, é necessário reconhecer que o direito subjetivo é uma possibilidade, atribuída a um titular, de exercitar (faculdade abstrata e ativa) posição jurídica, em um espaço de atuação - previamente definido, que seja definível, ou que seja livre -, no qual se pode transitar, dentro do que for admissível pela ordem jurídica¹⁴⁹. O direito subjetivo atua figurativamente como terceira dimensão do conjunto de possibilidades jurídicas que estejam à disposição do titular, é seu aspecto efetivamente dinâmico ou potencialmente dinâmico. É no direito subjetivo que os direitos de personalidade eclodem, porque ali há campo propício para atuação das esferas de liberdade pessoal.

Além disso, a vontade propriamente dita não precisa existir ou, caso exista, não é juridicamente relevante a existência desse poder de exercício, pois a realização dos fins do direito subjetivo pode ocorrer independentemente de um querer do titular para esse fim, bastando o fato jurídico do exercício (a vontade, quando juridicamente considerada e relevante – no espaço dos atos jurídicos *lato sensu* -, pode atuar em um segundo momento, que é o de estabelecer as consequências e o alcance desse exercício, notadamente nos planos da validade e da eficácia).

O titular, por sua vez, é quem pode ter essa qualidade, independentemente de deter personalidade jurídica, pois esse aspecto não está no conceito de direito subjetivo, mas em

¹⁴⁷ “(...) les situations juridiques objectives sont celles qui sont créées sur la base du droit objectif, c’est-à-dire des nécessités du groupement, tandis que les situations juridiques subjectives son celles qui correspondent à un élément d’initiative privée, c’est-à-dire qu’elles sont établies sur la base des désirs des particuliers”. ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. p. 80 e IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 1978. p. 93-94.

¹⁴⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 259-263.

¹⁴⁹ “Uma posição jurídica é constituída pelo conjunto dos direitos subjetivos em sentido estrito, direitos potestativos, simples expectativas de direitos, deveres jurídicos, ônus, etc., que uma pessoa tem, numa determinada situação jurídica”. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107.

outra órbita, externa ao conceito, que é influenciada pela política legislativa que envolve necessariamente pré-compreensões e decisões que encerram a ponderação de elementos de ordem axiológica¹⁵⁰.

Embora exista doutrina referindo que a estrutura dos direitos subjetivos não seria adequada “para a efetivação de uma autonomia corporal”, reconhece-se que “não há impossibilidades lógicas nem escolhas naturais” em matéria de fixação de restrições legais à disposição corporal, argumento reforçado pela constatação de que estas se lastreiam em fundamentações que envolvem escolhas axiológicas. Conforme Konder, o “conteúdo cultural e político das restrições à disposição do corpo se revela quando o legislador elege quais critérios devem ser utilizados para liberar ou restringir o uso do corpo pelo sujeito”¹⁵¹.

A contemporaneidade exige que o conceito de direito subjetivo seja revisitado. Porém, não se vê a necessidade de rompimento dogmático com o passado, mas, sim, a realização de ajustes para que a doutrina consiga se atualizar e contemplar novas demandas que advenham da evolução social e jurídica.

O direito subjetivo tem uma grande medida de generalidade e abstração, não é uma verdade ontológica, pois seus limites são determinados considerando circunstâncias cuja variedade e variabilidade não permitem uma prévia catalogação e tampouco um fechamento para outras possibilidades de situações passíveis de tutela ou intervenção, que não sejam direitos subjetivos¹⁵². Como diz Ionescu, o direito subjetivo não é uma ilusão do jurista ou um mero processo técnico, mas uma realidade jurídica que se impõe¹⁵³.

Nesse contexto, o consentimento informado concretamente considerado é uma das formas de representação prática do exercício do direito subjetivo de decisão do paciente,

¹⁵⁰ Algumas vezes, a titularidade é atribuída a uma coletividade até mesmo de forma indireta, tal como ocorre na possibilidade de ajuizamento de ação civil pública com objetivo de obter indenização por danos extrapatrimoniais coletivos. Ademais, vem sendo cada vez mais proeminente a necessária revisão do *status* jurídico dos animais, e, ainda que os mesmos venham a adquirir a titularidade de direitos, o que foi expressado no parágrafo anterior encaixa-se em tal compreensão. Vide Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 1º. A respeito do tema, veja-se: VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, em especial p. 149-153; MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 94-95 e MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 276.

¹⁵¹ KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Revista Pensar*. Fortaleza. v. 18. n. 2, p. 354-400, maio/ago. 2013. p. 360. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2696/pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

¹⁵² Notadamente no direito público. Vide, a respeito, SOMBRA, Thiago Luís Santos. Interesse legítimo e potestà: al di là della comprensione del diritto soggettivo. *Revista civilistica.com*. Rio de Janeiro. a. 4. n. 2. 2015. p. 1- 22. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sombra-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018.

Vide TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 36.

¹⁵³ IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 1978. p. 95.

proveniente da autodeterminação constitucionalmente albergada e, igualmente, da possibilidade da disposição (no que seja admissível) dos efeitos decorrentes de seus direitos de personalidade, em especial no que se refira ao exercício de direitos relacionados ao próprio corpo.

No consentimento informado, há uma autolimitação voluntária da disposição quanto ao próprio corpo, que não é uma renúncia ao direito em si, mas uma decisão contendo disposição quanto a determinadas projeções que concernem ao exercício do direito em sua esfera subjetiva¹⁵⁴, que é um meio de concretização do livre desenvolvimento da personalidade, e representa um dos feixes da dignidade humana.

Conforme referido no item antecedente, interessa a este trabalho investigar a natureza jurídica do consentimento informado e, para tanto, parte-se da concepção conceitual de ato jurídico *stricto sensu* e de negócio jurídico, bem como a posterior verificação da sua repercussão prática, o que será feito nos próximos tópicos.

¹⁵⁴ Conforme NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 233-234.

3 A BUSCA DA NATUREZA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

As palavras estão em nosso caminho! – Onde os antigos homens colocavam uma palavra, acreditavam ter feito uma descoberta. Como era diferente, na verdade! – eles haviam tocado num problema e, supondo tê-lo resolvido, haviam criado um obstáculo para sua solução.

Agora, a cada conhecimento tropeçamos em palavras eternizadas, duras como pedras, e é mais fácil quebrarmos uma perna do que uma palavra¹⁵⁵.

Embora exista, no Brasil, doutrina relativa ao consentimento do paciente¹⁵⁶ para intervenções em relação à sua saúde ou mesmo para a realização de pesquisas na área, poucos são os esforços de taxonomia e de estudo mais aprofundado acerca da sua natureza e interpretação. Ainda que se saiba a importância de verificar se o encaixe do consentimento informado em determinada categoria jurídica é necessário ou mesmo pertinente para que se possa extrair disso a sua estrutura e o modo pelo qual esse consentimento repercutirá no mundo jurídico, em especial no direito médico.

Essa análise passa necessariamente pelo estudo da teoria do fato jurídico.

Em geral, em uma formulação mental metódica e sob representação figurativa, os fenômenos jurídicos passam por etapas, iniciadas pela hipotética delimitação de fato jurídico genericamente considerado, no patamar normativo (para o qual, conforme referido, passam os fatos do mundo que “interessam ao direito”, tecnicamente porque possuem feição jurídica ou, ainda, na linguagem de Pontes de Miranda, integram um suporte fático que o direito determinou como componente do mundo jurídico¹⁵⁷), transitando pela possibilidade de realização fática, a incidência da norma quando concretizada e a conseqüente juridicização, sendo tal fato alçado ao plano da existência¹⁵⁸.

A definição do fato jurídico e a atribuição de determinadas conseqüências ou funções a ele relacionadas cabe à norma jurídica (nas espécies designadas como “regras” e “princípios”¹⁵⁹), a qual estrutura o sistema jurídico, e as regulamentações que ensejam fatos

¹⁵⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. Trad. por Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. § 47.

¹⁵⁶ Utilizar-se-á a expressão “paciente” que é a mais comum, embora tenha-se em mente a crítica a ela dirigida, no sentido de que “doente” ou “pessoa assistida”, ou mesmo pessoa sob atendimento seriam mais recomendáveis porque a expressão paciente traria em si uma visão paternalista de atendimento (o paciente corresponderia a quem passivamente aguardaria as decisões e atos do médico). GRAZIADEI, Michele. Il consenso informato e i suoi limiti. In: LENTI, Leonardo, *et. al.* (org). *I diritti in medicina*. Milano: Giuffrè Editore. 2011. p. 191-288, em especial na p. 192.

¹⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65 (§ 2) e p. 76 (§ 7).

¹⁵⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

¹⁵⁹ Pontes de Miranda não aborda essa questão da divisão da norma em princípios e regras. No entanto, toda a doutrina atual trata das novas categorias normativas como possíveis bases da incidência. Tanto as regras quanto os princípios são normas, mas nas regras tem-se essas normas como descritivas de condutas de modo

jurídicos podem ocorrer em diferentes medidas, conforme critérios qualitativos e quantitativos, de ordem essencialmente axiológica, com permanente potencial de transformação, a considerar a dimensão do fato para o mundo do direito¹⁶⁰.

O suporte fático, segundo Mello, contempla elementos nucleares (que são aqueles minimamente necessários – suficientes - para que seja possível falar na existência de um fato jurídico, formando o seu cerne), complementares (que lhe conferem validade no mundo jurídico, incidentes aos atos jurídicos *lato sensu* e relacionados ao sujeito, objeto e forma) e integrativos (que tratam da sua eficácia)¹⁶¹, embora o primeiro seja independente dos demais para existir (pois um ato pode existir independentemente de ser válido e eficaz) e os dois últimos não sejam interdependentes entre si (pois o inválido pode produzir efeitos e o válido pode não produzir efeitos). Ou seja, um ato pode ser existente, válido e eficaz; existente, válido e ineficaz; existente, inválido e eficaz; existente, inválido e ineficaz; existente e eficaz ou existente e ineficaz¹⁶².

mais direto (permissivas, proibitivas, obrigacionais etc.), e nos princípios há normas “imediatamente finalísticas”, mais genéricos e indicativos de um “fim a ser atingido” têm uma “função diretiva”, pois não contemplam comportamentos ideais descritos aprioristicamente.

De acordo com Ávila, regras são “imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”, e o princípios são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

Princípios possuem maior grau de abstração, de indeterminabilidade, vagueza, em relação às regras, que são mais funcionais (estas são fundadas naqueles), são *standards* vinculantes baseados nas “exigências de justiça” ou na “ideia de direito”, e estão num patamar superior por sua posição hierárquica superior no sistema das fontes. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Por A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 80-90.

Assim, nas regras a visualização do fato jurídico é mais imediata e direta que no princípio jurídico, pois se dá pela a descrição de um comportamento e não necessariamente pela relação com uma finalidade a ser atingida.

Para Dworkin, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida e neste caso em nada contribui para a decisão”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39).

¹⁶⁰ Sobre as proposições jurídicas como estruturas linguísticas, veja-se LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 355 e ss.

¹⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87-94; EHRHARDT JR., Marcos. *Direito civil*. LINDB e parte geral. v. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 441.

¹⁶² “Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) (a) existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente), (b) existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador), (c) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), (d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), ou, quando se trata de fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico, ou fato ilícito *lato sensu*, (e) existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um

Assim, são “fatos jurídicos” aqueles acontecimentos (ou “não acontecimentos”) isolados ou conjuntos, naturais ou humanos que produzam ou tenham potencialidade de emanar eficácia jurídica, ao concretizarem-se pela incidência de uma proposição jurídico-normativa (a norma jurídica)¹⁶³, e que, por isso, repercutem no plano do direito. Vale dizer, são os que recebem uma concreção jurídica por um encaixe em suporte fático: “são fatos jurídicos quaisquer fatos (suportes fáticos) que entrem no mundo jurídico, portanto sem qualquer exclusão de fatos contrários a direito”¹⁶⁴.

A incidência é o marco inaugural da passagem do mundo fático ao mundo jurídico: é efeito da norma jurídica (que é o produto da interpretação e não o texto, que é o alvo da interpretação¹⁶⁵), quando ocorrem fatos que são suficientes para preencher o suporte fático, transformando-os em fatos jurídicos¹⁶⁶: é o momento em que o fato recebe veste jurídica.

Esse suporte fático que é elemento central do fato jurídico pode ser simples, quando basta uma ocorrência para integrá-lo (nascimento com vida, v.g.) ou complexo quando exige mais de uma ocorrência (fato ou elemento), tal como ocorre com o casamento¹⁶⁷. Isso acontece porque o fato passa ao plano jurídico a partir de uma concreção, possibilitando que um único fato do mundo real possa caracterizar suporte fático de muitos fatos jurídicos, por meio de uma ou mais normas jurídicas, cada um com seus distintos elementos formativos,

quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente, (f) existe e é ineficaz, porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 165 (§ 20).

¹⁶³ “Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 148 (§ 23).

¹⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 254 (§ 159).

¹⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27; REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 74, p. 195-210, jan./1979 (especialmente nas p. 204-205).

¹⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 95-96 (§ 14).

O fato jurídico, convém ressaltar, é classificado de diferentes formas por distintos autores. Betti, por exemplo, admite que os fatos jurídicos podem ser classificados segundo diversos critérios, considerada (a) a sua natureza objetiva ou (b) o seu modo de consideração e valoração pela ordem jurídica e segundo a relevância atribuída ao comportamento humano. No que se refere ao aspecto (a), subdividem-se em (a.1) fato em sentido estrito e estado de fato conforme se exauram em eventos instantâneos, ou configurem situações de caráter mais ou menos duradouros; (a.2) fatos positivos ou negativos (a.3) simples e complexos; e, quanto ao modo (b) em (b.1) atos jurídicos e fatos jurídicos *stricto sensu* e (b.1) atos lícitos e atos ilícitos. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 13-14.

¹⁶⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 245.

traços característicos e a suas específicas funções¹⁶⁸.

Recordando-se Perlingieri, “cada fato da realidade social, mesmo aquele mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade”, por deter “expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou princípios presentes no ordenamento”, tendo “um significado próprio segundo o direito”, de modo que guarda juridicidade tudo que possa ser explicado pelo direito porque a este tem um significado próprio, independentemente de vinculação à produção de eficácia, como ocorre, v.g., com a caminhada do proprietário em seu imóvel, que é o “exercício da situação subjetiva propriedade”, sem eficácia porque ocorre sem alteração desta por constituição, modificação ou extinção¹⁶⁹.

Em última análise, tanto o fato do mundo quanto o fato jurídico expressam “atitudes axiologicamente diversas diante da mesma fenomenidade”¹⁷⁰.

Isso dito, tem-se que os fatos jurídicos possuem em comum a característica de ser um “fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica”¹⁷¹ e, ao ingressarem no mundo jurídico, há parte que possui características específicas, distintas de outros grupos, por seus contornos próprios, tornando-se conveniente aglutiná-los por semelhança para sua melhor compreensão¹⁷², de modo que a doutrina tratou de classificar os fatos jurídicos, sob a premissa de que “precisões lógicas evitam que se perca esforço intelectual com falsos problemas”¹⁷³.

¹⁶⁸ “Se alguém morre vítima de homicídio, ou por suicídio, a morte em si não perde seu caráter de fato jurídico *stricto sensu* e não passa a ser classificada como ato ilícito (homicídio) ou ato-fato (suicídio). O elemento ato humano, porventura existente em sua origem, deve ser considerado excessivo e desprezado para esse fim, porque não integra, nem como dado complementar ou integrativo, o suporte fático das normas jurídicas do Código Civil relativas à morte. Diferentemente, o ato humano intencional de matar alguém constitui o elemento cerne do crime de homicídio doloso. A morte, nesse caso, é fato jurídico *stricto sensu* que entra como simples dado componente do suporte fático da norma penal respectiva. Assim, a morte por homicídio é (a) fato jurídico *stricto sensu*, no campo do direito civil, e (b) elemento objetivo de suporte fático do crime de homicídio, no campo do direito penal”.

“Tais situações resultam da circunstância de que o mesmo fato da vida pode ser integrante de suporte fático de várias normas jurídicas. E, como cada norma jurídica pode gerar um fato jurídico específico, o mesmo fato pode integrar suportes fáticos de vários fatos jurídicos, tendo em cada um funções e características próprias e distintas”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 207.

¹⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 639.

¹⁷⁰ VILLELA, João Baptista. *Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual*. In: DIAS, Adahyl Lourenço *et al.* Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 251-266, em especial na p. 256.

¹⁷¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13.

¹⁷² A divisão metodológica considera uma diferenciação que a justifica e é feita a partir de aspectos opostos, e a classificação “reagrupa sistematicamente” conforme “similitudes e diferenças”. “Distinguir e classificar é importante porque, conhecendo o ser (contrato, substância) e seus acidentes (predicados), e os classificando em categorias diversas, o operador do direito poderá estabelecer o regime aplicável a cada uma delas”. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro. Padma. v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011 (em especial nas p. 95-96).

¹⁷³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 204.

E, na consideração do elemento volitivo (tido como nuclear, constituído pela vontade consciente), há uma divisão em duas grandes classes iniciais: de um lado a composta pela *não vontade* e pela *irrelevância da vontade*, que formam os designados *atos jurídicos em sentido estrito* e, de outro, a constituída pela *vontade existente e relevante*, moldando os denominados atos jurídicos *lato sensu*.

Nesse contexto, o consentimento no ato médico é uma figura jurídica prevista no ordenamento, que o alberga e lhe atribui consequências e funções jurídicas. Esse consentimento, concretamente considerado, nasce juridicamente qualificado, porque ele é a expressão de exercício de um direito subjetivo decisório de índole permissiva¹⁷⁴, cuja gênese está na autodeterminação do paciente, assim como nasce excluindo a ilicitude da conduta médica, e já por esses motivos ele se habilita ao mundo jurídico.

Os elementos nucleares desse consentimento são, respectivamente, a decisão externada do paciente, concebida como uma permissão à prática de um ato médico, em uma determinada ou determinável época e local, que são os minimamente necessários e suficientes para que se fale na sua existência.¹⁷⁵

Ele tem na autodeterminação concreta um elemento de relevância, seja em si, na decisão de expressá-la de algum modo (expresso ou tácito) e no seu conteúdo (com grau de variabilidade maior ou menor conforme as possibilidades técnicas existentes e os interesses de quem o emite)¹⁷⁶, com distintas proeminências em diferentes planos (o grau de exigência na análise da vontade é distinto no plano da existência e no da eficácia, como será demonstrado no decorrer do capítulo 4).

Assim, o consentimento, como ato volitivo qualificado que é, tem proteção como figura prevista no ordenamento e igualmente juridiciza-se concretamente ao ser praticado. Integra-se ao grupo dos atos jurídicos em sentido lato, pois *o elemento volitivo é essencial à sua existência* sob a forma de declaração ou comportamento concludente, como será visto.

Em geral, esse elemento volitivo apresenta-se como constituinte do cerne, ou seja, constitui componente central do suporte fático de um ato jurídico em sentido amplo,

¹⁷⁴ Há uma faculdade de consentir ou não consentir. Faculdade jurídica entendida como uma possibilidade que é reconhecida ao titular de um direito, de adotar certo comportamento, que está compreendido no conteúdo de um direito, embora não o exaura. ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato*. Turim: Giapichelli, 2010. p. 52.

¹⁷⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87-94; EHRHARDT JR., Marcos. *Direito civil. LINDB e parte geral*. v. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 441.

¹⁷⁶ “Os elementos volitivos compreendem a vontade propriamente dita, a vontade de declarar e a vontade do conteúdo da declaração, constituindo com o fato ou comportamento da declaração, requisito essencial dos atos jurídicos”. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 118.

pressupondo conduta humana proveniente de uma vontade consciente, exteriorizada e com conteúdo previsto ou não proibido no ordenamento jurídico¹⁷⁷.

Vale dizer, o direito organiza-se de modo a permitir respostas que sejam adequadas, tendo em vista as suas repercussões e modo de tutela, havendo uma opção axiológica essencialmente racional na qual uma estruturação, dentre as disponíveis, é considerada mais eficiente que outras. Um fato pode ter um encadeamento semelhante em diversos casos, nesse plano dos fatos, mas seu tratamento jurídico poderá ser diferenciado conforme determinadas circunstâncias consideradas relevantes ao direito para a realização de certos fins, para a concessão de uma tutela ou a produção de específicos efeitos.

Portanto, há importância na referência de existência do mundo dos fatos e do mundo jurídico, ao menos para fins de compreensão fenomenológica, da mesma forma que a classificação dos fatos jurídicos segue pertinente e atual, devendo-se reconhecer que:

- (a) não é porque essa classificação tem base jusracionalista que deve ser desprezada;
- (b) ela admite uma releitura e atualização;
- (c) a vontade ainda assume relevância na classificação dos fatos jurídicos, na forma que será demonstrada neste trabalho;
- (d) há situações que podem gerar divergências, ou que se encontrarão em uma zona mista entre um ou outro quadro classificatório possível, porque fatos e mundo jurídico se interpenetram continuamente - sem que isso desmereça a classificação - e que são dissipadas pela via interpretativa;
- (e) parte das dúvidas quanto a classificação resolve-se pela redação da legislação.

Conceitos e classificações possuem conteúdo construído e passível de revisão, e as exceções não são anomalias, mas possibilidades, de modo que as classificações não são e tampouco podem ter a pretensão de ser absolutamente fechadas à exceção, embora deva ser reconhecida a sua utilidade em razão de sua aplicabilidade prática pela facilitação do trabalho

¹⁷⁷ Nesta tese utiliza-se indiferentemente a manifestação e declaração, embora Mello e Pontes de Miranda afirmem que há diferença, pois as manifestações de vontade são atos volitivos declarativos, cuja vontade pode ser inferida, embora não seja clara, enquanto que, nas declarações de vontade, não há dúvida quanto ao ânimo de concretizar um negócio, mesmo que tacitamente: “A distinção entre declaração e manifestação de vontade reside, assim, no modo como a vontade é exteriorizada. Se alguém lança ao lixo um par de sapatos, manifesta a sua vontade de abandoná-lo (= derrelicção); se, diferentemente, diz às pessoas da casa que vai lançar os sapatos ao lixo, declara a sua vontade de derrelinquir (abandonar), não somente a manifesta. Disso resulta evidente que declaração e manifestação são modos (= formas) de exteriorização de vontade e, por isso, constituem elementos completantes do suporte fático dos atos jurídicos. Embora não sejam o próprio cerne, são dados que completam o núcleo, donde a sua presença constituir elemento essencial à concreção do suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica, portanto, à própria existência do ato jurídico”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 218 (§ 38); e MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 56-57 (§ 249).

de quem utiliza o direito, notadamente por ofício¹⁷⁸.

Assim, ao estudo proposto, interessam os atos jurídicos *lato sensu* lícitos, pois é necessário verificar se o consentimento informado é um ato jurídico *stricto sensu* ou um negócio jurídico, além da referência ao que se compreende por direito subjetivo, que é e será referido diversas vezes nesse trabalho.

3.1 Ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico

A doutrina, até a atualidade, não foi capaz de edificar um conceito consensual de ato jurídico *stricto sensu* e de negócio jurídico¹⁷⁹.

Então, torna-se necessário pensar na possibilidade de construção de conceitos que sejam razoavelmente eficientes, passíveis de aplicação prática com o menor número possível de situações de dúvidas, que não sejam complexos a ponto de dificultar a sua compreensão, que não sejam tão vagos a ponto de se confundirem com outros institutos e que realmente sejam capazes de representar o que significam tais atos jurídicos *lato sensu*, embora se admita que as concepções ora apresentadas possivelmente não consigam eliminar o cenário de dissidências conceituais existente.

Assim, para os fins previstos neste trabalho e tentando ultrapassar alguns contratempos detectados nos conceitos doutrinários correntes, apresenta-se uma sugestão, a qual servirá como ponto de partida para responder o problema de pesquisa apontado na introdução desse trabalho.

Nesse sentido, o negócio jurídico descortina-se como um fato jurídico cujo núcleo é composto por expressão ou comportamento concludente negocial, externado na forma prevista em lei ou por esta não proibida, por uma (negócios jurídicos unilaterais) ou mais posições¹⁸⁰ (negócios jurídicos plurilaterais ou bilaterais), exercida no âmbito do poder de autogestão de seu ou seus agentes (nos limites do que o sistema jurídico permitir¹⁸¹), que tenha como *objetivo* o atendimento de interesses juridicamente tutelados ou tuteláveis, de

¹⁷⁸ O pensamento epicurista grego antigo já demonstrava que a natureza da realidade é ser contingente, e a consciência dessa contingência é libertadora. Veja-se, a respeito, a histórica obra do poeta Lucrécio (LUCRÉCIO. *Da natureza das coisas*. Lisboa: Relógio d'água, 2015. Tradução de: Luís Manuel Gaspar Cerqueira, *passim*).

¹⁷⁹ “É reconhecido, todavia, que mesmo a doutrina alemã não chegou a constituir uma posição definitiva na matéria, embora há mais de um século persiga classificar os atos jurídicos”. FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988. p. 6.

¹⁸⁰ Diz-se *posições* como equivalentes a *centros de interesses*.

¹⁸¹ A vontade do titular, para produzir efeitos jurídicos deve atuar segundo o espaço admissível no ordenamento, e o negócio pode ser decomposto em vontade e causa (ALPA, Guido. *La cultura dele regole*. Storia del diritto civile italiano. Roma: Editori Laterza, 2000. p. 170).

ordem patrimonial, existencial ou mista e no que seja possível dispor, com o propósito de ajustar, criar ou modificar relações, obrigações ou situações jurídicas.

Formam-se com uma declaração negocial ou com um ato volitivo declarativo (comportamento) mais o conteúdo negocial. Há um “enunciado”, compreendido como uma unidade semiótica que contém um significado negocial¹⁸², que contempla o conteúdo negociado, mais o que a ele possa se acoplar, por força do ordenamento.

Ao seu espaço, o ato jurídico *stricto sensu* revela-se como um fato jurídico cujo núcleo reside no comportamento ou na declaração externada e séria, na forma prevista em lei ou por esta não proibida, proveniente de uma posição (unilateral), exercida com o *objetivo* de consolidar e qualificar juridicamente uma voz externada com contorno conforme o direito e sem conteúdo negocial, contemplando, ainda, atos de simples cumprimento de obrigações ou exercício de poderes, de direitos concretizados (não em mera potência), de posições constituídas ou de pretensões.

São eventos meramente comunicativos, enunciativos, de cumprimento ou de exercício¹⁸³.

Os atos jurídicos *stricto sensu* que são voz emitida contemplam reclamação, declaração, solicitação, comunicação ou enunciação de fato, ato, conduta, vontade, ou decisão (bem como de seus atos vinculados por dependência jurídica)¹⁸⁴.

Concepções mais abrangentes que essas pecariam pelo excesso de abstração e mais restritas esbarrariam no risco de insuficiência de conteúdo.

Ademais, verificou-se que no conceito largo de ato jurídico, em ambos há declaração ou comportamento, mas no ato jurídico *stricto sensu* ela não é negocial, enquanto que no negócio jurídico o seu conteúdo é negocial (expressa um *dever ser*), apto a produzir efeito

¹⁸² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1992. p. 278-279 e 281.

¹⁸³ Pontes de Miranda classifica os atos jurídicos *stricto sensu* como sendo manifestações de vontade que ingressam no mundo jurídico como (a) reclamação ou provocação com vistas a ações ou omissões; (b) comunicação (b.1) positiva ou negativa de vontade ou (b.2) de fato; (c) integração em atos ou omissões; ou (d) mandamentos (impositivos ou proibitivos). MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 540 (§§ 229).

Poder-se-ia, aqui, até mesmo questionar a abrangência da designação de atos jurídicos *stricto sensu* “mandamentais”, uma vez que quem não está investido em função que contenha autorização para o exercício de atos de império – essencialmente de ordem pública – não poderia fazer uso desse meio. Talvez seja o caso de separar os atos mandamentais propriamente ditos provindos de atos de império do Estado (por exemplo a interdição de uma atividade, a apreensão de mercadorias, as ordens mandamentais expedidas pelo Poder Judiciário, etc.), daqueles que são conclamativos, que visam solicitar algo – uma prática ou uma abstenção – a alguém, e que sejam emitidas por quem não detém investidura típica.

¹⁸⁴ Embora na maior parte das vezes o ato jurídico objetive o atendimento de uma necessidade do agente, cuja produção advirão efeitos jurídicos (uma averbação em matrícula no Registro de Imóveis; um contrato de locação), há casos em que o ato jurídico *lato sensu* pode ocorrer independentemente de uma necessidade (embora haja objetivo).

potencial ou efetivamente constitutivo ou modificativo no campo obrigacional, porque nele são postos os efeitos desejados por quem dele participa¹⁸⁵.

Essas são as premissas conceituais necessárias para a verificação da questão relativa à natureza jurídica do consentimento informado. Dessa forma, além de definir o que seja um consentimento e a sua finalidade, é preciso esclarecer a sua natureza, pois, a partir da sua especificação, pode-se tentar responder a algumas dúvidas operacionais a respeito da sua aplicação concreta, em especial o seu modo de interpretação e a incidência de determinadas categorias operativas do direito privado.

3.2 A natureza jurídica do consentimento para o ato médico: negócio jurídico

Assentadas, brevemente, as premissas necessárias ao estudo proposto, direciona-se a pesquisa para a análise específica da natureza jurídica do consentimento informado e, nesse ponto, percebe-se uma hesitação na doutrina, ora para classificar o consentimento como ato jurídico em sentido estrito (assim o fazem o português André Gonçalo Dias Pereira, a italiana Stefania Stefanelli e a brasileira Luciana Mendes Pereira Roberto), ora para inseri-lo no âmbito do negócio jurídico (Denise Oliveira Cezar, ao tratar do consentimento na pesquisa de medicamentos)¹⁸⁶. Outra parte da doutrina brasileira silencia a respeito do tema.

A doutrina portuguesa, que repercute no Brasil em grande medida em matéria de consentimento informado, inicia o percurso para responder a esse questionamento por meio do desdobramento do consentimento, genericamente, em três espécies¹⁸⁷: tolerante,

¹⁸⁵ Couto e Silva faz uma observação importante: “Não é fácil estabelecer o verdadeiro sentido da teoria preceptiva, porquanto, como menciona Alfred Manigk, por vezes Oskar Bülow se refere à vontade de praticar o ato (vontade imediata) e em outras à vontade de produzir efeitos, à vontade negocial (vontade mediata). O sentido geral da obra, entretanto, está em esclarecer que o conteúdo do negócio jurídico é um dever-ser, um preceito, e que a vontade não integra esse mesmo conteúdo. A vontade é importante como causa do negócio jurídico, como algo desejado por quem o realiza. Por isso, a vontade de praticar é relevante e serve de fundamento, no caso de vício, para a invalidade. Mas o conteúdo do negócio jurídico não é formado por essa vontade primeira (vontade imediata). Como não se anulam os atos porquanto os efeitos não são os desejados pelas partes, a vontade de obter certos efeitos, a vontade negocial ou vontade mediata também não integra o conteúdo do negócio jurídico”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). *Revista de Processo*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. v. 37. p. 238-270. Jan-Mar/1985.

¹⁸⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 131; STEFANELLI, Stefania. *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*. Roma: Istituto per gli Studi Economici e Giuridici, 2011. p. 91-102; ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado*. 2. ed. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 89-90 e CEZAR, Denise Oliveira. *Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 199-245.

¹⁸⁷ RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. p. 26.

autorizante e vinculante.

O *tolerante* é aquele em que há uma simples aceitação de intervenção, operando como mera causa de justificação de uma conduta que, caso inexistente o consentimento, seria qualificada como ilícita, atuando, dessa forma, como excludente de ilicitude de conduta (sem atribuição de qualquer direito ou assunção de compromisso), como ocorrem nas intervenções cirúrgicas feitas em benefício do paciente.

O *autorizante* é “um compromisso jurídico *sui generis* pelo qual se atribui um poder de agressão” (como ocorre na cirurgia do doador para retirada de um rim). Trata-se de consentimento no qual é admitido o gozo de um direito por parte do autorizado, que atinge ou limita algum direito de quem autoriza (inclusive de um direito personalidade). É o que ocorre, por exemplo, nos direitos aos dados pessoais, à imagem e à privacidade. Essa situação enseja o depósito de confiança por parte do autorizado, que adota despesas com base nessa confiança, que podem ser indenizadas na hipótese de revogação desse consentimento.

Por fim, o *vinculante*, que é bilateral, sobre o qual o titular do direito de personalidade voluntariamente pratica atos de disposição (um ou alguns aspectos de personalidade, em maior ou menor intensidade, em menor ou maior espaço de tempo), em um negócio jurídico (por exemplo, um contrato de trabalho).

Essa tripartição ocorre essencialmente em razão da redação do Código Civil português, o qual prevê a necessidade de consentimento em vários artigos, como, por exemplo, o art. 76º (para a publicação de cartas confidenciais); o art. 79º (para uso de imagem); o art. 340º (mais abrangente, prevendo a licitude de atos lesivos aos direitos alheios, contanto que a parte atingida tenha consentido - podendo ser presumida quando tenha ocorrido “no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível” -, e que o ato não seja “contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes”); o art. 877º (de filhos e netos para a venda de bens dos pais e avós a outro ou outros filhos e netos).

O art. 81 desse Código Civil adquire relevância ao permitir limitações voluntárias ao exercício dos direitos de personalidade, prevendo a possibilidade de sua revogação a qualquer tempo e, na sua ocorrência, o dever de indenizar “os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. Prevê, adicionalmente, a nulidade dos ajustes limitativos que violem os princípios da ordem pública.

Ao que parece, o Código Civil português utiliza o vocábulo *consentimento* como gênero e *autorização* como espécie, e a separação teórica em três espécies talvez possa ter surgido acentuadamente como um meio de distinguir determinados atos da obrigação de indenizar prevista no mencionado art. 81 (ou seja, existe essencialmente por uma questão de

utilidade prática), situação esta inexistente no CC brasileiro, uma vez que, v.g., no consentimento *tolerante* é possível que o médico faça despesas pela confiança depositada no paciente e a revogação do consentimento não acarreta uma situação de dano essencialmente distinta daquela tida pelos portugueses como hipóteses de consentimentos *autorizantes* ou mesmo *vinculantes*.

A revogabilidade, no direito brasileiro, decorre da natureza do direito posto em causa e também do disposto no art. 14 do CC, o qual considera válida a “disposição gratuita do corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”, que tenha “objetivo científico, ou altruístico”, o qual, segundo a redação de seu parágrafo único, é revogável a qualquer tempo. Embora essa redação possa ser passível de algumas críticas e mereça uma interpretação cuidadosa, a revogabilidade ampla estampa a proteção extensa dada aos direitos de personalidade, em especial do direito da pessoa em relação à sua condição psicofísica.

Assim, aos fins deste trabalho e considerando as premissas nele expostas, em especial o que se entende por ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, é possível afirmar que essa tripartição, embora efetivamente exista, não é decisiva à resposta da natureza do consentimento ao ato médico no direito brasileiro, e está mais vinculada à finalidade do consentimento do que propriamente à sua concepção.

Em adição, também é possível afirmar que os fundamentos que justificam a classificação do consentimento informado como ato jurídico *stricto sensu* no direito português não são os mesmos do direito brasileiro.

É preciso buscar os fundamentos no direito brasileiro para essa classificação, e a análise do tema passa pela refutação do que não seja apto a integrar o conceito de ato jurídico *stricto sensu* e de negócio jurídico.

Sob o ponto de vista conceitual, o primeiro aspecto que revela a dificuldade de uma concepção simplificada, unitária e suficientemente abrangente de ato jurídico *stricto sensu*, é a variedade heterogênea de atos contida nessa classe¹⁸⁸, reforçada pela afirmação de que ela teria sido concebida de forma residual, para receber os atos que não coubessem na concepção

¹⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988. p. 7. O autor afirma na p. 10: “É a partir do século XVIII que começa a ser criada uma teoria geral do negócio jurídico. A partir de fontes romanísticas, os estudos levados a efeitos concluem pela necessidade de estruturar princípios e criar uma teoria geral acerca da matéria. Enfeixados os contratos e alguns outros negócios jurídicos nessa categorização, começam a se apresentar algumas dificuldades de enquadramento de institutos que não tinham pontos de semelhança com os negócios jurídicos propriamente ditos. Diante dessa dificuldade de estruturação unitária, começou a ser esboçada a noção de ato jurídico em sentido estrito, apenas em bases doutrinárias dado que o direito positivo do século passado ainda não albergava tal concepção.”

de negócio jurídico¹⁸⁹.

De toda forma, a busca pelos fundamentos necessários à verificação da natureza jurídica do consentimento informado no direito brasileiro passa pela constatação de que não é a possibilidade ou impossibilidade de inclusão de um dado ato em uma categoria com efeitos jurídicos predeterminados que será a nota determinante para considerá-lo como ato jurídico *stricto sensu* ou como negócio jurídico¹⁹⁰, porque tanto em um quanto em outro há exemplos em que não é possível a escolha de uma determinada categoria jurídica e que efeitos podem ser predeterminados, ainda quando seja possível escolher uma específica categoria jurídica.

Quanto a esse estado de coisas, algumas questões colocam-se diante de quem tenta compreender essa distinção, a partir de enfrentamentos práticos. Esse fator é complexo, e, como demonstrar-se-á, pode acabar dificultando a compreensão dos conceitos.

Veja-se a questão sob o enfoque do consentimento ao ato médico.

Como dito, ele é ato jurídico em sentido amplo, porque indubitavelmente nele há o envolvimento do elemento volitivo, com incontestável proeminência: o paciente autoriza o ato médico porque deseja submeter-se a um atendimento, tratamento ou procedimento (causa e gênese) e, conforme visto, essa ocorrência tem repercussões jurídicas.

Mas, quando o paciente quer permitir e determinar os contornos de uma prática médica que lhe será dirigida, há “categoria jurídica” a ser escolhida?

Não há outro “nome”, não há outro meio para aquiescer a um ato médico em um processo material de tomada de decisão a não ser por um consentir, que pode ser expresso ou tácito.

Mas isso significa possibilidade ou não possibilidade de escolha de categoria jurídica? Para tanto, o que é categoria jurídica? Ela é equiparável ao meio utilizado no seu exercício? A doutrina que adota esse entendimento como elemento diferenciador entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico não parece deixar claro o que entende por categoria jurídica, tornando mais complexa a compreensão desse pensamento.

¹⁸⁹ “A partir dessas observações, podemos formular um conceito de ato jurídico *stricto sensu*, como sendo o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 252 (§ 43).

¹⁹⁰ “A partir dessas observações, podemos formular um conceito de ato jurídico *stricto sensu*, como sendo o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 252 (§ 43).

Categoria jurídica corresponderia a uma espécie de formulação genérica, “*in abstracto*, com suas conotações essenciais”¹⁹¹, concepção assaz ampla que pouco auxilia na solução da questão sob análise. Ademais, diante desse conceito lacônico, é intuitiva uma associação do vocábulo “categoria” com o alcance de uma específica finalidade que é atingida em razão da ocorrência de determinado “efeito”, e talvez não seja eficiente estabelecer um conceito em razão de seu efeito *em matéria de teoria do fato jurídico*, justamente pela vinculação de efeito ao plano da eficácia, e, se considerada a finalidade, em vez de efeito, tem-se a questão posta quando explicitado o exemplo da aquisição de imóvel, que será referida. O ideal é buscar o elemento nuclear suficientemente eficiente do suporte fático, embora admita-se que efeitos *almejados* poderiam hipoteticamente ser considerados.

Centrada a análise na verificação dos efeitos que seriam os predeterminados por lei, a dificuldade permanece, porque o consentimento ao ato médico não está contemplado na lista de atos cujos efeitos estão previamente tabulados.

Aliás, atualmente o dirigismo estatal tem cada vez mais atuado tanto em atos jurídicos *stricto sensu* quanto em negócios jurídicos para pautar efeitos ou para restringir o âmbito de atuação da autonomia privada¹⁹², e isso torna nebulosa a diferenciação entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, caso essa distinção seja vista sob o aspecto da liberdade para modulação de efeitos, embora esse fato não gere grande impacto sob o viés voluntarista, pois a vontade (ao menos sob um enfoque apriorístico¹⁹³) existe e tem relevância jurídica em ambas figuras.

Então, permaneceria a vantagem ou conveniência de tratar dessa específica classificação tendo como base uma possível escolha de categoria ou mesmo os efeitos predeterminados em lei?

Utilizar os efeitos jurídicos para diferenciar ato jurídico em sentido estrito de negócio jurídico gera mais problemas que soluções, pois, conforme antes dito, os efeitos correspondem à dimensão do ato jurídico lícito no plano da eficácia, e é certo que há atos

¹⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. As categorias jurídicas e o direito público. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 62. n. 2, 1967, p. 213-222 (a parte mencionada consta na p. 214). Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66520>. Acesso em: 14 abr. 2018.

¹⁹² Veja-se essa afirmação aplicada em atos unilaterais como, por exemplo, o testamento, no qual a lei dispõe que apenas a metade do patrimônio é disponível quando houver herdeiros necessários, e essa é a única categoria admissível para servir como ato de disposição *post mortem*, embora, repita-se, seja maciçamente referido como exemplo típico de negócio jurídico unilateral, e não de ato jurídico *stricto sensu*.

¹⁹³ E o próprio Pontes de Miranda, diz que “o que rege a formação dos elementos volitivos do negócio jurídico é o princípio da vontade manifestada”, independentemente do “campo de elaboração psíquica”. Por isso que o motivo (elemento subjetivo) torna-se relevante juridicamente quando estiver contido no negócio jurídico como sua razão (condição). MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 130 e 132 (§ 260).

jurídicos lícitos (gênero) que assim o são, mesmo que desprovidos de eficácia (veja-se o exemplo do testamento¹⁹⁴).

Aliás, pensar em uma classificação exigiria uma análise de ponto de partida (a partir das características de uma figura jurídica) ou ponto de chegada (os seus efeitos)? Essa questão do *ponto de partida* é relevante também porque, se for considerado que uma pessoa pretende vender um imóvel e outra pretende comprá-lo, a categoria admissível para formatar juridicamente esse ajuste é a compra e venda, para a qual a lei costuma exigir escritura pública como instrumento eleito para tanto¹⁹⁵. No entanto, se a premissa a utilizar é transferência de propriedade em uma ponta e aquisição de propriedade na outra, com oferta e aceitação, permitir-se-ia a sua instrumentalização mediante compra e venda ou permuta, por exemplo.

Uma questão, pois, de premissa.

Tais vicissitudes tornam mais difícil a compreensão da diferenciação entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, tendo como base a possibilidade ou impossibilidade de escolha de uma categoria jurídica, ou mesmo pela premissa de que os efeitos são de livre escolha nos negócios jurídicos e necessariamente os previstos em lei, nos atos jurídicos *stricto sensu*¹⁹⁶, pois o próprio princípio da função social do contrato coloca em xeque essa afirmação. A autonomia negocial nunca foi irrestrita e cada vez é mais pautada por princípios e regras que objetivam evitar declarações ou comportamentos negociais juridicamente indesejáveis.

Portanto, reconhecendo-se o mérito e importância da teoria voluntarista categorial do ato jurídico lícito, verifica-se que ou ela é falha, ou é insuficiente, pois há figuras jurídicas que se passam no mundo dos fatos, ingressam no mundo jurídico, expressam vontade, não há como fazer enquadramento sob o critério escolha ou não escolha de categoria jurídica e, no entanto, são considerados como ato jurídico *stricto sensu*.

Por sua vez, dizer que a diferenciação está na “liberdade de produção de efeitos” também é um equívoco, porque é possível, por exemplo, condicionar a produção de efeitos de uma quitação, por exemplo, a um determinado evento (v.g., condicioná-la à compensação do cheque).

¹⁹⁴ O testamento pode existir, ser válido e ser ineficaz e permanecer ineficaz até a sua revogação pelo testador, ou, ainda, há a possibilidade de existir, ser válido e a sua eficácia somente iniciar com a morte do testador.

¹⁹⁵ Exceto para imóveis com preço igual ou inferior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente, conforme art. 108 do CC (“Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”).

¹⁹⁶ A diferenciação segundo os efeitos consta em VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 10-11.

Não é possível afirmar que a “nota determinante” do ato jurídico *stricto sensu* seria essa suposta impossibilidade de definição de efeitos pelas partes, porquanto é admissível que negócios jurídicos também possam ter seus efeitos vinculados à natureza do que foi pactuado. Portanto, não é por esse fator que um ato será classificado como ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico.

Há, ainda, quem entenda que a diferenciação entre negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu* se dê pelo modo de exteriorização da vontade. Mello rejeita esse entendimento, pois o modo de exteriorização é elemento de composição da estrutura do suporte fático de acordo com o definido na respectiva norma jurídica de cada espécie de ato lícito em sentido amplo. Na venda a contento, por exemplo, quem consome a mercadoria ao recebê-la para exame, não declara sua vontade, pois há um comportamento concludente, sendo que ninguém teria como dizer que esse não seria um negócio jurídico¹⁹⁷.

Mas, como foi dito no capítulo 3.2, nem toda classificação doutrinária é perfeita, mas dentre as classificações possíveis, é necessário buscar a que possa gerar menos inconsistências teóricas ou mesmo práticas, e por isso foram apresentados os conceitos expostos no capítulo 3.1.

Por esse motivo, é possível perceber que qualquer resposta depende de um acordo semântico prévio, combinado com uma análise das normas jurídicas incidentes sobre um determinado fato jurídico¹⁹⁸, permeada acentuadamente pela atuação arejadora e atualizadora do intérprete, pois conceitos contemplam palavras – signos linguísticos - que os expressam, além de valor semântico, o qual será afetado pelas percepções da sociedade no espaço e no tempo: conceitos jurídicos não possuem essência natural, mas contornos e conteúdos construídos, histórico e função. Há, assim, elementos de ordem axiológica que repercutem na doutrina, na jurisprudência e, sobretudo, na legislação, e que, conseqüentemente, determinarão a classificação a ser adotada ou mesmo um enquadramento dentro de uma

¹⁹⁷ Ainda, a revogação de testamento cerrado por sua simples ruptura igualmente é negócio jurídico unilateral sem declaração de vontade, mas, sim, com manifestação.

Mello destaca que “há atos jurídicos *stricto sensu* cujo suporte se compõe por declaração de vontade, não por manifestação de vontade. O reconhecimento voluntário de paternidade fora do casamento, que é ato jurídico *stricto sensu* enunciativo, somente pode ser efetivado por meio de declaração, nunca por manifestação. Do mesmo modo a confissão, o perdão, a quitação, a interpelação para constituir em mora, entre tantos outros. Declaração de vontade ou manifestação, repetimos, são formas de exteriorização da vontade e, portanto, apenas elementos completantes do núcleo de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu* [...]”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 276-277 (§ 54).

¹⁹⁸ Vide, a respeito, CATÃO, Adrualdo de Lima. Uma visão pragmática na noção de fato no direito: o caráter interpretativo do fato jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. *Revisitando a teoria do fato jurídico: estudos em homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 1-23. A sua teoria foi parcialmente alterada em livro posteriormente publicado: CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013, *passim*.

classificação.¹⁹⁹

Portanto, parece que tudo dependeria de dois aspectos:

(a) do ponto de partida: se a premissa é mais ampla ou mais restrita. Como no exemplo do casamento, no qual o querer “constituir família”, permite mais de um meio de atingir esse fim, e, segundo a concepção voluntarista, por conceito, há a possibilidade de escolha de uma categoria jurídica (ou união estável ou casamento com possibilidade de modulação variável de alguns dos efeitos, notadamente patrimoniais). Porém, ao conceber a ideia de união de pessoas pelo casamento (o “querer casar”), só há como fazê-lo no mundo jurídico pelo casamento, com a concretização dos elementos de suporte fático previstos nos arts. 1.514 a 1.516 do CC; e

(b) o modo pelo qual o sistema jurídico organiza e formata os atos jurídicos, pois, ao prever apenas uma categoria jurídica, enquadra o ato em jurídico no sentido estrito e, ao passar a prever mais de uma categoria, transformaria o mesmo ato em negócio jurídico.

Vale dizer, utilizando-se do exemplo sob debate, se, antes da admissão da união estável no sistema jurídico brasileiro, poder-se-ia enquadrar com facilidade a vinculação jurídica de pessoas com o intuito de formar família como ato jurídico *stricto sensu* pelo casamento. A partir do momento em que a união estável passou a ser juridicizada, seria possível falar em negócio jurídico ou, no mínimo, em um terceiro gênero, no qual não se chega ao extremo de não permitir escolha de uma categoria jurídica, tampouco alcança-se a outra ponta, em que haveria ampla liberdade de escolha de categoria jurídica para juridicizar essa opção de vida. Mas, para isso, a classificação do ato jurídico *lato sensu* teria que abrir espaço para esse terceiro gênero, e, o mais difícil, conceituá-lo, isso se for mantida a ideia de distinção de ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico pela premissa da impossibilidade ou possibilidade de escolha de categoria jurídica (que não é o caminho).

Nas concepções objetivas, não há uma precisão conceitual e tampouco

¹⁹⁹ “Não analisamos um fenômeno (por exemplo, o pensar), mas um conceito (por exemplo, o do pensar), e portanto o emprego de uma palavra. Assim, pode parecer que praticamos o nominalismo. Os nominalistas cometem o erro de interpretar todas as palavras como nomes, portanto não descrevem realmente seu emprego, mas, por assim dizer, dão apenas uma indicação formal de tal descrição”. LUDWIG, Wittgenstein. *Investigações Filosóficas*. Trad. por José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. p. 121. Gadamer afirma que a semântica, teoria de signos de linguagem, indica que os signos são meios, aleatoriamente utilizados ou não utilizados e que, “por detrás do campo de investigação que analisa a constituição de linguagem de um texto com um todo e que destaca sua estrutura semântica surge uma outra direção de questionamento e investigação: a hermenêutica. A hermenêutica toma por fundamento o fato de que a linguagem nos remete tanto para além dela mesma como para além da expressividade que ela apresenta. Não se esgota no que diz, ou seja, no que nela vem à fala”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. por Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 209. O tema também pode ser abordado sob o importante viés da hermenêutica filosófica, esse não é o ponto central da tese.

terminológica, além de não mais ser possível tratar o negócio jurídico apenas como fonte de preceitos jurídicos destinados à produção de efeitos almejados por seus agentes, porque se limita a tratar de uma configuração que tem em vista unicamente seus efeitos, e não é adequado conceituar - ao menos unicamente - a partir desses efeitos, pois esse raciocínio é circular e atécnico.

Enquanto que, nas concepções voluntaristas, a questão está em saber em que consiste categoria jurídica e qual é o seu ponto de partida, conforme visto acima, pois o próprio Pontes de Miranda afirma que há atos jurídicos *stricto sensu* que não se caracterizam como tal pelo fato de que a manifestação de vontade (de quem ela se destina) tenha relevância, como o que ocorre com as reclamações²⁰⁰.

Tampouco seria correto aproximar o consentimento informado do ato jurídico *stricto sensu* porque ele seria revogável a qualquer tempo, pois a revogabilidade não é nota distintiva entre uma espécie de ato e outra, mesmo porque tanto uma notificação – ato jurídico *stricto sensu* - pode ser revogada a qualquer tempo antes da sua recepção pelo destinatário, quanto um testamento – negócio jurídico unilateral – igualmente pode ser revogado a todo momento, enquanto o testador estiver vivo.

Também não é possível dizer que seria negócio jurídico unicamente porque é exercício de autodeterminação ou de liberdade de conformação de conteúdo, pois os atos jurídicos *stricto sensu* também podem sê-lo, conforme o caso (embora nem todos o sejam, por isso esses aspectos não podem ser considerados como fatores distintivos entre negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*).

Da mesma forma, não é a possibilidade ou impossibilidade de criação de direitos para a outra parte que determinará a natureza do consentimento ao ato médico, uma vez que o ato jurídico em sentido estrito não necessariamente cria direitos ao seu destinatário, assim como o negócio jurídico, o qual pode ou não criar direitos, e, igualmente, possibilitar a geração de apenas um ônus à contraparte, ou mesmo sequer pode existir contraparte a exigir alguma prestação, como ocorre em alguns negócios unilaterais.

Portanto, pensar em categorias ou em efeitos pode não ser o mais correto ao fim de definir o consentimento informado como ato jurídico *stricto sensu* ou como negócio jurídico.

Feitas essas considerações, que serviram ao propósito de demonstrar que a possibilidade ou impossibilidade de escolha de uma categoria jurídica ou mesmo a questão relativa aos efeitos, não são os melhores critérios para distinguir ato jurídico *stricto sensu* e

²⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 542-543 (§ 230).

negócio jurídico (confirmando o conceito construído no capítulo 3.1), tem-se que tanto o um quanto o outro *ainda estão no páreo* do consentimento ao ato médico, sendo necessário buscar algum outro critério que seja mais decisivo, ou ao menos mais eficiente, para lhe dar o adequado suporte jurídico.

Ultrapassada a análise mais ampla do que não seja capaz de compor a natureza jurídica do consentimento informado, torna-se necessário passar à investigação do que seja apto a esse fim e, pensando-se nos contornos do ato jurídico *stricto sensu* e do negócio jurídico segundo os conceitos formulados no capítulo 3.1, abre-se o caminho para vislumbrar a natureza jurídica do consentimento informado. Por meio análise desses conceitos, é possível afirmar que o consentimento ao ato médico é um negócio jurídico.

No ato jurídico *stricto sensu*, os itens componentes dos suportes fáticos são simultâneos, ou seja, não ocorrem posteriormente ou de forma encadeada, diferentemente do negócio jurídico, no qual não há simultaneidade dos elementos que integram seu suporte fático, de modo que pode ocorrer de serem estabelecidos aprioristicamente na norma e, no plano concreto, integrarem determinado suporte fático e ocorrerem todos simultaneamente. Ou, ainda, podem estar previstos em potência no negócio jurídico criado, para ocorrerem posteriormente, e realmente se concretizarem, ou, simplesmente não se concretizarem mas continuarem sendo negócios jurídicos porque o suporte fático foi suficientemente preenchido, pois ele não exige que uma ocorrência posterior seja necessária para sua existência ou validade, uma vez que tal ocorrência posterior pode ter repercussão apenas na sua eficácia²⁰¹.

Na primeira hipótese, por exemplo, do aviso do locador a respeito da venda do imóvel locado, tal ato jurídico *stricto sensu* se realiza e se completa – existe, é válido e eficaz - unicamente pelo aviso, enquanto que no segundo caso, v.g. no testamento, ele somente terá eficácia após o evento *morte do testador*.

No negócio jurídico, há uma intenção de regulação das relações do figurante com outrem (ainda que não diretamente, como ocorrem com os negócios jurídicos unilaterais), é

²⁰¹ Nas palavras de Pontes de Miranda: “Os elementos componentes do suporte fático ou têm de ocorrer, todos, no mesmo momento; ou é possível, juridicamente, que se dêem em momentos diversos, com ou sem fixação, e então são deslocáveis, ou sem repercussão na validade do negócio, ou com repercussão; ou têm de ser em momentos diversos. Diz-se que há sucessividade necessária quando é inelidível para a existência ou para a validade; diz se que há sucessividade facultativa quando é indiferente que haja simultaneidade ou sucessividade. [...] O princípio da simultaneidade exige que os elementos do suporte fático sejam no mesmo momento, ou pelo menos alguns (combinação com o princípio da sucessividade livre ou não). O princípio da sucessividade exige certa ordem, ou a simples sucessão. As doações dos arts. 312-314 têm de ser antes do casamento, mas o casamento não é o elemento do suporte fático: se o casamento não se realiza, a doação caduca; a doação perfez-se; a restituição é pedida, alegado o fato extintivo (não casamento).” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 75 (§ 251).

um *planejar concretamente o porvir*, o construir um vínculo que ainda não existe, ou alterar um vínculo existente, enquanto que o ato jurídico *stricto sensu* costuma ser um olhar a partir de algo que já ocorreu ou que existe “apto a atuar” em relações jurídicas previamente existentes (por exemplo, o ato de entrega de um bem no cumprimento de um contrato) ou em face de situações ou fatos jurídicos anteriores, que justificam a atuação por meio do ato, sendo certo que os atos jurídicos em sentido estrito “não tendem a finalidade que transcenda o próprio ato, esgotando sua eficácia para resultados mais próximos, imediatos e até transitórios.”²⁰².

O consentimento informado não é um ato que *encerra por si* (ato jurídico *stricto sensu*), ele é um *olhar para frente* (negócio jurídico), porque está dispondo sobre um ato médico que ainda ocorrerá, que é complexo e que corporifica uma relação jurídica que se estabelece entre o médico e o paciente (bilateral, portanto), na qual o médico assume a obrigação de prestar informações ao paciente aptas à tomada de decisão e efetivamente deve cumpri-lo, e que corresponde a uma situação subjetiva que é vinculada ao direito subjetivo do paciente de recebê-las e de decidir.

A relação jurídica estabelecida no consentimento ao ato médico, tendo como figurantes o médico e o paciente e como objeto a autorização pós processo informativo e decisório, unidos por um vínculo jurídico, deve desprender-se de uma análise sob o aspecto puramente estrutural, devendo considerar “uma visão funcional que identifique a finalidade prático-social a que se dirige e os concretos sujeitos envolvidos”²⁰³.

E, sob o viés funcional, é por meio do consentimento informado que o médico tem sua conduta intervencionista juridicamente admitida, e o paciente vê o seu direito de autodeterminação respeitado e concretizado. Além disso, é nesse consentimento que o paciente assume o ônus de conduzir-se de modo adequado à correta consecução do objetivo a ser atingido (por exemplo, nos cuidados prévios, concomitantes e posteriores ao ato médico).

Quando se pensa em finalidade, o consentimento informado mostra-se complexo e dual, pois, ao mesmo tempo em que tem a dimensão de representação do percurso referido no parágrafo anterior, que atende essencialmente a interesse do paciente (pois é prova de exercício de autogestão pessoal no campo da sua saúde), também serve como prova de justificação da conduta do médico, no desempenho da sua profissão, no que tange a legitimação prévia à intervenção corporal alheia, recomendada e aceita.

²⁰² FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988. p. 64.

²⁰³ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 94.

O sistema jurídico brasileiro, em regra, não permite a interferência na esfera de outrem, sem que haja uma permissão, que exista nos limites do que seja juridicamente admissível ou que a intervenção não sujeita ao consentimento do paciente seja legalmente prevista como possível de ser implementada.

O paciente (figurante do direito subjetivo e titular do direito à informação, do direito de decidir e do direito de definir a condução dos atos que atinjam a sua integridade psicofísica) tem a legítima pretensão material de exigir do titular do dever jurídico (o médico) um comportamento necessário (o repasse de informações e o aconselhamento) para o atendimento do interesse protegido (consubstanciado nos direitos exercitados). O titular do dever jurídico igualmente é figurante de situação jurídica subjetiva ativa (que corresponde ao compromisso do paciente de atuar no sentido de cooperar ao ato médico), que emana da relação jurídica estabelecida no consentimento informado.

Com isso, percebe-se que o percurso do consentimento informado não é simples e tampouco é instantâneo ou estanque. Trata-se de um movimento dinâmico, complexo e dialético, e que se estende como um processo no plano do direito material²⁰⁴. Por ser dialético na sua formação e complexo no seu desencadeamento e execução, torna-se incompatível com um ato jurídico *stricto sensu*.

O consentimento informado tem em seu núcleo uma permissão, que também é uma decisão, tida como produto final de um processo complexo (porque envolve um

²⁰⁴ O Código Civil argentino contempla o consentimento informado em um artigo, que tem o seguinte teor: “ARTICULO 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.”

encadeamento de fases que abrange declarações, informações, esclarecimentos, decisões e permissões), particular (porque cada paciente e cada tratamento que enseja a emissão de um consentimento são únicos) e dinâmico (porque pode ocorrer de um atendimento iniciar, prosseguir, parar ou finalizar em etapas com ou sem consentimento).

Há envolvimento obrigacional no consentimento informado, em especial no de informar, esclarecer e recomendar, por parte do médico, que é um compromisso assumido por este, que se realiza no interesse direto do paciente²⁰⁵. Essas circunstâncias afastam o consentimento informado do ato jurídico *stricto sensu* e o aproximam do negócio jurídico.

Os negócios jurídicos, em geral, situam-se “no âmbito de decisões de pessoas, tomadas em processo deliberativo juridicamente relevante e, de alguma maneira, exteriorizadas e reconhecíveis”, as quais servem, “de um lado, para a ligação de alguma consequência jurídica, e, de outro, para fundamentar a conexão entre o processo deliberativo e tal consequência jurídica”²⁰⁶.

Nesse sentido, há uma aproximação com o pensamento de Betti, para quem a vontade, no negócio jurídico, se destina a estabelecer combinações para o futuro conforme o que seja deliberado por força da autonomia, e a consciência e a vontade do titular que pratica o negócio jurídico se formata de modo mais complexo se comparado com os demais atos lícitos²⁰⁷, complexidade esta presente no consentimento informado.

No negócio jurídico, há uma intenção prática típica do negócio em si, que é decisiva e cujo escopo o transcende. Nos atos jurídicos *stricto sensu* lícitos, a consciência e a vontade não se destinam a prescrever aos interesses do titular um preceito específico para o futuro, e seu escopo não ultrapassa o próprio ato, porque sua eficácia se exaure em seu resultado mais imediato (fator tempo) e circunscrito (fator conteúdo). O direito valora a eficácia em ambos, mas no ato o faz de modo mais simplificado e de maneira mais esquemática se comparado ao negócio jurídico, pois este tem mais variações e complexidades que aquele.²⁰⁸

Conforme Fachin, “o que fundamentalmente não se confunde, além da natureza

²⁰⁵ “Na primeira categoria, que chamaremos de obrigações negociais, estamos perante compromissos assumidos por alguém, no âmbito de um negócio jurídico, de realização de uma prestação que interessa a outra pessoa”. [...]“Pelas razões indicadas, não nos parece exato afirmar a necessidade de a prestação debitória ter valor econômico, para que possamos falar de uma obrigação jurídica; é certo que normalmente ela tê-lo-á, mas sem que isso aconteça sempre. O que é indispensável é que o interesse do credor seja digno de tutela”.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Trechos das p. 41 e 65.

²⁰⁶ DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-2.

²⁰⁷ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 76.

²⁰⁸ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 76.

negocial, é a paridade dos figurantes”, uma vez que no negócio jurídico não ocorre uma sujeição equivalente a do ato jurídico em sentido estrito. Naquele, a sujeição dá-se por movimento voluntário do agentes, pois “a relação se completa pela exclusiva determinação da vontade”, situação essa estranha ao ato jurídico em sentido estrito²⁰⁹.

No ato jurídico em sentido estrito, há condutas de cumprimento de obrigações ou a mera expressão de voz (reclamativa, comunicativa, enunciativa, etc.), em que as consequências ocorrem de acordo com o tipo de ato praticado, que atende aos propósitos da parte que o pratica, e há expressões de voz que criam poderes jurídicos (por exemplo, a declaração de nascimento) dos quais se originam deveres, que não são passíveis de modulação, ao passo que, no negócio jurídico, os atos estão vinculados a direitos subjetivos e geram direitos, obrigações, ações e pretensões. No negócio jurídico há essa criação, modificação ou regulação, e nos atos jurídicos *stricto sensu* há o cumprimento das exigências, ou o exercício de reclamações, de comunicações, etc.

O “negócio se distingue do ato em que aquele é uma ação livre, este uma ação necessária”. No negócio, “pode-se fazer ou não a doação de um bem”, comprar ou vender, etc., mas juridicamente não é possível “deixar de restituir a soma mutuada, de recolher os alugueres convencionados, de despachar um processo”, uma vez que, nos “negócios pergunta-se pelo *quod placet*. Nos atos, pelo *quod oportet*”²¹⁰.

No negócio jurídico, há processos estruturais materiais vinculados à consequência prática que seu partícipe constituinte busca atingir, por isso que se diz que se um fim “é a instituição de um ente que corresponda a um modelo-jurídico negocial”, o meio corresponde à “ação que corresponda a tal modelo”; se “o fim é a concretização de determinadas consequências jurídicas”, o meio “é a instituição de consequências jurídicas”²¹¹. Por isso que, dentro dele, é necessário construir forma e conteúdo jurídicos aptos ao atendimento dos justos propósitos para os quais os negócios jurídicos foram concebidos, e nesse espaço estará a declaração negocial (que assim se qualifica em face de seu conteúdo, de ajustes constituídos para reger uma determinada relação ou situação)²¹² ou o comportamento concludente.

²⁰⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988. p. 53.

²¹⁰ Expressões significantes do que se *quer* e do que se *deve*, respectivamente. VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço (Org.). *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 251-266, em especial na p. 265.

²¹¹ DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2-3.

²¹² A declaração negocial pode ser formada de forma instantânea ou diferida, de forma completa ou em que a completude ocorrerá na concorrência de acontecimentos cujo conjunto constituirá a declaração (Almeida refere que a *declaração negocial* é a completa e o *enunciado negocial* é qualquer comunicação que seja apta a compor um negócio jurídico, representando uma unidade mínima a contemplar um significado negocial, do

O consentimento informado desenvolve-se em fases, e em geral, no atendimento eletivo, inicia com uma consulta prévia, prossegue com o repasse de informações e esclarecimentos, com a conseqüente tomada de decisão do paciente quanto aos rumos de um atendimento, que culmina com a sua emissão, e que finda com o alcance de sua finalidade. Nele, o médico compromete-se ao repasse de informações e apresentação de esclarecimentos, e o paciente, consentindo ao ato médico, tem o ônus de fazer o que lhe compete e que seja necessário ao adequado atendimento dos propósitos desse ato.

Foi dito que o consentimento informado expressa uma decisão, na qual o paciente especifica em qual medida permite que um tratamento ou procedimento possa ser realizado em si, e que é juridicamente qualificado por representar o exercício da autodeterminação pessoal em matéria de saúde, significando a concreção de suportes fáticos distintos quando efetivado.

Seus contornos podem ser extraídos da leitura conjunta tanto das disposições constitucionais que tratam da liberdade pessoal, quanto do Código Civil, ao dispor sobre os direitos de personalidade, e do Código Penal, que trata de condutas penalmente tipificadas quando há intervenção indevida. As normas que tratam dos termos referidos atuam sobre a decisão pessoal e o tornam um fato jurídico, toda vez que ocorre a concreção das situações do mundo dos fatos, previstas normativamente.

No Brasil, a intervenção médica em relação ao paciente depende de permissão deste, embora não haja forma determinada *de lege lata* (a forma é livre), formalidades e tampouco efeitos específicos legalmente predeterminados.

Entende-se, todavia, que tampouco seria desejável que isso ocorresse, tendo em vista a variedade de situações da vida que demandam intervenção, com ajustes, finalidades e conseqüências distintas.

No entanto, isso não representa amplitude irrestrita da autodeterminação do paciente, pois há normas que tratam da conduta médica sob os aspectos deontológico e penal que acabam por restringir a possibilidade de exercício do autogoverno do paciente, assim como regras de natureza civil que igualmente a limitam.

De toda forma, o consentimento informado no atendimento eletivo pode ser considerado como um negócio jurídico. Não deve ser considerado como ato jurídico *stricto sensu* porque ele não tem como parte nuclear de seu suporte fático uma emissão de voz que tenha conotação meramente comunicativa ou enunciativa como *fim em si* ou cujo teor ou

qual forma-se a declaração e o próprio texto negocial). ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1992. p. 278 e 281.

efeitos não possam ser modulados.

Isso porque o consentimento informado é essencialmente um ato consentido emitido pelo próprio paciente, e que carrega, em si, uma permissão à prática de um ato médico; uma exclusão de ilicitude; e uma prova de que o paciente passou pelo processo de consentimento, que em determinados casos (por exemplo, no atendimento continuado) pode ser duradouro e que não se exaure unicamente na emissão de voz em específico tempo e espaço, como ocorre no ato jurídico *stricto sensu*.

Alinha-se mais ao negócio jurídico, porque é ato juridicamente qualificado, cuja parte nuclear do suporte fático é composta por declaração ou comportamento concludente, externado pelo paciente no âmbito de sua autodeterminação, que tem o objetivo de atender a interesse essencialmente existencial e no que seja possível dispor, criando a situação jurídica da permissão ao atendimento na área da saúde.

Conquanto os atos jurídicos *stricto sensu* possam ser comunicativos, essa possibilidade se dá quando a comunicação é o fim a ser atingido, e, no consentimento ao ato médico, o essencial (núcleo) não é propriamente *comunicar*, mas sim *permitir*, o *aceitar*, e definir (o *decidir*) a condução do ato médico. Veja-se que há a peculiaridade da possibilidade (tendência fática) de que haja sucessivos negócios jurídicos, pois há, por um lado, o processo de consentimento informado e, por outro, pode haver a constituição de um outro negócio jurídico, desta vez bilateral, que é o contrato de prestação de serviços médicos (com o compromisso assumido pelo médico de *intervir*, o que será visto no próximo capítulo).

Ademais, repita-se, é muitas vezes no termo de consentimento informado que o paciente declara ciência quanto às providências que lhe competem para a melhor potencialização do tratamento ou procedimento ao qual será submetido, assumindo compromisso de cuidados que, caso não sejam observados, podem prejudicá-lo. Comprovado o dano ao paciente, decorrente do não atendimento das diretrizes repassadas pelo médico, este tem a condição de eximir-se da responsabilidade por danos experimentados pelo utente em face do atendimento, tratamento ou procedimento, pois ele não tem apenas direitos exercitáveis frente ao médico, ele também assume que sua participação é fundamental para que o fim último do consentimento e do próprio contrato de prestação de serviços de assistência médica seja alcançado, da melhor maneira possível.

Assim, o consentimento ao ato médico não consubstancia mera comunicação de vontade ou ato jurídico *stricto sensu* comunicativo, porque nas comunicações de vontade é

irrelevante a conduta de quem a recebe²¹³. O consentimento para o ato médico tem como agente uma pessoa que objetiva um atendimento, espera que o destinatário (o médico) aja de uma determinada maneira e a conduta deste é relevante até mesmo no processo formativo do consentimento, na parte relativa a prestação de informações: essa conotação formativa dialética retira o consentimento informado do âmbito dos atos jurídicos em sentido estrito.

A Recomendação CFM n. 1/2016 também auxilia essa busca pela natureza jurídica do consentimento informado. Seu item 9.1.3 contempla os requisitos que “obrigatoriamente” devem constar em um termo de consentimento informado, que são transcritos abaixo:

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

Veja-se que a Recomendação do CFM não prevê o (processo material de) consentimento informado como uma mera permissão para a realização de um atendimento ou de um procedimento, seus termos são mais amplos e abrangem até mesmo a conduta do paciente após a intervenção, que nada mais é do que o cumprimento dos deveres de aviso e de instrução²¹⁴ imputáveis ao médico.

E, ademais, a análise de termos de consentimento informado geralmente utilizados e disponíveis para análise e uso, mais confirma essas assertivas.

Acessando a *internet*, ao inserir em página de busca os termos “consentimento informado modelo” é possível verificar que a cooperativa médica Unimed Noroeste disponibiliza alguns “modelos” de termos de consentimento para diferentes especialidades em inúmeros atos médicos²¹⁵.

No mencionado *site*, constata-se que os médicos associados ou que busquem tais

²¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 544, § 231.

²¹⁴ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 321.

²¹⁵ Disponível em: <https://www.unimed.coop.br/>. Acesso em: 21 ago. 2018.

arquivos para uso, utilizam modelos padronizados, os quais, em seus textos, indicam, por exemplo, a necessidade de cuidados do próprio paciente quanto ao procedimento para o qual venha a ser submetido (no que se assemelha ao recomendado pelo CFM).

Veja-se o exemplo do paciente com obesidade mórbida que tenha condições de realizar um procedimento cirúrgico para emagrecimento, podendo optar por distintos meios, como o balão intragástrico ou a cirurgia bariátrica.

O paciente, depois de ser informado dos riscos e benefícios admissíveis em cada tipo de tratamento para essa condição, pode autorizar o procedimento de cirurgia bariátrica e escolher o meio dentre os disponíveis (por vídeo-laparoscopia ou aberta) e também declarará ciência quanto aos cuidados necessários tanto no período de restabelecimento pós-operatório (restrição de ingestão de líquidos, reinserção gradual da ingestão de sólidos, etc.) quanto no decorrer da sua vida após o procedimento (necessidade de realização de exames específicos periódicos, suplementação alimentar, cuidados na alimentação, etc.).

É obrigatória a tomada do consentimento escrito do paciente para o procedimento, e, se a equipe que fizer o atendimento nessa hipótese (a obesidade mórbida é uma condição que exige atendimento multidisciplinar) constatar que o paciente não está disposto a atender às condições pós-cirúrgicas aptas ao êxito desse tratamento invasivo (há recusa de atendimento revestida de licitude²¹⁶), porque o médico não é obrigado a atender paciente com grande risco de óbito decorrente de sua conduta, ao não querer assumir os riscos que serão acentuados em comparação ao eventual benefício que a técnica possa ensejar a um paciente não colaborativo. Assim, de nada vale o paciente autorizar a cirurgia bariátrica se não estiver disposto a tratar uma condição clínica prévia (uma condição psicológica que cause compulsão por comida, por exemplo).

Aliás, deve-se reconhecer a autonomia técnica e científica do médico no exercício de sua profissão, motivo porque o médico pode rejeitar o atendimento caso entenda que a solução adotada pelo paciente não está de acordo com a sua convicção técnica ou mesmo com a sua habilidade específica, ou falta de habilidade especializada, ou mesmo com a estrutura disponível a esse médico, para o atendimento da decisão do paciente, considerando-se as situações referidas no art. 36 do CEM, que tratam das hipóteses de atendimento obrigatório.

²¹⁶ A recusa pode ocorrer ao início do atendimento ou no decorrer do atendimento.

O CEM trata do tema em seu art. 36, prevendo ser proibido ao médico “abandonar paciente sob seus cuidados”. No entanto, caso ocorram “fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que o suceder” (§ 1º). No § 2º, refere que, “salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou à sua família, o médico não o abandonará por este ter doença crônica ou incurável e continuará a assisti-lo e a propiciar-lhe os cuidados necessários, inclusive os paliativos.”

Conforme Aguirre, mesmo que a medicina baseada em evidências científicas permita a “formulação de padrões de prática profissional, isto é, de recomendações explícitas ou protocolos assistenciais para situações específicas”, o médico pode, em face da sua autonomia científica, deixar de seguir um protocolo predeterminado “quando considera que uma determinada atuação clínica à margem do protocolo é conveniente ao caso”. Aplicando-se esse raciocínio, tem-se igualmente que o médico deve expressar ao paciente a possibilidade de atendimento sob o protocolo predeterminado ou sob outra forma que seja considerada igualmente como boa prática médica, podendo o paciente optar por uma ou outra²¹⁷.

Destaque-se, por outro lado, que não há um *dever* do paciente de cuidar de sua saúde e tampouco uma *obrigação* de atender às recomendações médicas. Há, sim, um *ônus* que incide sobre si, pois o autocuidado como ônus representa um “vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse”, diferentemente da obrigação, cujo cumprimento ocorre basicamente em atendimento a um interesse alheio, ou de um dever, pois neste há um ato devido que o direito objetivo determina, na tutela de um interesse alheio, enquanto que no ônus há um ato necessário, como uma exigência cujo atendimento é o meio de alcançar um certo fim, no próprio interesse de quem o tem²¹⁸.

Assim, o não atendimento desse ônus que incide sobre o paciente “não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem” que é o não alcance de um determinado resultado que seria atingido caso esse ônus fosse atendido total ou parcialmente (é possível que o paciente não consiga a melhora das suas condições clínicas ou na sua qualidade de vida; o aumento da expectativa de vida; a cura de uma doença; a descoberta de um aspecto da saúde do paciente por meio de um exame médico, etc.)²¹⁹.

O ônus é uma figura jurídica que “impõe ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser adotado se não pretender ele arcar com consequências que lhe serão prejudiciais”, comportamento esse que deve ser adotado para que o sujeito sobre o qual esse ônus recai acolha os benefícios decorrentes do atendimento desse ônus, porque ele é “expressão da gestão de um interesse pessoal” e que, por isso não tem o poder de compelir o paciente a cumpri-lo²²⁰.

²¹⁷ AGUIRRE, Juan Luis Beltrán. Autonomía del paciente: límites derivados de la cartera de servicios, de la organización y funcionamiento de los centros sanitarios y de otros derechos y bienes enfrentados. In: VIEIRA, María Luisa Arcos (Coord.). *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016, p. 74-130. p. 117.

²¹⁸ GRAU, Eros. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo. v. 77. 1982. p. 177-183. p. 181.

²¹⁹ GRAU, Eros. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo. v. 77. 1982. p. 177-183. p. 181 e 183.

²²⁰ GRAU, Eros. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito da*

Dito isso, é possível verificar que a complexidade do consentimento informado, inclusive quanto ao condicionamento de seus efeitos práticos a fatores controláveis e ao mesmo tempo a outros incontroláveis (como as condições do paciente, o estado da arte médica e demais circunstâncias alheias à vontade ou à conduta do paciente e do médico), a sua construção como meio formalizador de um ajuste consentido de interferência e ao mesmo tempo de definição da conduta tanto do médico quanto do paciente, o seu uso para a especificação da sua extensão no tempo e em seu conteúdo, retira-o do âmbito do ato jurídico *stricto sensu*.

A diferença é que no negócio jurídico há autonomia negocial, assim entendida como uma possibilidade de disposição que vincula outrem a partir da vontade de quem nele se envolva ou venha a se envolver como figurante, embora possa existir unilateralmente apenas com a vontade externada de uma parte que pratica o ato de disposição. É possível que exista tanto quando for fruto de uma livre conformação de conteúdo, formatado de acordo com a declaração ou comportamento (ainda que seja parcialmente limitada em face do ordenamento jurídico vigente ou mesmo em razão de imposição de uma das partes), como ocorre, por exemplo, com os negócios cujo teor é regulamentado ou naqueles que contemplem cláusulas gerais nos quais uma das partes meramente adira.

Capelo de Souza²²¹ vislumbra o consentimento do lesado (refere-se ao consentimento genericamente considerado) como ato jurídico unilateral não constitutivo, mas apenas integrativo da exclusão da ilicitude, porque “não cria qualquer direito para o agente da lesão”.

No entanto, não é possível raciocinar sobre a natureza jurídica do consentimento informado a partir de uma lógica puramente unilateral, pois há estreita vinculação deste com o contrato de prestação de serviços de assistência entre médico e paciente, e o consentimento informado pressupõe um verdadeiro processo de tomada de decisão para o qual as informações e esclarecimentos médicos são decisivos.

A partir do momento em que o médico se compromete a realizar um determinado atendimento ou procedimento, passa a tomar parte do processo de consentimento. A decisão contida no consentimento passa a pautar a conduta médica. Conforme mencionado neste trabalho, o consentimento do paciente ao ato médico contempla um processo material que compreende etapas das quais o médico participa ativamente, e essa participação ativa e efetiva, como será demonstrado, é condição de validade do consentimento.

Universidade de São Paulo. São Paulo. v. 77. 1982. p. 177-183. p. 181 e 183.

²²¹ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 411-412.

Caso o médico não queira se vincular, necessariamente deve deixar isso registrado e dar ciência ao paciente. Esse impasse deve necessariamente ser resolvido antes do início do ato médico. Sendo a hipótese jurídica de atendimento independentemente de consentimento, esse consenso é dispensável, embora permaneça a obrigação médica de conduta conforme as boas práticas.

O consentimento informado representa uma concordância do paciente quanto a uma intervenção vinculada a sua saúde, após processo formativo do qual o médico participa ativamente e nele cumpre os deveres de informação e esclarecimento, para concretizar uma espécie de *aliança terapêutica* com o paciente, embora o vínculo obrigacional *de atendimento* para o ato médico escolhido ocorra no correlato negócio que é o contrato de prestação de serviços de atendimento médico ou mesmo diante da obrigação decorrente de contrato de seguro-saúde ou o atendimento pelo sistema público de saúde.

Betti adere à natureza do *consentimento do ofendido* “nos limites do seu poder de disposição” como negócio jurídico. Afirma que esse consentimento é constituído por atos de disposição própria e direta (como naqueles vinculados a atividades desportivas perigosas) ou atos de disposição imprópria ou indireta (nestes incluídos os de mera tolerância, impostos pela necessidade de convivência social). Adicionalmente, afirma que o consentimento (a) pode ser prévio e preventivo (“que autoriza e legitima a lesão do interesse” antes que ocorra); (b) simultâneo (por mera tolerância), ou (c) posterior, por renúncia ao “poder de provocar uma sanção jurídica pela lesão não autorizada” levada a efeito.²²²

A exclusão de ilicitude proporcionada pelo consentimento, que “legitima um comportamento objetivamente lesivo”, é “função da autonomia privada (causa do negócio jurídico)”, porque facilita a socialmente útil vida de relação e que tanto a autorização prévia quanto a renúncia antes referidas “têm, indubitavelmente, o caráter de negócio jurídico”.²²³

No tocante à tolerância, Betti adverte que não pode ser confundida a “aquiescência

²²² BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 77-79.

Veja-se que até mesmo a doutrina nacional refere uma feição prática negocial ao consentimento informado, afirmando que este não se limita a “simples obtenção de um documento escrito, com viés defensivo, devendo consistir, ao contrário, no estabelecimento de uma relação de *negociação*, na qual o médico compartilha os seus conhecimentos técnicos, mas garante ao paciente a tomada de decisões a partir de seus próprios valores, no exercício de sua autonomia”. FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana G. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre. V. 42, n. 138, jun 2015. p. 51-86. Trecho da p. 64, grifo nosso. Disponível em: <www.ajuris.org.br>. Acesso em: 18 ago. 2018.

²²³ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 77-79. Para Betti, o elemento que é característico do negócio é o “conteúdo da declaração ou do comportamento” que “tenham conteúdo preceptivo relativo a uma matéria de autonomia privada e assumam, a respeito desse conteúdo, função constitutiva insubstituível”.

legitimante e o comportamento material (operação) legitimado”, pois, embora de alguma forma vinculados, “a aquiescência concomitante, em regra, não vincula para o futuro” (exceto quando sua repetição puder ser considerada como autorização por confiança – “e então é negócio”) e quanto ao passado “tem mais relevância como fato de caducidade ou preclusão do poder de reação (fato de autorresponsabilidade), do que como ato de autonomia”. Na autonomia tem-se o “conteúdo preceptivo do ato” e na autorresponsabilidade a “relevância preclusiva do comportamento”.²²⁴

No consentimento informado, o médico não é um expectador passivo que apenas toma conhecimento de uma decisão do paciente. Há uma participação ativa do médico, porque é ele quem proporcionará ao paciente as informações e os esclarecimentos essenciais à tomada de decisão. Portanto, o médico participa desse negócio desde o início e o aceita como diretriz da sua conduta no atendimento do paciente emissor, tornando-se vinculativo ao profissional, enquanto não for revogado pelo paciente ou extinto o vínculo com o médico, e ambos prendem-se aos seus termos (cada um à sua maneira) e experimentam seus efeitos produzidos enquanto vigente, e que possam ser sentidos no que isso for compatível, após a sua revogação ou a realização do ato que tenha sido autorizado.

Ainda a reforçar o entendimento de que não é ato jurídico em sentido estrito, tem-se a possibilidade de consentimento pelo silêncio, que se entende por anuência quanto for possível identificar ele não seja apenas vazio ou indiferença (art. 111 do CC). Se fosse ato jurídico *stricto sensu*, não poderia ser entendido o silêncio como permissão, pois a natureza desses atos não permite que ocorra reclamação, comunicação, enunciação ou mandamento por meio do silêncio, pois essas circunstâncias exigem emissão de voz. Ademais, se o “ato jurídico unilateral deve ter eficácia definida” e “de regra não permite condição ou termo”²²⁵, não se pode afirmar o mesmo do consentimento informado, que admite condição, assim como termo.

O consentimento informado no ato médico é *tolerante*, na acepção doutrinária portuguesa de espécie, embora também tenha conteúdo *autorizante* em razão da medida dessa permissão que é alinhada pelo próprio paciente posteriormente ao recebimento adequado das informações e da passagem pelas etapas de reflexão e de decisão, sem que, com isso, perca a possibilidade de revogação a qualquer tempo²²⁶ até o momento em que se produza o ato (com

²²⁴ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 77-79.

²²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. p. 204 (§ 278).

²²⁶ O Enunciado n. 401 da V Jornada de Direito Civil estabelece que: “Não contraria os bons costumes a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica, desde que a manifestação de

efeitos *ex nunc*) e que é independente de aviso prévio ou de pretensão de indenizabilidade por parte de quem tenha sido autorizado por meio do consentimento.

Revogado o consentimento, mas praticado o ato após a revogação, o ato, ao menos aprioristicamente, “surge contrário a direito e entra no mundo jurídico como ilícito, absoluto ou relativo²²⁷”, embora somente seja possível falar em ilícito se a revogação tenha previamente chegado ao conhecimento de seu destinatário.

A completude do consentimento para o ato médico no plano da existência ocorre apenas pela concretização dos elementos do quadro 2 do capítulo 3.5, pois para a sua existência, basta um agente (o emissor do consentimento), em um determinado lugar e tempo, pois é preciso saber quem o emitiu, quando e onde, que são pressupostos extrínsecos juntamente com os intrínsecos de forma, objeto e vontade exteriorizada sob um juízo de verossimilhança, sendo a categoria negocial identificável pelo seu próprio teor permissivo.

Verifica-se, assim, que o consentimento deve necessariamente ser observado pelo médico que fará o atendimento, que ficará vinculado ao atendimento nos termos do que foi consentido. No entanto, nada será exigível do médico que não tiver conhecimento ou que não tenha tido condições ou a oportunidade de ter tido ciência desse consentimento e que não participou do seu processo formativo material, assim como, mesmo que tenha tomado conhecimento do consentimento, se o paciente vier a revogá-lo antes do início do ato médico, deverá essa decisão ser respeitada, se dela o médico tomar conhecimento a tempo, observando-se, em todas as hipóteses, a necessidade de atuação profissional conforme as boas práticas.²²⁸

Vale repetir que, no consentimento informado, não há necessidade de uma comunicação formal posterior ao médico, justamente porque o médico participa ativamente da sua elaboração, porque o consentimento só é válido quando o paciente emite uma decisão fruto de reflexão quanto ao conjunto de informações recebidas. O médico vincular-se-á ao que

vontade tenha sido livre, esclarecida e puder ser revogada a qualquer tempo, conforme as normas éticas que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais”. Disponível em: <www.cjf.jus.br>. Acesso em: 29 ago. 2018.

No mesmo sentido, o art. 6º, n. 1, da Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos: “Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.” Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 3 nov. 2018.

²²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. II. p. 430 (§ 202) e p. 432.

²²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. II. p. 502, § 223.

Alerte-se que, a convalidação, ou o popular “aproveitamento” de um consentimento pelo médico “C”, cujo processo foi realizado entre o médico “A” e o paciente “B”, depende de confirmação, e não implica necessariamente a passagem por um novo processo de consentimento, desde que o risco seja baixo e que haja proximidade de tempo entre um e outro.

for decidido se estiver de acordo com a decisão tomada, se a decisão for juridicamente admissível ou, caso seja hipótese de dever de atender, se esse atendimento for fática e juridicamente possível de acordo com as circunstâncias concretas.

A definição do conteúdo da prestação principal do profissional, que constará no contrato de prestação de serviços médicos, não é uma definição unilateral do médico (no contrato ou no consentimento)²²⁹. Trata-se, portanto, da concepção do consentimento informado como negócio jurídico bilateral.

O *consentir* é o fator determinante, a *pedra de toque* à sua *existência* como figura jurídica. Embora não exista enquanto a decisão consentida do paciente não reconhecível juridicamente como declaração ou comportamento concludente, o consentimento *é* decisão, permissão e processo material que constitui um negócio bilateral. É, portanto, mais do que uma simples comunicação, e Pontes de Miranda classifica a comunicação como ato jurídico *stricto sensu* e a autorização como negócio jurídico²³⁰.

Isso não significa que o consentimento informado seja desprovido de particularidades e que o seu *encaixe* como negócio jurídico seja perfeito. Reconhece-se, por exemplo, que o estado de perigo e a lesão, figuras jurídicas típicas dos negócios jurídicos, não se aplicam ao consentimento ao ato médico.

Os defeitos vinculados ao elemento volitivo em si (um descompasso entre a vontade real e a exteriorizada), como o erro, o dolo e a coação (quando for de terceiro), em regra, aplicam-se ao consentimento para o ato médico, enquanto que os defeitos que não representam vício do consentimento como a lesão e o estado de perigo, estes a ele não se aplicam, o que o aproxima do ato jurídico *stricto sensu* (a vontade real e a exteriorizada são coerentes, pois o problema está em elementos externos à vontade, como a situação de assunção de obrigações com desproporção e iniquidade assumidas por necessidade).

De toda forma, embora conceitualmente o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu* sejam figuras jurídicas distintas - tanto na sua estruturação teórica, quanto na sua finalidade -, ambas provém do mesmo galho (ato jurídico) e do mesmo tronco (fato jurídico) e possuem algumas características comuns e outras distintas.

Tanto o ato jurídico *stricto sensu* quanto os negócios jurídicos estão sujeitos a um mesmo regime de direito privado e base normativa, porque ambos estão vinculados ao

²²⁹ Em sentido contrário: STEFANELLI, Stefania. *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*. Roma: Istituto per gli Studi Economici e Giuridici, 2011. p. 94.

²³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 253 (§ 159) e quadro da p. 255. Embora na p. 540 (§ 229) afirme que, por exemplo, o consentimento do locador para a cessão de locação seja ato jurídico *stricto sensu*.

elemento volitivo, e os defeitos estão justamente nesse elemento que é comum a ambos. Por isso, o enquadramento do consentimento informado em uma ou outra categoria não tem relevância prática suficiente a tornar imprescindível essa classificação. As adaptações quanto a incidência de uma ou outra figura jurídica específica dependerá de uma análise de cada uma delas.

O sistema jurídico alberga esse poder de autogestão dos interesses do paciente, ainda que parcial sob determinados aspectos, e, nisso, não há possibilidade de escolha de um “tipo negocial” que melhor sirva aos seus propósitos, pois o tipo é um só, a decisão-deliberativa-concordante com contornos específicos, mediante consentimento.

No entanto, não é ato jurídico *stricto sensu*, embora admita-se que o consentimento sirva para suprimir uma “situação impeditiva ao cumprimento da prestação médica”²³¹. Isso reforça a ideia antes delineada, de que não são eficientes para esse fim os critérios de categorização e de produção de efeitos predeterminados para diferenciar ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

E, nesse contexto, reforçam-se os três pontos centrais probatórios que envolvem as funções do consentimento informado: (1) como prova de pré-exclusão de uma suposta ilicitude na intervenção médica e como prova desta; (2) como possível meio de prova do cumprimento da obrigação de repasse de informações ao paciente e (3) como prova do exercício da autogestão do paciente, com a sua permissão para um procedimento e a indicação de seus contornos e limites.

Feitos esses esclarecimentos, e respondido o questionamento explicitado na introdução, e em especial a partir das funções exercidas pelo consentimento informado, percebe-se que este está imbricado com as noções de liberdade e autonomia, bem como correlacionado com o contrato de prestação de serviços médicos, quando existente, o que será visto no próximo tópico.

3.3 O consentimento e o contrato de prestação de serviços de assistência médica

O paciente do atendimento eletivo pode chegar até o médico por meio do serviço público de saúde (nele o vínculo se estabelece entre o Estado e o paciente, e é de natureza extracontratual), do atendimento decorrente de plano de saúde (com vínculo formado entre o paciente e o médico da rede credenciada, sob responsabilidade do plano de saúde), de seguro

²³¹ STEFANELLI. Stefania. *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*. Roma: Istituto per gli Studi Economici e Giuridici, 2011. p. 94.

saúde (cujo vínculo se estatui entre o médico e o paciente) ou por contato direto para atendimento privado.

Na última das hipóteses mencionadas, forma-se o contrato de prestação de serviços que permeia o atendimento do paciente pelo médico, e é no atendimento que o médico e o paciente dialogam a respeito do diagnóstico, tratamento e prognóstico que envolva a saúde deste e, conforme as circunstâncias concretas, pode ser construído o consentimento ao ato médico, de modo correlato (concomitante ou posterior) ao mencionado contrato de prestação de serviços médicos.

Embora o consentimento informado e o contrato de prestação de serviços de assistência médica - associados ou dissociados -, mantenham uma coerência, e cada um preserve a sua identidade negocial própria²³², ambos são conjugados, complementados e inter-relacionados, na forma exposta neste item. São negócios coligados por natureza e por conteúdo, porque em regra não pode haver intervenção médica sem consentimento do paciente, ao mesmo tempo que o consentimento do paciente existe para um concomitante ou subsequente ato médico.

Conforme Pereira, há uma “relação obrigacional complexa”, que configura um “contrato relacional”, não limitado a um “dever principal (tratamento adequado), mas abrangente de conjunto de deveres acessórios (consentimento informado, documentação, sigilo de informações e de dados)”²³³, pois é mais amplo que isso, e envolve vários figurantes (médicos, pacientes, equipes de atendimento em saúde, clínicas, hospitais ou outras estruturas juridicamente formadas) para a prestação de serviços médicos.

Na visão do STJ, a relação entre médico e paciente “é uma prestação de serviços especial”, que vai além do mero atendimento ao paciente, “cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância”, “entre os quais está o dever de informação”²³⁴.

Para Tepedino esse vínculo seria uma “locação de serviços *sui generis*”, atraindo “à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da avença”, pois o objeto da prestação médica abrange “além da intervenção

²³² A diferença entre a unidade e a pluralidade de negócios jurídicos, como se vê, não diz respeito ao número de negócios, que podem ser vários em ambas as espécies, mas reside na unidade ou pluralidade da especificidade própria e ao fim comum dos negócios. Se há preponderância da especificidade própria de um deles, à qual todos os negócios a ela são subordinados, existe unidade. Se cada qual tem a sua especificidade própria, o caso é de pluralidade. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 312.

²³³ PEREIRA, André Dias. Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. *Revista portuguesa do dano corporal*. Coimbra. APADAC. Ano XXV. n. 27. dez./2016. p. 25-38. p. 26.

²³⁴ STJ. 4a Turma. REsp n. 1.540.580. Rel. (para acórdão) Min. Luis Felipe Salomão. J. em 02/08/2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018.

técnica, dirigida à cura propriamente dita, os deveres mencionados, que dão conotação peculiar ao contrato, fazendo-o atípico, diverso da locação de serviços convencional disciplinada pelo Código Civil"²³⁵.

No contrato de prestação de serviço médico, esse profissional assume a obrigação de realizar um ato médico (prestação nuclear e maior nota tipificadora desse tipo de contrato), em proveito do paciente ou no atendimento de legítimo interesse deste, recebendo por esse serviço uma retribuição convencionada. Esse contrato socialmente típico (e típico é o contrato de prestação de serviços)²³⁶, contempla uma atividade técnica que envolve intelecto e em geral integra associadamente uma atividade braçal. Nele, o médico não assume um compromisso de curar um enfermo, mas compromete-se a aplicar técnicas adequadas ao atendimento do paciente, segundo as boas práticas médicas.

É possível que o paciente não queira se submeter a um tratamento que seria o recomendado à sua situação clínica, mas que não lhe acarrete uma cura, porque a doença que o acomete é incurável, v.g., embora tencione um atendimento que lhe proporcione qualidade de vida. Nesse exemplo, o processo de consentimento começa a atuar antes mesmo da definição da forma pela qual o atendimento será conduzido na parte que toca ao tratamento a ser utilizado.

O consentimento informado tem feição conceitual diferenciada, pois é o meio e o instrumento para circunscrever o campo da atuação médica em um determinado caso. É igualmente a permissão do paciente para um ato médico, representando o exercício da autodeterminação deste, bem como serve para atribuir licitude ao ato médico (porque legitima uma intervenção). O consentimento informado dará o contorno do ato médico a ser realizado e que é o núcleo do contrato de prestação de serviços médicos.

A realização de um ato médico não depende necessariamente de um contrato de

²³⁵ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista jurídica*. Porto Alegre, v. 51, n. 311, set./2003. p. 18-43. p. 19.

²³⁶ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Contratos atípicos*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 59 e ss.

Farah afirma que essa qualificação não seria relevante: "O contrato médico-paciente tem sido chamado de contrato inominado ou atípico ou *sui generis*. O conflito a respeito deste assunto, na doutrina, leva à conclusão de que ele não tem *nomen iuris* previsto em lei. Na realidade, o atendimento médico compreende pluralidade de atos relativos a cada doença na complexidade do corpo humano, o que implica a impossibilidade de enquadramento legal apropriado. Ademais, não é relevante tal definição porque o ordenamento jurídico no Brasil é indiferente a tal detalhe, já consagrado tratar-se de contrato de prestação de serviço. Os profissionais liberais têm características próprias, que não se adequariam ao contrato de critério único, como ocorre com o contrato de trabalho, submetido a regras de subordinação hierárquica e dependência econômica, por força de leis próprias ou especiais. As relações jurídicas que acarretam atividades pessoais, e cujo resultado não é assegurado como condição ou obrigação contratual, é um contrato de serviços. Este é o contrato que se forma entre o médico e o paciente. O art. 104, CC/2002, quanto ao tema do objeto do contrato médico, quer que ele seja lícito, possível, determinado ou determinável". FARAH, Elias. *Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. Doutrinas essenciais de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out./2011. v. 5. p. 349-388, trecho do item n. 50.

prestação de serviços entre médico e paciente, diferentemente do consentimento informado. Sem esse consentimento, a intervenção médica em um paciente é considerada um ato ilícito e conduta penalmente tipificada²³⁷.

E, na maior parte das vezes, o contrato não é escrito, pois as consultas costumam ser agendadas por pessoas vinculadas ao médico (geralmente em secretaria) ou mesmo *on-line*. Outras vezes, nas populares “consultas encaixadas”, a pessoa dirige-se diretamente à secretaria para aguardar o atendimento quando houver disponibilidade, no mesmo dia. A informalidade nesses casos é a marca do atendimento médico, sem que seja admissível exigir maiores formalidades, exceto no que tange aos seus contornos básicos (o paciente é atendido e o médico é remunerado e faz uso do seu tempo, destinando-o ao atendimento).

Em geral, há liberdade de estruturação de conteúdo tanto de um (o consentimento informado) quanto do outro negócio (um possível contrato de prestação de serviços concomitante ou subsequente), pois o paciente pode modular a permissão contida no consentimento, quanto ao seu conteúdo, extensão e efeitos, com possibilidade de retratação a qualquer tempo, e isso não é fator que possa influenciar a natureza dos atos, conforme mencionado no capítulo 3.2.

E há bilateralidade nos dois negócios. A bilateralidade no consentimento ao ato médico está no fato de que esse profissional assume o compromisso de prestar as informações ao paciente (que são essenciais à validade do consentimento), explicita dialogicamente o que se dispõe a fazer e a não fazer e este decide, autoriza o ato médico, e assume o ônus de cooperar para que o atendimento atinja seus propósitos esperados pois, sem isso, o médico pode legitimamente recusar o atendimento.

No contrato de prestação de serviços médicos, igualmente há bilateralidade, embora com conteúdo obrigacional distinto, decorrente da geração de obrigações para ambas as partes, sendo que a principal obrigação assumida pelo médico nesse contrato é a de realizar o atendimento e a do paciente é a de efetuar o pagamento da remuneração convencionada, pelo serviço contratado.

Na recusa de atendimento, assume protagonismo o inc. VII do Capítulo I do CEM do CFM, que trata dos princípios fundamentais, prevendo que “o médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje”, exceto nas “situações de ausência de outro médico, em

²³⁷ Ainda que forma sumária em razão dos limites deste trabalho, convém referir que, em regra, a natureza da responsabilidade do médico é, em geral, contratual, embora possa ser extracontratual em determinadas situações como, por exemplo, omissão de socorro ou emissão de atestados falsos.

caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente”.

No contrato de prestação de serviços em geral, costuma-se dizer que há independência técnica do profissional contratado²³⁸, e, no que pertine ao contrato de prestação de serviço médico, em geral, embora haja independência do médico em relação a técnica a ser utilizada e a forma de condução do atendimento, isso somente pode ser posto em prática mediante o consentimento do paciente (mediante escolha deste, havendo opções admissíveis para atingir um determinado resultado).

Com isso, quer-se dizer que a independência técnica nesse tipo de contrato é aquela livre de ingerências externas alheias e prejudiciais aos interesses legítimos do paciente, sendo que ao médico compete o dever de agir com perícia e utilizando técnica adequada, embora caiba ao paciente a decisão quanto a se submeter a um atendimento, tratamento ou intervenção, ou, ainda, caso a decisão seja pelo atendimento, é o paciente quem decidirá sobre qual a técnica que será empregada (havendo mais de uma, que permita uma decisão do paciente) e a forma de condução dos trabalhos no que lhe couber, na forma que será vista neste trabalho.

Tanto no contrato de prestação de serviços médicos quanto no consentimento para o ato médico há consenso e exige-se a habilitação profissional daquele que executará o atendimento convencionado. No consentimento, o consenso ocorre quando o paciente e o médico estão dispostos a construir um processo de consentimento, o primeiro querendo e tendo condições de decidir, e o médico aceitando participar desse processo e transmitindo as informações ao paciente, que as recebe, reflete sobre elas e toma uma decisão, externalizando-a. O médico, ao aceitá-lo, prossegue no atendimento do paciente, no contrato de prestação de serviços, e, nesse, a consensualidade está nas vontades alinhadas, em cada uma das suas obrigações e deveres, de forma comutativa, embora comumente não haja obrigação do médico quanto a um determinado resultado, em face das próprias vicissitudes técnicas e das pessoas envolvidas, que circundam os atos que compõem o atendimento²³⁹.

O consentimento informado e o contrato de prestação de serviços médicos são distintos em vários aspectos, embora, repita-se, sejam complementares e inter-relacionados, pois a finalidade permissiva está no consentimento, e no contrato de prestação de serviços

²³⁸ LÔBO, Paulo Netto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 353 e USTÁRROZ, Daniel. *Contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 133.

²³⁹ Reconhece-se que há divergência doutrinária quanto a obrigação do médico ser de meio ou de resultado na cirurgia plástica estética. E, quando a jurisprudência afirma ser de resultado, acaba fazendo incidir a responsabilidade objetiva, e não a inversão do ônus da prova. Esse aspecto não cabe nesse trabalho. Assim, para esclarecimento, veja-se BORGES, Gustavo. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014.

médicos a finalidade é atendimento médico em si.

Em ambos a forma é livre. Ao consentimento informado, embora bilateral, basta que seja firmado unicamente pelo paciente para existir quando emitido sob a forma escrita, enquanto que o contrato de prestação de serviços médicos, igualmente quando escrito, deve ser firmado tanto pelo médico quanto pelo paciente.

No que toca às partes, não há necessariamente correspondência entre quem participa do consentimento informado e quem assume a qualidade de parte em um contrato de prestação de serviços médicos, o que pode ser visto também quanto a quem será contratado para prestar serviços médicos e a quem terá capacidade civil para contratar esses serviços²⁴⁰.

Conforme Farah, a atividade médica pode desencadear-se por “múltiplas formas” (“independente, autônoma, com subordinação empregatícia, em grupos, em convênios etc.”), conquanto primordialmente tenha caráter personalíssimo (“caso do paciente que exige que os serviços sejam prestados por determinado médico, no qual deposita confiança”), pois, em regra, o atendimento somente poderá ser realizado por um médico distinto daquele contratado pelo paciente nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, “para serviços que lhe seriam da sua exclusiva obrigação ou competência”. É possível, no entanto, “que a substituição ocorra com o consentimento, expresso ou tácito, do paciente, que passa a ter vínculo obrigacional com o substituto. Na hipótese de urgência ou de emergência, a substituição, sem consentimento, se justifica, assumindo o substituto a responsabilidade por danos, se tiver atuado com culpa”²⁴¹, e, no atendimento por corpo clínico, é admitida a atuação de qualquer profissional componente deste.

Assim, conquanto quem sempre consinta seja um paciente (pessoa humana, portanto), pode ocorrer que tanto um quanto outro negócio sejam firmados entre um

²⁴⁰ Farah faz as seguintes considerações quanto ao atendimento médico solicitado por terceiro: “A solicitação do atendimento médico por terceiro pode ocorrer por generosidade, solidariedade humana, cumprimento de dever legal de socorro ou ser proveniente de um contrato. O terceiro pode assumir os encargos do atendimento de modo voluntário ou expresso. Trata-se de contratos previstos nos arts. 436 a 438 do CC/2002, sob a rubrica “a estipulação em favor de terceiro”. Constam, no caso, as três partes necessárias: aquele que estipula a obrigação, o médico prestador do serviço profissional e o paciente, beneficiário da vantagem patrimonial gratuita. Ainda o Código Civil, nos arts. 861 a 875, dispõe sob a rubrica “da gestão de negócios”. No art. 861, CC/2002, o texto legal é de fácil inteligência na conceituação do gestor: “Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar”. Os demais artigos (arts. 862 a 875, CC/2002) estabelecem as regras pelas quais o gestor deve atuar na defesa dos interesses do dominus. Há divergências sobre quem deve pagar os encargos do atendimento médico. Tudo indica que ambos ficam responsáveis. O gestor porque atua em nome do *dominus*, e este porque beneficiário do atendimento médico”. FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. *Doutrinas essenciais de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out./2011. v. 5. p. 349-388, trecho do item n. 20.

²⁴¹ FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. *Doutrinas essenciais de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out./2011. v. 5. p. 349-388, trecho do item n. 22.

determinado médico e um paciente; ou que o consentimento seja formado por um médico e um paciente, e o contrato de prestação de serviços constitua-se pelo paciente e uma determinada pessoa jurídica (o hospital ou clínica onde será prestado o atendimento), embora ambos negócios, em última análise, tratem de um mesmo ato médico.

Ainda, e em especial com o advento do EPD, é possível que o contrato de prestação de serviços seja firmado por um curador e o consentimento seja obtido (total ou parcialmente) de um paciente que tenha sua capacidade civil restringida para determinados atos patrimoniais, e não para atos que tratem de aspectos de sua existencialidade, como os que tratem da sua integridade psicofísica e sua correlação com o atendimento na área da saúde.

No tocante ao objeto, o do consentimento é essencialmente uma permissão para o procedimento, enquanto que o contrato de prestação de serviços é o serviço técnico a ser realizado pelo médico. A vontade na formação do consentimento informado é a externada pelo paciente de forma direta ou por meio de comportamento concludente, cujo conteúdo é um querer decidir e de efetivamente decidir e consentir, e no contrato de prestação de serviços o conteúdo dessa vontade é a de contratar o médico para a realização de um determinado ato técnico.

O consentimento informado não comporta pagamentos pecuniários ou retribuições com abrangência econômica direta ou indireta (embora em alguns casos possa prever eventuais reembolsos), e no contrato de prestação de serviços médicos a monetarização dá-se pela remuneração a ser convencionalizada em favor do médico ou de sociedade empresária do ramo da saúde, em razão do trabalho contratado. Assim, o consentimento informado não está sujeito a equilíbrio econômico, comum em matéria de contratos com obrigações dessa natureza, enquanto que esse equilíbrio deve pautar o contrato de prestação de serviços médicos, uma vez que o serviço prestado deve guardar uma correlação de proporcionalidade quanto a remuneração convencionalizada.

E, no que respeita à onerosidade excessiva, sob a perspectiva da contraprestação financeira ao profissional, essa figura pode ter utilidade no contrato de prestação de serviços de assistência médica; e, sob o enfoque não econômico (uma vez que o termo onerar também significa “oprimir”, ou mesmo “sobrecarregar”), as eventuais obrigações do paciente não podem ensejar condutas incompatíveis, impraticáveis ou cuja execução seja difícil em face das condições deste.

Ademais, o consentimento informado não está sujeito à exceção de contrato não cumprido, porque não é contrato e sua natureza não comporta esse tipo de exceção. Essa exceção seria admissível para impedir a cobrança por serviços que não tenham sido prestados

ou cuja execução tenha ocorrido inadequadamente.

No que pertine a aplicação de multa por descumprimento, essa não é compatível com o consentimento informado, e sua incidência no contrato de prestação de serviços de assistência médica depende da análise do tipo de obrigação descumprida (por exemplo, a falta de pagamento dos serviços do médico ao tempo devido).

Outro ponto a destacar é que tanto o consentimento informado quanto o contrato de prestação de serviços de assistência médica não estão sujeitos a cumprimento compulsório (execução específica), tampouco através de terceiros nos aspectos existenciais, em face da sua natureza personalíssima²⁴², do próprio direito de autodeterminação do paciente e da sua incolumidade psicofísica, que são incompatíveis com a submissão involuntária deste a um determinado procedimento ou tratamento para o qual previamente tenha consentido, porque pode ser revogado a qualquer tempo. Igualmente não permite indenização ao médico na revogação do paciente.

No entanto, o art. 603 do CC estabelece que o rompimento do contrato sem justa causa imputável ao prestador de serviços, enseja obrigação do contratante de pagar “a retribuição vencida”, mais a metade do que ainda seria devido ao médico, equivalente a metade da soma das prestações a vencer, da retribuição devida ao médico.

Igualmente, é permitido ao médico que, no contrato de prestação de serviços profissionais, insira ajuste no sentido de que o não comparecimento do paciente à consulta, exame ou procedimento, ou mesmo em outras hipóteses fáticas de revogação, possa ensejar a obrigação de pagamento do tempo que o profissional estava disponível e deixou de fazer outro atendimento, consequência essa admissível porque isso será considerado como violação contratual e não propriamente porque decorra da revogação do consentimento.

Assim, eventual pretensão indenizatória do médico em face da revogação do consentimento ou mesmo da não realização do ato médico, decorre de um descumprimento de obrigação contratual, e não em decorrência de eventual revogação do consentimento, até porque, por exemplo, permite-se que um determinado procedimento possa ser remarcado mantendo o consentimento e com a cobrança do tempo em que o médico esteve disponível para realização do ato na primeira data combinada e também a cobrança pelo trabalho efetivamente realizado na segunda data, tudo a depender do que seja pactuado entre as partes.

²⁴² Há quem entenda que sequer pode-se falar em nulidade: “Pretender a nulidade desses negócios jurídicos existenciais é inexecutável, razão pela qual compreende-se pela importância de uma readequação do conceito, permitindo-se as novas práticas e assegurando-se a tutela e seleção dos interesses jurídicos relevantes envolvidos”. LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Revista Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n.1, 2017. p. 1-22. p. 20.

O consentimento informado, é emitido pelo próprio paciente, que é o titular do esclarecimento (se for por terceiro será mera autorização, e não consentimento, o qual é personalíssimo).

Especificamente quanto à vontade na formação do contrato de prestação de serviços médicos, ela pode ser expressada de diversas formas, por exemplo:

(a) na confirmação do consentimento informado que tenha sido emitido previamente ao atendimento, que é o meio preferencial de obtenção da decisão e permissão (“*consinto que o meu atendimento ocorra da forma x*”);

(b) pela autorização dada por assistente ou representante legal, judicial ou convencional (procurador para cuidados em saúde) previamente ao atendimento, quando e no que não for possível obter a decisão do paciente (“*autorizo que o fulano seja atendido da forma x*”);

(c) pela emissão de uma simples exteriorização de vontade de atendimento (“*atenda-me*”) emitida independentemente da passagem prévia pelo processo de consentimento informado quanto à forma de atendimento, por decisão do próprio paciente (porque lhe foi previamente esclarecido de seu direito de ser informado e genuinamente o exercitou, permitindo ao médico que decida a forma de atendimento que esse profissional entender mais conveniente²⁴³);

Ou mesmo o vínculo pode ser estabelecido independentemente da vontade do paciente (consolidando-se como ato-fato, e não como negócio jurídico), quando for hipótese de atendimento independentemente de consentimento (por exemplo, nos que forem obrigatórios).

Conforme refere a doutrina, há uma feição dúplice no consentimento do paciente, seja como “consentimento-aceitação”, dirigido à “conclusão de um contrato médico, pois todo contrato supõe um consentimento válido das partes”, seja como “consentimento-assentimento” para o ato médico, “que representa o corolário do direito do paciente a fazer respeitar a sua integridade física e a dispor do seu corpo”²⁴⁴.

A vontade é essencial ao contrato, embora no consentimento informado não o seja à

²⁴³ No tocante à renúncia ao atendimento, veja-se o teor do enunciado n. 403 da V Jornada de Direito Civil: “O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante”. Disponível em: <www.cjf.jus.br>. Acesso em: 29 ago. 2018.

²⁴⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 138.

existência do contrato de prestação de serviços médicos, somente apresentando-se como condição de validade naqueles casos em que seja possível a passagem pelo processo de consentimento (que haja condições apropriadas, como o tempo mínimo para sua ocorrência; que seja hipótese de atendimento dele dependente, etc.).

3.4 Negócios jurídicos existenciais e de lucro

Conforme referido nos capítulos anteriores, o negócio jurídico tem um protagonismo no direito civil, notadamente os contratos, porque tradicionalmente foram concebidos para servirem como veste jurídica de operações econômicas²⁴⁵. No entanto, o negócio jurídico não se limita aos contratos e tampouco ficou infenso à ressignificação de inúmeros institutos, categorias e figuras do direito civil, pela necessária contextualização de suas características, funções, modo de interpretação, conteúdo e efeitos, que considerem a tríade fato, valor e norma²⁴⁶ com sua devida atualização e pela consideração do ser humano concretamente pelo que *é* e não apenas pelo que *tem*, juntamente com seus legítimos interesses individuais - não desconsiderados os da sociedade -, assim como o ordenamento jurídico, de modo sistemático.

Os negócios jurídicos compõem classificação assaz ampla, a contemplar os denominados “negócios jurídicos extrapatrimoniais”, que envolvem direitos sem expressão econômica imediata, em especial os direitos personalíssimos. Embora possa ocorrer de encerrar conteúdo econômico, quando isso ocorre, o é de modo periférico ou mediato²⁴⁷. Com isso, torna-se tecnicamente mais adequado o enquadramento nessa categoria, de ajustes sem repercussão econômica mediata ou imediata quanto aos seus figurantes, tal como ocorre, por

²⁴⁵ “Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. p. 11.

Aguiar Jr. lembra que “também o contrato empresarial pode não ter a finalidade de lucro, como acontece no acordo de acionistas, que é um contrato empresarial, mas pode não ser de lucro (acordo de gestão)”. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro. Padma. v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. p. 105.

²⁴⁶ “[...] onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor”. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 65.

²⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 306 (§ 55).

Conforme Ráo, “a vontade deve ter por escopo um fim prático que não precisa ser, necessariamente, de ordem patrimonial ou econômica, bastando que seja tutelado pelo direito”. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 53.

exemplo, nos ajustes que tratam de materiais genéticos reprodutivos, que estão em clínicas de fertilização, ou mesmo o consentimento informado, como será visto.

Assim, os negócios jurídicos existenciais (em especial os contratos existenciais) tratam de atos relacionados a interesse, atributo ou algo imaterialmente considerado que tenha valor não imediatamente econômico, que seja albergado pelo direito por ser conveniente ou vantajoso ao seu titular e do qual possa extrair proveito, utilidade ou benefício juridicamente tutelado ou tutelável.

Os contratos existenciais tratam de objeto com uma vinculação às “necessidades vitais”, “de sobrevivência digna e de realização da personalidade da pessoa”, podendo ou não conter prestação patrimonial concomitante, prévia ou sucessiva. Estão vinculados, *v.g.*, aos pactos no campo da saúde, subsistência, intimidade, planejamento familiar e de vida (inclusive na sua socialidade imaterial) e integridade psicofísica, porque há nele um interesse “de realização existencial da pessoa humana”²⁴⁸.

Nesse sentido, o contrato de prestação de serviços médicos e o consentimento informado possuem feição existencial.

A noção contemporânea de pessoa faz com que o *sujeito de direito* (ou, melhor, o ser humano *no* direito) sinta-se juridicamente acolhido ao ter recepcionada toda a sua potencialidade de gerenciamento de seus interesses, atributos ou algo imaterialmente considerado e juridicamente tutelado não apenas no campo patrimonial ou econômico, habilitando-o com maior ênfase ao trânsito jurídico nas situações existenciais, interesses sem representação econômica imediata, ou mesmo em relação aos atributos ou manifestações pessoais em qualquer campo (até mesmo no virtual), inclusive sobre seu corpo e a sua integridade psicofísica, tudo entendido como parte integrante de sua própria identidade.

Trata-se de um “poder do indivíduo sobre si mesmo”, que “se exprime nos direitos inerentes à própria personalidade, direito à vida, à honra, ao respeito, à integridade física e moral, ao nome, etc.”, e que se “projetam sobre as manifestações desta personalidade, como o trabalho físico ou mental”. Aqui, a autodeterminação quanto aos próprios interesses psicofísicos compreende um “poder sobre si mesmo, mas só pode ser exercido no limite da manutenção da sua integridade”²⁴⁹.

Assim, o negócio jurídico, passa na contemporaneidade a atribuir maior ênfase a elementos que podem ser estritamente patrimoniais; patrimoniais e existenciais ou puramente

²⁴⁸ BIZELLI, Rafael. *Contrato existencial: evolução dos modelos contratuais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 306-307.

²⁴⁹ PEREIRA, Caio Maio da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 36-39.

existenciais, em uma extensão de autogestão pessoal da qual a autodeterminação deve servir para atender a interesses juridicamente tutelados ou tuteláveis de modo justo e respeitante da dignidade da pessoa humana (por isso que, *v.g.*, a realização de contratos deve dar-se sob ditames da boa-fé objetiva, da função social, etc., diretamente aplicáveis como preceitos que atuam como sentinelas de uma justa autonomia materialmente considerada, situada na proteção individual das decisões, desde que esteja em sintonia com justos anseios assentados ou assentáveis juridicamente).

O negócio jurídico pode cumprir função econômico-social ou de atendimento de interesse existencial individual, conquanto seja importante esclarecer que esse fenômeno não representa um esvaziamento da “carga valorativa da tutela dos interesses patrimoniais” mas, sim, a sua funcionalização²⁵⁰ de modo compatível com o livre desenvolvimento da personalidade humana ou ao menos de modo que não a prejudique, seja porque ela não o tangencia (por exemplo, nos contratos empresariais), seja porque, quando dele tratar, seus termos são estabelecidos de modo a atender a esse propósito.

Veja-se, por exemplo, um contrato no qual duas pessoas tratem de seu material genético reprodutivo: não há constituição onerosa de direitos, tampouco ajuste de adimplemento de obrigações previamente assumidas, mas há causa, há motivo determinante, há objeto lícito, agentes e uma forma admissível.

O contrato, principal molde de negócio jurídico segue sendo visto como um ajuste que não tem necessariamente objetivo econômico. Há contratos com atribuições econômicas (aqueles que contemplam aspectos de ordem patrimonial), há contratos sem essa atribuição (não formatam ajuste com conteúdo econômico imediato, que o ajusta na classe específica dos negócios jurídicos existenciais²⁵¹) e outros com feição mista, conjugando ambas.

O negócio jurídico em si é, figurativamente, um *cume*. Quando envolve mais de um agente, costuma ser antecedido de negociações preliminares, expectativas, ajustes e comprometimentos prévios, conclusão, sucedida pelo cumprimento de sua função, permeado por deveres e obrigações principais e anexas e sem desconsiderar a eficácia pós-negocial, a representar um verdadeiro processo de direito material²⁵², protegido (e até mesmo controlado

²⁵⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina; VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*. Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014. p. 793.

²⁵¹ O direito geral de personalidade é um “direito subjetivo privado”, pessoal e não patrimonial, “insuscetível de ser reduzido a uma soma em dinheiro”, embora de sua afronta “possam decorrer direitos de indenização, com a sua natureza patrimonial”. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 614-616.

²⁵² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 84-85.

em nome de princípios, valores e normas superiores) juridicamente do seu início ao seu fim, sendo todas as fases entremeadas e permeadas por vinculações entre os titulares participantes, consideradas suas consequências quanto as pessoas afetadas, as circunstâncias, influências e reflexos coletivos²⁵³.

Aliado a isso, a contemporaneidade trouxe, além da maior luz a interesses existenciais da pessoa humana e ampla proteção jurídica destes; a “transsubjetivação (quem contrata não mais contrata somente com quem contrata)”; a “transobjetivação (quem contrata não mais contrata apenas o que contrata)”²⁵⁴; a intervenção estatal por meio do dirigismo contratual, etc., porque há uma constante necessidade de compatibilização entre autodeterminação, ordem pública e interesses constitucionalmente relevantes, e essa atividade pode ser exercida tanto antes quanto depois do cume do processo contratual, evitando-se apropriações ou expropriações indevidas, porque juridicamente injustificáveis.

Diz-se *cume*, porque, em geral, o exercício de atos que contenham disposição volitiva de direitos da personalidade é considerado como produto da autodeterminação, o qual advém de um negócio jurídico e este está sujeito ao influxo de normas constitucionais, inclusive do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, há possibilidade de não concessão de eficácia jurídica de caráter vinculante a todos preceitos oriundos de atos de autodeterminação, sendo admissível a ocorrência de medidas restritivas tanto nesse exercício quanto na sua validade ou eficácia pelo ordenamento, quando juridicamente justificável, uma vez que “a liberdade contratual não se justifica quando conduzir a iniquidades, e se atentar contra os valores incorporados nos princípios do programa constitucional”²⁵⁵, inclusive porque a liberdade contratual está jungida aos limites da função social do contrato e da boa-fé.

E a própria autonomia privada passa a admitir, de modo mais patente e aceitável, que a pessoa se autodetermine em seus aspectos de ordem existencial, como ocorre, v.g., com a redesignação sexual, com o uso de técnicas de reprodução assistida, com a biotecnologia, com as diretivas antecipadas de vontade em matéria de saúde ou com o consentimento informado para o ato médico.

Não obstante isso, reconhece-se que há inúmeros modos de formação e execução de um contrato, e, inclusive, há casos de contratos cuja formação e adimplemento podem se dizer simultâneos.

²⁵³ Teubner afirma que o sistema contratual é constituído por três níveis, sendo o primeiro o da interação (contemplando as relações entre as partes do contrato – faceta individual), o segundo o institucional (abrangendo o mercado e a organização – faceta coletiva), e o terceiro o social (constituído pela inter-relação estabelecida entre grandes subsistemas sociais – faceta setorial). TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993. Tradução de: José Engracia Nunes. p. 236.

²⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 30.

²⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 73.

Essa autonomia contempla “poderes juridicamente reconhecidos em exclusividade”, como o de “dirigir e conformar o seu próprio corpo”, inclusive para “se sujeitar ou não a tratamentos ou operações”, ou mesmo para firmar contratos ou realizar negócios unilaterais que “impliquem grande dispêndio de energias corporais ou riscos corporais”, que são lícitos enquanto não atentarem contra interesse superior (vida, integridade psicofísica, determinação legal, bons costumes ou princípios de direito) ou conflitarem com outro interesse com maior relevância em um dado caso concreto, ou mesmo quando não representarem disposição absoluta de direito de personalidade, pois é necessário preservar sempre o núcleo essencial de cada direito, que não é disponível e tampouco é renunciável²⁵⁶.

A capacidade de gozo dos direitos de personalidade é indisponível, conforme estabelece o art. 11 do CC²⁵⁷, e a disponibilidade cinge-se ao seu exercício, cuja regularidade depende de declaração ou comportamento que provenha de um prévio processo de informação livre e esclarecida. Figurativamente, podem ser visualizados diferentes círculos concêntricos, nos quais há um central com maior proteção jurídica e outros periféricos que a cada novo círculo vai sendo reduzida a esfera de indisponibilidade²⁵⁸: quanto mais importante o direito ou interesse envolvido, mais próximo ele estará do centro dessa imaginária representação circular.

Os ajustes necessários devem ser construídos dialeticamente, a considerar a hermenêutica como critério hábil ao exercício dessa tarefa, na qual o intérprete - reconhecendo que normas jurídicas contêm generalidade e abstração próprios de seus atributos estruturais, conquanto devam resguardar valores de justiça -, ao buscar “possibilidades dentro dos limites”, descobre os “sentidos formais, substanciais e prospectivos das figuras jurídicas em pauta”²⁵⁹, conformando valorativamente os conceitos jurídicos e assim permanentemente vai atualizando o sistema do direito²⁶⁰ como modo ordinário de

²⁵⁶ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 224-246.

O autor refere a existência de um círculo mínimo de liberdade (irrenunciável e indisponível), e de um círculo amplo desta, que em princípio é disponível, “a não ser que a isto obstem os princípios da ordem pública, os bons costumes ou disposição legal imperativa”. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 286-287.

²⁵⁷ CC. Art. 11. “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

²⁵⁸ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 407-408 e p. 326-328.

O autor refere a existência de um círculo mínimo de liberdade (irrenunciável e indisponível), e de um círculo amplo desta, que em princípio é disponível, “a não ser que a isto obstem os princípios da ordem pública, os bons costumes ou disposição legal imperativa”. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 286-287.

²⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 116.

²⁶⁰ “Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da ‘ordem’ no sentido do conceito de sistema, e

procedimento, desde que adequadamente fundamentado como deliberação prática proveniente de processo racional que é (e passível de revisão por instância superior, quando posto em juízo).

A partir disso, ou mesmo antes, seria natural questionar a respeito da conveniência de manutenção dessa nomenclatura, ou se seria conveniente tentar criar outra categoria dentro dos atos jurídicos *lato sensu*, somente para contemplar os atos relativos aos direitos de personalidade.

A partir dos ângulos em que se possa pensar, nesse momento, na adoção de uma nova nomenclatura, conclui-se que, em vez de resolver a questão, essa decisão poderia gerar mais dissensos, a começar pela criação de mais uma designação dentro de um sistema doutrinário que, por si, carrega complexidade e pluralidade de entendimentos. Não se pode olvidar, ainda, que o próprio CC trata os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Se o sistema pode ser adaptado e relido, não necessariamente precisa ser desconstruído.

Mota Pinto lembra que, em matéria de negócio jurídico, “no plano do direito constituído, a consagração legislativa da figura sempre obrigaria a aceitá-la”, de modo que se deve admiti-lo “sempre procurando, porém, desenvolver e precisar as valorações subjacentes e os seus limites”²⁶¹, no que se aproxima de Rosenthal, para quem a “sistematização do negócio jurídico continua sendo ferramenta fundamental para capturar as numerosas manifestações da autonomia privada e assegurar a sua coerente manipulação”.²⁶²

Adicionalmente, considere-se o argumento de que toda nova nomenclatura nessa área

por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na ciência do direito [...]”. “O papel do conceito de sistema é, no entanto, como se volta a frisar, o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. Tradução de: A. Menezes Cordeiro. p. 18-19 e 23.

Adicionalmente, nas palavras de Monateri, de um dado enunciado normativo permite-se extrair mais de uma regra, e por uma regra é possível obter distintas justificações, representações e modelos (“Il fatto é che per un dato enunciato normativo é spesso possibile ricavare piú di una regola, e per una data regola sono sempre possibili piú giustificazioni, piú rappresentazioni, piú modelli.”). MONATERI, Pier Giuseppe. *Pensare il diritto civile*. Torino: Giappichelli Editore, 1997. p. 152.

²⁶¹ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 59.

²⁶² ROSENTHAL, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 172. E complementa, na mesma página: “[...] parece que esse debate é apenas o pano de fundo para colocar em campos distintos aqueles que defendem ou não a existência de uma parte geral no Código Civil. Ambas as soluções possuem méritos e deméritos, inexistindo um aparente vitorioso. No fundo, qualquer decisão será tomada com base em considerações pragmáticas.”

Não se olvidem, porém, as críticas a respeito do tema, expostas, dentre outros, por Orlando Gomes: “[...] a conservação da categoria negócio jurídico é a consagração de um retrocesso, e o propósito de reatualizá-lo numa parte geral do Código Civil, hoje despropositada, não passa de vã tentativa para salvar valores agonizantes do capitalismo adolescente, quando não sejam crassa ignorância em doutores de que a categoria pandectística foi elaborada num contexto jurídico ultrapassado, e para atender às exigências de uma ordem econômica e social que deixou de existir”. GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 89.

estaria sujeita a problemas, pelo fato de que as próprias relações e o exercício de posições jurídicas na atualidade são complexas e não necessariamente “puras” ou estanques.

O reconhecimento do negócio jurídico existencial como uma “especialidade” dentro dos negócios jurídicos mantém conceitos e designações já consagrados²⁶³ e pode ser mais eficiente, embora não necessariamente perfeito, seja pela constatação de impossibilidade de classificações absolutamente puras nessa seara, seja pelo fato de que algumas figuras jurídicas vinculadas ao direito contratual clássico patrimonial não são aplicáveis aos negócios existenciais, como será visto no decorrer do capítulo 4.

Mais especificamente, quanto ao “conteúdo juscivilístico do corpo humano”, que é “uma realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma”, em seus “múltiplos elementos anatômicos que integram a constituição psicossomática” humana²⁶⁴, quando se admite que os negócios jurídicos tenham uma feição existencial, deve-se compreender que é possível a inserção de partes do corpo destacadas ou não como parte de negócios jurídicos não monetizados, embora seja certo que cada negócio ensejará uma distinta análise, pois nem todo ajuste que trate do corpo e suas partes é admissível.

Por isso, permite-se, por exemplo: a participação de seres humanos em pesquisas de tratamentos ou diagnósticos regulada mediante negócio jurídico; o contrato entre casal que trate da condução, preservação e destino de seu material genético; a doação de material genético; o ajuste do qual resulte a doação de órgãos entre pessoas vivas; os contratos de prestação de serviços médicos para esterilização humana, para redesignação sexual, para a realização de cirurgias plásticas estéticas ou as reparadoras, para aplicação de técnicas de reprodução humana assistida; o contrato de prestação de serviços de análises clínicas diagnósticas, inclusive de diagnose genética; a doação de sangue, todos exemplos obviamente não sujeitos à remuneração (exceto quanto aos serviços executados, e não propriamente quanto ao conteúdo referido nos exemplos) e consideradas as suas particularidades, hipóteses admissíveis e observados os ditames legais incidentes²⁶⁵.

²⁶³ “(...) na técnica jurídica, negócio jurídico é expressão consagrada a doutrina moderna”. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 138.

²⁶⁴ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 213-214.

²⁶⁵ Porém, reconhece-se o entendimento contrário exposto por Pontes de Miranda, ao tratar do corpo humano e sua relação com o direito, no sentido de que “a inserção da parte corporal separada no rol das coisas suscetíveis de direito é ato jurídico *stricto sensu*. A vontade é elemento do suporte fático. Ato jurídico *stricto sensu*, com que se exerce direito formativo gerador”.

Pontes de Miranda também afirma que “antes de separada a parte do corpo, nenhum negócio jurídico se cria tendo-a como objeto no presente; portanto, não existe negócio jurídico” porque “não produz efeito de obrigar a separar, nem a indenizar, porque seria negócio jurídico ilícito [...]: o negócio jurídico vale e produz efeito no que é promessa de prestar, se o promitente resolver separar, e.g., se cortar os cabelos”. MIRANDA, Pontes de.

Nesses exemplos, não há uma comercialização monetizada sob uma racionalidade de mercado (a pessoa humana em seus interesses imateriais vinculados ao próprio corpo não está submetida à lógica do comércio para bens materiais²⁶⁶ e não há propriamente uma contratualização mercantilizada de direitos personalíssimos), mas há ajustes entre figurantes quanto a aspectos práticos, ou especificamente bioéticos, que envolvam as condutas das partes, coleta, gerenciamento, guarda e uso de material biológico, etc. Ao jurista cabe refletir a respeito de um negócio jurídico existencial sob a consideração da necessária preservação dos legítimos interesses da pessoa humana, sua vida, dignidade, autonomia, individualmente considerada, sem desconhecer a sociedade, a socialidade e o meio ambiente, pensando nas consequências das decisões tomadas no presente e no futuro²⁶⁷.

Há, ainda, os exemplos de disposição de elementos integrativos da personalidade da pessoa humana que envolvem contraprestação financeira, como, por exemplo, a venda de cabelos humanos, a cessão de direito de imagem, o contrato de trabalho, a realização de práticas esportivas de risco, que envolvem atividades que são juridicamente aceitáveis porque não ensejam renúncia absoluta, porque são socialmente aceitas ou porque se entende que eventual disposição não será excessivamente gravosa ou inconcebível²⁶⁸.

Nesse ponto, não se pode deixar de mencionar que, sob o aspecto específico dos contratos, há mais de dez anos, Azevedo também sustentou que há contratos existenciais e contratos de lucro. No primeiro, uma ou ambas as partes naturais ou jurídicas sem fins lucrativos, as quais concretizam o contrato para satisfazer necessidades vinculadas à sua subsistência. No segundo, estão os contratos não enquadrados nesse primeiro conceito, celebrados com intuito de obter lucro. Ambos contratos, segundo o autor, deveriam receber tratamento distinto, com a tendência de maior proteção, nos contratos existenciais, à vida, à integridade psicofísica, à habitação, etc., e menor interferência judicial nos contratos de lucro, preservando-se com maior ênfase o que fora pactuado²⁶⁹.

Tratado de direito privado: parte geral. T. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 67 (§ 116).

A doutrina francesa refere que essa concepção está ultrapassada (ARNOUX, Irma. *Les droits de l'être humain sur son corps*. Talence: Presses Universitaires de Bordeaux. 1995. p. 28).

²⁶⁶ Veja-se o Artigo 21 da Convenção de Oviedo: “Proibição de obtenção de lucros. O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros.”

²⁶⁷ “A bioética não poderá preocupar-se apenas com os caminhos para a solução dos problemas bioéticos; deverá levar à aquisição de hábitos éticos e de qualidade de caráter. A bioética e a biossegurança necessitam averiguar a legitimidade, ou não, do uso das novas tecnologias da engenharia genética para transformar a qualidade de vida das pessoas.” DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 37.

²⁶⁸ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 408-409.

²⁶⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008. O autor apresenta como exemplo dos contratos existenciais o contrato de trabalho, contratos de consumo, de locação

Aguiar Jr.²⁷⁰ conciliou esse pensamento com o “paradigma da essencialidade” cunhado por Negreiros, para quem os contratos devem ser reclassificados segundo a natureza do bem (e sua “utilidade existencial”, entendida esta como “o grau de imprescindibilidade da aquisição ou utilização pessoal do bem em questão para a conservação de um padrão mínimo de dignidade de quem dele necessita”) de modo que, naqueles que tratem de bens essenciais, deve haver primazia para as situações existenciais frente às patrimoniais, com a correspondente sujeição daquelas a um regime tutelar diferenciado e mais protetivo à parte vulnerável (“assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão”), reservando-se à regência predominante dos princípios contratuais clássicos àqueles que tratem de bens “supérfluos”²⁷¹.

Aguiar Jr. afirma que a finalidade da adoção desse paradigma é a de permitir aos contratos existenciais “um regime único que dê lugar à realização da sua função social, seja interna (equivalência), seja externa (concretização dos fins sociais para os quais existe o contrato), garantindo e assegurando os valores inerentes à dignidade da pessoa”, bem como justificando a aplicação das seguintes premissas: (a) considerar o interesse social que o contrato buscou satisfazer na decisão sobre a sua manutenção ou extinção; (b) ponderar as condições das partes e a “possibilidade de a prestação satisfazer o interesse do credor” na “definição sobre o cumprimento da obrigação”; (c) garantir uma justa indenização à parte que sofrer os efeitos da extinção na rescisão unilateral de contratos por tempo indeterminado; (d) evitar a resolução quando for possível aplicar a teoria do adimplemento substancial; (e) aplicar cláusula resolutiva expressa apenas “quando for clara, bem-informada e não abusiva”, embora seus efeitos devam ser considerados tendo em conta a gravidade da medida na esfera de quem experimentará tais efeitos; (f) buscar ao máximo a manutenção dos contratos que tratem de bens vitais; (g) limitar cláusulas de revisão ou resolução em contratos relacionados à previdência e aos seguros de vida ou de saúde²⁷².

Trata-se de uma análise sob o foco contratual, mas que, para os fins deste trabalho, acentua a necessidade de proteção jurídica aos negócios que tratem de questões existenciais da pessoa humana ou que lhe sejam essenciais, valendo lembrar que, mesmo com todo o

residencial, de aquisição da casa própria, etc. e dos contratos de lucro os de agência, distribuição, transporte, franquia, etc.

²⁷⁰ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro. Padma. v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

²⁷¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 459 e 463. Na p. 459, a autora também refere que: “[...] a classificação dos bens em essenciais, úteis e supérfluos e sua utilização como fator de diferenciação dos contratos que tenham por objetivo a sua aquisição ou utilização são propostas interpretativas perfeitamente compatíveis com tais esquemas, desde que se lhes imprima uma nova luz: a da primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais”.

²⁷² AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma. Ano. 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. p. 106 e 108.

esforço de classificação empreendido, o estudo de casos concretos demonstra que o sistema jurídico pode não contemplar soluções herméticas, em especial quando estão em pauta direitos de personalidade, dotados “do atributo da elasticidade” quanto à abrangência da tutela da pessoa humana e da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana em “todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo”²⁷³.

Nesse momento, importa fazer uma referência às distintas correntes doutrinárias do negócio jurídico, apenas para pontuar a sua existência e distintas nuances, o que será objeto do próximo tópico deste trabalho.

3.4.1 Breve referência às diferentes correntes doutrinárias do negócio jurídico

De acordo com o que foi visto nos itens precedentes, há negócios jurídicos no exercício de direitos em que o ordenamento jurídico concede ao titular a possibilidade de autogestão voluntária (quista) de seus interesses, com possíveis existência e eficácia jurídica, atribuindo-lhe um vasto poder de disposição (dentro do que for juridicamente permitido), quanto ao surgimento e conteúdo desses negócios, ou deixando para que a própria ordem jurídico-social o determine, caso o titular deixe de estabelecê-lo ou o faça de maneira insuficiente ou inadequada.

Pode-se afirmar que, no negócio jurídico, há uma manifestação ou comportamento que cria, modifica, garante ou extingue uma situação jurídica²⁷⁴ ou uma relação jurídica. É, tradicionalmente, concebido como instrumento destinado à realização da autonomia privada no que respeita às suas relações e interesses com os demais atores sociais civilmente capacitados.

Todavia, o direito de realizar negócios jurídicos não é ilimitado, sendo exercitável

²⁷³ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58. p. 51.

²⁷⁴ Entende-se por *situação jurídica* a situação fática que ingressa no mundo jurídico, tendo uma ou mais posições (ativa, passiva – simples; ou ativa e passiva - complexa), a qual engloba o direito subjetivo como parte integrante e contempla um complexo de direitos e de deveres e que pode ser subjetiva (tratando precipuamente direitos), ou objetiva (a ocupar-se preponderantemente de deveres). Há direitos subjetivos que submergem como prerrogativas próprias aos sujeitos, e que podem dispor como verdadeiros bens (v.g., os direitos de propriedade, de criação, de sucessão), enquanto que as situações jurídicas objetivas (p. ex., incapacidade, responsabilidade, casamento, filiação) nascem sob a base de uma regra jurídica, mas trazem em si mais encargos que verdadeiros direitos, e seus titulares não podem por esse motivo livremente deles desistir ou se desvencilhar (essas situações são mais numerosas no direito público). COSTA JÚNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 4-5 e IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 1978. p. 93-94.

desde que haja possibilidade dentro da ordem jurídico-social (sua extensão é variável e seus limites são predeterminados) e contanto que não afete indevidamente a esfera jurídica de terceiros.

O panorama acima traçado esboça essencialmente uma concepção voluntarista de negócio jurídico. Mas convém ressaltar que, doutrinariamente, há basicamente quatro configurações distintas para concebê-la: (a) “objetivas”, ou “preceptivas”, nas quais o negócio seria fonte de preceitos jurídicos, como se fossem normas jurídicas particulares (representadas essencialmente na teoria objetiva formulada por Kelsen²⁷⁵, e na variante preceptiva de Betti²⁷⁶) e centrando-se na função do negócio jurídico; (b) “subjetivas” ou “voluntaristas”, onde o negócio jurídico sintetiza o que provém da subjetividade (vontade) do titular, que compõe a sua base fundante e ponto central (Pontes de Miranda e Bernardes de Mello); (c) “estruturais”, onde reconhece-se a existência de gênese e de função ao negócio jurídico, não obstante a sua configuração esteja centrada essencialmente na sua estrutura (Junqueira de Azevedo²⁷⁷); e (d) “finalistas”, para quem vê o negócio jurídico como uma ou mais declarações de vontade destinadas à concretização de determinados efeitos práticos sob a

²⁷⁵ “Na linguagem tradicional a palavra ‘negócio jurídico’ é usada tanto para significar o acto produtor da norma como ainda a norma produzida pelo acto”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976. Tradução de: João Baptista Machado. p. 350-351.

Para Betti, é um ato com o qual a pessoa regula seus próprios interesses na relação com os outros, assim como é “essencialmente uma disposição, um preceito de autonomia privada” – o preceito é o próprio negócio jurídico. A essência normativa do negócio jurídico não se vincula à qualificação da vontade, em especial porque a autonomia privada por ele é considerada um autorregulamento pessoal. Para ele, o negócio jurídico apresenta-se como ato de autonomia ao qual o direito admite a produção de efeitos que se destinam a concretizar uma função socialmente útil. Por isso, é possível afirmar que a vontade passa a ser juridicamente relevante quando adquire contornos de uma declaração negocial. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 48-51, 53, 55 e 56.

Parece ser esse também o caminho de Couto e Silva, para quem o negócio jurídico é “o conceito que a dogmática estabeleceu, ao distinguir graus diferentes de valorização da vontade pelo ordenamento jurídico. Define-se, então, o negócio jurídico como o ato suscetível de ser condicional, de ser posto sob termo ou encargo. Quando possuir estes predicamentos, é denominado negócio jurídico. Conforme definição já definitivamente aceita, é ato de autonomia, de autorregulamento de interesses privados.” COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

²⁷⁶ Betti afirma que o negócio jurídico é um ato “pelo qual o indivíduo regula, por si, os próprios interesses, nas relações com os outros (ato de autonomia privada); ato ao qual o direito vincula os efeitos mais conformes à função econômico-social que lhe caracteriza o tipo (típica nesse sentido).” Pode ser uma declaração ou simples comportamento, contém e é essencialmente uma “estatuição”, uma “disposição, um preceito da autonomia privada dirigido a interesses concretos próprios de quem o estabelece”, “destinado a ter eficácia constitutiva”, para “realizar imediatamente os efeitos ordenativos na vida de relação” e os negócios servem “a uma função econômico-social dele característica” a qual ao mesmo tempo é considerada por quem o realiza e tomada em consideração pelo direito, “qualquer que seja a razão justificadora da garantia e sanção jurídica, e seja qual for o critério diretivo para a configuração dos efeitos ordenativos a ela conforme”. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 55-56.

Interesse, segundo Betti, entendido em sentido amplo, como “toda situação socialmente apreciável, ainda que desprovida de relevância patrimonial, suscetível de receber a proteção do direito” (p. 44, nota de rodapé n. 2).

²⁷⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

tutela do direito e que coincidem com a intenção de quem declarar (Mota Pinto²⁷⁸).

A primeira teoria foi muito criticada pelo fato de que, dentre outros motivos, o conceito de norma jurídica não permitiria a ideia de um preceito específico, além da constatação de que o exercício da autonomia pessoal seria fonte de relações jurídicas, e não de normas jurídicas (regulação de interesses próprios, na relação com outrem, criando-se vínculos jurídicos entre os seus titulares), sem prejuízo da afirmação de que não há como atribuir valor normativo ao que já provém de uma norma²⁷⁹, ou, ainda, não é possível reputar um negócio jurídico como norma, porque a norma é um fator de incidência, e não há como se falar em situação de equivalência, sem contar o ultrapassado viés jusracionalista presente nesse tipo de concepção, que reconduz o que pode à norma, e o negócio jurídico não é norma, ele é um ajuste quanto a aspectos da vida do agente que sejam passíveis desse tipo de arranjo.

A segunda teoria também foi alvo de objeções sob o argumento de que o enfoque sobre a vontade seria essencialmente psicológico e não objetivo, o que dificultaria a compreensão e aplicação da classificação dos atos jurídicos.

E a terceira apresenta pontos positivos, embora não tenha pensado na necessária diferenciação entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, e acabe também admitindo o papel da vontade na sua constituição, ainda que preponderantemente formal e não propriamente como elemento constitutivo no plano da existência, mas como requisito de validade ou mesmo como eventual fator de eficácia.

A quarta teoria, ao referir que o negócio jurídico há vontade que almeja a produção de certos efeitos práticos tutelados pelo direito, acaba também por equipará-lo ao ato jurídico *stricto sensu*, o qual também tem esse mesmo objetivo.

Reconhecendo-se o valor da crítica que afirma que uma recondução à psique para justificar os atos jurídicos em sentido largo, o fato é que a vontade é e ainda segue sendo importante vetor da vida jurídica, em especial desses atos jurídicos, sendo necessário traçar alguns aspectos das conhecidas teorias da vontade e da declaração, para melhor contextualização do item subsequente, que é a concepção estrutural do negócio jurídico.

3.4.2 Teoria da vontade e teoria da declaração no negócio jurídico

Desde o início deste trabalho foi feita referência à vontade e sua importância aos atos

²⁷⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 379.

²⁷⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13.

jurídicos em sentido largo. Existir ou não existir vontade, externar ou não externar vontade, manifestar ou declarar vontade são fenômenos que podem ou não ter importância, ou ter maior ou menor relevância ao considerar diferentes planos dos atos jurídicos ou mesmo distintas figuras jurídicas.

Não há consenso doutrinário a respeito do conteúdo e abrangência das expressões declaração e manifestação de vontade, conquanto seja visível que, no campo do negócio jurídico, a juridicidade da vontade se revela por meio da sua exteriorização, mediante declaração ou comportamento concludente.

Embora seja natural e desejável que tanto uma quanto a outra provenham de vontade efetiva e a ela corresponda, nem sempre essa associação ocorre e, justamente por isso, nos séculos XIX e XX a doutrina (notadamente a Alemã, em especial pela redação do § 116 do BGB²⁸⁰) preocupou-se em tratar das teorias da vontade e da declaração, com o objetivo de tentar compreender esse fenômeno e oferecer uma resposta jurídica aos denominados vícios de vontade.

Para a primeira teoria, a dissonância entre a vontade interna e a declarada deveria ser resolvida pela interpretação que atendesse à vontade interna do agente (que teve grande voz em Savigny e que era entendimento reinante no direito francês²⁸¹), sobretudo porque a

²⁸⁰ O § 116 do BGB trata da reserva mental e, adotando a teoria da declaração, dispõe que a declaração de vontade não é nula em razão da reserva mental do declarante, que secretamente não queria o que foi declarado, exceto se o seu destinatário conhecer essa reserva (Texto original: BGB. “§ 116 Geheimer Vorbehalt. 1. Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. 2. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt.”). DEUTSCHLAND. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, acesso em 28 jul. 2018.

²⁸¹ No direito francês prevalece o respeito à vontade real e no alemão o mais importante é a vontade declarada. Essas visões opostas decorrem essencialmente do fato de que o Código Civil francês foi redigido na época do apogeu do voluntarismo jurídico, enquanto que o BGB resultou da influência da *Erklärungs-theorie*. A doutrina afirma que, em termos práticos, os dois sistemas se assemelham quanto ao resultado, embora o § 130 do BGB reconheça à declaração uma existência autônoma (TERRÉ, François. Note bibliographique de RIEG, Alfred. Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. *Revue Internationale de droit comparé*, Paris: LGDJ, v. 14, n. 1, p. 240-242, jan./mar. 1962).

Convém ressaltar, no entanto, que o direito alemão sofreu uma grande atualização posterior, na parte das obrigações (em 2001), embora os textos dos §§ 116 e 130 do BGB mantenham-se essencialmente os mesmos. A doutrina francesa atual afirma que o apego à vontade real não soluciona alguns desafios contemporâneos, como os contratos massificados, e que a França, ao ratificar a Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias, estaria dando uma guinada irrefletida em favor da declaração (art. 8º da convenção), e mesmo a jurisprudência é oscilante, ora analisando a vontade sob um viés objetivo, ora sob um olhar subjetivo (LIMBACH, Francis. *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats*. Paris: LGDJ, 2004. *Passim* (especialmente p. 90-110).

Jamal Rbii, ao tratar da aceitação da oferta e a data da formação dos contratos, também constata uma jurisprudência francesa não homogênea, a começar pela Corte de Cassação, que apela à soluções construídas “caso a caso”, embora afirme que, “para acessar o mundo jurídico, é necessário que a vontade emerja do interior, a partir de sua estrutura psicológica e se manifeste externamente”, sem desconhecer que o fundamental é a exteriorização da vontade (RBII, Jamal. L'acte unilatéral réceptive. In: NICOD, Marc (Dir.). *Métamorphoses de l'Acte Juridique*. V. 12. Paris: LGDJ, 2011. p. 88-126).

declaração não passava de um modo de revelar a vontade. O caráter excessivamente subjetivo dessa teoria foi o seu maior motivo de crítica.

A segunda teoria, que é posterior, propunha que, na divergência, deveria prevalecer a declaração, em nome da estabilidade das relações negociais e da segurança jurídica, sendo esta uma teoria proeminente na Alemanha, pois, conforme Saleilles, “quem emite uma declaração jurídica aceita vincular-se, em face de quem ela se destina, pelo sentido normal das expressões que utiliza; do contrário, não haveria mais nenhuma segurança nas relações privadas”²⁸².

No entanto, o próprio Saleilles reconhece que o BGB também se aproxima da teoria da vontade em alguns momentos, tais como a nulidade do ato simulado (§117 do BGB), a anulabilidade da declaração emitida com erro impróprio (§119 do BGB) ou a transmissão incorreta de vontade prevista no §120 do BGB²⁸³, e Flume afirma que o debate entre a teoria da vontade e a teoria da declaração está “praticamente superado”, porque a lei trata de resolver a questão, especificando as hipóteses em que uma ou a outra deverá prevalecer²⁸⁴.

E, enquanto a teoria da declaração centra-se na pessoa do emitente da vontade, excluindo-se o destinatário, a teoria da vontade é paradoxal e “desprovida de critério operacional”, pois a vontade expressada é o material para a realização de uma interpretação (ao menos inicial). Ademais, a própria existência da vontade interna e seu teor nunca serão verdadeiramente esclarecidos, pois ela surge da análise dos fatos sob um aspecto subjetivo e essencialmente psíquico, e o que se pode aceitar é uma análise que parta de circunstâncias objetivas com a finalidade de investigar de modo mais aproximado possível o que seja a real vontade do agente e a vontade exteriorizada, bem como a sua compatibilização²⁸⁵, ou seja, nunca será possível, verdadeira e completamente, saber se a vontade real investigada corresponde à vontade real efetiva do agente ao tempo em que expressou sua declaração ou

²⁸² No original: “[...] soit parce que celui qui émet une déclaration juridique accepte d’être lié, vis-à-vis de ceux à qui elle s’adresse, par le sens normal des expressions qu’il emploie; sinon il n’y aurait plus aucune sécurité dans les relations privées [...]”. SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le code civil allemand* (Art. 116 à 144). Paris: Pichon, 1901. p. 5. Disponível em: http://dlib-pr.mpij.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%2222051_00000019.gif%22. Acesso em: 27 maio 2018.

²⁸³ SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le code civil allemand* (Art. 116 à 144). Paris: Pichon, 1901. p. 9-10. Disponível em: http://dlib-pr.mpij.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%2222051_00000019.gif%22. Acesso em: 27 maio 2018.

²⁸⁴ FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del Derecho Civil*. T. II. Trad. por José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 85-86. Galgano, por sua vez, explicita exemplos de aplicação, no BGB, tanto de uma quanto de outra teoria. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Trad. por Francisco Gascó e Lorenzo Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 45-46.

²⁸⁵ OBELLIANEE, Stéphane. *Les sources des obligations*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d’Aix-Marseille - P.U.A.M. 2009. p. 309-405 (§§99-100).

externou um comportamento concludente.

De toda forma, a teoria da vontade tem valor porque busca-se o conteúdo da declaração negocial “conforme o espírito do declarante”, como parte da atividade de interpretação dos negócios jurídicos, em especial “na interpretação dos negócios jurídicos *mortis causa*” e nos *inter vivos* unilaterais. Nos negócios *inter vivos* bilaterais, a análise igualmente vai além da linguagem literal, e alcança o exame da questão “tanto na ótica do declarante quanto do destinatário da declaração negocial” e ambas teorias - da vontade e da declaração - exigem a passagem pelo processo interpretativo para conhecimento integral do conteúdo e da extensão do negócio, nos planos da validade e consequente eficácia)²⁸⁶.

Na atualidade, a vontade real e a declaração emitida podem ter méritos de acordo com a finalidade para a qual um negócio será analisado: é possível que a vontade emitida por meio de declaração ou comportamento seja importante ao plano da existência, enquanto a vontade *real* (ou melhor, livre de defeitos) possa ter benefícios ao plano da validade.

E, quanto a esses dois planos, o próximo tópico abordará os elementos e requisitos que habilitam um negócio jurídico e, conseqüentemente, um consentimento ao ato médico, partindo-se à análise do negócio jurídico sob o aspecto estrutural, diante da necessidade de separação dos seus elementos no plano da existência e requisitos no plano da validade, em razão da eficiência dessa formulação.

3.5 A concepção de negócio jurídico sob o aspecto estrutural

Embora compreenda-se a conveniência de um afastamento das questões subjetivas que envolvam a vontade, ao menos no que se refere ao plano da existência de um ato jurídico *lato sensu*, é necessário estudar o modo pelo qual se constitui o negócio jurídico, em especial o consentimento informado, notadamente nos planos da existência e da validade.

E, considerando-se a necessidade de que os negócios jurídicos sejam eficientes na prática, deve-se admitir a regularidade presumida de um comportamento concludente ou de uma declaração que, à primeira vista, seja séria e cujo teor seja reconhecível como juridicamente apto ao alcance da função a que se destina, mesmo porque a redação do art. 112 do CC menciona que as declarações de vontade atenderão “mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Consideradas essas premissas, é possível construir um caminho admitindo-se que a

²⁸⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28 e 154-156.

declaração ou comportamento concludente a ser considerado no plano da existência, na composição do suporte fático de um negócio jurídico, é o que seja *perceptível* pela coletividade como tal, pois no negócio jurídico (e mesmo no ato jurídico *lato sensu*), o ingresso conceitual no plano da existência, exige essa declaração ou comportamento de algum modo admissível e que seja razoavelmente compreendido como tal, provindo de um juízo de razoabilidade, quanto à *aparência* de existência e de seriedade.

A pergunta a fazer é a respeito da possibilidade de que tenha existido uma declaração ou um comportamento concludente. Se positiva a resposta, o ato ingressa no mundo jurídico, no qual apriorística e empiricamente, se presume que, tendo havido exteriorização (*voz* ou *conduta*), ela aparentemente decorreria da soma dos elementos interno (psíquico) e externo para sua formação (no plano da existência), pois parece, em uma análise preliminar, ter esse contorno pelo fato de ter sido externada com aparência de seriedade, e, portanto, estaria apta a compor ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico, conforme o caso²⁸⁷.

Pontes de Miranda, a esse respeito, afirma que a vontade manifestada é “elemento essencial” do suporte fático do negócio, embora a manifestação de vontade seja mero fato até ingressar no mundo jurídico, ao juridicizar o suporte fático (quando há uma manifestação de vontade quanto a um determinado elemento que se encaixa em específico suporte fático de negócio jurídico, pela incidência de uma norma, porque nem toda manifestação de vontade produz necessariamente negócio jurídico): “Daí o erro de se identificarem manifestação de vontade, que é acontecimento do mundo fático, e negócio jurídico, que é a juridicização do suporte fático (manifestação de vontade + x + incidência da lei).”²⁸⁸

Portanto, fazendo-se uso dos aportes teóricos de Azevedo, embora com algumas adaptações teóricas, constata-se que a relevância *para o plano da existência*, nos atos jurídicos em sentido lato, está na identificação de uma *declaração ou de um comportamento*²⁸⁹, com suficiente aparência de seriedade jurídica, em um raciocínio de

²⁸⁷ Em alguns casos, por exemplo, o direito presume essa vontade na formação de um negócio jurídico, mas não deixa de considerá-la. Tanto assim o é, que é difícil diferenciar o que a doutrina chama como manifestações de vontade ou comportamentos concludentes, que podem ser muito próximas das declarações de vontade, “que se têm, juridicamente, como declarações de vontade tácitas”, como ocorre com a destruição do testamento, considerada como manifestação de revogação, e isso pode tornar essa diferenciação indesejável ou mesmo não útil. Os trechos transcritos são de MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 57 (§ 249).

²⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 56 (§ 249).

²⁸⁹ Que referido autor designa como *declaração de vontade*, entendida por ele como manifestação dotada de *circunstâncias negociais*. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 17. No entanto, na p. 91, o autor acaba tratando como sinônimas as expressões “circunstâncias de um verdadeiro negócio jurídico” e “declaração de vontade”, ao afirmar: “b) se, porém, não for essa hipótese e houver todas as circunstâncias de um verdadeiro negócio jurídico (isto é, houver

verossimilhança, a prevalência e suposição de sua existência, porque a psique e a vontade real podem não estar acessíveis: ao ser emitida, a vontade “desprende-se do *iter volitivo*”²⁹⁰.

A vontade externada surge pela declaração ou comportamento concludente, e, embora a vontade em si seja “resultado do processo volitivo interno”²⁹¹, não integra o existir do ato, podendo, conforme o caso, afetar a sua validade ou mesmo sua eficácia, diferentemente da conduta de externar a vontade (mediante declaração ou comportamento), que é elemento integrativo do *existir* do ato.

Assim, há uma transmutação da análise da vontade de uma perspectiva psicológica para uma ótica mais objetiva de exteriorização socialmente aceita, conquanto seja possível objetá-la sob o argumento de que tanto uma perspectiva quanto a outra somente são relevantes ao mundo do direito se nele entrarem por meio da composição de um suporte fático, ou seja, volta-se a questão do modo pelo qual será avaliada a vontade, e a vontade tem a sua relevância ao ingresso de certos atos no mundo jurídico (existência), ainda que apenas em determinados planos ela seja objeto de exame analítico (respectivamente, da validade e da eficácia).

E, estabelecer se deve prevalecer a vontade real ou a vontade declarada, é debate ainda aceso no Brasil²⁹², e não serve para solucionar a questão sob análise, que é saber o que é suficiente para haver negócio jurídico: se corresponder a vontade externada à interna ou apenas externar declaração ou identificar comportamento concludente, e o entendimento que se apresenta é no sentido de que haja algum desses dois elementos (declaração ou comportamento), sob uma análise de ordem objetiva de aparência no que tenha sido externado, de acordo com um critério de verossimilhança e razoabilidade, considerando a prática negocial, averiguada sob um raciocínio apriorístico, no sentido de que a declaração negocial ou o comportamento concludente aparentemente corresponda à vontade real, *para o plano da existência*, e é apenas no *plano da validade* que a correspondência (que for possível de ser desvelada) entre vontade real e vontade expressada terá relevância²⁹³.

declaração de vontade), então, faltando seriedade ao negócio (isto é, faltando a vontade interna de realizar o negócio jurídico, como quando há intuito de fazer de graça, sem que o destinatário perceba), este existirá mas será nulo (a vontade influirá sobre a validade); aí, se houver culpa do declarante, acarretando prejuízos para outras pessoas (os destinatários *in concreto*), o agente responderá com base na responsabilidade pelos atos causados por culpa”.

²⁹⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85.

²⁹¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82.

²⁹² Bessone entende que a solução intermediária é a ideal (BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 1997. p. 28).

²⁹³ Debate semelhante houve em matéria processual, em que se discutia se haveria ação na ilegitimidade da parte,

Por isso que se entende que, no negócio jurídico, a vontade externada que seja aparentemente regular é importante ao plano da existência.

Dessa forma, talvez seja mais eficiente pensar na possibilidade de haver uma apreciação inicial (ao menos para o plano da existência) conforme a declaração negocial emitida ou o comportamento concludente na presunção de que esteja de acordo com a vontade real (interna), expressa ou tácita, sob um juízo de verossimilhança, devendo ser considerado que os atos jurídicos em sentido largo têm um caráter social e geram legítimas expectativas quanto a quem dele participa ou é destinatário²⁹⁴.

A partir dessa compreensão, passa-se à aplicação desse entendimento ao consentimento informado, e, em geral, aos negócios jurídicos.

3.5.1 Os planos da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos

A teoria estrutural do negócio jurídico tem a virtude de objetivamente indicar aquilo que integra o negócio jurídico nos planos da existência, validade e eficácia, afirmando que a vontade efetivamente considerada, embora influencie e sua validade e eficácia (conforme as regras jurídicas incidentes), não integra o plano da existência²⁹⁵.

A proposta doutrinária de Azevedo, expoente dessa corrente doutrinária, examina a composição dos seus três planos de projeção: (1) o plano da existência, pelos *elementos* que o compõem, que lhe são necessários e suficientes; (2) o plano da validade, de acordo com os seus *requisitos* cuja observância é essencial para que ele desempenhe certos fins e (3) o plano

por exemplo, ou na extinção do processo “sem julgamento de mérito”. E a solução foi a de separar os planos da ação material e da ação processual, uma vez que toda pessoa tem a possibilidade teórica de ser autora de uma ação processual, tendo ou não *razão*, sendo ou não sendo parte juridicamente efetiva numa determinada relação de natureza material. Num raciocínio hipotético e apriorístico, a demanda inicia uma ação processual pelas meras afirmações da parte na apresentação de uma petição inicial em conformidade com os requisitos legais (do art. 319 do CPC, do art. 14 da Lei n. 9.099/95, etc.).

A demanda - ainda que haja ilegitimidade de parte se analisada a relação jurídica material subjacente -, é apta a ingressar no mundo jurídico: existe, é válida e já produz alguns efeitos jurídicos, como, por exemplo, tornar prevento o juízo (art. 59 do CPC), criar uma relação jurídica processual, interromper a prescrição após a ocorrência de citação válida, etc.

²⁹⁴ Mota Pinto afirma que a chave para responder a esse problema está na “imputação da declaração”, no sentido de que “a declaração de vontade não pressupõe que o elemento volitivo alcance todo o sentido do acto”, pois esta é uma “comunicação na sociedade, pelo que deve valer com seu sentido objectivo”. MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 38.

²⁹⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1. Convém aqui referir importante observação do Autor (p. 63, nota n. 88), no sentido de que, em vez de negócio existente, “seria preferível chamar ‘negócio aparente’: Essa denominação evitaria uma inútil discussão terminológica sobre a contradição que a expressão ‘negócio inexistente’ contém e, principalmente, revelaria a principal característica do chamado negócio jurídico inexistente (isto é, a aparência de negócio)”.

da eficácia, com os *fatores* que concorrem ao alcance de determinado resultado. Não obstante tais planos, todo negócio jurídico, como espécie de ato jurídico *lato sensu* que é, depende, para sua pré-compreensão como tal, de um *agente* (quem age, sob o aspecto dinâmico, sendo “em ato o que a pessoa é em potência”), em determinada disposição de *lugar e tempo*.²⁹⁶

Na classificação dos elementos no plano da existência, ela há de ser gradativa, de acordo com os “graus de abstração” do negócio jurídico (do abstrato, passando pelo intermediário pela fixação do tipo, até o particular), em escalas que se acoplam sucessivamente, sendo uma, de *elementos gerais* (que constituem e são aplicáveis a todos os negócios jurídicos; *extrínsecos*, que são *agente, lugar e tempo*²⁹⁷; *intrínsecos*, que são a *forma da declaração ou manifestação*; o *objeto* que compõe o seu conteúdo e *circunstâncias negociais* – esta correspondendo ao “que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto”) e os *elementos categoriais* (“que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio”), estabelecidos pela ordem jurídica e que se tornam essenciais por serem inderrogáveis²⁹⁸.

²⁹⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 29-30, 33 e 34. Parece clara a influência de Vicente Ráo na obra de Junqueira de Azevedo, que aparenta ter unido as duas formas de classificação dos atos (elementos e requisitos), aplicando-os nos seus três planos.

Ráo referiu que a classificação dos atos jurídicos pode ser feita segundo uma divisão que considere seus elementos ou requisitos. No primeiro, considera-se os elementos são o que se exige ao ato, para ter juridicidade, no momento em que passa a existir. São eles essenciais (genéricos – vontade do agente capaz, objeto e forma - e específicos – os essenciais “ditados pelas peculiaridades de cada tipo de ato”), naturais (correspondem “à índole de cada ato”) e acidentais (cuja inclusão nos atos depende apenas da vontade dos partícipes). No segundo, há circunstâncias, que “dizem respeito ao que deve existir fora do ato”, que são capacidade, legitimação e a idoneidade do objeto.

Ráo adota a classificação segundo os requisitos dos atos: “E distinguimos os requisitos em pressupostos (considerados como requisitos extrínsecos, de realização na pessoa do agente) e elementos (considerados como requisitos intrínsecos, de realização no próprio ato). Distinguimos, nos pressupostos, as situações pessoais, ou funcionais, de aptidão para a prática do ato (ou capacidade) e de habilitação (legitimação do agente).” Os elementos, para ele, são essenciais e não essenciais. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

²⁹⁷ No entanto, ao contrário do que está sendo proposto neste estudo, Junqueira de Azevedo afirma que os pressupostos extrínsecos (que seriam agente, lugar e tempo) não seriam integrantes do negócio jurídico, embora reconheça que, sem eles, o negócio jurídico sequer existe: “[...] pelo menos mais três elementos existem que, não fazendo parte integrante do negócio, são, porém, indispensáveis à sua existência; trata-se dos elementos comuns às categorias colocadas acima do negócio jurídico e que este, por nelas estar enquadrado, também possui”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33. Junqueira de Azevedo (p. 37-39) afirma que integram o plano da existência os elementos categoriais facultativos que são derogáveis (podem não ser contemplados por força da vontade dos agentes, sem alteração do tipo do negócio jurídico, como ocorre na responsabilidade por evicção na compra e venda), assim como os elementos particulares que são próprios do negócio específico (que são limitações voluntárias no âmbito dos efeitos do negócio, embora não sejam típicos de todas as espécies de negócios, como, por exemplo, a condição, termo ou encargo). Porém, como tais elementos não afetam a existência do negócio, foram desconsiderados, neste trabalho, para o fim de tratar desse plano do existir.

²⁹⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32 e 35. O autor não utiliza a expressão “facultativos” nos elementos categoriais derogáveis. Ele usa a expressão “elementos categoriais naturais”. Porém, entende-se que se forem “naturais” teria a

Os elementos categoriais inderrogáveis (que caracterizam a essência de cada categoria de negócio e não podem ser afastados, sob pena de descaracterização) correspondem à *essentialia negotii*, os elementos categoriais derogáveis (que pertencem a um negócio mas que podem ser afastados pela parte) equivalem à *naturalia negotii* e os elementos particulares (constituídos pela parte em um negócio concreto), são correlacionados à *accidentalialia negotii*²⁹⁹.

No entanto, Flume afirma que *naturalia negotii* “são às regras do ordenamento jurídico que constituem o complemento da regulamentação jurídico-negocial”, e menciona que os *essentialia* e os *accidentalialia negotii* estão em um mesmo patamar de conteúdo da regra negocial (nos quais há verdadeiro exercício de autonomia privada), enquanto que os *naturalia negotii* são a regulação legal correspondente³⁰⁰.

De toda forma, o negócio jurídico não se resume à declaração negocial ou ao comportamento concludente, pois ele contempla o que é definido por quem nele figura, *acrescido* do que é decorrência da categoria a qual pertence e ao que o ordenamento jurídico estabelecer e que sobre ele possa incidir.

A questão analisada por Azevedo, ao trabalhar a concepção estrutural do negócio jurídico, é saber qual é o papel da vontade e, em especial, se há lugar para a vontade na sua formação (plano da existência): se positiva a resposta, qual seria a sua medida e, se negativa a resposta, onde a vontade se colocaria, nesse contexto.

Azevedo coloca especificamente “declaração da vontade” como elemento intrínseco do negócio jurídico (desvinculada do “*iter volitivo*”), afirmando que a declaração seria composta por três elementos, quais sejam: circunstâncias negociais, forma e objeto³⁰¹.

possibilidade de ser confundidos com “pertencentes”, o que poderia ser incompatível com a ideia de ser derogável.

²⁹⁹ Não há univocidade na doutrina quanto ao conteúdo da expressão *elementos do negócio jurídico* e existem muitas afirmações de inadequação da referida classificação, e ao fato de que seu encaixe se dá aos contratos típicos, e não aos atípicos. Parte da doutrina refere a *essentialia negotii* para designar os elementos necessários à composição do suporte fático do negócio jurídico, ou como qualificação desse negócio, a expressar “os traços característicos dos mais diversos modelos jurídico-negociais”, e “os elementos propriamente ditos cuja presença em um negócio jurídico concretamente celebrado justificaria a subsunção deste a um determinado modelo jurídico-negocial (*essentialia negotii in concreto*). Já os *naturalia* e *accidentalialia negotii* se referem às consequências jurídicas dos negócios jurídicos (constituição, extinção ou modificação de relações jurídicas ou situações jurídicas subjetivas)”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-37 e 39 e DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 79, 408-409.

³⁰⁰ FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del Derecho Civil*. T. II. Trad. por José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 112-113.

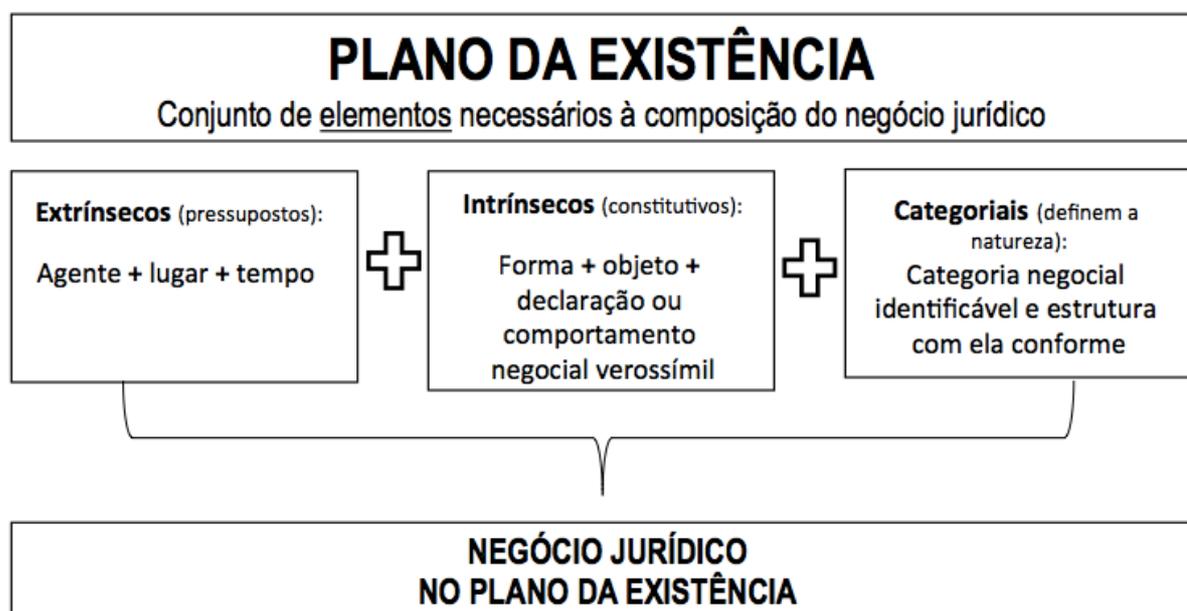
³⁰¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85, 88 e 89. Especificamente, afirma: “As considerações feitas no título anterior tinham por intuito determinar se, no negócio jurídico, havia, como elemento intrínseco, somente a declaração de vontade, ou se a declaração mais a vontade interna. Afastada a última hipótese, poderíamos imediatamente passar a examinar os três elementos que compõem a declaração (circunstâncias negociais, forma e objeto), não fosse a

Ocorre que, conceitualmente, declarar, ou mesmo manifestar, correspondem a um expressar: enuncia-se algo, de algum modo (forma), como conteúdo (o objeto) da declaração. Quer-se dizer que a declaração é negocial quando tiver o objeto e forma compatíveis com um negócio jurídico.

Por esse motivo, e também pela afirmação anteriormente feita (capítulo 3.4.2) no sentido de que há relevância na declaração negocial ou no comportamento concludente para a constituição do ato jurídico *lato sensu* no plano da existência, sendo possível afirmar que a teoria delineada por Azevedo pode ser aproveitada, desde que aos elementos intrínsecos seja admitida a declaração ou comportamento concretizados de modo presumivelmente regular, constatados sob um juízo de verossimilhança, e que, adicionalmente, seja verificada a capacidade civil do figurante³⁰².

Assim, considerando esses aspectos, o desenho esquemático do negócio jurídico sob o plano da existência seria representado da seguinte forma (figura 1):

Figura 1 – Plano da existência do negócio jurídico



Fonte: a autora (2018)

conveniência de se aproveitar o presente momento para, em continuação ao tema exposto, verificar qual a intensidade da influência da vontade sobre a declaração no direito brasileiro”.

³⁰² Reconheça-se, outrossim, o entendimento em sentido diferenciado de Souza: “Parece ser tempo de se superar, na perspectiva acima descrita, a teoria dos planos de análise do negócio jurídico: o chamado plano da existência revela-se despiciendo, ao mesmo tempo em que a investigação da validade se confunde com a valoração dos efeitos negociais e a modulação da maneira pela qual tais efeitos são produzidos, o que priva de sentido qualquer formulação que separe as noções de validade e eficácia”. SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p. 1-48. p. 44. Embora essas considerações sejam pertinentes, ao menos a título de compreensão da teoria geral essa divisão segue tendo importância.

O modelo ora proposto considera que a existência de um negócio jurídico exige que haja ao menos um figurante, em lugar e data minimamente determinados ou determináveis. Também é indispensável que haja forma, objeto e declaração ou comportamento negocial, com aparência de seriedade no que tenha sido externado, de acordo com um critério de verossimilhança e razoabilidade, considerando a prática negocial e sob um raciocínio apriorístico, no sentido de que essa declaração ou comportamento aparente seja verossímil, e que haja um mínimo de referências em que seja possível identificar o tipo de negócio que é realizado (compra e venda, doação, permuta, etc.), com uma estrutura conforme esse tipo.

O suporte fático, segundo Mello, no plano da existência, contempla elementos nucleares (que são aqueles minimamente necessários – suficientes - para que seja possível falar na existência de um fato jurídico, formando o seu cerne), independentemente de outros, complementares, que são vinculados à validade³⁰³.

Aplicando-se essa premissa ao consentimento informado, tem-se como elementos extrínsecos (pressupostos) o paciente e o médico, em lugar em época determinados (cidade e data, ou, conforme o caso, data e horário); como elementos intrínsecos (constitutivos) uma forma identificável (que é livre), tendo como objeto a permissão para um determinado ato médico como declaração externada ou comportamento concludente compatível sob juízo de verossimilhança; sendo identificável seu elemento categorial por sua própria formatação na modalidade *consentimento informado*.

A data é fundamental para verificar a sua proximidade com o ato médico autorizado, pois se o consentimento for antigo será necessário reiterá-lo, porque a passagem do tempo pode servir como fator modificativo da intenção do paciente. Isso deve ser avaliado de acordo com o caso concreto pois, por exemplo, um consentimento para uma cirurgia pode ser considerado válido até trinta dias da sua emissão, para um caso em que essa cirurgia, se realizada posteriormente a esse prazo, possa ter outras repercussões que exigirão novas informações ou, ainda, o processo de consentimento para realização de um procedimento de esterilização como a laqueadura, deverá ser renovado caso tenha passado, v.g., um ano, uma vez que o paciente pode mudar de ideia nesse período e as próprias circunstâncias que motivaram uma decisão autorizativa podem ser alteradas³⁰⁴.

³⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87-94 e EHRHARDT JR., Marcos. *Direito civil*. LINDB e parte geral. v. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 441.

³⁰⁴ Indica-se que o consentimento informado deve ser “atual”, ou seja, deve ser emitido “no momento em que é executado”. DE TILLA, Maurizio, et al. *La parola al paziente: il consenso informato e il rifiuto delle cure*. Milano: Sperling & Kupfer, 2008. p. 27. “O consentimento prestado para o passado não vincula para o futuro e

Quanto ao horário, este pode ter relevância para os casos em que o consentimento para o ato médico é formado com diferentes médicos e são sucessivos, para auxiliar no esclarecimento quanto a sua ordem de enunciação. O local é importante até mesmo para posterior análise da conduta médica quanto a eventuais práticas comuns em determinadas localidades, embora possam ser não usuais em outras.

Ultrapassando-se o plano da existência, e demonstrado que os elementos acima indicados são os razoáveis para que um negócio possa existir, é necessário passar ao plano da validade e, nesse, há uma certa “especialização” da análise preliminar constante no plano da existência.

Se no primeiro plano a lógica é a do “há ou não há”, em face da presença ou ausência dos elementos constitutivos, no segundo plano (o da validade), a averiguação é “qualifica ou não qualifica”, uma vez que nele, o espaço é de avaliação de conformidade formativa de fundo à ordem jurídico-social, que ultrapassa o meramente formal e verossímil que satisfaz o plano da existência, mas não é suficiente para preencher o plano da validade.

Assim, o plano da validade reclama (no mínimo) declaração ou comportamento externado efetivo (a vontade aqui passa a se relacionar com a causa do negócio, de forma incisiva), objeto e agente. No processo material de consentimento informado, ao qual as partes se submetem, esse consentimento é “um objeto nascido da vontade”, em face da existência de um elo entre um e outro, no qual “o consentimento é filho da vontade e esse elo não deve ser quebrado, caso contrário é constituído um vício do consentimento”³⁰⁵.

Nesse plano da validade, o nível de exigência é maior: o *agente* deve ser detentor de capacidade civil e, conforme o caso, de legitimação ou capacidade para consentir; a *forma* deve estar de acordo com o previsto em lei ou, esta nada prevendo, indispensável que ela tenha uma configuração, mesmo sendo de livre feição (e dizer que deve haver forma não significa que seja exigida materialização concreta, pois atualmente a tecnologia permite formas não materializadas – como a digital ou telemática); o *objeto* deve estar coberto pela licitude, possibilidade, determinação ou determinabilidade; o *tempo* ou *lugar* adequado à sua formação, quando isso for exigido, seja em razão de algum ato ou fato, seja por determinação legal.

A *declaração ou comportamento externados* passam a ter seu espaço de avaliação, sendo relevante que eles correspondam a um *querer* efetivo, sério, consciente e adequado,

é sempre revogável”. STEFANELLI, Stefania. *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*. Roma: Istituto per gli Studi Economici e Giuridici, 2011. p. 89.

³⁰⁵ FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats. *Revue trimestrielle de droit civil*. n. 3. Paris. Dalloz Revues. jul./sept. 1995, p. 573-578. p. 577.

livre e sem má-fé, não mais passível de uma análise por verossimilhança e, conforme o tipo de negócio jurídico escolhido pelo agente, há necessidade de observância de seus *elementos categoriais inderrogáveis* típicos (nesta classe está incluída a existência de causa, nos negócios causais, e o preço, nos negócios em que for essencial, de acordo com as regras jurídicas vigentes), além dos *elementos particulares* (aqueles que são específicos de um determinado negócio), quando estipulados, que estejam em conformidade com o ordenamento jurídico³⁰⁶.

O suporte fático, conforme antes ressaltado, contempla elementos nucleares que se correlacionam ao plano da existência, além dos complementares (que conferem validade ao ato *lato sensu* no mundo jurídico), e dos integrativos (que tratam da sua eficácia)³⁰⁷. Embora o primeiro seja independente dos demais para existir (pois um ato pode existir independentemente de ser válido e eficaz), os dois últimos não são interdependentes entre si (pois o inválido pode produzir efeitos e o válido pode não produzir efeitos). Ou seja, um ato pode ser existente, válido e eficaz; existente, válido e ineficaz; existente, inválido e eficaz; existente, inválido e ineficaz; existente e eficaz ou existente e ineficaz³⁰⁸.

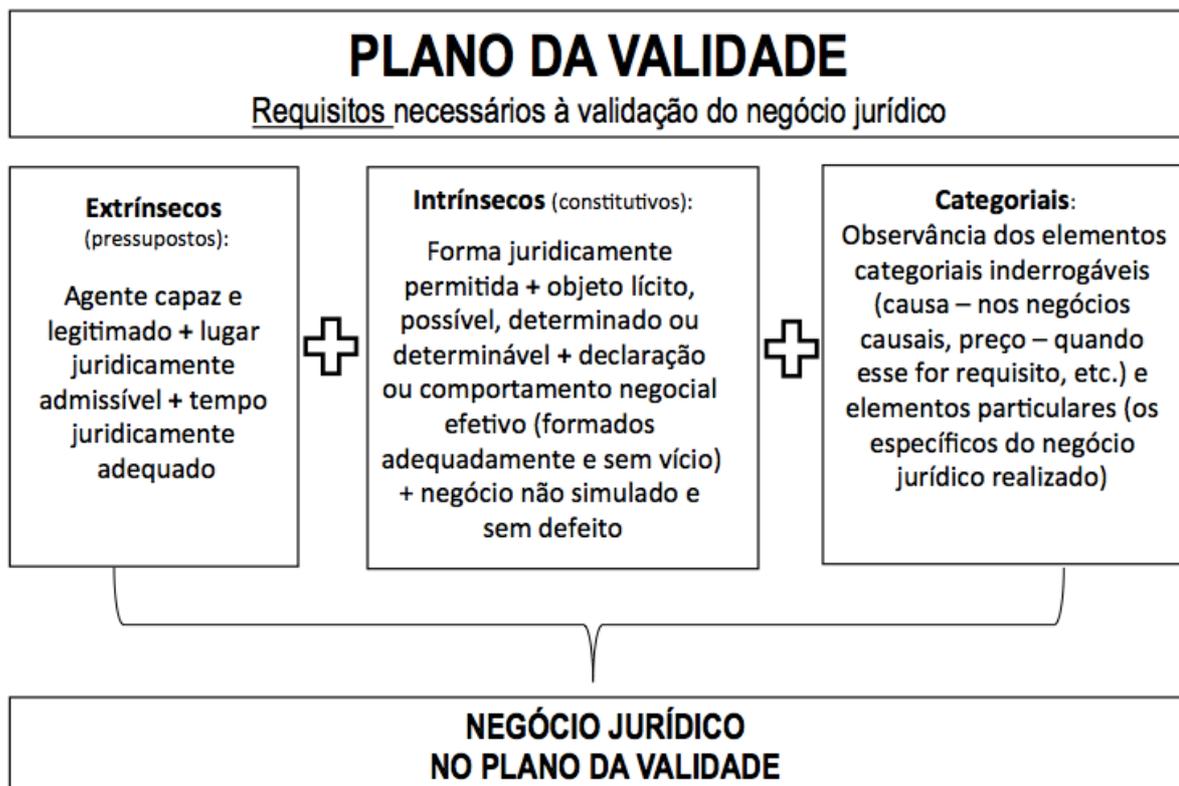
Expostas essas considerações, o desenho esquemático sintético do negócio jurídico sob o plano da validade seria representado da seguinte forma (figura 2):

Figura 2 – Plano da validade do negócio jurídico

³⁰⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43-44 e 46.

³⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87-94; EHRHARDT JR., Marcos. *Direito civil. LINDB e parte geral*. v. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 441.

³⁰⁸ “Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) (a) existe, é válido e é eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente), (b) existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador), (c) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), (d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), ou, quando se trata de fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico, ou fato ilícito *lato sensu*, (e) existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente, (f) existe e é ineficaz, porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 165 (§ 20).



Fonte: a autora (2018)

Aplicado esse entendimento ao consentimento informado, tem-se o paciente e o médico como figurantes (agentes) capazes e legitimados (médico registrado no Conselho de Medicina, habilitado à especialidade técnica envolvida quando for exigível e paciente capaz – com capacidade civil e capacidade para consentir), lugar e tempo aferíveis e adequados, forma identificada (que é livre, pois o ordenamento jurídico não exige forma especial). Adicionalmente, insere-se a declaração negocial ou comportamento concludente efetivos (advindos de vontade efetiva do paciente, assim considerada aquela derivada de decisão real e não viciada, exteriorizada adequadamente e fruto de reflexão madura³⁰⁹ a partir das informações adequadas recebidas do médico), cujo objeto é a permissão a um determinado ato médico especificado em seu conteúdo e abrangência, emitida de modo adequado e com teor permitido pelo ordenamento.

Ultrapassado esse aspecto de validade *versus* invalidade, as consequências decorrentes de um reconhecimento de invalidade são variáveis, ou seja, há diferentes graus de

³⁰⁹ Essa reflexão madura é essencial, conforme esclarece a Recomendação CFM n. 1/2016: “Além de compreender a informação, o paciente tem de aceitá-la como verdadeira e não manipulada. Para isso, é preciso reservar tempo para que o paciente faça suas indagações e para aceitação de algumas notícias. Por exemplo, especialmente nos prognósticos negativos, pode ocorrer uma fase de negação logo após o paciente tomar conhecimento de sua situação, tornando-se necessário, sempre que possível, um período de tempo para adaptação.”

reprovabilidade quanto a cada um dos requisitos acima referidos, que são relevantes na determinação da extensão da invalidez (que geram nulidade ou anulabilidade, total ou parcial), sendo que esse aspecto costuma ser regulado por lei, ou, não sendo, essa definição fatalmente se submeterá ao crivo judicial.

Assim, por exemplo, um consentimento informado que tenha sido emitido sem a passagem por um verdadeiro processo de recebimento de informações adequadas e de tomada de decisão refletida (observado o tempo necessário a uma ponderação) está sujeito a anulabilidade.

Na aplicação prática da teoria estrutural do negócio jurídico na forma exposta, é possível a concretização de uma situação qualificada juridicamente como *erro*, na ocorrência de falsa representação de uma situação real, a qual exerce influência significativa (não secundária) na decisão tomada pelo paciente, ou seja, ele somente autorizou um determinado procedimento, ou a sua realização de um certo modo, porque compreendeu equivocadamente os elementos a considerar na tomada da decisão, que seria diferente caso tivesse tido acesso a todas as informações adequadas a uma tomada de decisão em conformidade com uma situação considerada apropriada.

O paciente toma uma decisão errada porque houve falha na percepção da real situação, por força de informações que não são completas, ou mesmo exatas quanto a fato ou preceito que ensejou a sua declaração³¹⁰. Admite-se a anulabilidade por erro na declaração (quanto a pessoa ou coisa), o erro na transmissão da vontade (por exemplo, por correção automática de texto em aplicativo de troca de mensagens em telefone móvel) ou mesmo o erro de motivo (expresso ou que resulte das circunstâncias).

É igualmente anulável (anulabilidade) um consentimento para o ato médico obtido com dolo, no qual o paciente tenha autorizado determinado ato porque outrem, dolosamente, o levou a tanto (atingindo-se a sua causa), comissiva ou omissivamente e em relação à sua essência. O paciente não teria procedido não fosse o ardil ao qual fora submetido³¹¹, como, por exemplo, o médico que convence o paciente a se submeter a cirurgia para colocação de uma prótese, sem necessidade³¹². O dolo pode atingir o ato total (quando afetar o seu núcleo)

³¹⁰ O art. 144 do Código Civil prevê a possibilidade de conservação do negócio jurídico, caso o destinatário da declaração da vontade disponha-se a cumpri-lo de acordo com a real intenção do declarante. Porém, sem se tratando de ato médico, isso nem sempre é possível.

³¹¹ Se o dolo for proveniente de terceiro somente há anulabilidade caso a parte a ser beneficiada por essa ocorrência conhecia essa circunstância.

³¹² No Brasil, em 2015, ficou conhecida reportagem jornalística que denunciou a chamada “máfia das próteses”, na qual médicos realizavam procedimentos desnecessários ou usavam a cirurgia para inserção de próteses e órteses como único e primeiro método de correção de patologias porque recebiam comissões de fabricantes ou distribuidores desses produtos. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/apos-mafia->

ou parcialmente (quando não disser respeito a esse núcleo) e a anulabilidade é admissível ainda que a conduta dolosa tenha provindo de terceiro, desde que a parte dela beneficiada tenha conhecimento dessa ocorrência quando da realização do ato, e tenha permanecido inerte.

Na coação, a declaração ou o comportamento que constituiu um ato em sentido lato é emitido contrariamente à vontade, pois ele decorre de pressão (moral ou psicológica) ou mesmo ameaça suficientemente grave e destinada a forçar alguém a executá-lo, a qual pode ser dirigida a quem o pratica, causando-lhe um “fundado temor de dano iminente e considerável”, tanto à própria parte afetada pela conduta de coação quanto aos seus próximos ou ao seu patrimônio, na forma do art. 151 do CC. No negócio jurídico, e, mais especificamente no consentimento informado, pode ocorrer de a coação provir do médico ou de terceiro (nesse último caso desde que o beneficiado conhecesse ou razoavelmente pudesse supor que dela tivesse ciência, na forma do art. 154 do CC)³¹³.

Um consentimento para o ato médico que seja simulado é nulo. Na dissimulação ou simulação relativa (na qual é ocultado o verdadeiro), a doutrina distingue entre a *objetiva* (vinculada ao preço ou à natureza do negócio) e a *subjéctiva* (envolvendo as suas partes). Assim, na objetiva, não há aplicabilidade ao consentimento para o ato médico no que refere ao preço, por incompatibilidade.

A reserva mental prevista no art. 110 do CC - que ocorre quando o titular oculta a vontade real, desejando alcançar objetivo diverso do que foi declarado em um determinado ato, e propositalmente assim procede para atingir um fim pensado, conquanto não expressado -, é possível de ocorrer no consentimento informado, e a declaração feita com reserva mental subsistirá se essa situação não fosse conhecida do destinatário.

Anulando-se o consentimento, a conduta do médico de realizar um determinado ato passa a ser desautorizada e, conseqüentemente, ilícita. Existindo os demais pressupostos de responsabilização (nexo de imputação, nexo de causalidade e dano), é possível a responsabilidade do médico que vier a causar dano ao paciente.

Em um terceiro e último plano, tem-se a eficácia, que é a repercussão prática daquilo que justificou um ato jurídico, que corresponde à produção de efeitos que guarda relação com

das-protéses-governo-lanca-medidas-para-evitar-fraudes.shtml. Acesso em: 16 out. 2018.

O CEM refere que é vedado ao médico “praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País” (art. 14).

³¹³ As figuras jurídicas do estado de perigo e da lesão, não são diretamente aplicáveis ao consentimento informado, pois nele não há como uma parte assumir obrigação “excessivamente onerosa” ou “manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”, exceto como efeito indireto de estado de perigo que possa ser identificado no contrato de prestação de serviços médicos (os trechos são dos artigos 156 e 157 do CC).

o que se expressou, como o resultado almejado, decorrente do exercício do ato jurídico *lato sensu*.

É eficaz o negócio jurídico cujo conteúdo *gera* efeitos imediatos ou que tem potencialidade de gerar tais efeitos pois *contém condições* para que essa eficácia se desencadeie em algum momento. Pode-se não produzir eficácia temporária (p. ex., na necessidade de ratificação do ato praticado pelo mandatário que extrapole os limites previstos no mandato) mas não permanente (que dará ensejo ao desfazimento, não ocorrência do advento futuro ou condição – resolutive – distrato, impossibilidade superveniente, etc.) por determinação legal, disposição negocial (incompleta ou disposição de efeito subordinativo³¹⁴) ou mesmo ordem judicial.

Sob um outro prisma, a não produção de efeitos pode decorrer de fatores internos ou intrínsecos do próprio ato, ou mesmo externos. Ou ainda, pode ser subjetiva ou objetiva e, nesses campos, ampla ou restrita (ser ineficaz em relação a uma determinada pessoa, ou ser ineficaz *erga omnes*, ser ineficaz apenas quanto a uma parte do negócio ou todo o negócio³¹⁵).

Na análise de cada caso em concreto deve ser aplicado, na medida do possível, o princípio da conservação do ato jurídico, a consubstanciar o interesse de preservar juridicamente, e na melhor medida viável, o ato praticado, em razão de sua utilidade presumida à circulação econômica ou relevância social, que o direito julga conveniente manter³¹⁶.

Excepcionalmente, o nulo pode produzir efeitos, ainda que sejam determinados em razão da nulidade (e não propriamente do ato jurídico), especificados em lei para preservação de certos interesses tido como relevantes e com caráter excepcional como, por exemplo, os filhos gerados na constância de casamento putativo. E o anulável, que não for anulado, completa-se e produz efeitos porque o ordenamento jurídico considera que o passar o tempo, combinado com a inação da parte interessada na decretação da anulação, retira gradualmente o interesse de desfazimento do que, embora tenha alguma mácula na sua origem, passou a ser aceitável, principalmente por não atingir interesse público. Quanto ao anulável com postulação de anulação, produz efeitos até tal decretação e no que com ela seja compatível³¹⁷.

³¹⁴ Como o termo, encargo ou condição.

³¹⁵ CC. “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

³¹⁶ Por exemplo, por meio da redução equitativa de penalidade excessiva prevista no art. 413 do CC; a possibilidade de opção de restituição proporcional do preço, na hipótese de evicção parcial estipulada no art. 455 do CC; a faculdade de solicitar abatimento do preço na hipótese de negócio tenha como objeto coisa com vício ou defeito oculto, em vez de rejeitá-lo, na forma dos arts. 441 e 442 do CC.

³¹⁷ A produção de efeitos por atos nulos é situação excepcional, e não costumam decorrer de “efeitos próprios do

Todos esses aspectos abordados são importantes para a análise do contexto jurídico sob o qual o consentimento informado está inserido, e que será explorado mais adiante, bem como para estudo de quais especificações lhe podem ser aplicadas.

3.5.2 Causa e motivo determinante nos negócios jurídicos: diferenciação e consequências

Ao contrário dos fatos da natureza, que são explicáveis pelo advérbio interrogativo “por quê?”, nos atos jurídicos em sentido largo o questionamento a ser feito é: “para quê?”³¹⁸ Esse segundo questionamento está vinculado ao tema “causa”, que é daqueles que ainda gera inúmeros dissensos doutrinários.

A causa, para alguns, serve como fator que é relevante na categorização negocial, na verificação da validade, da eficácia³¹⁹ e até mesmo da interpretação de negócios, inclusive do consentimento do paciente ao ato médico

Parte da doutrina trata causa e motivo determinante como expressões equivalentes e há quem entenda que a causa não é elemento essencial ao negócio jurídico (anticausalistas³²⁰). O causalista Pontes de Miranda critica essa equiparação, baseada na doutrina francesa, principiando-se pela constatação de que a causa é ponto de consideração em diversos dispositivos do CC (tal como o que trata do enriquecimento sem causa)³²¹.

Para o referido autor, o estudo dos atos jurídicos *lato sensu* denota a necessidade de esclarecer a necessária distinção entre *causa e motivo determinante*, para a qual a causa

ato (isto é, os efeitos manifestados como queridos), e, portanto, nesses casos, não se pode dizer que o negócio tenha passado para o plano da eficácia; todavia, ainda quando se trate de eficácia própria tal e qual ocorre no casamento putativo e em algumas outras poucas hipóteses, tem-se, se pudermos expressar-nos assim, um ‘furo’ de técnica de eliminação com que os negócios são tratados; é a exceção que confirma a regra, tanto mais que, depois do negócio haver entrado no plano seguinte, o sistema jurídico corrige a falha, impedindo que o negócio continue a produzir efeitos [...]. Quanto aos negócios anuláveis, sua situação não é muito diversa; no fundo, tais atos estão provisoriamente em situação indefinida: após certo tempo, ou estarão definitivamente entre os nulos (foram anulados), ou se equiparão aos válidos como se nunca tivessem tido qualquer defeito”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64.

³¹⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 481.

³¹⁹ “Somente a identificação da causa pode determinar a qualificação contratual, a invalidade ou ineficácia de certas relações jurídicas para as quais o exame dos demais elementos mostra-se insuficiente. Bastaria lembrar os contratos, como a compra e venda de coisa futura e a empreitada, que se diferenciam exclusivamente em virtude da função ou causa que lhes é peculiar; ou a compra e venda de objeto lícito (uma arma, por exemplo), mas cuja invalidade decorre da ilicitude do objeto no contexto causal (a arma destinada à prática de certo crime)”. TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista brasileira de direito civil*. Rio de Janeiro. v. 1. jul./set. 2014. p. 8-37. p. 27.

³²⁰ Veja-se a explicação dessas correntes em SILVA, Luis Renato Ferreira. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 71-72.

³²¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 138 (§ 262).

corresponde à razão objetiva, à “função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico”³²², estabelecida pela própria natureza das atribuições envolvidas no ato, com veste jurídica e concepção objetiva, talhando seus efeitos essenciais típicos³²³.

Já o motivo possui conotação psíquica e subjetiva, “são as pré-intenções”, sem relevância jurídica, diferentemente do fim (concreto), que é interesse juridicamente relevante do negócio (o que foi objetivado por meio dele). Se o motivo for determinante, para despertar interesse ao mundo jurídico, deve ser manifestado e exposto como condição.

A causa, segundo Pontes de Miranda, interessa ao mundo jurídico porque é relevante aos planos da validade e eficácia, e o motivo determinante somente dele passa a integrar se as partes o tornarem suficiente a tanto, por incorporar os interesses ao negócio; se ele tiver alguma finalidade ou declaradamente servir como justificativa (razão determinante) para realização do ato jurídico em sentido lato, para a sua interpretação, ou se o sistema jurídico assim o estabelecer³²⁴.

Capitant, tratando sobre o tema, diz que, nos contratos sinalagmáticos, a sua causa não é propriamente a obrigação de uma parte em face da outra parte (pois esse conceito seria circular e não efetivo). Ele vincula a *causa* ao *fim* almejado pelas partes: a causa, que não é propriamente a obrigação do outro, é a de executar a obrigação, equivalente à prestação que fora prometida por meio do negócio³²⁵.

³²² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 138 (§ 262). Na p. 139 ele complementa: “Há sempre causa na atribuição, se a lei não permitiu, ou não estabeleceu, ela-mesma, a abstração”.

³²³ Há causas que estão inseridas intrinsecamente a uma categoria jurídica ou conteúdo de negócio (por exemplo, o casamento, em que a finalidade da declaração de vontade é intrínseca ao seu conteúdo ou categoria), casos em que o fim consta no suporte fático, sendo hipóteses de negócios jurídicos causais e, em outros, a inserção é extrínseca ou se abstrai de seu fim, não constando no suporte fático (por exemplo, os negócios jurídicos cambiários), inserindo-se na classe dos negócios jurídicos abstratos. A causa pode ser unitária ou plural (mista), quando concorrer mais de um tipo, concomitante ou sucessivamente. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 138, 143-146 (§ 262) e 166-169 (§ 270).

³²⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 160 (§ 269). Adicionalmente, menciona-se que esse autor reconhece a vinculação entre causa e fim: “Há declarações e manifestações de vontade cujo fim é intrínseco ao seu conteúdo. O casar-se com B é fim intrínseco da declaração de vontade de casar. Adotar a C por filho é fim intrínseco do negócio jurídico da adoção. Quando, porém, se passa ao plano dos direitos patrimoniais, é menos fixado o fim; é ele, em certo sentido, extrínseco; de modo que é preciso que se intrinseque a causa, o fim. O fim, a que se chama causa, é o que se dirigiu ao ser do negócio jurídico, portanto, o que pode figurar no suporte fático; portanto não há causa sem que essa entrada haja ocorrido (= podido ocorrer + ter ocorrido)”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 166 (§ 270).

³²⁵ O trecho do texto que contempla o conceito de causa é o seguinte: “Ainsi, pour le contrat synallagmatique, il déclare que l’obligation de chaque partie a pour cause l’obligation de l’autre, ce qui, nous le montrerons plus loin, est une vue inexacte, car le but poursuit le contractant, ce n’est pas l’obligation de l’autre, laquelle intervient simultanément avec la sienne, mais l’exécution de cette obligation, c’est-à-dire la prestation à lui promise.”

A parte que refere ao fim imediato e ao consentimento tem este teor: “L’acte de volonté se compose de deux éléments: d’abord, le consentement, qui est le fait de promettre, de s’engager, et ensuite la considération du but

Para o autor mencionado, o ato de vontade no negócio é composto por dois elementos, que são, o consentimento (que é a vontade ligada ao verbo infinitivo vinculado à essa vontade: um querer obrigar-se, constituída como uma promessa ou compromisso) e o propósito a ser atendido por meio dessa promessa (o verbo vinculado ao que se dirige a vontade, que pode ser uma contraprestação no contrato bilateral ou o atendimento de uma finalidade de um titular de direito, no negócio jurídico unilateral), sendo a obrigação apenas um meio para que um objetivo seja atingido e tanto obrigação quanto objetivo são indissociáveis nesse contexto.³²⁶

Conquanto se reconheça que muitas vezes a fronteira entre causa e motivo não é clara³²⁷, o motivo determinante reconhecido - mesmo que não seja razão determinante -, assim como o fim e a causa, são aptos a serem utilizados na interpretação de um ato jurídico *lato sensu*, como será visto no capítulo 4, e o CC, em seu art. 166, III, prevê a nulidade do negócio jurídico quando houver a ilicitude do motivo determinante, comum aos figurantes. Ademais, o art. 140 determina que o falso motivo vicia a declaração de vontade apenas “quando expresso como razão determinante”.

Azevedo concebeu três classes de elementos ao negócio jurídico, que são os gerais, os categoriais (derrogáveis e inderrogáveis) e os particulares, e afirmou que a natureza jurídica do negócio está nos elementos categoriais. Se eles forem inderrogáveis, o negócio jurídico é abstrato, sendo derrogáveis, são causais. No entanto, adverte que o direito brasileiro não contempla negócios absolutamente abstratos, apenas relativamente abstratos, de modo que “a falta de causa sempre terá relevância entre as partes”³²⁸.

Se a causa for pressuposta, a sua falta acarreta invalidade (por isso que é nulo o mútuo no qual não houve a entrega do seu objeto ao mutuário) e, tratando-se de causa final, não há eficácia do ato negocial³²⁹.

à atteindre au moyen de cette promesse. L'obligation n'est qu'un moyen pour arriver à un but. On ne peut donc disjoindre ces deux choses.” CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations* (contrats, engagements unilatéraux, legs). 3. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1927. p. 39 e 19-20.

³²⁶ CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations* (contrats, engagements unilatéraux, legs). 3. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1927. p. 39 e 19-20.

³²⁷ Ferreira da Silva é quem adverte: “Em muitos casos há um tangenciar entre o motivo ilícito e a causa ilícita. É o caso da locação de um imóvel onde vai se instalar uma casa de tolerância. Alguns autores dizem que se trata de causa ilícita se ela for conhecida da outra parte. Outros sustentam que é sempre um motivo, pois a causa é, de um lado, a posse do bem e, de outro, a percepção do aluguel”. SILVA, Luis Renato Ferreira. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 69.

³²⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 141 e 143. Ele afirma que pode ser obstado o pagamento de um título de crédito cuja causa lhe falte, “desde que o título ainda não tenha circulado para além do primeiro beneficiário”.

³²⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 147; 157-159.

Refira-se, outrossim, o entendimento de Ferreira da Silva para quem, no direito brasileiro, em geral, a causa não é um “elemento sem o qual o contrato não entre no mundo jurídico (como poderia ser no direito francês)”, tampouco constitui requisito genérico, “de modo que a sua ausência não é uma das causas normais de nulidade ou anulabilidade dos negócios”, estando “fora da estrutura do negócio nos planos da existência e da validade”.³³⁰

Moraes afirma que a causa (considerada por ela como o intercâmbio das prestações das partes) exerce três funções, quais sejam, a de qualificar os contratos, a de estabelecer se há ou não neles juridicidade e a de servir como instrumento de concretização de uma função social. Ainda, refere a conveniência de distinção – ainda que ficticiamente - de um aspecto *concreto* da causa, que concerne à “eficácia concretamente produzida”, sujeita a vicissitudes fáticas e jurídicas com aptidão para alterar os “efeitos originalmente pactuados pelas partes”, e de outro *abstrato*, do qual são extraídos o conteúdo e efeitos mínimos de um tipo de negócio, dos quais é possível verificar a identidade com um tipo específico, ou a “(re) qualificação como outro tipo” ou contrato atípico³³¹.

A falsa causa, a ausência de causa ou mesmo uma causa provinda de um defeito na vontade não afetam o plano da existência do ato, pois, como já referido, a causa não é elemento de existência, embora possa repercutir no plano da validade quando se vincular ao objeto ilícito nos casos em que o CC prevê que a ilicitude do objeto possa ensejar nulidade ou anulabilidade.

A repercussão da causa plano da validade pode existir – indiretamente – quando estiver ligada aos defeitos na formação da declaração ou de um comportamento concludente em um negócio, embora admita-se que o enfoque será no defeito ou na ilicitude do objeto, e apenas indiretamente na causa, no que ela se vincular ao objeto.

No mais, a causa é fator que traz consequências essencialmente no plano da eficácia e é possível que possa ser utilizado na interpretação dos negócios jurídicos, e esse raciocínio aplica-se ao consentimento informado, pois as circunstâncias relevantes que compõem um negócio (o tipo negocial, a qualificação e o comportamento das partes, o objeto do negócio, as negociações, os usos e costumes, etc.³³²), são importantes à sua interpretação, como será visto no capítulo 4.

³³⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 75-76.

³³¹ E complementa: “A distinção entre tipo e causa abstrata permite inferir que não se pode, *a priori*, estabelecer que efeitos são essenciais, e quais não o são, em um particular negócio.” BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. In: MELGARÉ, Plínio (org.). *O direito das obrigações na contemporaneidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 331-350. p. 342, 349-350.

³³² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

Conforme esclarece Marino, o fim do negócio e a função econômico-social típica são importantes em si e complementares em conjunto, sendo que o primeiro é “integrativo e corretivo” da causa, esta entendida como função típica, de um negócio jurídico concretamente considerado. Uma disposição negocial reveste-se de vinculatividade, tornando-se comum e integrante do negócio, ainda que decorra do interesse de apenas uma das partes, desde que consensualmente seja a ele incorporado tácita ou expressamente, e que seja juridicamente admissível³³³.

Esclarecidos esses pontos, vislumbra-se a necessidade de investigar qual é a utilidade prática de se fazer o enquadramento teórico do consentimento informado como negócio jurídico. Concebido como negócio jurídico, esse consentimento - para ser válido - exige objeto lícito, a forma livre, partes capazes, um processo material formativo da decisão que perpassa pelo recebimento de informações, uma atuação profissional de acordo com os princípios e regras específicas incidentes, e um modo específico de interpretação, universo esse inserido no percurso ora empreendido, que é explorado de modo apartado no capítulo que segue.

³³³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126 e 132.

4 CAPACIDADE, VONTADE, PRINCÍPIOS APLICÁVEIS E INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

- Nós, doentes, provavelmente fazemos ao senhor muitas vezes perguntas inconvenientes. Num sentido genérico, é uma doença perigosa ou não? ...

O médico olhou-o com severidade, com um olho só, por trás dos óculos, como se dissesse: acusado, se o senhor não se mantiver nos limites das perguntas que lhe são apresentadas, serei obrigado a tomar providências para o seu afastamento da sala das sessões.

- Eu já disse ao senhor aquilo que considere necessário e conveniente – disse o doutor. – O Exame indicará o resto. – E o doutor inclinou-se, despedindo-se.

Ivan Ilitch saiu devagar, sentou-se merencório no trenó e foi para casa. No decorrer de todo o percurso, ele reexaminava tudo o que dissera o médico, esforçando-se por traduzir para uma linguagem simples todos aqueles termos científicos confusos e ler neles uma resposta ao seguinte: estou muito mal ou, por enquanto, não é grave? (...) E essa dor, uma dor surda, abafada, que não cessava um segundo sequer, parecia receber, em consequências das palavras imprecisas do médico, um significado novo, mais sério. Ivan Ilitch prestava agora atenção a ela com um sentimento penoso diferente³³⁴.

Os Capítulos anteriores trataram de concepções prévias e necessárias ao entendimento da matéria segundo o referencial teórico escolhido, bem como os acordos semânticos que precederam à definição da natureza jurídica do consentimento informado.

Igualmente, serviram para demonstrar que toda figura jurídica exerce uma função no mundo do direito, função esta que é uma competência para atingir uma finalidade³³⁵ e, nesse contexto, o consentimento informado serve para atingir diferentes objetivos, tanto no atendimento de interesses do médico, quanto do paciente.

Nesses capítulos precedentes, o conceito e algumas particularidades do consentimento informado foram apresentados, sendo necessário compreender o fenômeno e seus desdobramentos a partir das conclusões preliminares das duas primeiras partes: o consentimento informado é um modelo jurídico negocial que não é disciplinado por lei federal específica, no Brasil. Por isso, seus contornos são especificados por normas gerais, pela doutrina, a jurisprudência e a regras do CFM.

A exposição dogmática anterior, densa e necessária, cede agora lugar à investigação sobre o processo material informativo e decisório no qual, ao primeiro, importa a qualidade da informação ao adequado processo a ela relacionado e, ao segundo, a capacidade para a formação da declaração negocial ou do comportamento concludente, que são os temas que essa parte do trabalho contemplará.

³³⁴ TOLSTOI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Trad. por Boris Schnaiderman. São Paulo: Editora 34, 2006. p. 38-39.

³³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo. s. ed. v. 1, Maio-2005. p. 41-66. p. 47.

Isso justifica a reprodução de um trecho da obra “A morte de Ivan Ilitch”, na qual foi descrita literariamente a fenomenologia da doença, a pessoa do doente, e o seu esforço para entender os médicos, o sentimento de inferioridade técnica diante do especialista e a dúvida quanto ao seu real estado de saúde. A doença foi apresentada nessa narrativa não somente como um distúrbio funcional, aferível e compreensível sob um modelo médico e biológico, que acomete uma pessoa, mas como uma força autônoma e estranha dentro de um corpo, que nele toma assento impositivamente e cujo destino depende de múltiplos fatores, alguns sob o domínio de quem a experimenta, e outros fora de seu controle.

As mudanças provocadas pela doença não são apenas internas ao físico ou à psique do paciente, mas podem atingir o entorno da vida do paciente, e Ivan Ilitch, personagem de Tolstoi, experimenta todo o desconforto de um corpo que a cada dia mais lhe estranha e de uma sociedade que, no seu sentir, não tem habilidade para conviver adequadamente com a doença e a sensibilidade necessária ao atendimento de quem precisa de cuidados na área da saúde.

Com essa antessala, passa-se à abordagem da capacidade civil e da capacidade para consentir, importantes à validade do consentimento informado.

4.1 Autonomia para consentir – capacidade, legitimação e decisão

A natureza e a concepção do consentimento informado, como negócio jurídico de ordem existencial, atrai as normas de boa prática médica e os princípios de ética biomédica ao espectro jurídico, a juntar-se com outros princípios jurídicos incidentes nos negócios jurídicos, sendo importante indicar em quais aspectos essa aplicação deve ser adaptada a essa figura jurídica em que medida deve influenciar a interpretação e até mesmo a formação do consentimento informado.

A caminhada passa pela análise da capacidade no universo do consentimento informado, iniciada pela exposição do panorama no direito estrangeiro, seguindo com uma sugestão de quadro de acordo com o ordenamento brasileiro.

4.1.1 Consentimento e capacidade no direito estrangeiro

O estudo da capacidade para consentir torna-se mais profícuo a partir da análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial desse ponto, em outros países. Assim, passa-se a uma sucinta exposição relacionada ao tema, nos países com proeminência e com maior influência

no direito brasileiro, tendo-se o cuidado de incluir (por amostragem) tanto países sob o sistema predominante de *common law* (EUA e Reino Unido), quanto os de *civil law* (França e Canadá³³⁶, Espanha e Itália).

O objetivo dessa abordagem é o de permitir a visualização das semelhanças e diferenças entre os diferentes sistemas estrangeiros analisados para, a seguir, ser estudado o direito brasileiro³³⁷.

Inicia-se pela abordagem com os EUA, com a lembrança de que nesse país, conforme mencionado no Capítulo 2.1, foi gradual a introdução do consentimento ao ato médico, vinculada a julgamentos de alguns casos judiciais de grande relevância. Em especial, há quatro precedentes de casos julgados entre 1905 e 1914 que costumam ser creditados como estandartes para a fixação das formulações básicas do consentimento informado no direito estadunidense, que são *Mohr v. Williams* (1905), *Pratt v. Davis* (1906), *Rolater v. Strain* (1913) e o mais conhecido, *Schloendorff v. Society of New York Hospitals* (1914)³³⁸.

Os dois primeiros são semelhantes em seus argumentos e cronologicamente próximos na data de julgamento (o *case Mohr v. Williams* até mesmo cita a decisão de primeira instância do precedente *Pratt v. Davis*) e em ambos foi assegurado o direito do paciente de deliberar sobre o tratamento médico e procedimentos aos quais poderá ser submetido³³⁹.

Mohr v. Williams trata de uma senhora que consentiu em uma cirurgia em sua orelha direita. Durante o procedimento e após a anestesia da paciente, descobriu-se que a orelha

³³⁶ Especificamente a legislação do Quebec, em face da histórica influência francesa.

³³⁷ Quanto ao consentimento das pessoas que não alcançaram a idade que as habilita à plena capacidade civil, “não há uniformidade no direito comparado”. Boa parte dos países adotam uma “maioridade especial para cuidados de saúde”, cada um estabelecendo requisitos específicos. “Alguns países vão reconhecendo progressivamente maior autonomia ao menor a partir dos 12 anos, sendo que aos 16 anos a maioridade é considerada plena” (como Holanda e Espanha). “Outros países adotam a fronteira dos 14 anos, como é o caso da Áustria, da Alemanha, da província canadense do Quebec, do Estado australiano de New South Wales, além de vários Estados norte-americanos”. O marco de 16 anos encontra-se na Inglaterra, no Estado australiano de *South Australia* e na Holanda. Já outros ordenamentos não se utilizam de uma idade precisa, preferindo uma avaliação concreta da capacidade de discernimento, como ocorre na Bélgica, na Suíça, na Suécia e na Finlândia.”

“Na Argentina, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pela Lei 23.849, regula o tema, estatuidando (art. 12) que a criança tem direito de expressar sua opinião livremente em todos os assuntos que o afetem, inclusive aqueles envolvendo prestações médicas (art. 24), levando-se em conta sua idade e maturidade.”

“Em Portugal, exige-se a participação e o consentimento de menores com idade igual ou superior a 14 anos. Para os menores com idade inferior a 14 anos, basta o consentimento dos pais ou representante legal.” FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento informado - limites e questões polêmicas. □ *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. v. 102/2015. nov./dez. 2015. p. 223-256. Trechos do item n. 4.1.

³³⁸ Todos os precedentes julgados nos EUA citados neste capítulo foram extraídos do site LexisNexis. Disponível em: <www.lexisnexis.com>. Acesso em: 8 nov. 2018.

³³⁹ FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986. p. 120.

direita não estava tão afetada quanto o imaginado e que a orelha esquerda era a que precisava de uma intervenção em primeiro lugar, e assim o cirurgião procedeu. Essa cirurgia prejudicou a audição da Sra. Anna Mohr, e o profissional foi processado pela realização de ato médico não consentido³⁴⁰.

A *Supreme Court* de Minnesota referiu a impossibilidade de presunção de consentimento para uma intervenção apenas porque o paciente procurou o aconselhamento do médico sobre um tratamento, e que o cirurgião somente poderia intervir após ter consultado a paciente e obtido o prévio consentimento desta. Mencionou que “o primeiro e maior direito do cidadão livre, subjacente a todos os outros” é “o direito à inviolabilidade de sua pessoa; em outras palavras, o direito a si mesmo”, o qual proíbe que o profissional, por mais habilidoso que seja, e mesmo tendo sido solicitado a “examinar, diagnosticar, aconselhar e prescrever (que são pelo menos necessários primeiros passos no tratamento)”, viole, “sem permissão, a integridade física de seu paciente por uma operação maior ou capital, colocando-o sob anestesia para esse propósito, e operando-o sem seu consentimento ou conhecimento”, em especial porque o paciente tem o direito de conhecer os riscos do procedimento e por si avaliá-los antes de tomar uma decisão (a exceção seria em caso de atendimento de emergência).

No *Pratt case* (1906), julgado pela *Supreme Court* de Illinois, foi estabelecida a responsabilidade do médico que engana a paciente intencionalmente e procede a uma histerectomia sem o prévio consentimento, não servindo para esse fim um consentimento para uma outra operação anterior. Tampouco tornaria lícita a conduta médica a alegação de que a paciente sofreria de epilepsia e que por isso não seria capaz de consentir ou de decidir sobre a condução da sua saúde³⁴¹.

Em *Rolater v. Strain*, o raciocínio de *Mohr case* quanto no *Pratt case*, foi replicado. A paciente foi submetida a uma cirurgia para drenar uma infecção no pé, a qual fora consentida, e, durante o procedimento o cirurgião retirou-lhe um osso, sem consentimento específico. O argumento da defesa era no sentido de que a cirurgia fora permitida e que a havia procedido no pé correto, e a *Supreme Court* de Oklahoma decidiu que a intervenção não ocorreu da forma como foi consentida (não houve permissão para extração óssea), e que a extensão da autodeterminação do paciente é importante para análise da correção ou incorreção

³⁴⁰ Mohr v. Williams, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12 (1905). Esse precedente e os demais (julgados nos EUA) são referidos em: FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986. p. 122.

³⁴¹ Pratt v. Davis, 224 Ill. 300, 79 N.E. 562 (1906). Os comentários constam em: FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986. p. 122.

da conduta médica³⁴².

E o mais importante e citado precedente, o *Schloendorff case*³⁴³, julgado pela *New York Court of Appeals*. Nele consta que a Sra. Mary Schloendorff submeteu-se, de forma consentida e sob anestesia, a um exame abdominal (com expressa referência de que não era autorizada cirurgia). O médico, no entanto, removeu-lhe um tumor fibroso. A paciente, posteriormente, desenvolveu gangrena no braço esquerdo, acarretando a amputação de vários dedos. A Corte considerou que não houve violação da autodeterminação da paciente por parte do hospital demandado (a ação não foi proposta contra o médico), embora o Juiz Benjamin Cardozo tenha deixado claro que, exceto em casos de emergência nos quais o paciente esteja inconsciente e que se exija intervenção antes da obtenção do consentimento, “todo ser humano de idade adulta e mente sã tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo; e um cirurgião que realiza uma operação sem o consentimento de seu paciente comete um ataque, tornando-se responsável pelos danos que causar”.

E o primeiro precedente a utilizar a expressão “informed consent”³⁴⁴, foi o *Salgo case*, de 1957, que tratou de um paciente que sofreu paralisia permanente após passar por um exame de aortografia translombar. Essa era uma complicação possível no procedimento, mas o médico não havia explicado isso ao paciente, antes da realização do procedimento, e a *Court of Appeals* da Califórnia considerou o médico responsável por omitir informações tão relevantes como essa ao Sr. Salgo. Esse precedente foi importante para mencionar a necessidade de que as possíveis complicações ou riscos de qualquer ato médico sejam revelados ao paciente, para possibilitar um consentimento consistente e “inteligente do paciente para o tratamento proposto”³⁴⁵.

No precedente *Natanson v. Kline* (1960)³⁴⁶, determinou-se que a divulgação das informações deve se dar em linguagem simples quanto à natureza da doença, o tratamento proposto, a probabilidade de sucesso ou as alternativas disponíveis, os riscos de resultados

³⁴² Rolater v. Strain, 39 Okla. 572, 137 P. 96, 97 (1913). A análise desse precedente consta em: FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986. p. 122-123.

³⁴³ Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, 93 (1914). Esse precedente é descrito em: FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986. p. 123.

³⁴⁴ KATZ, Jay. Informed Consent - A Fairy Tale? Law's Vision. *University of Pittsburgh Law Review*. v. 39. n. 2. Winter 1977. p. 137-149. p. 138.

³⁴⁵ Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 317 P.2d 170, 173 (1957). Os comentários desse precedente consta em: FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986. p. 125-126.

³⁴⁶ Natanson v. Kline, 186 Kan. 393, 350 P.2d 1093, 1095 (1960). Esse precedente é mencionado em: FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986. p. 130-131.

adversos e as condições inesperadas.

A década seguinte apresenta o *Canterbury Case* (1972)³⁴⁷, que aliou o direito de autodeterminação do paciente com o dever de cuidado do médico. Nesse precedente analisou-se a pretensão indenizatória de um jovem paciente contra um médico, por ter sido submetido a uma cirurgia (laminectomia) que lhe causou a paralisia na metade inferior do corpo (situação possível para 1% dos casos submetidos a esse procedimento), sem ter sido previamente informado desse risco.

A Corte de Apelação referiu nesse precedente que um consentimento informado é inútil sem a correspondente informação prévia, e um “paciente mediano tem pouca ou nenhuma compreensão das artes médicas e, normalmente, tem apenas seu médico a quem pode buscar esclarecimento para chegar a uma decisão inteligente”, surgindo “a necessidade e, por sua vez, a exigência de uma informação razoável do médico ao paciente, para tornar possível tal decisão”.

Esses precedentes consolidaram tanto a necessidade do consentimento informado prévio, quanto do direito do paciente à informação igualmente antecedente, embora tenham em vista pessoas com aptidão para consentir.

No que diz respeito a crianças e adolescentes, ainda no cenário jurídico dos EUA, é possível nos estritos termos desse trabalho fazer um traçado específico de todas as legislações estaduais com suas variações. Em geral, a idade legalmente considerada para o consentimento é de dezoito anos, excetuando-se o Alabama e a Nebraska, nos quais a idade estabelecida é de dezenove anos, e a Pensilvânia, mais rigorosa ao estabelecer o marco dos vinte e um anos. No Mississippi, a maioridade civil é aos vinte e um anos, embora a idade mínima para emissão de consentimento no atendimento de saúde seja de dezoito anos³⁴⁸.

Há situações em que adolescentes podem consentir autonomamente. Em geral, isso acontece com os emancipados, os que já experimentaram a paternidade e a maternidade (incluindo as gestantes), os que são considerados autossuficientes e os que integram as forças armadas. Além disso, situações de atendimento em emergência igualmente dispensam o consentimento informado do adolescente. Uma ordem judicial solicitada por um adolescente também pode declarar que este é capaz de tomar decisões independentes, inclusive de consentir quanto ao seu próprio cuidado. O pedido de emancipação, nos estados em que isso

³⁴⁷ *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 778 (D.C. Cir. 1972) é precedente igualmente descrito em: FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986. p. 133-134.

³⁴⁸ TILLET, Jackie. Adolescents and informed consent: ethical and legal issues. *The Journal of Perinatal & Neonatal Nursing*. apr./jun. 2005. v. 19. n. 2. p. 112-121. p. 113.

for possível, é franqueado a quem tenha uma idade mínima definida na legislação estadual (geralmente é de dezesseis anos e ocasionalmente é de quatorze anos) e viva de forma independente, inclusive sob o aspecto econômico³⁴⁹.

Embora a *American Medical Association* encoraje os médicos a empoderar os pacientes adolescentes a consentir autonomamente ao ato médico, não há regras claras a respeito do dissentimento do adolescente e de como proceder nessa hipótese, ou se houver discordância de opinião entre o adolescente e seus responsáveis, sendo recomendado que o prestador de cuidados de saúde, verificando que a decisão do adolescente, com ou sem o apoio dos responsáveis, coloque-o sob risco de sofrer danos, faça uso de medidas judiciais para resolver a situação³⁵⁰. Uma revisão de casos indica que, na esfera judicial, a opinião do paciente adolescente é reconhecida em apenas nove de dezenove casos analisados, mesmo quando o adolescente e seus pais concordam com a recusa de tratamento, e em apenas um de trinta e um casos envolvendo crianças com idade inferior a doze anos³⁵¹.

No Reino Unido, o recente precedente *Montgomery v. Lanarkshire Health Board* [2015], da *Supreme Court*³⁵² estabeleceu diretrizes atualizadas relacionadas ao consentimento informado, confirmando-o como uma parte do direito inglês.

Segundo esse julgado, a Sra. Montgomery, em uma maternidade, deu à luz um menino, nascido com graves sequelas (incluindo paralisia cerebral) por complicações durante o parto, decorrentes de imperícia da obstetra que induziu e acompanhou o parto (a qual fora contratada pela *Lanarkshire Health Board*). No processo, a demandante, uma mulher de baixa estatura e diabética, argumentou que deveria ter sido avisada sobre o risco de distócia de ombro no parto vaginal (que, *grosso modo*, é uma dificuldade de passagem dos ombros do bebê pela pélvis) e a possibilidade alternativa de realização de parto por cesárea eletiva. Para ela, a médica teria falhado negligentemente ao não indicar a cesárea, tendo em vista anormalidades indicadas em cardiocografia previamente realizada.

³⁴⁹ MURRAY, Peter M. The history of informed consent. *The Iowa Orthopaedic Journal*. 1990. V. 10. p. 104-109. Informações das p. 108-109 e TILLET, Jackie. Adolescents and informed consent: ethical and legal issues. *The Journal of Perinatal & Neonatal Nursing*. Apr.-Jun. 2005. v. 19. n. 2. p. 112-121. p. 113.

³⁵⁰ KUTHER, Tara L. Medical decision-making and minors: issues of consent and assent. *Adolescence*. Summer 2003. v. 38, n. 150. p. 343-358.

³⁵¹ RIDGWAY, Derry. Court-mediated disputes between physicians and families over the medical care of children. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*. Sep. 2004. v. 158. n. 9. p. 891-896. Esse estudo conclui que os médicos geralmente buscam amparo judicial em casos de doenças graves com expectativa razoável de sucesso na intervenção a ser adotada, e que estes costumam ser os requisitos mínimos para a solicitação de atuação judicial. O pediatra que busca amparo judicial para uma assistência médica a uma criança ou adolescente contra objeções dos responsáveis provavelmente terá sucesso, principalmente se as objeções forem por motivos religiosos. Esse percentual de êxito final é de 80%.

³⁵² Disponível em: https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0136_Judgment.pdf. Acesso em: 14 nov. 2018.

Na decisão consta que “mulheres que sofrem de diabetes tendem a ter bebês maiores que o normal”, e “a parte mais larga do corpo de um bebê cuja mãe é diabética pode ser os ombros”, trazendo maior risco de ocorrência de distócia de ombro. Portanto, a paciente era considerada de alto risco.

A médica que acompanhou o parto referiu que se ela explicasse a todas as suas pacientes gestantes diabéticas desse risco, é provável que elas escolhessem o parto por cesariana, sendo fato que, embora o risco dessa intercorrência fosse baixo (cerca de 9 a 10% para o caso de mães diabéticas), a gravidade das consequências é inconteste.

A Corte mencionou que a *law of negligence* protege a pessoa em sua integridade física e psíquica, em especial a sua autonomia, que abrange a liberdade de decidir o que deve ou não ser feito com o seu corpo. O médico, assim, deve informar o paciente dos riscos dos procedimentos aos quais se submeterá, embora isso não signifique necessariamente que os médicos devam “oferecer os prós e os contras de cada opção em todos os casos”, mas devem “claramente fazê-lo em qualquer caso em que a mãe ou a criança correm maior risco de parto vaginal”.

Adicionalmente, no julgado consta que os pacientes têm o direito “de levar em consideração seus próprios valores, sua própria avaliação dos méritos comparativos” quanto às opções de ato médico disponíveis, e, no caso concreto, de “dar à luz de maneira ‘natural’ e tradicional e de dar à luz por cesariana, independentemente da opinião médica”³⁵³.

Assim, em geral, o consentimento informado é considerado como uma exigência legal e reclama, para sua validade, que seja voluntário, informado e emitido por pessoa com capacidade para a tomada de decisão, embora, em geral, não dependa de forma específica. A voluntariedade vincula-se à autonomia, de forma independente, enquanto que a informação abrange a prévia transmissão de dados quanto ao diagnóstico e prognóstico, quanto a riscos e benefícios em cada situação, a existência de tratamentos alternativos razoáveis e as consequências da falta de tratamento. A sua duração (período de validade) é a mesma da intervenção para a qual foi emitido³⁵⁴.

³⁵³ A doutrina refere que esse precedente apresentou algumas premissas que podem gerar problemas em julgamentos posteriores, pois a *Supreme Court* referiu que os riscos devem ser divulgados ao paciente, e a materialidade do risco deve ter por referência uma pessoa razoável na posição ou paciente e o médico também deve verificar se o paciente em particular atribui relevância para esse risco, concentrando-se no que o paciente deseja saber. HOBSON, Clarck. No (,) More Bolam Please: Montgomery v Lanarkshire Health Board. *Modern Law Review*. v. 79. Issue 3. May 2016. p. 488-503.

³⁵⁴ Principles of consent. *Guidance for nursing staff*. Royal College of Nursing. London: 2017. p. 5-7 e 10. Além da MCA, vige na Escócia a *Adults with incapacity Act* e a *Mental Health Act* de 2000 e 2015, respectivamente; a *Mental Health Order* e a *Mental Capacity Act*, ambas da Irlanda do Norte, de 1986 e 2016, respectivamente (informações na p. 7 do *Guidance*). O tratamento sem consentimento pode ensejar a prisão do médico.

A capacidade civil em geral é de dezoito anos e costuma ser vinculada à compreensão das informações fornecidas, a memorização, a aptidão de usá-las para a tomada de decisão e a sua transmissão, conforme a *Mental Capacity Act 2005* (MCA),³⁵⁵ cuja *section 3* refere que a pessoa é capaz de tomar uma decisão por si caso consiga compreender e reter as informações relevantes para essa deliberação e subsequentemente use essas informações como parte do processo de tomada de decisão, para, ao fim, comunicá-la (seja falando, usando linguagem de sinais ou utilizando qualquer outro meio)³⁵⁶.

A mesma *section 3* da MCA prevê que se uma pessoa é capaz de entender uma explicação que lhe é dada, de uma maneira apropriada às suas circunstâncias (usando linguagem simples, recursos visuais ou qualquer outro meio), e se ela mantém a capacidade de conservar as informações relevantes para uma decisão, ainda que por um curto período de tempo, isso permite que seja considerada capaz de tomar a decisão (inclusive de concluir por não decidir).

A MCA sustenta-se sobre cinco pilares, que são: a presunção de capacidade até prova em contrário; o direito de apoio da pessoa em suas decisões (a ajuda deve ser buscada e efetivada, antes que se conclua por uma inabilidade para a tomada de decisão); o direito ao respeito da decisão tomada, ainda que possam ser consideradas excêntricas ou insensatas; toda prática realizada para ou em nome de pessoas sem capacidade deve ser feita apenas no interesse desta e toda intervenção realizada em nome de pessoas desprovidas de capacidade deve ser a que cause menor restrição aos direitos e liberdades fundamentais desta³⁵⁷.

É admitido que a pessoa emita *advance decisions*, podendo antecipadamente decidir sobre tratamentos aos quais deseja e os que não aceita se submeter, desde que não sejam ilegais ou inadequados, sendo até mesmo possível ao paciente optar por não receber alimentação ou hidratação³⁵⁸.

No que pertine ao consentimento de crianças e adolescentes, Foreman afirma que o panorama jurídico a respeito tema não é claro³⁵⁹.

A *Mental Capacity Act* (2005) a *Adults with Incapacity Act* (2000), a *Mental Health Order* (1986), a *Mental Capacity Act* (2016), a *Mental Health Act* (2015) e a *Human Fertilisation and Embryology Act* (1990) preveem algumas hipóteses de uso de formulários escritos.

³⁵⁵ *Mental Capacity Act*, 2005. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/section/3>. Acesso em: 25 out. 2018.

³⁵⁶ TAYLOR, Brian J. *Professional decision making and risk in social work*. 2. ed. London: Sage, 2013. p. 40.

³⁵⁷ RAMASUBRAMANIAN, Lakshmiprabha, et al. Evaluation of a structured assessment framework to enable adherence to the requirements of *Mental Capacity Act 2005*. *British Journal of Learning Disabilities*. v. 39. Issue 4. Dec. 2011. p. 314-320.

³⁵⁸ Principles of consent. *Guidance for nursing staff*. Royal College of Nursing. London: 2017. p. 8.

³⁵⁹ FOREMAN, David M. The family rule: a framework for obtaining ethical consent for medical interventions from children. *Journal of medical ethics*. dec./1999. v. 25. I. 6. p. 491-500.

Na legislação escocesa (*Age of legal capacity Act - 1991*³⁶⁰), prevê-se que os jovens entre dezesseis e dezessete anos tenham direito de consentir para o seu próprio tratamento médico. Os jovens com menos de dezesseis anos podem consentir em seu próprio nome para qualquer procedimento ou tratamento cirúrgico, médico ou dentário, desde que o médico que o assiste entenda que ele tem condições de compreender a natureza e as possíveis consequências do ato médico a ser praticado³⁶¹.

No precedente *Gillick v. West Norfolk & Wisbech AHA*, estabeleceu-se que a idade em que a criança ou o adolescente pode ser considerado como competente para emitir seu consentimento é estabelecida casuisticamente, por meio de avaliações profissionais tendo em consideração a sua capacidade de compreensão do significado e das implicações que o procedimento médico oferece.

Nesse precedente, o questionamento jurídico sob debate era se um médico deveria dizer aos pais de uma adolescente (de dezesseis anos de idade) se ele estava prescrevendo contraceptivos a ela, pois a contracepção é considerada um tratamento médico. Segundo a doutrina, esse julgamento teve mais uma conotação de proteção aos profissionais, para evitar acusações de que aquele que assim agisse estaria apoiando a atividade sexual de uma pessoa com idade inferior a que lhe confere capacidade civil plena, do que propriamente para conceder à criança ou ao adolescente autonomia para consentir, independentemente da opinião dos responsáveis por ela. Esse entendimento, porém, passou a ser aplicado por profissionais que lidam com crianças e jovens em outras áreas, além da saúde sexual e reprodutiva)³⁶².

Na situação inversa, de recusa de tratamento por parte de criança ou adolescente, a regra não costuma ser a mesma, embora existam casos em que a recusa é admitida, como por exemplo no caso Hannah, uma paciente terminal de treze anos de idade, que não queria que o hospital no qual era atendida mantivesse uma ação judicial para obrigá-la a se submeter a um transplante de coração, que nas circunstâncias concretas era um procedimento altamente arriscado, contra a sua vontade³⁶³.

Segundo o *Children Act*³⁶⁴, a criança ou o adolescente podem recusar tratamento psiquiátrico ou médico, desde que seja considerado competente para isso, mas esse

³⁶⁰ SCOTLAND. Age of legal capacity Act 1991. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/50/contents>. Acesso em: 26 out. 2018.

³⁶¹ Principles of consent. *Guidance for nursing staff*. Royal College of Nursing. London: 2017. p. 8.

³⁶² TAYLOR, Brian J. *Professional decision making and risk in social work*. 2. ed. London: Sage, 2013. p. 41.

³⁶³ TAYLOR, Brian J. *Professional decision making and risk in social work*. 2. ed. London: Sage, 2013. p. 41.

³⁶⁴ UNITED KINGDOM. *Children Act 2004*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/31/contents>. Acesso em: 27 out. 2018.

juízo está cercado de grande subjetividade. Porém, antes dos dezoito anos, essas pessoas não podem recusar tratamentos se tiverem diagnóstico de doença psíquica ou se a recusa decorrer de convicção religiosa³⁶⁵. E, sempre que o médico julgar necessário (até mesmo como medida de autoproteção), em especial quando tratar de decisões importantes nas quais a decisão da criança ou do adolescente, ou até mesmo de seus responsáveis não sejam no “melhor interesse” do jovem ou da criança, pode submeter o caso a uma Corte para obter uma solução.

Assim, Foreman propôs a adoção de um sistema que denominou de “family rule”, segundo o qual as intervenções médicas a serem realizadas em uma criança devem ser precedidas de uma prévia decisão que abrangeria a opinião conjunta desta e de sua família (os seus responsáveis legais), em um processo ativo coparticipativo de autorização ao ato médico³⁶⁶.

Na França, associa-se a informação médica ao consentimento informado. Diz-se que a informação médica é exigível porque esclarece esse assentimento do paciente e, sem a informação clara, leal e inteligível, considera-se como não obtido o consentimento do paciente ao ato médico³⁶⁷.

O início do seu reconhecimento jurídico dá-se no âmbito jurisprudencial, antes da legislação, a partir de 1942, com o *Arrêt Teyssier* proferido pela *Cour de Cassation*³⁶⁸. O julgado estabeleceu que, exceto nos casos de força maior, um cirurgião deve obter o consentimento do paciente antes de realizar qualquer operação. Na decisão de 27 de julho de 1994, o *Conseil Constitutionnel* reconheceu a existência de um princípio constitucional de salvaguarda da dignidade humana, reforçada pelo *Arrêt* de 9 de outubro de 2001 (Recurso n. 00-14.564³⁶⁹), no qual a Primeira Câmara Civil declarou que “o dever de informação do médico em relação ao seu paciente encontra seu fundamento na exigência do respeito ao princípio constitucional da salvaguarda da dignidade da pessoa humana”, o qual foi regrado pelo art. L.1110-2 do *Code de la santé publique* (CSP), que consagra o direito ao respeito da dignidade do paciente. Tem-se, assim, que o paciente “deve ser considerado como um interlocutor capaz de compartilhar informações e servir-se disso para consentir com o ato que

³⁶⁵ FOREMAN, David M. The family rule: a framework for obtaining ethical consent for medical interventions from children. *Journal of medical ethics*. Dec. 1999. v. 25. I. 6. p. 491-500.

³⁶⁶ FOREMAN, David M. The family rule: a framework for obtaining ethical consent for medical interventions from children. *Journal of medical ethics*. Dec. 1999. v. 25. I. 6. p. 491-500.

³⁶⁷ GIBERT, Sabine. *Guide de responsabilité médicale et hospitalière*. Quelle indemnisation du risque médical aujourd'hui? Paris: Berger-Levrault, 2011. p. 55.

³⁶⁸ Disponível em: www.biusante.parisdescartes.fr. Acesso em: 9 nov. 2018.

³⁶⁹ CASTELLETTA, Angelo. *Responsabilité médicale*. Droit des malades. 2. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 14.

tem em vista ou ao tratamento que planeja seguir”³⁷⁰.

Os fundamentos para a exigência do consentimento informado são vários, e iniciam com a afirmação de que o consentimento é um direito fundamental do paciente, vinculado às suas liberdades fundamentais e à dignidade humana, sob conciliação contínua entre princípio da inviolabilidade do corpo humano e a liberdade da pessoa de dispor de seu corpo³⁷¹.

O Código Civil francês trata do corpo humano no livro “Das pessoas”, no título “Dos direitos civis”, no Capítulo II, intitulado “Do respeito do corpo humano”³⁷².

O art. 16 do Código Civil francês assegura a primazia da pessoa, proíbe qualquer afronta à sua dignidade e garante o respeito ao ser humano desde o início de sua vida. O respeito ao corpo, a sua inviolabilidade e extrapatrimonialidade constam no art. 16-1. O consentimento informado costuma ser associado ao art. 16-3, segundo o qual a integridade do corpo humano pode ser atingida na hipótese de necessidade médica que envolva a própria pessoa ou excepcionalmente, no interesse terapêutico de outrem (ver-se-á que esse dispositivo é complementado pelo art. L111-4 do CSP)³⁷³. Na segunda parte do artigo, menciona-se que o consentimento da pessoa em questão deve ser obtido de antemão, exceto quando sua condição exigir uma intervenção terapêutica à qual ela não esteja em condições de consentir.

O consentimento informado é disciplinado pelo referido art. L111-4 do CSP³⁷⁴, o qual determina que nenhum ato médico ou tratamento pode ser realizado sem o consentimento livre e esclarecido do paciente, consentimento esse que pode ser revogado a qualquer momento. Cada pessoa tem o direito de tomar decisões relativas à sua saúde, juntamente com o profissional da área e tendo em conta as informações e as recomendações que ele fornece. Referido artigo também assegura os direitos de recusa e de não submissão a tratamento, assim como o de acompanhamento médico respeitando essa decisão do paciente, assegurando-se o acompanhamento paliativo.

O mesmo artigo preconiza que o médico tem a obrigação de respeitar a vontade da

³⁷⁰ Informações extraídas da página da *Cour de Cassation*. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/epr_euve_protection_2647/necessaires_fonctionnement_2648/personnes_malades_11375.html#1.1.1.1.1. Acesso em: 9 nov. 2018.

³⁷¹ FEUILLET, Brigitte. Les directives anticipées en France, un indice de consentement à effets limités. In: NEGRI, Stefania (org.). *Self-Determination, dignity and end-of-life care*. Regulating advance directives in international and comparative perspective. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 195-207, em especial na p. 196.

³⁷² Disponível em: www.legifrance.gouv.fr. Acesso em: 9 nov. 2018.

³⁷³ FEUILLET, Brigitte. Les directives anticipées en France, un indice de consentement à effets limités. In: NEGRI, Stefania (org.). *Self-Determination, dignity and end-of-life care*. Regulating advance directives in international and comparative perspective. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 195-207 (a associação mencionada consta na p. 198).

³⁷⁴ Disponível em: www.legifrance.gouv.fr. Acesso em: 7 nov. 2018.

pessoa após informá-la das consequências de suas escolhas e da gravidade destas. Se, por sua vontade, o paciente recusar ou interromper qualquer tratamento, colocando a sua vida em perigo, ele deve reiterar a sua decisão dentro de um prazo razoável, podendo inclusive solicitar apoio de outro membro do corpo médico. O médico deve salvaguardar a dignidade do paciente e assegurar a qualidade de seu fim de vida, dispensando-lhe cuidados paliativos. Todo o procedimento deve constar no prontuário do paciente.

Esse entendimento é reforçado pelo art. R4127-36 do CSP, o qual prevê que o consentimento da pessoa examinada ou tratada deve ser buscado em todos os casos, e que, quando o paciente (em condições de exprimir a sua vontade), recusa a investigação ou o tratamento propostos, o médico deve respeitar essa recusa, mas antes deve informar ao paciente das consequências dessa decisão.

No plano deontológico, o *Code déontologie médicale* de 1995, do *Conseil National de l'Ordre des médecins*³⁷⁵, menciona que o consentimento do paciente deve ser buscado em todos os casos (possíveis), e que, quando o paciente, em condições de exprimir a sua vontade, recusa as investigações ou tratamento propostos, o médico deve respeitar essa decisão, após ter informado ao paciente as consequências dessa recusa (art. 36), no que se concilia com o art. R. 4127-36 do CSP.

O art. 459 do Código Civil francês refere que a pessoa sob tutela ou curatela toma diretamente as decisões relativas a si na medida em que sua condição permita, e, caso o estado dessa pessoa não permita a tomada de uma decisão pessoal esclarecida, o juiz pode designar uma pessoa encarregada dessa assistência, que representará essa pessoa. Exceto em caso de emergência, a pessoa encarregada não poderá, sem a autorização do juiz ou do conselho de família (caso esse conselho tenha sido constituído), tomar uma decisão que tenha o efeito de comprometer seriamente a integridade física da pessoa protegida, mas pode tomar as medidas de proteção estritamente necessárias para pôr fim ao perigo que o próprio comportamento da pessoa protegida causaria a si, informando a seguir esse fato ao juiz ou ao conselho de família (se foi constituído)³⁷⁶.

Na hipótese de incapacidade de expressão da vontade, o mencionado art. L1111-4 do CSP prescreve que nenhuma intervenção ou investigação será posta em curso, salvo quando ocorrer situação de urgência ou impossibilidade de autorização emitida por pessoa de

³⁷⁵ Disponível em: <www.conseil-national.medecin.fr>. Acesso em: 9 nov. 2018.

³⁷⁶ O Conselho de família está previsto no art. 407 a 416 do Código Civil francês, é um grupo composto de quatro a seis membros, designado por um juiz que o preside, e é convocado para tomar decisões colegiadas em nome da pessoa protegida. Havendo empate, cabe ao juiz o desempate. A pessoa com discernimento que é protegida pode participar da reunião, e sua participação terá feição consultiva.

confiança, ou um familiar. Por construção jurisprudencial (a exemplo do Recurso n. 98-18.513 da *Cour de Cassation*), pode haver limitação na informação repassada ao paciente em caso de necessidade de intervenção psiquiátrica. O art. R2147-35 do CSP permite a manutenção do paciente em situação de ignorância de um diagnóstico ou prognóstico grave, quando isso for em seu interesse e por razões legítimas segundo critério do médico, embora se reconheça a dificuldade de uma avaliação dessa ordem³⁷⁷.

O art. L1111-6 refere que todo indivíduo capaz pode designar (por escrito em instrumento coassinado pela pessoa designada) uma “pessoa de confiança”, que pode ser um parente, uma pessoa próxima ou o médico assistente, a qual será consultada caso o designante não tenha condições de exprimir a sua vontade e de receber as informações necessárias a esse fim. A “pessoa de confiança” designada poderá inclusive acompanhar o paciente e auxiliá-lo na tomada de decisão. Essa designação é incentivada pelos profissionais de saúde, em situações de internação, e até mesmo de acompanhamento médico, constituindo ato revisável e revogável a qualquer tempo por parte do paciente capaz.

Quando a pessoa é incapaz de expressar a sua vontade, a limitação ou a cessação do tratamento, suscetível de causar a morte do paciente, não pode ser praticada senão após autorização de um colegiado definido pela via regulamentar, além do consentimento para esse procedimento em diretivas antecipadas de vontade emitida anteriormente pelo paciente, por autorização da pessoa de confiança ou de familiar, sendo essa a dicção dos artigos L1111-4 e L1110-5-1 do CSP. A decisão fundamentada, que limita ou interrompe o tratamento, deve ser inserida no dossiê médico.

A prática de atos médicos envolvendo pessoa com idade inferior a dezoito anos depende de autorização dos representantes legais (após a passagem pelo processo informativo), conquanto o art. L1111-4 do CSP preveja que o consentimento da criança, do adolescente ou do adulto sob tutela deva ser sistematicamente buscado, caso esteja apto a exprimir a sua vontade e a participar da decisão, e deve ser levado em consideração na medida do possível (art. R4127-42). Se a recusa a um tratamento provier de um representante legal do paciente e puder ensejar graves consequências à saúde desse paciente, o médico deve prestar os cuidados indispensáveis.

O art. 372-2 do Código Civil francês menciona que, em relação a terceiros de boa-fé,

³⁷⁷ Nas palavras da *Cour de Cassation*: “S’il appartient bien au professionnel d’apprécier en conscience la portée de la réserve d’information, apparaît aussi l’immense difficulté d’une telle appréciation”. item 1.1.1.1.3.1. Disponível em: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/epr_euve_protection_2647/necessaires_fonctionnement_2648/personnes_malades_11375.html#1.1.1.1.1. Acesso em: 8 nov. 2018.

é considerado que o pai ou a mãe, agindo isoladamente, assim o faz com a concordância do outro, para os atos considerados “habituais” que, no âmbito da saúde, seria exemplificado pelo acompanhamento em consultas médicas, a vacinação, os cuidados de rotina como o tratamento contra alergias, etc. Quando tratar de hospitalização prolongada, tratamentos invasivos ou mais arriscados, intervenções que requeiram anestesia geral, decisão de interrupção de tratamento, etc., todos os pais devem ser consultados e devem autorizar o procedimento, decidindo em conjunto³⁷⁸.

No entanto, o art. L 1111-5 do CSP autoriza o médico ou a parteira a dispensar a autorização dos responsáveis quando a pessoa com menos de dezoito anos assim solicitar expressamente, mantendo-se o estado de sua saúde em segredo, quando a ação médica for preventiva, diagnóstica, de tratamento ou de intervenção para salvaguardas a sua saúde. No entanto, o profissional deve esforçar-se para primeiramente tentar obter a permissão do paciente para que os responsáveis sejam consultados. Mantida a oposição, o mencionado artigo determina que o paciente se fará acompanhar de uma pessoa com capacidade civil plena de sua escolha.

No Quebec, o art. 17 do Código Civil³⁷⁹ estabelece que a pessoa a partir dos quatorze anos pode consentir sobre os cuidados em saúde. Quando houver um risco sério à sua saúde (podendo causar-lhe efeitos graves e permanentes), enquanto não tiver plena capacidade civil, será necessária a intervenção do responsável legal na tomada de decisão e respectiva autorização ao ato médico.

O *Code de déontologie des médecins* do Quebec³⁸⁰ (Capítulo M-9, r. 17, alíneas 28 e 29) refere que, exceto na hipótese de emergência, o médico deve obter previamente o consentimento livre e esclarecido do paciente ou de seu representante legal para a realização de um exame, uma investigação, um tratamento ou uma pesquisa, devendo assegurar que o paciente ou seu representante legal receba explicações pertinentes à compreensão da natureza, propósito e possíveis consequências do exame, investigação, tratamento ou pesquisa sugeridos, com a finalidade de facilitar a deliberação.

O direito italiano acolhe a figura jurídica do consentimento informado, e os fundamentos mais importantes a ele vinculados são a autodeterminação e o direito à saúde,

³⁷⁸ Comentário n. 2 ao art. 36 do *Code déontologie médicale*. Disponível em: <https://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-36-consentement-du-malade-260>. Acesso em: 9 nov. 2018.

³⁷⁹ Texto original: “17. Le mineur de 14 ans et plus peut consentir seul aux soins non requis par l’état de santé; le consentement du titulaire de l’autorité parentale ou du tuteur est cependant nécessaire si les soins présentent un risque sérieux pour la santé du mineur et peuvent lui causer des effets graves et permanents.” Disponível em: www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr. Acesso em: 7 nov. 2018.

³⁸⁰ Disponível em: www.legisquebec.gouv.qc.ca. Acesso em: 9 nov. 2018.

em razão da incidência dos arts. 13 e 32 da Constituição italiana. O texto do art. 13 refere que “a liberdade pessoal é inviolável”, e estatui consequentemente a liberdade da pessoa para tutelar a própria saúde e integridade (exceto em caso de restrições por atos motivados provindos autoridade judiciária ou nos casos e modos previstos em lei).

O art. 32 completa essa teia protetiva ao reconhecer a saúde “como direito fundamental do indivíduo, e interesse da coletividade”. Vai além a mencionada regra constitucional, ao estabelecer que “ninguém pode ser forçado a um determinado tratamento de saúde, exceto por disposição de lei”, a qual “não pode em nenhum caso violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”. Diz a doutrina que esses artigos formam uma “reserva absoluta de lei”, ao estabelecer um “caráter excepcional ao tratamento de saúde involuntário, que, em todo caso, não pode violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”³⁸¹.

No plano infraconstitucional, as disposições legislativas mais referidas a respeito do tema no sistema italiano são o *Decreto Ministeriale* de 3 de março de 2009, cujo art. 9º especifica o protocolo para verificação da idoneidade do doador de sangue e hemoderivados; o *Decreto Presidente della Repubblica* de 16 de junho de 1977 (n. 409), que disciplina o transplante de órgãos; o *Decreto Ministeriale* de 11 de abril de 2008, que permite a crioconservação de gametas masculinos e femininos, mediante consentimento informado prévio e escrito (art. 8º); o *Decreto Presidente della Repubblica* de 9 de outubro de 1990 (n. 309), o qual regulamenta o tratamento da situação de toxicodependência.

O *Codice civile* italiano (CCi) estabelece a proibição de atos de disposição do próprio corpo, quando causarem uma diminuição permanente da integridade física, ou na hipótese de contrariedade à lei, à ordem pública ou aos bons costumes (art. 5º).

No plano deontológico, o art. 30 do *Codice de Deontologia Medica* italiano determina que o médico deve fornecer ao paciente “a mais idônea informação sobre o diagnóstico, o prognóstico, as perspectivas e eventuais alternativas diagnóstico-terapêuticas”, além das “consequências previsíveis das escolhas feitas”, esclarecendo-se adicionalmente o que lhe for solicitado, inclusive quanto a prevenção, embora deva cumprir a vontade documentada do paciente de deixar de informar ou transmitir a informação a outrem.

Além disso, o mencionado artigo traz traços de paternalismo ao mencionar que o médico, ao cumprir o dever de informar, deve ter em conta a capacidade de compreensão e as

³⁸¹ CASCIARO, Giuseppe; SANTESE, Piero. *Il consenso informato*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 1-2; DE TILLA, Maurizio, et al. *La parola al paziente: il consenso informato e il rifiuto delle cure*. Milano: Sperling & Kupfer, 2008. P. 21-22 e PELLEGRINO, Giulio. *Il consenso informato all'attività del medico: fondamenti, struttura e responsabilità*. Vicalvi: Key Editore, 2015. p. 25-38.

habilidades do paciente “a fim de promover a máxima adesão à proposta diagnóstico-terapêutica”. As informações sobre prognóstico grave, desfavorável ou que possa gerar preocupação e sofrimento, devem ser fornecidas com prudência, mediante o emprego de “terminologia não traumatizante e sem excluir elementos de esperança”.

Recentemente, foi editada a Lei n. 219, de 22 de dezembro de 2017³⁸², um importante marco normativo para o direito italiano, a qual “tutela o direito à vida, à saúde, a dignidade e a autodeterminação da pessoa”, e trata do consentimento informado e das diretivas antecipadas de tratamento (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), cujo art. 1º expressa que “nenhum tratamento de saúde pode ser iniciado ou continuado sem o consentimento livre e esclarecido da pessoa interessada, exceto nos casos expressamente previstos em lei” (texto da alínea 1).

Antes da edição da referida Lei, a doutrina italiana sempre conferiu grande relevância fundante do consentimento informado nas regras da União Europeia, em especial o art. 35 da Carta de Direitos Fundamentais; o art. 5º da Convenção sobre os direitos humanos e a biomedicina (ratificado no ordenamento jurídico italiano por meio da *legge* n. 145/2001), e o princípio n. 3 da Declaração europeia sobre a promoção dos direitos do paciente, adotada em Amsterdam em 30 de março de 1994 por meio da Consulta Europeia dos direitos dos pacientes, sob os auspícios da OMS, a qual estabelece que “o consentimento informado do paciente constitui pré-requisito para qualquer intervenção médica”³⁸³.

A Lei n. 219, de 22 de dezembro de 2017, passou a tratar do tema de modo abrangente e relativamente aprofundado no âmbito interno do direito italiano.

A alínea 2 do referido art. 1º menciona que o consentimento informado atua como meio de promoção e valorização da relação de cuidado e confiança, no qual estão a “autonomia decisória do paciente”, assim como “a competência, a autonomia profissional e a responsabilidade do médico”. A relação de atenção à saúde compete aos profissionais da área integrantes de equipe de atendimento, de acordo com as suas competências específicas. Nessa relação, se assim o paciente desejar, podem ser envolvidos os seus familiares (incluindo o convivente ou cônjuge) ou uma pessoa de sua confiança.

Ainda segundo a alínea 2 do referido art. 1º, o paciente “tem o direito de conhecer as próprias condições de saúde”, bem como de receber informações completas, atualizadas e compreensíveis sobre o seu “diagnóstico, prognóstico, benefícios e riscos dos exames

³⁸² Lei n. 219, de 22 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/16/18G00006/sg>. Acesso em: 15 nov. 2018.

³⁸³ GRASSINI, Ennio; PACIFICO, Rodolfo. *Il consenso informato*. Le basi, la pratica e la difesa del medico. Torino: Seed. 2012. p. 16-17.

diagnósticos e dos tratamentos de saúde indicados, bem como sobre as possíveis alternativas e às consequências de eventual recusa de tratamento”.

Sob a mesma alínea, prescreve-se que o paciente pode rejeitar total ou parcialmente ao direito de receber as informações, assim como tem a opção de indicar um familiar ou pessoa de sua confiança que se encarregue de recebê-las, de decidir e de exprimir a autorização, em vez do paciente. “A recusa ou renúncia de informações e a indicação de um responsável são registradas no prontuário e no arquivo eletrônico de saúde.”

As alíneas 4 e 5 da Lei exprimem a necessidade de que tanto o consentimento informado quanto eventual recusa sejam emitidos “nos modos e com os instrumentos mais adequados às condições do paciente”, devendo ser documentado de forma escrita ou por meio de registro em vídeo. Caso o paciente seja pessoa com deficiência, que não afete a competência para a tomada de decisão, o consentimento ou o dissentimento deverá ser obtido mediante o uso de dispositivos que permitam a sua comunicação. De toda forma, deverá ser registrada a decisão do paciente no prontuário e no arquivo eletrônico de saúde.

A recusa é admissível tanto ao início quanto no decorrer de um tratamento, e, segundo a alínea 5 do art. 1º da Lei, a alimentação ou a hidratação artificiais são consideradas tratamentos de saúde, pois a sua administração ocorre sob prescrição médica. Tratando-se de paciente que renuncie ou que negue tratamento de saúde necessário à sua sobrevivência, o médico oferecerá ao paciente ou, se este concordar, aos seus familiares, informações sobre as consequências dessa decisão de recusa e as possíveis alternativas. Adicionalmente, o médico oferecerá medidas de apoio ao paciente, valendo-se igualmente de serviços de assistência psicológica. Se o paciente não modificar a sua decisão, a aceitação, a recusa ou a revogação serão anotadas no prontuário e no arquivo eletrônico de saúde³⁸⁴.

Ao respeitar a decisão expressa do paciente de recusa ao tratamento ou de renúncia ao mesmo, o médico será isento de responsabilidade civil ou penal, segundo dispõe a alínea 6 do art. 1º da Lei. A mesma alínea explicita que o paciente não pode exigir tratamentos de saúde contrários à lei, à ética profissional ou às boas práticas clínico-assistenciais e o médico, diante de um pedido dessa natureza, “não tem obrigações profissionais”.

Nas situações de emergência ou de urgência, o médico e os membros da equipe de saúde providenciam o atendimento necessário, respeitando a vontade do paciente onde suas condições clínicas e as circunstâncias presentes no momento permitirem (alínea 7 do art. 1º da

³⁸⁴ O limite da revogabilidade, segundo a doutrina, seria o ato já realizado ou o ato cuja execução fora iniciada (nessa última hipótese, somente poderá ser suspensa se não acarretar graves repercussões ao estado de saúde do paciente). DE TILLA, Maurizio, et al. *La parola al paziente: il consenso informato e il rifiuto delle cure*. Milano: Sperling & Kupfer, 2008. p. 27.

Lei).

As instituições de saúde pública ou privada devem garantir a implementação da lei, inclusive com o treinamento dos médicos e demais profissionais de saúde, que deverá abranger a relação com o paciente, a terapia da dor e os cuidados paliativos (alíneas 9 e 10 do art. 1º da Lei).

O art. 2º da Lei prevê que o médico deve atuar no sentido de aliviar o sofrimento do paciente (prestando cuidados paliativos). Para pacientes com prognóstico ruim ou com pouco tempo previsto de vida, o médico evitará a obstinação terapêutica e proverá a sedação paliativa profunda contínua em associação com a terapia da dor, mediante prévio consentimento do paciente. Tanto o uso dessa medida, quanto a sua recusa, devem ser anotadas no prontuário e no arquivo eletrônico de saúde.

A maioria civil é estabelecida em dezoito anos, conforme determina o art. 2º do CCI. As pessoas “privadas de autonomia”, total ou parcialmente, podem ser auxiliadas pela *amministrazione di sostegno* (art. 404 do CCI)³⁸⁵, pela *interdizione* ou pela *inabilitazione*.

A primeira representa uma espécie de apoio de administração (*Legge* n. 6/2004), fixada judicialmente, que é modulável e flexível para atuação (parcial) em períodos (que podem ser transitórios), nos quais a pessoa não disponha de condições físicas ou psíquicas de prover seus interesses, a segunda e a terceira são situações jurídicas incidentes nas hipóteses de transtornos mentais. A segunda atinge a pessoa emancipada ou com idade igual ou superior a dezoito anos, diagnosticada com doença mental contínua e em grau acentuado, que a torna incapaz de prover seus próprios interesses (art. 414 do CCI). E a terceira é permitida à pessoa com idade igual ou superior a dezoito anos, atingida por doença mental em menor grau, aos pródigos ou aos que fazem uso abusivo e habitual de álcool ou drogas, os surdos, os cegos desde o nascimento ou a primeira infância, quando forem considerados incapazes de defender os seus próprios interesses (art. 415 do CCI).

A mencionada Lei n. 219/2017 prevê que a pessoa que ainda não atingiu a plena capacidade civil tem direito à “valorização da própria capacidade de compreensão e de decisão”, o que lhe habilita ao recebimento de informações “sobre as escolhas relativas à própria saúde de modo adaptado à sua capacidade de modo a permitir que exprima a sua vontade (art. 3º, alínea 1).

A autorização para tratamento de saúde de criança ou adolescente ou a sua recusa é

³⁸⁵ Pellegrino afirma que, para a maioria da jurisprudência italiana, é admissível ao *amministratore di sostegno* obter autorização para permitir um ato médico, em vez do sujeito apoiado, que não tenha condições de passar por um processo de consentimento. PELLEGRINO, Giulio. *Il consenso informato all'attività del medico: fondamenti, struttura e responsabilità*. Vicalvi: Key Editore, 2015. p. 91.

manifestada por quem exerce o poder parental ou pelo tutor, tendo em conta a vontade daquela, considerada a sua idade e o seu grau de maturidade; a da pessoa interdita está sob a responsabilidade do tutor, consultando-se o tutelado sempre que possível; a da pessoa inabilitada é expresso pela própria (exceto quando for nomeado *amministratore di sostegno* com poderes de representação ou assistência na área da saúde, situação em que o administrador o representará ou o assistirá, sempre considerando a vontade do beneficiário, tendo em vista o seu grau de capacidade de entender e querer). Em todas as hipóteses, é expresso o propósito de tutelar a saúde psicofísica, a vida e o respeito à dignidade do paciente (art. 3º, alíneas 2, 3 e 4).

Se o *administratore di sostegno* ou o representante legal da criança ou adolescente, da pessoa interdita ou inabilitada (na ausência de disposições antecipadas de tratamento), recusar um tratamento proposto e o médico considerar que este é necessário e apropriado, a decisão deverá ser submetida ao *giudice tutelare*, que decidirá como proceder (art. 3º, alínea 5).

As disposições antecipadas de tratamento (DAT) estão previstas no art. 4º da Lei n. 219/2017. A pessoa com capacidade civil e capaz de compreender e de querer pode emití-las, em antecipação de uma possível incapacidade futura de autodeterminação e depois de obter adequadas informações médicas sobre as consequências de suas escolhas, exprimindo por meio delas a forma pela qual deseja que seja conduzido o atendimento médico relacionado à sua saúde, bem como antecipadamente estabelecer autorização ou recusa para testes de diagnóstico ou escolhas terapêuticas e a tratamentos de saúde individualizados.

Também lhe é permitido escolher uma pessoa da sua confiança (designada como *fiduciario*) que lhe representa nas relações com o médico e com a própria estrutura de atendimento em saúde. O fiduciário deve ser civilmente capaz, além de ter boa capacidade de compreender e querer.

A Lei (art. 4º, alínea 5) estabelece que o médico deve respeitar as DAT, conquanto dispense-o disso quando, em conjunto com o *fiduciario*, entenderem que elas são manifestamente incongruentes; na situação de não corresponderem à condição clínica atual do paciente ou quando houver terapias não previstas no momento da sua emissão, desde que seja “capaz de oferecer possibilidades concretas para a melhoria das condições de vida” do paciente. Havendo conflito entre o *fiduciario* e o médico, o tema deve ser submetido à apreciação do *giudice tutelare*.

O art. 5º da Lei apresenta a interessante e útil proposição de possibilidade de criação de um “planejamento compartilhado de cuidados” entre médico e paciente, admissível quando

o estado clínico indica uma patologia crônica e incapacitante ou caracterizada por uma evolução irrefreável com prognóstico desfavorável. Nele, o médico e a equipe de cuidados em saúde devem cumprir o que ali foi programado, se o paciente estiver sem condições de emitir o consentimento.

A dispensa do consentimento informado no direito italiano assemelha-se aos demais países pesquisados, permitindo-se que ocorra quando o paciente recusar receber a informação e delegar a determinação dos cuidados ao próprio médico ou a terceiros; nos atendimentos de emergência, nas situações que caracterizem privilégio terapêutico ou nas hipóteses de tratamentos obrigatórios.

No âmbito da *Corte di Cassazione* italiana, a necessidade de consentimento (informado) do paciente ao ato médico é consolidada. Na *sentenza* n. 9806, de 20 de março de 2018, a Corte reconheceu que, em uma cirurgia para remoção de uma tatuagem da qual resulte uma cicatriz no paciente, não há culpa médica quando esse for um resultado previsível em razão da natureza do procedimento e do estado da arte, que era do prévio conhecimento do paciente em decorrência do diálogo específico a respeito do tema havido antes da intervenção, tendo sido esclarecido este os tipos de intervenção cabíveis e suas consequências e do qual resultou a concordância do paciente³⁸⁶.

Na *sentenza* n. 9179 de 13 de abril de 2018, a *Corte di Cassazione* italiana referiu que há dois tipos diferentes e autônomos de danos decorrentes da violação do dever de informar ao paciente, no direito médico: o primeiro, o *dano à saúde*, que subsiste pela razoável suposição de que o paciente, poderia ter evitado de submeter-se a uma intervenção e experimentado as consequências lesivas à sua saúde se tivesse sido corretamente informado e o segundo que é o *dano à autodeterminação* (o qual pode ser presumido), que foi a perda da oportunidade de apreciação que lhe é conferida pelo direito, e em razão disso, o paciente sofreu um prejuízo patrimonial ou não patrimonial distinto da lesão do direito à saúde³⁸⁷.

Ainda segundo esse julgado, uma informação completa e correta é necessária ao exercício do direito de aceitar ou recusar um procedimento, tratamento ou atendimento

³⁸⁶ A Corte cassou a sentença da Corte d'Appello de Roma para exame do fundamento da ação, que é a verificação do estado da cicatriz efetiva, se é condizente com o que seria admissível em um procedimento adequadamente realizado. (*Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, Sentenza 20 marzo 2018, n. 9806*. Disponível em: <https://portale.fnomceo.it/cassazione-civile-sentenza-n-9806-18-colpa-medica/>. Acesso em: 15 nov. 2018).

³⁸⁷ Disponível em: <http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/wp-content/uploads/2018/04/Cass.-civ.-Sez.-III-Sent.-ud.-17-01-2018-13-04-2018-n.-9179.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018. Segundo a decisão, a orientação consolidada da Corte (*Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, Sentenza 16/05/2013, n. 11950, Rv. 626347-01*) é no sentido de reconhecer uma relevância autônoma para o fim de imputação de uma responsabilidade indenizatória, à falta de consentimento do paciente ao ato médico.

(previamente ou durante a sua execução, no que isso for possível); a escolha dentre as opções de tratamento médico e a faculdade de obter outras opiniões médicas, a preparação do próprio paciente para enfrentar o atendimento, o tratamento ou a intervenção, pois cabe a este verificar se está disposto a preparar-se para enfrentar as consequências de um atendimento em saúde, os seus resultados, o pós-operatório, a reabilitação, os seus custos, etc.

Diz-se nesse julgado que “a Constituição italiana ratifica o respeito à pessoa humana em qualquer momento de sua vida e na integralidade da sua essência psicofísica, em consideração ao conjunto de convicções morais, religiosas, culturais e filosóficas que orientam as suas determinações volitivas”³⁸⁸.

Ademais, prospecta os seguintes cenários possíveis:

1. Informação omissa ou insuficiente quanto a uma intervenção cuja conduta médica culposa tenha causado um dano à saúde do paciente, para a qual este teria se submetido de qualquer forma. Aqui, a indenização é limitada ao dano à saúde identificado (*Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, Sentenza 17/01/2018, n. 901, Rv. 647125-02*).

2. Informação omitida ou insuficiente quanto a uma intervenção da qual tenha resultado danos à saúde do paciente razão de erro médico³⁸⁹, a qual o paciente teria optado por não se submeter: essa hipótese enseja indenização pelo dano à saúde e por ofensa ao direito de autodeterminação do paciente.

3. Informação omitida em face de uma intervenção que, embora realizada com técnica adequada (sem erro médico), tenha gerado dano à saúde do paciente em face de uma intercorrência remota que se concretizou, mas para a qual o paciente teria escolhido não se submeter, caso tivesse tido a oportunidade de escolha, com informação prévia: a indenização será equitativa e considerará a violação do direito à autodeterminação, e a lesão à saúde será avaliada em relação a situação diferencial entre a existente antes da intervenção e a resultante dessa.

4. Informação omitida quanto a uma intervenção bem executada e que, portanto, não gera dano à saúde do paciente: permanece uma ofensa ao direito de autodeterminação do paciente como dano ressarcível sob um critério equitativo toda vez que, e somente se, este tenha sofrido consequências inesperadas da intervenção, sem a necessária e consciente

³⁸⁸ Na decisão, são referidas as seguintes sentenças anteriores, todas da *Sezione Terza Civile* da *Corte di Cassazione*: n. 21748 de 16/10/2007, RV 598962-01, n. 23676 de 15/09/2008, RV 604907-01, que tratam de casos de transfusão de sangue em testemunhas de Jeová.

³⁸⁹ Souza faz uma crítica ao uso da expressão “erro médico”, mas essa expressão é referida no texto porque foi a utilizada na *sentenza* n. 9179. A crítica consta em SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro. a. 2. n. 2. abr./jun. 2013. p. 1-27. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Souza-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.

predisposição para enfrentá-las e aceitá-las.

Na Espanha, a Lei n. 41/2002 reconhece o consentimento informado como um mecanismo de proteção que legitima as atuações clínicas e garante a autonomia do paciente, representando uma conformação livre, voluntária e consciente de um paciente no que respeita a aspectos de sua saúde, manifestada no “pleno uso de suas faculdades”, depois de receber a informação adequada (art. 3º)³⁹⁰.

A quem tem dezoito anos incompletos (e que não tem capacidade civil plena na forma do art. 12 da Constituição espanhola e arts. 315 e 322 do Código Civil espanhol), há uma capacidade civil limitada, embora a autonomia seja progressiva e determinada gradualmente segundo a idade e a capacidade natural suficiente da pessoa individualmente considerada, em conexão com a importância do ato que se realizará, assim considerada a aptidão volitiva e intelectual, uma “capacidade de entendimento e juízo necessário para compreender o alcance e as consequências do ato que se trate”³⁹¹.

Nessa medida, deve-se permitir que essa pessoa atue de modo autônomo (de acordo como que for possível), pois isso contribui ao livre desenvolvimento da sua personalidade, mantendo-se a representação ou a assistência quando isso for adequado às circunstâncias e que melhor atenda às necessidades da pessoa que será submetida ao ato médico, “sempre em favor do paciente e com respeito à sua dignidade pessoal”, de modo que, nas hipóteses em que a pessoa com idade inferior a dezesseis anos tenha capacidade natural para decidir, pode fazê-lo autonomamente, independentemente de representação. Quando não tiver essa capacidade, a

³⁹⁰ Apresentam-se, a seguir, os dispositivos da Lei que interessam ao tema desta tese:
Ley 41/2002. “Artículo 2. Principios básicos.

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.
2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.
5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.
6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.
7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida.”

³⁹¹ MORÓN, María José Santos. Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid. n.15, 2011, p. 63-93. p. 64.

representação será recomendável³⁹².

Há particular importância no art. 162.1 do CC, o qual estabelece que o poder familiar (no caso, a representação ou a assistência) não se exercita na prática de atos relativos a direitos de personalidade que as próprias pessoas com idade inferior a dezoito anos possam praticar diretamente, de acordo com a sua maturidade³⁹³.

De acordo com a doutrina espanhola, há uma presunção de incapacidade para consentir de forma autônoma, da pessoa com idade inferior a doze anos de idade (embora deva ser ouvida a sua opinião), enquanto que, a partir dos dezesseis, anos há capacidade do paciente para deliberar sobre a própria saúde. Dos doze até os dezesseis anos, o paciente deve comprovar que possui “suficiente discernimento e maturidade”, ou seja, sempre que haja capacidade natural suficiente³⁹⁴, assim entendida a capacidade de entendimento e juízo necessário para compreender o alcance e as consequências do ato. Essa avaliação deverá ser feita casuisticamente, tendo em conta que, “quanto mais graves sejam as consequências que podem resultar de um ato de exercício de direitos da personalidade, maior é o grau de discernimento e maturidade que se deve exigir para adotar uma decisão válida”³⁹⁵.

A competência pessoal para consentir vincula-se à sua condição para o recebimento das informações, de processamento e compreensão, e de sopesamento dos aspectos relacionados, e a consequente tomada de decisão.

Para Morón, se o ato médico implica riscos escassos (por exemplo, o tratamento para bronquite, ou a extração de um dente), o grau de maturidade do adolescente para consentir não precisará ser elevado, diferentemente de uma situação mais complexa que exija um grau

³⁹² IGUAL, María Clara Blasco. El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria. *Revista de Bioética y Derecho*. N. 35. Barcelona. 2015, p. 32-42 (trechos e afirmações constam nas p. 35-36). Disponível em: <www.scielo.isciii.es>. Acesso em: 6 nov. 2018. Segundo a autora, esse entendimento é uma construção derivada da interpretação dos artigos 154 e 162.1 do Código Civil espanhol e dos arts. 9.3 e 9.5 da Lei n. 41/2002.

³⁹³ “Artículo 162. Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.”

O texto do Código Civil espanhol e da Ley 41/2002, estão disponíveis em www.boe.es, acesso em 6 nov 2018.

³⁹⁴ IGUAL, María Clara Blasco. El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria. *Revista de Bioética y Derecho*. n. 35. Barcelona. 2015, p. 32-42. p. 37. Disponível em: <www.scielo.isciii.es>. Acesso em: 6 nov. 2018.

³⁹⁵ MORÓN, María José Santos. Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid. n.15, 2011, p. 63-93, em especial nas p. 64, 68 e 81.

de maturidade superior (para procedimentos que envolvam riscos mais acentuados ou cuja decisão possa acarretar riscos graves, como, por exemplo, a rejeição a um tratamento que é vital à saúde), a opinião do paciente será considerada (embora não seja vinculante), mas a autorização deverá ser emitida por seu responsável legal.

A doutrina costuma referir que, nas situações que envolvam risco grave à vida ou à saúde do adolescente (avaliado de acordo com o critério do médico que atende), a autorização será do representante, ouvida e considerada a opinião do paciente, embora essa decisão deva “atender sempre ao maior benefício para a vida ou a saúde” deste, e as decisões que “sejam contrárias a ditos interesses deverão chegar ao conhecimento da autoridade judicial”, para que esta “adote a resolução correspondente”, salvo por razões de urgência que não permitam essa providência, situação na qual “os profissionais de saúde adotarão as medidas necessárias na salvaguarda da vida ou da saúde do paciente, amparados pelas causas de justificação de cumprimento de um dever e de estado de necessidade”³⁹⁶.

A Lei espanhola n. 41/2002 também refere que “o paciente será informado inclusive em caso de incapacidade”, desde que “de modo adequado às suas possibilidades de compreensão” e, nas situações de falta de capacidade “para entender a informação em razão de seu estado físico ou psíquico”, “segundo o critério do médico que o assiste”, a informação deverá ser fornecida às pessoas a ele vinculadas “por razões familiares ou de fato” (art. 5º, ns. 1 e 3).

O mesmo artigo da Lei referida (art. 5º, n. 4) dispensa o médico do dever de informar na hipótese de “comprovada existência de um estado de necessidade terapêutica”, estado esse considerado “como a faculdade do médico de atuar profissionalmente sem informar o paciente de antemão, quando por razões objetivas o conhecimento de sua própria situação poderia prejudicar seriamente sua saúde” (hipótese conhecida como de privilégio terapêutico). Esse procedimento deve ser implementado mediante registro médico fundamentado “das circunstâncias da história clínica”, além da comunicação de sua “decisão às pessoas ligadas ao paciente por razões familiares ou de fato”.

Ademais, a Lei espanhola n. 41/2002, em seu art. 9º, n. 3, menciona as hipóteses nas quais a autorização para o ato médico não ocorrerá por conduta direta do paciente, que são as seguintes:

(a) por representação legal, quando o paciente com idade igual ou superior a dezoito

³⁹⁶ LERA, Silvia Gaspar. Límites a la autonomía privada en el derecho de la persona. In: LUCÁN, María Ángeles Parra (Coord.). *La autonomía privada en el derecho civil*. Navarra: Editorial Aranzadi. 2016. p. 133-172. p. 143.

anos “tem a capacidade modificada judicialmente”;

(b) por pessoas vinculadas ao paciente (com idade igual ou superior a dezoito anos) em face de vínculos familiares ou de fato, quando este não tiver um representante legal e não for “capaz de tomar decisões, a critério do médico responsável pela assistência” ou quando o seu estado físico ou psíquico não permitir essa decisão;

(c) por representante legal de paciente com idade inferior a 18 anos que não tenha condição intelectual ou emocional, de entender o escopo da intervenção, embora a sua opinião deva ser considerada.

O art. 9º, n. 4, da Lei espanhola n. 41/2002 estabelece que situações envolvendo pacientes entre dezesseis a dezoito anos de idade completos, com integridade psicofísica, não permitem autorização por representação. Porém, na hipótese de atuação médica que acarrete “grave risco para a vida ou à saúde” desses pacientes, de acordo com o critério do próprio médico envolvido no atendimento, a autorização para o ato médico deve ser concedida pelo representante legal desse paciente, considerada a opinião dele (no Brasil seria caso de assistência).

Ainda tendo em conta o mencionado art. 9º (n. 6), refere-se que quando a autorização for concedida mediante representação legal ou por pessoas vinculadas por razões familiares ou de fato, a decisão deverá ser tomada considerando o maior benefício à vida ou à saúde do paciente. As decisões que forem contrárias a essa premissa deverão ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário, diretamente ou por meio do Ministério Público, salvo nas urgências, em que não há condição para obter autorização judicial, caso em que os profissionais de saúde adotarão as medidas necessárias para salvaguardar a vida ou a saúde do paciente, amparados pelas causas de justificação do cumprimento de um dever, ou por estado de necessidade.

O art. 9º, n. 7 da Lei espanhola citada, determina que a autorização por representação “será adequada às circunstâncias e proporcionais às necessidades que devam ser atendidas, sempre em favor do paciente e com respeito à sua dignidade pessoal”. O paciente “participará na medida do possível na tomada de decisões ao longo do processo de atendimento em saúde”. Tratando-se de paciente deficiente, “ser-lhe-ão oferecidas as medidas de apoio incluindo informações em formatos apropriados”, de modo a torná-las acessíveis e compreensíveis, propiciando-lhes um adequado processo de consentimento.

No entanto, reconhece-se que, nesses casos de análise de capacidade para consentir de pessoas que não tenham plena capacidade civil, a valoração das hipóteses possíveis baseiam-se no juízo pessoal do médico, e há estudo indicando que em um grupo de pessoas com idade entre 12 e 18 anos de idade incompletos submetidas a intervenção cirúrgica, 86,9%

delas consideravam-se aptas a opinar sobre a aceitação ou não aceitação da intervenção, e apenas 34,3% declaravam-se maduras e preparadas para tomar uma decisão a esse respeito (isto é, preferem opinar, mas não decidir, e para isso confiam nos pais). De todos os pacientes envolvidos no estudo, apenas 3,1% leram o formulário escrito de consentimento informado³⁹⁷.

Campbell e Weithron afirmam que os jovens de quatorze anos têm condição semelhante aos adultos para tomar decisões em situações simuladas (crianças de nove anos de idade analisadas têm menos habilidades para compreender as informações de tratamento fornecidas no teste), enquanto Fundudis sustenta que adolescentes são capazes de compreender os conceitos de risco e benefício no mesmo nível que os adultos, embora Hester ressalte que adolescentes muitas vezes não ajam de maneira que atendam aos seus melhores interesses e tendam a subestimar tanto o efeito do risco quanto a sua vulnerabilidade a ele³⁹⁸.

Estudos de neuroimagem indicam que o cérebro humano permanece em amadurecimento até os vinte anos (a adolescência é um período de crescimento e mudança contínuos do cérebro), sendo possível associar um estado de neuromaturação à maturidade de julgamento, uma vez que os “lobos frontais, que abrigam os principais componentes do circuito neural subjacente às ‘funções executivas’, como planejamento, memória de trabalho e controle de impulsos”, são as áreas do cérebro que amadurecem tardiamente, e que não estão “totalmente desenvolvidas até a metade da terceira década de vida”. Aliás, as estruturas e processos cerebrais mudam ao longo da vida.³⁹⁹

Na adolescência, há maior possibilidade de execução de comportamentos de risco em face do descompasso entre o estágio de desenvolvimento do sistema socioemocional e o de controle cognitivo. No entanto, isso pode ser visto como um fato positivo se considerado que eles conferem ao sujeito uma “vantagem evolutiva”, como, por exemplo, a diminuição das chances de endogamia, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento ou a aquisição de habilidades

³⁹⁷ DOMINGUEZ, Francisco Javier Rodriguez, et al. El menor de edad y el proceso de toma de decisiones en el ámbito sanitario. *Derecho y salud*. v. 26, n. extra 1, 2016, p. 229-236. Os dados estatísticos informados estão na p. 231.

³⁹⁸ WEITHORN, Lois A., CAMPBELL, Susan B. The competency of children and adolescents to make informed consent about treatment decisions. *Child Development*. Dec. 1982. v. 53. p. 1589-1598; FUNDUDIS, Trian. Consent issues in medico-legal procedures: how competent are children to make their own decision? *Child and Adolescent Mental Health*. Jan. 2003. v. 8. n. 1. p. 18-22. TILLET, Jackie. Adolescents and informed consent: ethical and legal issues. *The Journal of Perinatal & Neonatal Nursing*. Apr.-Jun. 2005. v. 19. n. 2. p. 112-121.

³⁹⁹ JOHNSON, Sara B., et al. Adolescent maturity and the brain: the promise and pitfalls of neuroscience research in adolescent health policy. *Journal of adolescent health: official publication of the Society for Adolescent Medicine*. v. 45. I. 3. sep./ 2009. p. 216-221. O estudo reconhece, no entanto, que “modalidades de neuroimagem envolvem um elemento de subjetividade, assim como as modalidades de ciências comportamentais”.

necessárias para uma sobrevivência independente⁴⁰⁰.

Adicionalmente, a concessão de autonomia para consentir à pessoa com capacidade civil relativa, pode trazer um desafio caso essa decisão não esteja de acordo com um juízo sensato segundo o que a lógica técnica da medicina considere como eficiente tendo em conta o quadro do paciente, ou mesmo quando o resultado prático da decisão desse paciente lhe cause um grave risco. Assim, ou se admite que essa pessoa tem a capacidade para consentir independentemente da sua decisão ser ou não técnica ou racionalmente aceitável, ou se afirma que essa decisão deve ser considerada apenas quando estiver de acordo com uma deliberação racional e medianamente aceitável, mas esse entendimento é contraditório, ao somente conceder autonomia a quem tem capacidade civil relativa se a decisão for tida como socialmente aceitável, porque parece indicar que aquele “adota uma decisão prejudicial para a sua saúde, assim o faz porque não tem suficiente capacidade”⁴⁰¹.

Ainda, há que se ponderar que seria igualmente contraditório pensar que a pessoa com idade inferior a dezoito anos de idade não possa firmar validamente, sem representação ou assistência, um contrato de prestação de serviços médicos ou aderir a um seguro-saúde, e que ao mesmo tempo tenha capacidade para emitir um consentimento para um ato médico que refletirá na sua saúde e repercutirá de forma mais incisiva na sua vida. Sob a máxima de que quem pode o mais, pode o menos (*in eo quod plus est semper inest et minus*), há uma incongruência nessa lógica, embora se reconheça que, na medida do possível, todo paciente deva ser ouvido antes de ser submetido a um procedimento ou tratamento que repercute na sua condição psíquica ou física.

4.1.2 Consentimento e capacidade no direito brasileiro

A concepção de pessoa, na sua dimensão intersubjetiva e na esfera do direito privado, está correlacionada com a condição de titularidade de direitos e deveres, poderes e faculdades, na qualidade de sujeito, reconhecida pelo ordenamento jurídico.

Na circulação juridicamente qualificada e no exercício desses poderes, faculdades e direitos, por meio dos negócios jurídicos, à concepção de pessoa acabam sendo criados, estabelecidos e consolidados termos comumente utilizados na prática jurídica para facilitar

⁴⁰⁰ JOHNSON, Sara B., *et al.* Adolescent maturity and the brain: the promise and pitfalls of neuroscience research in adolescent health policy. *Journal of adolescent health: official publication of the Society for Adolescent Medicine*. v. 45. I. 3. sep./ 2009. p. 216-221.

⁴⁰¹ MORÓN, Maria José Santos. Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid. n.15, 2011, p. 63-93, em especial na p. 86.

essa atividade e estabelecer parâmetros de validade.

Não obstante o alerta no sentido de que é um erro instrumentalizar a pessoa humana no direito privado, por meio das noções de capacidade, sujeito de direito, dentre outras designações⁴⁰², e que personalidade e pessoa sempre devem ser vistas sob uma ótica constitucionalizada, socializada e imbuída do espírito contemporâneo de um direito civil atualizado, o fato é que a pessoa também existe como sujeito de direito, aqui entendido (sob uma ótica atualizada) em contraposição a objeto de direito, compreendendo-se que, em se tratando de pessoa física em uma situação ou relação jurídica específica, é a situada e concreta, consideradas as suas circunstâncias e vicissitudes, sem mercantilizá-las⁴⁰³.

Imbrica-se a isso a ideia de capacidade. A capacidade historicamente está vinculada com a possibilidade de decidir, que parte dos pressupostos de compreensão e volição, e uma decisão racional depende de discernimento, que é a aptidão para entender e formular juízos racionalmente⁴⁰⁴.

Assim, tem-se tradicionalmente que a personalidade é “atributo jurídico” consistente na “aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico”, enquanto que a capacidade atua como a sua medida⁴⁰⁵. Nela, há capacidade de direito, que é a capacidade jurídica (de gozo), que figurativamente tem um aspecto estático e atribuído a toda pessoa⁴⁰⁶, e há a especificidade própria, sob um aspecto dinâmico, que pertine a “capacidade de obrar”, a de fato, vinculada ao exercício de direitos (de levar a efeito ato-fato jurídico, atos jurídicos *stricto sensu* ou mesmo atos ilícitos; e de exercitar a capacidade negocial).

⁴⁰² “Submergida a ideia de ‘pessoa’ na de ‘indivíduo’ (ao senso ‘egoísta’ do termo) e não-visualizada a de ‘personalidade’ pela preeminência do conceito técnico de ‘capacidade’, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o ‘ser pessoa’ com o ‘ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações’. Em outras palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da ideia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito”. MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 408-446. p. 411.

⁴⁰³ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Trad. por Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta. 2010. p. 43.

⁴⁰⁴ O uso do vocábulo “capacidade” chegou a causar desconforto, pois a sua contraposição, a “incapacidade” pode gerar uma percepção negativa em face de quem esteja numa situação de não capacidade, no entanto, ainda não se encontrou outra expressão cujo antônimo não carregue em si algo de “pejorativo” (como discernimento e não discernimento, competência e incompetência, etc.).

Ainda, Rodrigues Júnior refere que: “Independentemente de discussões sobre haver (como preferia Silvio Rodrigues) ou não haver (ao estilo de Pontes de Miranda) diferenças entre personalidade e capacidade, o interesse atual dirige-se ao problema dos efeitos do Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre o exercício pessoal de direitos”. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Pessoa, personalidade, conceito filosófico e conceito jurídico de pessoa: espécies de pessoas no direito em geral. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 118/2018, p. 281-291, jul./ago. 2018. p. 289-290.

⁴⁰⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 141-142 e 165-166.

⁴⁰⁶ Código Civil (CC). Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

A capacidade civil na legislação atual é presumida primordialmente pelo fator etário, bem como relaciona-se com determinadas condições pessoais, seja no aspecto particular (físicas ou psíquicas de determinada pessoa), seja na perspectiva coletiva (estabelecida a partir do *status* em um determinado grupo social, como ocorre com a capacidade do indígena, regida por lei especial – Lei n. 6.001/1973 e art. 232 da CF).

Na perspectiva individual, a princípio, esse fenômeno seria facilmente compreensível sob o aspecto puramente formal e legal, uma vez que o art. 5º do CC prevê a capacidade civil plena àqueles com idade igual ou superior a 18 anos.

No entanto, algumas nuances, ou um olhar mais detido, trazem inquietações, especialmente quando considerados na atualidade os ajustes que são fruto do fenômeno da massificação social e que viabilizam certas relações estabelecidas com pessoas sem capacidade civil plena, ou mesmo quanto ao que possa ser considerado como capacidade plena para ter aptidão à produção de efeitos jurídicos.

Nisso assume relevância a diferenciação entre titularidade e exercício; capacidade, poder e legitimação, assim como a capacidade para consentir.

Capacidade é diferente de poder de representação, pois, enquanto aquela é mais genérica, este representa o exercício efetivo da capacidade, e pode tanto designar “o conteúdo ativo dos direitos (isto é, aquilo quem em razão dos direitos, pode-se fazer ou pretender, em contraposição ao dever jurídico ou obrigação)”, quanto pode indicar “a habilitação de alguém para agir em nome e conta de outrem”. Na capacidade, há uma “aptidão genérica (situação passiva) da pessoa para praticar os atos de sua vida jurídica (inclusive, já se vê, os de outorga de poderes a terceiros)”.⁴⁰⁷

A capacidade decorre das qualidades naturais da pessoa, sendo personalíssima e intransmissível. Por outro lado, a legitimação ou legitimidade é específica, transmissível, e tem gênese jurídica, desvinculada da qualidade natural do agente. Trata-se de “um requisito a mais que o da capacidade”⁴⁰⁸: é uma habilitação específica determinada por lei, para que se

⁴⁰⁷ RÁO, Vicente. *Ato jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 100-101. O Autor exemplifica, na p. 101: “(...) cabe indagar se a pessoa incapaz de, por si, praticar atos voluntários geradores de efeitos jurídicos, pode praticá-los em nome e conta de outrem que, para tanto, poderes lhe transmite. Perante os princípios a solução negativa se impõe. De fato, na representação, convencional inclusive, o representante contribui com sua vontade própria, embora o faça em nome e conta do representado”.

⁴⁰⁸ “Enquanto a capacidade corresponde à aptidão natural e genérica das pessoas para a prática, por si, dos atos da vida jurídica, a legitimação indica a exigência legal, imposta a certas pessoas capazes, de preenchimento de especiais habilitações subjetivas ou objetivas para a celebração de determinados atos, segundo a natureza da relação de que se trate e segundo a situação, perante a mesma, de quem pretenda ser seu sujeito ativo ou passivo”. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do

constitua válida ou eficazmente uma determinada relação, juridicizando-a.

Em relação aos efeitos, a legitimação pode ser desdobrada em duas: uma ligada a validade do negócio jurídico, que é a “legitimidade-requisito de validade”, a qual trata da atuação que só se torna apta para uma eficácia diretamente almejada, na ocorrência de um ato correlato do qual é dependente, decorrente da existência de uma relação jurídica anterior, motivo por que o negócio pode ser concretizado validamente somente após a obtenção do consentimento de outrem (por exemplo, na venda de ascendente para descendente após o consentimento dos demais descendentes)⁴⁰⁹.

A outra, vinculada a eficácia negocial, que é a “legitimidade-fator de eficácia”, trata da atuação que se faz porque há uma relação jurídica anterior que a permite, que é a “titularidade de um poder” para a prática eficaz de um negócio jurídico (venda de bens pelo mandatário, no exercício do mandato, venda *a non domino*, etc.)⁴¹⁰.

Ademais, a legitimação é *positiva* quando a prática de um ato está condicionada ao atendimento de algum requisito específico; ou *negativa*, quando, em razão de uma qualidade pessoal transitória (ilegitimidade relativa) ou permanente (ilegitimidade absoluta), determinado ato específico não pode ser praticado por quem seja considerado inabilitado para ele⁴¹¹.

Esses são os aspectos essenciais e comumente referidos na doutrina para personalidade, capacidade civil, legitimação e poder. No entanto, na atualidade, uma parte da doutrina veio a afirmar que essas categorias precisariam ser atualizadas, especialmente porque surgem a partir de uma premissa antiga essencialmente patrimonialista. Por isso, nos atos de gênese existencial, seria necessário agregar mais uma dimensão à capacidade, também sob feição dinâmica, que é a capacidade para consentir⁴¹², quanto a questões vinculadas aos

conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 104.

⁴⁰⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 58-59. O autor, na p. 59, afirma: “Porque no primeiro caso a legitimidade é obtida, apesar de uma relação jurídica anterior, e, no segundo, por causa de uma relação jurídica anterior, muitas vezes se diz que a legitimidade ora se apresenta sob um aspecto negativo, ora sob um aspecto positivo. De fato, quanto se trata de legitimidade-requisito de validade, é a existência de uma relação jurídica que impede a realização (válida) do negócio e, quando se trata de legitimidade-fator de eficácia, é a inexistência de uma relação jurídica que impede a realização (eficaz) do negócio. O que há de comum entre as duas espécies de legitimidade é que ambas dizem respeito a uma relação jurídica”. Complementa dizendo que há relação aparentemente de fato (p. ex., a do herdeiro aparente), em que a legitimidade de fato, como oposição à legitimidade de direito.

⁴¹⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 58-59.

⁴¹¹ Por exemplo, as proibições de casamento entre pessoas vinculadas de modo que a lei considere que há incompatibilidade, como v.g., tutor ou curador com tutelado ou curatelado, respectivamente; a outorga uxória; o ato de disposição de bens que exija autorização judicial, a venda de bens sem a observância de direito de preferência, eventuais restrições relativas a aquisição de imóveis por estrangeiros (art. 190 da CF).

⁴¹² MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo

direitos da personalidade, notadamente a tomada de decisões quanto a atos de disposição de ordem psicofísica, como as relativas à saúde, à vida e à imagem da pessoa.

Esse entendimento repercute no consentimento para o ato médico, pois podem ocorrer situações fáticas nas quais um paciente tenha capacidade por idade sem que haja alguma condição específica para realizar esse ato (por exemplo, de ordem psicológica), outras vezes a idade não é um fator decisivo para indicar que uma pessoa possa ou não minimamente decidir sobre determinados aspectos relacionados à sua saúde.

Assim, é preciso refletir sobre o tema, que tem repercussão prática relevante, especificando-se como será vista a capacidade para consentir no ato médico, se é preciso haver uma capacidade especial no sistema juscivilista ou se é suficiente trabalhar a ideia de capacidade civil genericamente considerada como *aptidão para decidir e exprimir vontade*, sem que isso influencie o tradicional sistema atualmente previsto no CC.

No direito médico, é certo que o paciente somente pode adequadamente consentir se tiver uma competência específica⁴¹³, que está vinculada à compreensão do ato e a possibilidade razoável de emissão de uma decisão a esse respeito. A capacidade civil costuma ser a referência mais segura ao médico quanto ao ponto, pois ela é objetiva, a indicar que, não havendo situação de plena capacidade civil, o consentimento ficará prejudicado.

Dessa maneira, assume-se que o paciente civilmente capaz tem também aptidão, *a priori*, à passagem pelo processo decisório no ato médico (ao menos até que surja um motivo para alterar essa lógica).

Porém, os médicos não se eximem do dever de avaliar rotineiramente a capacidade de tomada de decisão do paciente, quanto à compreensão e apreciação das informações; ao seu conteúdo e consequências, bem como de formulação de decisões e sua exteriorização, como parte integrante do atendimento⁴¹⁴.

Como visto, o consentimento na área da saúde atua como legitimador de uma

uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). *Bioética e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 320-330, em especial na p. 313.

⁴¹³ Nos países de língua inglesa costuma-se usar as palavras *competence* e *capacity* para designar o que, no Brasil, entende-se como capacidade civil. No entanto, embora a capacidade de decisão (*decision-making capacity*) e a competência (*competence*) refiram-se à capacidade dos pacientes de tomar decisões, a primeira é uma avaliação clínica da capacidade do paciente de tomar decisões específicas sobre saúde, enquanto a competência é uma determinação legal da capacidade do paciente de tomar suas próprias decisões em geral. Veja-se, a respeito, GANZINI, Linda; VOLICER, Ladislav; NELSON, William; FOX, Ellen; DERSE, Arthur. Ten myths about decision-making capacity. *Journal of the american medical directors association*. Saint Louis, v. 5, n. 4, 2004, p. 263-267, em especial na p. 264 (myth 1).

⁴¹⁴ GANZINI, Linda; VOLICER, Ladislav; NELSON, William; FOX, Ellen; DERSE, Arthur. Ten myths about decision-making capacity. *Journal of the american medical directors association*. Saint Louis, v. 5, n. 4, 2004, p. 263-267, em especial na p. 264 (myth 1).

intervenção e ao mesmo tempo como sua fronteira. Considerando-se essa premissa, é necessário separar três possíveis cenários, sendo o primeiro o de uma pessoa com idade superior a dezoito anos, que tenha uma condição permanente que dificulte ou impeça o ato de decidir e o de exprimir essa decisão; o segundo é o da pessoa que não tenha atingido a idade mínima para a capacidade civil plena mas que tenha competência para decidir; e o terceiro é o da pessoa com capacidade civil, embora sem condições transitórias por debilidade física ou psíquica para consentir ao ato médico.

Na primeira hipótese, verifica-se a necessidade de instituição da tomada de decisão apoiada (na hipótese de dificuldade para decisão) ou mesmo da aplicação da curatela, para os casos de impedimento de expressão da vontade, embora seja claro que o EPD refere a impossibilidade de terceirização ao apoiador ou ao curador de deliberações quanto a aspectos existenciais, o que enseja a aplicação do “procedimento especial de validação” que será visto a seguir.

Na segunda hipótese, é possível afirmar a necessidade de ouvir quem necessitará de atendimento médico, devendo ser atribuído a esse paciente, na medida do possível, a possibilidade de opinar. Se as vontades do representado ou assistido forem harmônicas em relação ao entendimento do representante ou assistente, então há uma condição favorável e de atendimento aos propósitos legítimos do consentimento. Na hipótese de dissenso, sugere-se o uso de um “procedimento especial de validação”.

Esse procedimento é o sugerido pela doutrina para os quadros de pessoas temporária ou pontualmente impossibilitadas de manifestar livre e conscientemente a sua vontade⁴¹⁵ (terceira possibilidade), no qual será solicitado o suprimento (confirmatório, quando possível ou substitutivo) da capacidade para possibilitar intervenções na esfera da saúde do paciente, caso em que necessariamente haverá a necessidade de passagem por uma avaliação particularizada das suas condições para a prática do ato para o qual se solicita esse

⁴¹⁵ “Com base na noção de capacidade para consentir, pode ser requerido um procedimento especial de validação do consentimento de pessoa incapaz (por exemplo, um menor de idade) ou de pessoa legalmente capaz, mas temporariamente impedida de proferir com liberdade e conhecimento de causa o seu consentimento. Assim sendo, diante de um pedido de suprimento da capacidade para consentir nos casos de intervenção médica em bem da personalidade, a autoridade decisória deve, antes, determinar se o paciente é ou não concretamente capaz de discernimento para o ato especificamente em causa. O dado empírico, determinado e específico, será o ponto de partida do processo de singularização da capacidade para consentir relativamente ao ato atinente à saúde. Essa é a razão pela qual, inclusive menores – desde que possam, em algum grau, compreender, avaliar, se autodeterminar e expressar sua vontade -, são não apenas destinatários da informação sobre o ato interventivo em sua saúde, mas, como hoje é internacionalmente reconhecido, capazes de decisão sobre aquele ato [...] sendo-lhe atribuída uma espécie de ‘maioridade antecipada’ exclusivamente para aqueles efeitos, na linguagem médica dita ‘Gillick competence’, por referência à origem, no direito anglo-saxão, especificamente no caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority of Lords*, 17 October 1985”. (comentário ao § 49, apresentado pelos atualizadores de MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. T. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 251-252).

suprimento.

Nesse sentido, há uma aproximação quanto ao teor do Enunciado n. 138 das Jornadas de Direito Civil, no qual se afirma que, na seara da concretização das suas situações existenciais, o absolutamente incapaz (aquele com idade igual ou inferior a 16 anos) com discernimento suficiente, deve ter a oportunidade de manifestação, a qual é considerada como juridicamente relevante⁴¹⁶.

Esse entendimento coaduna-se com o art. 6º da Convenção de Oviedo, segundo o qual crianças ou adolescentes devem ser ouvidos de forma determinante (considerando a sua idade e grau de maturidade), embora seja necessária a autorização “de seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei”, situação similar a das pessoas com limitação na capacidade para consentir, que devem, “na medida do possível, participar no processo de autorização”.⁴¹⁷

Com isso, tem-se que nenhuma pessoa pode ser completamente alijada do processo decisório (exceto excepcionalmente, como nas situações de privilégio terapêutico, de atendimento de emergência ou necessário por conta de riscos graves para a saúde pública nos

⁴¹⁶ III Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 138: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.” Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>, acesso em 7 abr. 2018.

Uma vez que o art. 3º, inc. I, do CC foi revogado, é necessária a adaptação do texto.

Na pesquisa no segmento da saúde, Cezar confirma que, mesmo em uma situação na qual não haja capacidade do sujeito da pesquisa, este “deverá receber as informações na medida de seu discernimento e deve ser-lhe permitido manifestar a vontade, a qual deverá ser analisada criteriosamente quando expressar a negativa de participação, ainda que em divergência com a manifestação do seu representante legal. Sua vontade em participar, quando em conflito com a manifestação de seu representante legal, no entanto, não terá valor jurídico de consentimento”. [...] “Por fim,, observa-se que há previsão de procedimentos especiais em comunidades culturalmente diferenciadas como as indígenas, com a obtenção do consentimento de seus líderes, sem prejuízo da manifestação dos indivíduos quando possível. A capacidade, neste caso, atende às regras especiais do Estatuto do Índio.” CEZAR, Denise Oliveira. *Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 166-167.

⁴¹⁷ “Artigo 6º. Proteção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento. 1 - Sem prejuízo dos artigos 17 e 20, qualquer intervenção sobre uma pessoa que careça de capacidade para prestar o seu consentimento apenas poderá ser efetuada em seu benefício direto. 2 - Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade. 3 - Sempre que, nos termos da lei, um maior careça, em virtude de deficiência mental, de doença ou por motivo similar, de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização. 4 - O representante, a autoridade, a pessoa ou a instância mencionados nos ns. 2 e 3 recebem, nas mesmas condições, a informação citada no artigo 5º. 5 - A autorização referida nos ns. 2 e 3 pode, em qualquer momento, ser retirada no interesse da pessoa em questão.”

Assim como com a Declaração de Helsinki: “29. Si un participante potencial que toma parte en la investigación considerado incapaz de dar su consentimiento informado es capaz de dar su asentimiento a participar o no en la investigación, el médico debe pedirlo, además del consentimiento del representante legal. El desacuerdo del participante potencial debe ser respetado.”

quais não seja possível o isolamento do paciente; na hipótese em que o paciente está sem a mínima condição clínica psicofísica de consentir⁴¹⁸), e essa constatação adquire maior relevância quando se tratar de questões de natureza existencial, porque o critério capacidade *versus* “in” capacidade não atua de modo excludente ou na lógica do tudo ou nada.

Como adverte Araújo, à semelhança de uma família, a convivência social enseja uma “teia de dependências e de responsabilidades mútuas que fazem de nós o espelho de obrigações definidas por outros, ou em função de outros”, transformando a personalidade outrora perfeitamente individualizada e individualista, de modo que ela “deixa de ser um aglomerado de titularidades e de legitimidades individualmente identificáveis para se funcionalizar”, por meio de vinculações não necessariamente sujeitas a reciprocidade, retribuição ou reconhecimento, em especial daqueles que estão em situação de dependência pelas mais diversas razões⁴¹⁹.

Isso não determina que o marco temporal que rege a matéria no CC (dezesseis anos, que é o limite entre incapacidade absoluta e capacidade relativa) não tenha valor, pelo contrário: a pessoa com dezesseis anos incompletos segue sob o sistema de representação na prática de atos jurídicos, mas isso não pode significar que deva ser completamente alijada dos processos decisórios de tratem da condução da sua vida (inclusive porque pratica atos-fatos, que independem da capacidade civil).

Considere-se igualmente que, quanto mais reduzida a idade na faixa etária de incapacidade absoluta, menos conveniência há na sua participação na tomada de decisão (na mesma medida e em critério de aplicação conjunta) e, dentro dessa categoria, quanto maior for o nível de complexidade de raciocínio exigível em relação ao objeto da decisão (conteúdo em si e circunstâncias), igualmente menor será o nível de participação necessária na tomada de decisão, pois esse pensamento considera que assim é possível preservar os próprios interesses (mesmo quanto a aplicação do princípio da proteção integral) da criança ou adolescente de até dezesseis anos.

Esse raciocínio é uma construção a partir do ordenamento jurídico brasileiro. Se a legislação brasileira contemplasse disposições específicas a respeito do tema, haveria mais segurança na conduta médica em situações que, atualmente, podem gerar dúvidas.

⁴¹⁸ Esse seria o exemplo das polêmicas internações involuntárias de toxicodependentes. Embora esse ponto não seja objeto desta tese, cabe referir brevemente que o entendimento atual no Brasil mais aceito é no sentido de que pessoas com transtornos mentais graves podem ser internadas para tratamento se houver pedido da família, do responsável legal ou indicação médica depois de tentados inexitosamente os meios extra-hospitalares possíveis, sendo que essa decisão deve ser autorizada por médico e comunicada ao Ministério Público estadual em até 72h (art. 8o, §1º da Lei n. 10.216/2001).

⁴¹⁹ ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 34.

Por mais que se possa apontar problemas quanto a questão de ser fixado um marco temporal determinado (dezesseis, em vez de outra idade) para delimitar os diferentes níveis de capacidade⁴²⁰, é necessário reconhecer que tais níveis são apenas *jurídicos*, e não *fáticos*, porque o direito, no plano normativo, não costuma lidar com individualidades.

Esse plano normativo ostenta um grau maior de abstração inerente e que deve considerar, na sua formação, uma média razoável que envolve eleições axiológicas que podem considerar máximas médico-biológicas, embora, como visto, não se possa impedir que uma determinada decisão de quem não está na linha da capacidade plena, possa ser analisada casuisticamente para a solução de um caso concreto, a ser considerada como juridicamente apreciável (por exemplo, o suprimento judicial – por substituição - de uma representação que não queira ser realizada pelo representante legal).

A definição de marcos legais de capacidade, embora não seja perfeita (e não é, pois nem mesmo a legislação é completa e insuscetível de possíveis colisões), é importante para que exista um certo grau de atuação numa generalidade de hipóteses que não comportariam uma análise casuística (por exemplo, para um tabelião lidar com esses marcos de faixa etária de capacidade é muito mais prático e seguro que uma avaliação particular de capacidade, mesmo porque, se esses marcos inexistissem, a insegurança e risco de injustiça seriam muito maiores).

A capacidade é um “limiar, e não um conceito contínuo como a autonomia”, que tem como finalidade trazer um marco prático e não propriamente classificar habilidades, de modo que os indivíduos “não são mais ou menos capazes, ainda que realizem as tarefas que determinam a capacidade de forma melhor ou pior”⁴²¹.

Assim, o critério da capacidade segundo a escolha de faixas etárias envolve pontos positivos e pontos passíveis de crítica, embora continue sendo um fator escolhido legislativamente como eficiente para a segurança das relações no direito e a prática de atos jurídicos em sentido largo, conquanto deva-se deixar claro que o direito contemporâneo (em especial o Poder Judiciário) deve estar aberto para a possibilidade de suprimento em hipóteses específicas em um procedimento especial de validação.

Nesse passo, considerar a opinião de uma pessoa absoluta ou relativamente

⁴²⁰ “O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p. 164.

⁴²¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2013. Tradução de: Luciana Pudenzi. p. 155.

desprovida de capacidade civil, não significa atribuir-lhe essa capacidade que lhe falta. Porém, trata-se de prática admissível e até mesmo aconselhável porque a dignidade da pessoa do paciente não é diferente daquela ínsita aos não-pacientes (até porque estatisticamente a maior parte dos seres humanos, em algum momento da vida, será paciente).

Essa dignidade apenas é adaptada, de modo que o paciente tenha autonomia para decidir sempre que possível e dentro do que as circunstâncias permitirem, sendo certo que nem todas as pessoas civilmente capazes estão necessariamente aptas para uma decisão racional e tecnicamente mais defensável em matéria de saúde, ou estejam insuscetíveis de pressões, assim como nem todos os desprovidos de capacidade civil são inábeis⁴²².

Nesse sentido é a redação do art. 7º da Declaração universal sobre bioética e direitos humanos, segundo o qual “deve ser concedida proteção especial às pessoas que são incapazes de exprimir o seu consentimento”, e toda autorização para uma prática médica “deve ser obtida em conformidade com o superior interesse da pessoa em causa e com o direito interno”, a qual “deve participar o mais possível no processo de decisão conducente ao consentimento e no conducente à sua retirada”, em especial porque as decisões do paciente quanto à sua saúde são de ordem existencial⁴²³.

Não se escapa, com isso, do *paradoxo da normalidade*, que é a tendência de inicialmente verificar a capacidade civil do paciente para decidir, e, se ele decidir de acordo com o usual, sua habilidade intelectual para o ato sequer é questionada, ao passo que, se o paciente decidir de uma forma não usual, é possível que o médico desconfie e sinta a necessidade de investigar se essa decisão é realmente proveniente de uma pessoa apta a tanto.

Admita-se que há um enfoque paternalista nesse pensamento, pois a desconfiança apenas surge no comportamento que se desvia de um padrão, embora isso seja racionalmente justificável e seja o mais praticável, pois os médicos não podem partir da premissa de que todos pacientes seriam “in”competentes para decisões sobre a condução de sua saúde⁴²⁴.

⁴²² “Nem todos os indivíduos capazes são igualmente hábeis e nem todos os incapazes são igualmente inábeis, mas as determinações da capacidade classificam as pessoas nesses dois grupos básicos”. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2013. Tradução de: Luciana Pudenzi. p. 138.

⁴²³ Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 3 nov. 2018.

⁴²⁴ HARTOGH, Govert den. Do we need a threshold conception of competence? *Medicine, health care and philosophy*. v. 19, may./ 2015. p. 71-83, trechos da p. 72. Hartogh refere que o paternalismo médico (que é a limitação à conduta ou intervenção relacionada a decisão do paciente, com o objetivo de beneficiá-lo ou de prevenir a ocorrência de um dano) se divide em paternalismo fraco, que é aquele no qual há uma prática tendente a evitar um mal a alguém com comprometimento total ou parcial da capacidade, e paternalismo forte, que ocorre quando alguém intervém nas condutas ou decisões de pessoas com capacidade.

Bodin de Moraes sustenta que o ordenamento do tipo paternalista parte da premissa de que “as pessoas devem ser protegidas de si próprias”, o qual é compatível com sociedades infantilizadas e não democráticas, que exigem que tudo seja proibido ou regulado, podendo-se fazer apenas o que é expressamente permitido. BODIN

A autodeterminação justifica o direito de decidir, que também contempla uma espécie de *direito de ser torto* (sic), de decidir de modo que, sob uma lógica racional-padronizada, possa ser considerado como *excêntrico*, *incomum* ou *insensato* ou, na melhor acepção técnica-jurídica, a possibilidade de ser, agir e pensar de modo autônomo, mas distinto da maioria⁴²⁵, sem que esse desenquadramento de um padrão social (mas que é uma auto-apropriação e uma realização fática da autodeterminação) seja considerado uma anomalia juridicamente inadmissível ou que seja capaz de retirar a sua qualidade de pessoa humana em sua dignidade.

Isso porque, na autogestão que permeia boa parte do arco da sua vida, a pessoa se realiza como ser humano, desenvolve livremente a sua personalidade e concretiza projetos existenciais, e a autonomia incide sobre a decisão entendida como poder, e não propriamente a qualidade dessa decisão como certa ou não certa (no que seja juridicamente admissível) segundo o olhar do outro ou da maioria⁴²⁶.

Tudo isso fica ainda mais evidente com a vigência do EPD, a partir do qual restou apenas uma referência no Código Civil à expressão “discernimento”, vinculada a atos jurídicos *lato sensu*, que é a mencionada no art. 1.860, o qual especifica que a qualidade de testador está na pessoa maior de dezesseis anos e com “pleno discernimento”. Por outro lado, foram excluídas as referências à incapacidade por enfermidade ou deficiência mental, à relativa incapacidade de ébrios, viciados ou pessoas com deficiência mental com discernimento reduzido.

Complementarmente, o EPD prevê, em seu art. 25, que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde na melhor medida admissível e sem discriminação. Ademais, estabelece a proibição de intervenção clínica ou cirúrgica, tratamento ou

DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 369-388.

⁴²⁵ “Quem em nome do universalismo exclua o outro, “*outro*” que tem direito por seguir sendo um estranho, está traíndo suas próprias ideias. Só mediante uma radical liberação de todo individual e diferente, só mediante uma liberação radical das biografias individuais e das formas de vida particular, se pode acreditar um universalismo de igual respeito a todos e a cada um, e da solidariedade com todo aquele que tem um rosto humano”. MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, Direitos Humanos e fundamentais: uma nova tecnologia disruptiva. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 39, p. 103-119, 2017. p. 118.

⁴²⁶ O tema é delicado e assume particular dificuldade quando há situação de doença psíquica. Araújo refere que nessas ocorrências “[...] os riscos de uma decisão errada, incluindo a de ‘desvio dos planos’, são anormalmente elevados, a exigência de uma ‘ética de cuidado’ sempre reclamaria uma especial solicitude da parte do médico, com ou sem conotação paternalista, mas certamente com a conotação ‘relacional’ do ‘empoderamento’ do paciente através da disponibilização de meios – incluindo os contratuais – de desenvolvimento dos seus planos e das suas oportunidades de florescimento pessoal.” ARAÚJO, Fernando. O contrato Ulisses – I: o pacto anti-psicótico. *Revista jurídica luso-brasileira*. Ano 3 (2017) n. 2, p. 165-217. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf. Acesso em: 30 out. 2018. Trecho extraído da p. 179.

institucionalização da pessoa com deficiência, sem anuência desta (art. 11).

Seu consentimento, indispensável para tratamentos, procedimentos, hospitalização ou realização de pesquisa (art. 12), pode ser suprido (parágrafo único do referido art. 11), embora a participação do paciente deva ser assegurada no maior grau possível (art. 12, §1º), conquanto o consentimento possa ser dispensado nas hipóteses de “risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis” (art. 13).

Na atualidade, portanto, a única hipótese de incapacidade absoluta é a das pessoas com idade igual ou inferior a dezesseis anos, e a relativa capacidade está nas pessoas com idade entre dezesseis e dezoito anos; nos ébrios habituais e viciados em tóxico; naqueles que “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” e nos pródigos, sendo que será considerada essa capacidade relativa quando a pessoa, temporária ou vitaliciamente, não puder decidir de forma esclarecida e autônoma quanto seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais; dar-lhe execução ou de adequadamente exprimir vontade.

Assim, é possível verificar que a recente alteração do Código Civil se centrou, em matéria de capacidade, na *aptidão para exprimir vontade*, no lugar do antigo “necessário discernimento”. O discernimento permaneceu com relevância jurídica no texto do Código Civil apenas no citado art. 1.860, e as demais referências à dita expressão, notadamente as que constavam na parte do CC que trata da capacidade, foram excluídas, a indicar uma mudança de paradigma, do “necessário discernimento” para a “capacidade de expressar a vontade”⁴²⁷, que pressupõe possibilidade de formação de uma vontade (ainda que mínima ou para alguns atos), adicionada à sua enunciação.

A legislação não gradua essa capacidade para exprimir vontade, o que dá a entender que não será aferida em razão da pessoa de forma ampla, mas em face de cada situação particular. Desse modo, uma pessoa pode ter a possibilidade de manifestá-la para atos mais singelos e não para atos mais complexos; ou pode ter maior amplitude em sua autodeterminação em matéria existencial ao passo que poderá ser atendida pela atuação substitutiva ou integrativa do curador na prática de atos jurídicos *stricto sensu* ou de negócios jurídicos não existenciais (art. 171, I, do CC) ou, ainda, potencialmente existirão situações em

⁴²⁷ Lembre-se, porém, que a capacidade para ter consciência de ilicitude segue relevante, notadamente na esfera do direito penal, ao tratar da capacidade delitual, que se vincula com a imputabilidade, tal como exemplificam os arts. 45 e 46 da Lei n. 11.343/2006, que preveem que o agente que praticar infração penal mas não tiver capacidade de entendimento da ilicitude da conduta, em razão de dependência química ou estiver sob o efeito de droga em razão de caso fortuito ou força, maior ficará isento de pena (deverá ser encaminhado a tratamento de saúde) ou, se essa incapacidade de entendimento da ilicitude for parcial, poderá haver redução de pena de um terço a dois terços.

que terá apoio para decidir⁴²⁸, não obstante possa exprimir a vontade em maior ou menor medida.

O direito separa os planos da decisão e da enunciação, de modo que, no plano da decisão, reconhecendo os estudos técnicos de neurociência⁴²⁹ que apontam a existência de diferentes graus de sintaxes e aptidões cognitivas, ou, ainda, situações em que elas podem variar no decorrer da vida e, mesmo pessoas com doença de Alzheimer leve e moderada, podem fazer determinadas escolhas de tratamento⁴³⁰.

Diante dessa constatação, pode haver casos de necessário auxílio na deliberação (como ocorre na tomada de decisão apoiada) sem que haja necessidade de amparo na exteriorização; assim como hipóteses em que a pessoa terá plena autonomia para decidir, embora deva ter assistência ou representação ao exprimi-la. Nesse passo, haverá casos de representação do curador da pessoa curatelada, hipóteses de assistência, ou a situação intermediária de representação em determinados atos.

De toda forma, nas situações de curatela⁴³¹, compartilhada ou não (art. 1.775-A do CC), esta inicialmente será circunscrita à limitação da prática de atos de natureza patrimonial, resguardando-se, na medida do possível, a autogestão pessoal na condução da própria vida quanto a situações existenciais.

Ainda quanto ao atendimento, é comum que os médicos ajam solicitando a permissão de familiares do doente. Porém, esse procedimento, segundo a legislação vigente (em especial o EPD e o CC) somente se legitima (ou seja, reduz o risco de eventuais questionamentos ou problemas de ponderações quanto a correção ou incorreção da conduta médica) se não for possível ter a decisão do paciente, se a decisão do representante ou do assistente estiver de acordo com as boas práticas e os princípios de ética médica ou, ainda, se houver autorização judicial a tanto.

⁴²⁸ Hipótese de tomada de decisão apoiada (TDA), na forma do art. 84, § 2º, do EPD, o qual dispõe sobre o direito da pessoa com deficiência ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais, podendo haver curatela se estiverem presente as condições para tanto (com natureza excepcional e restrita no tempo e no conjunto de atos ao qual será submetida), ou a possibilidade de requerimento de adoção do procedimento da TDA.

Na TDA a pessoa com deficiência escolhe ao menos duas pessoas idôneas (designadas como “apoiadores”, das quais o apoiado mantém laços de amizade ou de confiança), que o apoiarão na tomada de decisão sobre atos da vida civil, cabendo-lhes proporcionar as informações e dados necessários à decisão e atuação da pessoa apoiada (art. 1.783-A, do CC).

⁴²⁹ APPELBAUM, Paul S.; GRISSO Thomas. The MacArthur Study I. Treatment competence mental illness and competence to consent to treatment. *Law and Human Behavior*. v. 19, n. 2, 1995, p. 105-126. Disponível em: <http://psycnet-apa-org.ez94.periodicos.capes.gov.br/fulltext/1995-39258-001.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁴³⁰ Das diferentes medidas quanto a aptidão para consentir, veja-se: STURMAN, Edward D. The capacity to consent to treatment and research: a review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*. v. 25, issue 7, nov./2005, p. 954-974.

⁴³¹ Ou de interdição, pois há dissenso em matéria de nomenclatura, uma vez que o EPD enfatiza a expressão “curatela”, ao passo que o CPC volta a utilizar a designação de “interdição”.

Se o ou os familiares - representantes ou assistentes -, informarem ao médico uma decisão própria quanto à condução do atendimento do paciente sem condições de decidir, que seja contrária às boas práticas ou princípios de ética médica, o médico deverá rejeitar o atendimento (não poderá atuar no sentido de atender a tal pretensão), sob pena de responder por erro de conduta (tanto administrativa, quanto judicialmente – no que isso puder se enquadrar em suporte fático de responsabilidade administrativa perante o conselho profissional, responsabilidade por danos ou de conduta penalmente tipificada), lembrando-se que as decisões sob representação ou assistência igualmente demandam um processo material decisório, para o qual o recebimento de informações e esclarecimentos é essencial.

Nesse momento da exposição, a questão volta a ser a de saber se há uma terceira dimensão da capacidade. Pode-se afirmar que, ao lado da capacidade de direito e a capacidade de obrar, há a capacidade para consentir, na área da saúde, na qual há relevância da vontade do civilmente incapaz, total ou parcialmente, a ser observada mediante um procedimento de validação⁴³²?

Em primeiro lugar, o consentimento “pré-excludente da contrariedade a direito” somente pode provir daquele que possa “dispor do bem da vida” (sic), e que trate de interesse a ele disponível (renunciável ou passível de disposição): “por isso mesmo, não é *consentimento* o de terceiro, nem o do titular da pretensão, da ação, ou da exceção, no tocante ao bem de que ele-mesmo não pode dispor”⁴³³.

Tem condições jurídicas de exercer sua autonomia quem juridicamente pode determinar ou escolher seus desígnios, a partir de opções admissíveis e de informações que permitam uma prévia decisão reflexionada⁴³⁴.

Aqui, não se está a falar propriamente da liberdade física, por exemplo, de uma pessoa privada da liberdade, como um preso, ou uma pessoa com tetraplegia, que tem limitação física severa, mas que permanece com a possibilidade de decidir sobre sua saúde. Fala-se na autonomia como atributo daqueles que podem tomar decisões por si,

⁴³² PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1975*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, V. II.

⁴³³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 430 (§ 202).

A Recomendação CFM n. 1/2016 diferencia o “consentimento livre e esclarecido” do “assentimento livre e esclarecido”, no sentido de que, no primeiro, o próprio paciente ou seu representante legal, decide concorda e aprova um determinado procedimento diagnóstico ou terapêutico que lhe é indicado, enquanto que o “assentimento” seria a anuência do paciente “legalmente incapaz”, após receber as informações cabíveis, no limite de sua capacidade (itens 4 e 4.1).

⁴³⁴ Sobre os diferentes aspectos da autonomia, notadamente os procedimentais e psicológicos, vide SPRIGGS, Merle. *Autonomy and patients' decisions*. Lanham: Lexington Books, 2005. p. 64.

independentemente de ingerências prejudiciais externas e que sejam legitimadas por serem fruto de reflexão (e só reflete quem tem condição cognitiva para decidir no nível exigido pelo tipo de decisão a ser tomada).

Assim, há autonomia na decisão, ainda que a deliberação do paciente, depois de recebidas as informações adequadas, tenha sido a de não refletir para a tomada de uma decisão, porque o paciente concluiu que não deliberaria sobre isso, ou seja, optou por não escolher, escolheu por deliberar mais tarde ou delegou a decisão para terceiro.

O que importa é que esse processo seja livre de interferências prejudiciais e que ele tenha capacidade para isso. Assim, é incorreto que o médico, imaginando que o paciente em determinada condição possa deixar para o próprio profissional a possibilidade de escolha, leve o utente a pensar que a escolha entre um meio ou outro é irrelevante ao seu tratamento (quando isso não for verdade), da mesma forma que é viciada a escolha baseada em informações equivocadas, parciais ou distorcidas (como, por exemplo, quando os profissionais que atendem em planos de saúde recebem orientações para não realizar ou evitar ao máximo determinadas providências, como tratamentos ou exames).

A autonomia a considerar, portanto, é a situada, pois não pode ser alijada do seu entorno, tanto considerada a sociedade (sob permanente evolução conceitual e histórica) e seus interesses, quanto às próprias características do paciente e as circunstâncias relacionadas ao atendimento médico, que são extraídas das vivências, das práticas e dos valores sociais que são importados ao mundo jurídico⁴³⁵.

A decisão do paciente será legítima quando for precedida de um processo de consentimento, quando deixar de ser um instrumento meramente formal e quando não servir apenas para justificar o ato médico, tomada apenas com o objetivo de desobrigar o médico do cumprimento de seus misteres.

O perfil do consentimento informado deve ser estabelecido dentro de um contexto jurídico flexível, embora permeado por princípios e regras que limitam uma suficiente amplitude hipotética quanto à circunscrição da atuação médica, cujos contornos recebem traços delimitativos compostos pelos já tratados princípios da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade e também por outros princípios que serão abordados nos capítulos 4.2.4 e 4.4.

Cabe enfatizar na afirmação de que uma decisão plena deve ser fruto de um processo

⁴³⁵ Segundo Clough, a capacidade deve ser avaliada de modo específico, para cada decisão a ser tomada, como meio de evitar declarações globais de incapacidade, ou o uso simplista e geral da mera divisão binária entre capacidade e incapacidade. CLOUGH, Beverley A. New legal landscapes: (re)constructing the boundaries of mental capacity law. *Medical Law Review*. v. 26. n. 2, p. 246-275. mar./ 2018. p. 259.

que somente se realiza válida e autonomamente a partir da aptidão do paciente para receber e processar as informações, distinguindo as alternativas disponíveis, compreendendo as principais consequências relevantes a elas vinculadas, avaliando tanto as opções quanto as consequências, tendo em vista os seus próprios valores e crenças, e tomando a decisão advinda dessa avaliação.

É certo que a maior parte das pessoas tem essas habilidades cognitivas, apenas com variação de grau dessas habilidades (variação essa decorrente de fatores como idade, nível cultural, condição psicofísica, etc.), independentemente da capacidade civil, que atua segundo critérios mais rígidos e legalmente fixados.

A definição do que seja um processo juridicamente admissível (correto ou incorreto, suficiente ou insuficiente) de tomada de decisão nas questões existenciais, incluindo as que tratam da saúde, é tarefa das mais difíceis.

Reconhece-se como correto o atual entendimento no sentido de que todos devem, na medida do possível, ter as suas decisões e processos mentais cognitivos respeitados, e que deve ser preservada a autonomia plena quanto às decisões da pessoa, respeito esse que, para efetivamente atuar na prática, exige esforço e medidas adicionais das partes envolvidas, pois uma pessoa só pode ser considerada como inapta para consentir se não houver resultado positivo na prévia aplicação de medidas práticas aptas a auxiliá-la a esse fim⁴³⁶.

Embora tenha-se como verdadeira a afirmação de que uma pessoa possa tomar uma decisão por si mesma, quando tenha condição de compreender as informações relevantes para fazê-la e assimilar essa informação no processo de tomada de decisão, não há consenso quanto ao nível exigível de compreensão e apreciação para tanto (reconhecendo-se obviamente que a incapacidade é vista sem maiores dificuldades na situação do paciente em estado vegetativo ou um bebê, e que as complexidades são mais evidentes nos casos de pacientes com demência ou com problemas psiquiátricos). No entanto, “se nenhuma imperfeição de compreensão ou apreciação fosse permitida”, poucas pessoas estariam aptas para tomar qualquer decisão, e isso não pode servir como justificativa para alijá-la do processo decisório⁴³⁷.

Contudo, é necessário admitir que a operacionalidade do sistema de atendimento em saúde não pode exigir que seja implementado um procedimento de consideração e tomada de decisão do paciente, ou de avaliação casuística, para todos os casos e em qualquer situação.

⁴³⁶ CLOUGH, Beverley A. New legal landscapes: (re)constructing the boundaries of mental capacity law. *Medical Law Review*. v. 26. n. 2, p. 246-275. mar./ 2018. p. 262.

⁴³⁷ HARTOGH, Govert den. Do we need a threshold conception of competence? *Medicine, health care and philosophy*. V. 19, May. 2015. p. 71-83, em especial na p. 72.

Com isso, quer-se dizer, por exemplo, que é dispensável um processo de avaliação multidisciplinar de capacidade específica do paciente de quinze anos de idade para tomar um antibiótico para combater uma inflamação não complexa na pele. O médico indica o tratamento, apresenta as recomendações cabíveis, realiza as anotações pertinentes na ficha de atendimento do paciente e cabe a este realizar ou não o tratamento.

É razoável compreender que a consideração da vontade do paciente no atendimento médico clínico não complexo e não arriscado dá-se num diálogo intersubjetivo, atendendo-se aos princípios da ética biomédica e a boa técnica, e, quando o atendimento se tornar mais complexo e arriscado, a necessidade de compreensão dos interesses, necessidades e vontades do paciente devem ser consideradas com maior ênfase, conquanto não seja possível estabelecer uma fórmula universal a tanto, porque ela seria uma de veras complexa e tornaria essa atividade mais difícil do que prática.

Assim, é possível aplicar o raciocínio similar ao referido quanto ao direito do paciente de ser informado, tendo em mente alguns pontos centrais, expostos no quadro abaixo:

Quadro 1: Correlação entre os níveis de riscos envolvidos, de compreensão do paciente e de complexidade do atendimento

Tipo de atendimento necessário	Nível de compreensão admissível para o recebimento da informação, sua assimilação e sintaxe, para a tomada de decisão e sua expressão no atendimento em saúde	Riscos qualitativos ou quantitativos envolvidos no atendimento
Baixa complexidade	Baixo	Baixo
Média complexidade	Médio	Médio
Alta complexidade	Alto	Alto

Fonte: a autora (2018)

Verificando-se o quadro, é possível dizer que um atendimento de baixa complexidade, que não exija grande nível de compreensão para uma decisão relativa a tratamento com pequeno risco, o médico e o paciente podem resolver isso diretamente, no momento do atendimento, sem maiores minúcias quanto as informações e o médico tem

maior liberdade quanto à definição do tratamento cabível⁴³⁸.

Por outro lado, no atendimento de alta complexidade, que reclame um maior grau de compreensão técnica e com riscos médios ou altos ao paciente, há necessidade de verificação individualizada quanto ao grau de decisão que o paciente tem condições de tomar, considerado o contexto do momento da tomada de decisão, a existência ou não de procuração para cuidados em saúde ou mesmo de diretivas antecipadas de vontade. Nas situações em que o paciente não tem condições de decidir, naquilo que exceda ao que o paciente tem possibilidade de deliberar, ou em casos em que há divergência entre a decisão do procurador para cuidados em saúde e algum familiar próximo, é possível enviar a questão ao comitê de ética da entidade que está realizando o atendimento ou, se inexistente ou não cabível, ao Poder Judiciário.

Há três aspectos adicionais a considerar, tendo em vista o teor do quadro 1, acima, que são: o *quadro clínico* do paciente envolvido no atendimento; o *tempo* necessário ao atendimento, e o *tipo* de atendimento a ser prestado.

Quanto ao quadro clínico do paciente, a situação deste quando chega ao atendimento é importante para determinar a medida da possibilidade (ou mesmo da impossibilidade) de passagem por um processo material de tomada do consentimento. Suponha-se a situação daquele que deve ser atendido em emergência, cujo quadro clínico exige apenas um tipo de atendimento, caso da pessoa em choque hemorrágico que precisa ser colocada no oxigênio e ter a hemorragia estancada.

Nessa hipótese, é possível afirmar que, basta um consentimento singelo, com informação simplificada do paciente lúcido e civilmente capaz, ou de quem o assista ou represente, quando for o caso. Se o paciente busca atendimento eletivo e há opções distintas a serem consideradas para o tratamento, há condições para implementação do processo de consentimento, sem abreviações, que será mais exigente conforme a medida do risco envolvido no atendimento. No entanto, se o paciente chega inconsciente ao atendimento de

⁴³⁸ No acórdão do REsp n. 1.540.580-DF, fez-se referência ao caso de um paciente adolescente vítima de um acidente automobilístico que lhe resultou sequelas neurológicas sérias. Alguns anos depois desse fato, o paciente procurou atendimento especializado para tentar uma opção cirúrgica para obtenção de melhora no seu estado clínico. No entanto, esse paciente foi submetido à cirurgia, sem que tivesse passado por um processo de consentimento informado, no qual fosse referida a possibilidade de piora clínica (que efetivamente ocorreu), tendo sido mencionado no acórdão (em reprodução do voto vencido do TJDF), que “a realização de exames prévios mais detalhados a respeito do real estado das funções cerebrais do autor [...], permitiria uma melhor avaliação a respeito do procedimento cirúrgico recomendado e dos riscos de piora do quadro clínico”, o que não teria sido possível porque “o procedimento cirúrgico foi indicado após uma simples consulta e avaliação por parte do réu [...], sem que fosse solicitada a realização de exames complementares aos que haviam sido realizados no Hospital Sarah em Brasília”. STJ. 4a Turma. Rel. (para acórdão) Min. Luis Felipe Salomão. J. em 02/08/2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018.

emergência que exige intervenção imediata, fica dispensado o consentimento, enquanto essa condição se mantiver.

No tocante ao tempo necessário ao atendimento, sendo este classificado como urgente (que exige intervenção rápida, como os quadros de febre amarela, ou lesões traumato-esqueléticas), deve ser tomado assim que possível; na situação de emergência (com recomendação de intervenção imediata, como a parada cardíaca ou o AVC), a atuação médica independe de consentimento, até que seja possível ouvir o paciente; e no atendimento eletivo, deve-se passar pelo processo de consentimento informado simplificado ou completo, a considerar a proporção dos riscos envolvidos e o tipo de atendimento a ser prestado.

Em especial quanto ao tipo de atendimento a ser prestado, quanto maior for a repercussão qualitativa ou quantitativa na saúde do paciente (ainda que *potencial*, estabelecida por estatísticas científicas), maior é o nível informativo e a aptidão para consentir exigidos.

Assim, tanto o explicitado quanto o representado no quadro acima, indicam que essa modulação influencia o caminho que será trilhado como apto à decisão do paciente, pois “a declaração expressa tem maior potência representativa e pode suportar a manifestação de conteúdos mais complexos” que a declaração tácita, a qual “permite apenas manifestações mais simples”. Isso indica que, no atendimento médico, quanto maior for a complexidade da decisão a ser tomada, igualmente maior é a necessidade de que o consentimento seja expresso, e não tácito, pois as declarações tácitas geralmente apenas destinam-se “a produzir um efeito simples”⁴³⁹.

A declaração tácita tem a vantagem da simplicidade e conteúdo revelado da declaração mais restrito, e a desvantagem da dificuldade de identificação da existência da declaração e de seu próprio conteúdo⁴⁴⁰.

E, em todas as hipóteses em que o paciente tenha condições de decidir, o âmbito de sua atuação e decisão, no que contemple uma atuação médica, deve estar dentro dos limites do que seja uma prática técnica admissível. Vale dizer: o paciente não pode exigir do médico uma conduta ilícita.

Para finalizar o ponto, cabe afirmar que a capacidade civil para o consentimento informado é a prevista no CC e é a suficiente para que ele *exista*. A qualificação dessa

⁴³⁹ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 517.

⁴⁴⁰ “Daí não ser absurdo afirmar que a declaração tácita, em comparação com a expressa, apresenta ao intérprete maior dificuldade, de um lado, o estabelecimento de um juízo de conclusão a partir das circunstâncias concretas, ou, se se preferir, a determinação da própria “existência” da declaração), e maior simplicidade, de outro (a revelação do conteúdo da declaração, tendencialmente mais restrito)”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95.

vontade (seja pelo entendimento, raciocínio, tomada de decisão e sua expressão de um modo correto e completo) é a que repercute no plano da *validade* do consentimento.

Por isso, não há propriamente uma desconsideração da capacidade específica prevista no CC, quando se está diante de um consentimento informado, mas, sim, diferentes pontos a avaliar como necessários para consentir, em diferentes graus nos distintos planos dos negócios jurídicos, sendo uma declaração ou comportamento decisório permissivo ao ato médico sob crivo da verossimilhança e considerando a capacidade civil por idade para o plano da existência e mais exigida, por dever ser qualificada, ao plano da validade.

Não se trata, assim, de uma capacidade civil especial – segundo a legislação brasileira vigente -, mas do reconhecimento de que a capacidade não pode ser vista isolada, estática ou puramente, sendo possível afirmar que as habilidades cognitivas que se requer no consentimento são as constatáveis num específico atendimento, não determinadas e não fundantes da capacidade civil. Em todo caso, deve haver uma gradação qualitativa e quantitativa quanto aos casos que exigirão uma atenção mais acentuada. Caso contrário, esse procedimento pode tornar-se caro, burocrático e inaplicável, servindo mais como um entrave ao atendimento que um direito benéfico ao paciente, até mesmo tendo-se em vista a impossibilidade de um grau de perfeição quanto aos elementos de composição da decisão, em um processo material de consentimento.

4.1.3 A MacArthur competence assessment tool (MacCAT-T) e a Capacity Assessment Tool (CAT)

Com a finalidade de tornar mais objetiva a atividade do médico, que precisa verificar a condição do paciente para a tomada de decisão, Paul Appelbaum e Thomas Grisso criaram um questionário semi-estruturado, denominado *MacArthur Competence Assessment Tool – MacCAT*, o qual foi desenvolvido em duas versões, sendo uma apta para aplicação na prática clínica (MacCAT-T) e outra destinada à pesquisa científica (MacCAT-CR)⁴⁴¹.

Appelbaum, anos depois desse estudo inicial, fez algumas adaptações no questionário MacCAT-T e publicou-o em 2007, referindo quatro critérios para verificação da capacidade do paciente para a tomada de decisão ao ato médico, que são: a habilidade de

⁴⁴¹ Nesse ponto do trabalho será analisado o MacCAT-T, tendo em vista o recorte de pesquisa indicado na introdução.

As versões do questionário constam em: GRISSO, Thomas; APPELBAUM, Paul S. *Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 102-126.

comunicar uma decisão; a compreensão das informações relevantes e a autoavaliação da sua condição clínica, incluindo seu problema de saúde e o raciocínio a respeito das opções de tratamento. Adicionalmente, costuma-se referir as habilidades de compreensão e descrição dos riscos e benefícios dos tratamentos possíveis e de lidar racionalmente as informações recebidas⁴⁴².

O questionário de Appelbaum, em tradução nossa, é o seguinte:

Quadro 2: MacArthur Competence Assessment Tool (MacCAT-T)

Critérios juridicamente relevantes à aferição da capacidade de tomada de decisão e abordagens para avaliação da capacidade para consentir do paciente.				
Critério	Incumbência do paciente	Abordagem de avaliação do médico	Questões para avaliação clínica	Comentários
Comunicar uma escolha	Indicar claramente a opção de tratamento preferida	Solicitar ao paciente que indique a sua opção de tratamento	-Você decidiu se seguirá a recomendação de tratamento do seu médico? - Você pode dizer qual é a sua decisão? - (se não houve decisão) O que está dificultando a sua decisão?	Frequentes mudanças de escolhas em razão de problemas neurológicos ou psiquiátricos podem indicar falta de capacidade
Entender as informações relevantes	Compreender o significado fundamental das informações transmitidas pelo médico	Incentivar o paciente a repetir as informações que lhe foram repassadas a respeito do seu problema de saúde e seu tratamento	Diga-me com suas palavras o que o médico lhe informou sobre: - o seu problema de saúde; - o tratamento recomendado; - os possíveis benefícios e riscos (ou desconfortos) do	A informação a ser compreendida inclui a natureza da doença do paciente, a natureza e propósito do tratamento sugerido, possíveis benefícios e

⁴⁴² CARNEY, Maria T.; NEUGROSCHL, Judith; MORRISON, R. Sean; MARIN, Deborah; SIU, Albert L. The development and piloting of a capacity assessment tool. *The journal of clinical ethics*. V. 12. N. 1. 2001. p. 17-23, informação da p. 18.

O MacCAT-T é considerado “padrão ouro” em matéria de avaliação de habilidades dos pacientes, embora seja certo que nenhum questionário deva ser utilizado isoladamente para esse fim.

Ademais, há grupos de indivíduos mais propensos à deficiências na capacidade, como as mentais, embora não possam ser todos e em indistintos graus, incompetentes. De acordo com Sturman: “Por exemplo, espera-se que os sujeitos deprimidos tenham capacidade suficiente para consentimento em relação a outros grupos psiquiátricos, mas alguns podem ter maiores dificuldades se forem hospitalizados ou psicóticos. Pessoas com esquizofrenia são mais propensas a serem incapazes de consentimento, mas, mesmo neste caso, cerca de metade dos pacientes será competente em todas as áreas possíveis” (tradução nossa). STURMAN, Edward D. The capacity to consent to treatment and research: a review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*. V. 25, issue 7, nov. 2005, 954-974, trecho da p. 971.

			tratamento; - quaisquer tratamentos alternativos, seus riscos e benefícios; - os riscos e benefícios da falta de tratamento	riscos desse tratamento, e abordagens alternativas (incluindo o não tratamento), com seus benefícios e riscos
Avaliar a situação e suas consequências	Reconhecer o seu problema de saúde e as prováveis consequências das opções de tratamento	Solicitar ao paciente que descreva o seu problema de saúde o tratamento proposto e os possíveis resultados	O que você acha que está errado com a sua saúde, agora? Você acredita que precisa de algum tipo de tratamento? O que você espera que o tratamento faça por você? O que o faz acreditar que o tratamento terá esse efeito? O que você acha que ocorrerá se você não for tratado? Por que você acha que o seu médico recomendou esse tratamento?	Os Tribunais reconhecem que pacientes que não percebem que estão doentes (“falta de <i>insight</i> ”) não podem tomar decisões válidas sobre o tratamento. Delírios ou níveis patológicos de distorção ou de negação são as causas mais comuns de comprometimento de capacidade.
Raciocinar sobre as opções de tratamento	Empreender um processo racional de manipulação das informações relevantes	Solicitar ao paciente que compare as opções de tratamento e as suas consequências, e que exponha os motivos que o levaram a escolher uma delas	Como você decidiu aceitar ou rejeitar o tratamento recomendado? O que faz (a opção escolhida) ser melhor que (a opção alternativa)?	Este critério focaliza o processo pelo qual uma decisão é obtida, não o resultado da escolha do paciente, uma vez que os pacientes têm o direito de fazer escolhas “não razoáveis”.

Fonte: APPELBAUM, 2007, p. 1836.

Esse instrumento é o que atualmente encontra maior respaldo na comunidade científica, inclusive no Brasil⁴⁴³, e, por meio de perguntas, consegue averiguar se o paciente

⁴⁴³ O questionário descrito neste trabalho com tradução nossa, consta na p. 1836 de: APPELBAUM, Paul S. Assessment of patients' competence to consent to treatment. *New England Journal of Medicine*. Waltham. v. 357. n. 18, nov./2007, p. 1834-1840. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmcp074045>. Acesso em: 3 out. 2018.

Quanto ao referido instrumento considerado como a melhor escolha para medir a habilidade do paciente para

tem compreensão, apreciação e raciocínio que permitam uma tomada de decisão. Constatada a ocorrência de comprometimento em quaisquer das habilidades referidas, será isso considerado como um prejuízo na competência para consentir ao ato médico.

Conforme referiu Appelbaum, as abordagens estruturadas para avaliação elevam a confiabilidade das verificações técnicas dos médicos quanto à capacidade dos pacientes para a tomada de decisão quanto ao ato médico, em especial para aquelas hipóteses em que o comprometimento cognitivo é leve ou moderado, que são os de mais difícil aferição quanto ao nível de entendimento em comparação ao tipo de decisão que pode ser tomada, notadamente quando considerado o conjunto daqueles pacientes que definitivamente podem tomar uma decisão e dos que inegavelmente não têm condição psicofísica de se submeterem a um processo decisório⁴⁴⁴.

As situações intermediárias, assim, são as mais desafiadoras, porque é certo que problemas ou doenças que comprometam as habilidades cognitivas do paciente dificultam a tomada de decisão, e podem ser variáveis no tempo e de acordo com as suas condições pessoais e da doença que o acomete. De toda forma, é necessário enfatizar a análise da capacidade de compreensão e raciocínio do paciente, ponto esse que permite maior precisão de aferição, em detrimento de um juízo quanto ao teor de uma decisão (porque a análise do

consentir ao ato médico, dada a sua abrangência, reporte-se a: DUNN, Laura B.; NOWRANGI, Milap A.; PALMER, Barton W.; JESTE, Dilip V.; SAKS, Elin R. Assessing decisional capacity for clinical research or treatment: a review of instruments. *American journal of psychiatry*. Alington, v. 163, n. 8, aug./ 2006. p. 1323-1334.

No tocante a sua aplicabilidade no Brasil, veja-se: SANTOS, Raquel Luiza *et al.* MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment in Alzheimer disease: cross-cultural adaptation. *Arquivos de Neuro-psiquiatria*. v. 75, n. 1. São Paulo, jan./2017. Disponível em www.scielo.br, acesso em 4 out 2018, para quem “a adaptação transcultural do MacCAT-T para o português do Brasil apresentou equivalência semântica, idiomática, conceitual e experiencial às características originais do instrumento” (tradução nossa).

Sabe-se, outrossim, que há aproximadamente vinte instrumentos de avaliação propostos em diferentes estudos científicos publicados em periódicos na área da saúde, sem que existam diretrizes padronizadas para avaliação da capacidade cognitiva dos pacientes, embora afirme-se que cada tipo de questionário possa ter aplicações específicas: “As revisões também destacaram que testes extensivos dentro de populações específicas podem tornar certos instrumentos preferíveis em relação a outros, já que alguns instrumentos foram desenvolvidos considerando populações específicas. Por exemplo, o MacCAT-T pode ser mais útil em populações “perturbadas psiquiatricamente” (Moye et al. 2006); CCTI em demência (Sturman 2005, Moye et al. 2006); HCAI em adultos com deficiência em ambientes de cuidados prolongados (Moye et al. 2006); CIS ao avaliar a capacidade de consentir com a ECT (Moye et al. 2006); CAT (Carney et al. 2001) em pacientes de cuidados primários (Sturman 2005); e o HCAT para avaliações rápidas de capacidade onde as restrições de tempo estavam presentes (Sturman 2005)”.

Segundo a literatura especializada, há “alto nível de confiabilidade” nos questionários MacCAT-T e TRAT. LAMONT, Scott; JEON, Yun-Hee; CHIARELLA, Mary. Assessing Patient Capacity to consent to treatment: an integrative review of instruments and tools. *Journal of clinical nursing*. V. 22, Issue 17-18. Sept. 2013. p. 2387-2403, menção da p. 2397 e trecho da p. 2398, tradução nossa.

⁴⁴⁴ APPELBAUM, Paul S. Assessment of patients’ competence to consent to treatment. *New England Journal of Medicine*. Waltham. v. 357. n. 18, nov./2007, p. 1834-1840. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmcp074045>. Acesso em 3 out. 2018.

conteúdo da decisão é mais subjetivo que o exame da habilidade cognitiva)⁴⁴⁵, motivo por que “os médicos são encorajados a maximizar as habilidades decisórias dos pacientes, tratando as condições subjacentes e aprimorando o processo de consentimento”, embora seja certo que em alguns casos será necessário “recorrer aos tomadores de decisão substitutos”, total ou parcialmente⁴⁴⁶.

Costuma-se referir igualmente (para avaliações quanto a tratamentos mais singelos, quando for o caso⁴⁴⁷), a aplicação da Capacity Assessment Tool (CAT), ferramenta de avaliação de capacidade na qual, após uma conversa de alguns minutos com o paciente, realiza-se uma avaliação que segue a seguinte sequência⁴⁴⁸:

Quadro 3: *Capacity Assessment Tool* (CAT)

Ferramenta de avaliação de capacidade	
1. COMUNICANDO UMA ESCOLHA	
A. Comunicação	Depois de conversar por alguns minutos com o paciente, determinar: <ul style="list-style-type: none"> - se o paciente é capaz de expressar verbalmente suas ideias com coerência e de forma completa (3) - se o paciente consegue expressar suas ideias de forma não verbal, com coerência e de forma completa (2) - se o paciente é capaz de se comunicar de outra forma não verbal (1) - se o paciente é incapaz de se comunicar por qualquer modalidade (0)
B. Nível de consciência	Se o paciente não responder à estimulação verbal, então, deve-se colocar a mão no ombro do paciente, chamando-o pelo nome. Determinando-se, a seguir, o seguinte: <ul style="list-style-type: none"> - acordado, alerta, com olhos abertos e em repouso, o paciente responde de forma apropriada (3) - sonolento, mas facilmente despertado com estimulação verbal (2) - sonolento, requer estímulo intenso para despertar (1) - indiferente e incapaz de despertar (0)
C. Registro	Informar ao paciente que lhe apresentará ao menos duas opções (e.g., direcionamento a casa de repouso ou em casa com assistência). A seguir, solicitar ao paciente que repita, devagar e em voz alta, as soluções que lhe foram oferecidas. Se o paciente não conseguir repetir, as opções poderão ser novamente informadas, e a técnica reiterada, determinando-se como:

⁴⁴⁵ LAMONT, Scott; JEON, Yun-Hee; CHIARELLA, Mary. Assessing Patient Capacity to consent to treatment: an integrative review of instruments and tools. *Journal of clinical nursing*. V. 22, Issue 17-18. Sept. 2013. p. 2387-2403, menção da p. 2397 e trecho da p. 2398, tradução nossa, p. 2397.

⁴⁴⁶ APPELBAUM, Paul S. Consent in impaired populations. *Current neurology and neuroscience reports*. Sep. 2010. V. 10. Issue 5. p. 367-373. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s11910-010-0123-5>, acesso em 4 out 2018.

⁴⁴⁷ CARNEY, Maria T.; NEUGROSCHL, Judith; MORRISON, R. Sean; MARIN, Deborah; SIU, Albert L. The development and piloting of a capacity assessment tool. *The journal of clinical ethics*. V. 12. N. 1. 2001. p. 17-23, apêndice das p. 21-22.

⁴⁴⁸ O texto original refere a “sentences”, e na tradução feita neste trabalho optou-se pelo uso da expressão “frases” na expressão verbal e “ideias” na não verbal. A tradução é nossa e, portanto, não literal.

<ul style="list-style-type: none"> - Hábil para corretamente repetir as opções, sem que tenha ocorrido repetição das opções (3) - Hábil para corretamente repetir as opções, somente depois da repetição das opções (2) - Hábil para corretamente repetir apenas uma ou não todas as opções, somente depois da repetição (1) - Inábil para repetir qualquer opção, mesmo com a repetição (0) <p>Se o paciente não conseguir indicar corretamente as opções listadas, siga repetindo as opções até que o paciente o faça corretamente (no máximo até seis tentativas), estabelecendo que o paciente tenha memorizado essas opções.</p>
D. Orientação
<p>Solicitar ao paciente que informe seu nome, o mês corrente, e o nome do lugar onde está. A seguir, verificar se o paciente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - é orientado para a pessoa que é, o tempo atual e o espaço em que se situa (3) - é orientado apenas para dois, dos três itens (2) - é orientado apenas para um, dos três itens (1) - não é orientado quanto a pessoa que é, o tempo presente e o lugar de situação (0)
2. COMPREENDENDO INFORMAÇÕES RELEVANTES SOBRE A DECISÃO DE TRATAMENTO
A. Exposição das escolhas
<p>Expor ao paciente cada opção, com seus respectivos riscos e benefícios. Perguntar-lhe se tem algum questionamento a fazer nesse momento e esclarecer quaisquer problemas que o paciente possa ter.</p>
B. Compreendendo escolhas
<p>Pergunte ao paciente para expressar as escolhas que foram propostas, e para explicar a razão dessas opções. O paciente entende a natureza geral de cada opção e provem descrição das razões para as escolhas? Determinando:</p> <ul style="list-style-type: none"> - as suas descrições são corretas (3) - as suas descrições são majoritariamente corretas (2) - as suas descrições são majoritária ou completamente incorretas (1) - nenhuma resposta (0) <p>Resposta: _____</p>
3. COMPREENSÃO DOS RISCOS E BENEFÍCIOS
<p>Peça que o paciente explique os riscos e benefícios de cada opção proposta. O paciente consegue descrevê-los? Determine:</p> <ul style="list-style-type: none"> - as suas descrições estão corretas (3) - as suas descrições estão majoritariamente corretas (2) - as suas descrições estão majoritária ou totalmente incorretas (1) - nenhuma resposta (0) <p>Resposta: _____</p>
4. RACIOCÍNIO
<p>Pergunte ao paciente o que ele gostaria de fazer (v.g., qual opção ele escolheria). Adiar neste momento é uma opção aceitável.</p> <p>A escolha do paciente:</p> <p>A. Discernimento</p> <p>Pergunte ao paciente: “para ter certeza que eu o entendo, me dê uma ideia de como você chegou a essa decisão”.</p> <p>O paciente em geral está ciente ou demonstra uma percepção da decisão tomada?</p> <p>Resposta: _____</p> <ul style="list-style-type: none"> - o paciente demonstrou ao menos um nível de discernimento parcial (1) - o paciente não tem discernimento (2)

B. Descrevendo o processo de decisão/escolha

Pergunte ao paciente: “ao tomar essa decisão, qual foi ou quais foram as razões mais importantes para essa decisão?”

Resposta: _____

- a razão ou razões do paciente está delineada (1)
- o paciente é incapaz de expressar as razões para a sua decisão (0)

C. Julgamento

Insira um problema potencial com a opção escolhida (e.g., “se você estivesse em casa sem assistência, e caísse sem conseguir levantar-se, o que você faria?”). Pergunte ao paciente, “você prevê algum problema potencial? Como você lidaria com ele?”

Resposta: _____

- o paciente é hábil para discutir problemas e soluções potenciais coerentemente (3)
- a habilidade do paciente para a discussão de problemas e soluções é questionável, mas é coerente com seus valores culturais e suas crenças (2)
- a habilidade do paciente para a discussão de problemas e soluções é questionável, e é incoerente com seus valores culturais e suas crenças (1)
- o paciente não tem condição de debater problemas e soluções (0)

IMPRESSÃO GERAL

O paciente tem capacidade de decisão se $1A \geq 2$, $2B \geq 2$, $3 \geq 2$, $4A = 1$, $4B = 1$, e $4C \geq 2$.

Fonte: CARNEY, *et al.*, 2001, p. 21-22.

O primeiro critério do questionário de Appelbaum (que trata da habilidade para comunicar uma escolha), é o menos rigoroso, em face das diversas formas admissíveis para indicação do tratamento escolhido. Porém, certas condições psiquiátricas (como o mutismo decorrente de uma depressão ou catatonia) podem dificultar essa tarefa. O segundo critério (relativo a capacidade de compreensão das informações), é “o padrão de competência mais amplamente aceito”. O terceiro e o último critérios, respeitantes à manipulação racional das informações e tomada de decisão, concentram-se no modo dos pacientes manipularem as informações para chegarem a uma decisão (nesse ponto, “fatores psiquiátricos que podem afetar negativamente o desempenho incluem delírios, alucinações, transtorno do pensamento, pânico, ansiedade, depressão e euforia”, que são relevantes apenas se puderem afetar a tomada de decisão).

Os critérios de Appelbaum são semelhantes aos expostos na *Mental Capacity Act* 2005 (MCA), vigente no Reino Unido, mencionado no capítulo 4.1.3⁴⁴⁹, e pesquisadores holandeses publicaram estudo no qual afirmaram que o MacCAT-CR adaptado seria adequado à verificação da capacidade de consentir de crianças e adolescentes.⁴⁵⁰

A leitura desses exemplos de instrumentos de avaliação, bem como da própria MCA,

⁴⁴⁹ Texto disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/section/3>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁴⁵⁰ HEIN, Irma M., *et al.* Informed consent instead of assent is appropriate in children from the age of twelve: Policy implications of new findings on children’s competence to consent to clinical research. *BMC Medical Ethics*. nov./2015. v. 16. n. 76. p. 2-7.

demonstra que são tomadas em consideração apenas habilidades de apresentação de respostas coerentes tendo em conta um retrato estático, racional e atual da situação do paciente, abstraindo a aptidão para recebimento de informações sob as dimensões vertical e horizontal (veja-se a respeito o capítulo 4.2.3) e igualmente desconsiderando o histórico do paciente (notadamente o psicológico) e as circunstâncias – notadamente as sociais, econômicas e culturais que o envolvem -, durante a entrevista (vejam-se os vieses referidos no capítulo 4.2.5).

Esses outros elementos, que não constam nos instrumentos de avaliação mencionados, também devem ser conhecidos e considerados, pois a capacidade para consentir é variável segundo os grupos diagnósticos, e um risco nessa capacidade “aumentado para algumas populações” do qual o médico deve estar ciente⁴⁵¹. Um exemplo dessa necessidade é a aferição de capacidade para consentir de um paciente com mal de Parkinson, que pode passar por alterações na sua habilidade de raciocínio de acordo com o horário em que a medicação parkinsoniana for administrada (o melhor é aplicar o questionário quando tiver o ápice de seu efeito)⁴⁵².

De toda forma, esses questionários são de inegável utilidade prática (é uma espécie de moldura neutra e vazia, cujo conteúdo será construído casuisticamente), servindo ao apoio do médico, e não como único meio de julgamento das habilidades cognitivas do paciente, que devem ser analisadas casuisticamente e de acordo com as circunstâncias concretas (o utente situado e considerado globalmente). Ademais, embora seja certo que haverá situações em que os pacientes não serão cooperativos “quando um profissional busca realizar uma avaliação de capacidade”, essa recusa “não significa que o paciente possa ser considerado incapacitado”⁴⁵³.

A questão a ponderar, aqui, é que se o paciente, até chegar ao momento da aplicação do instrumento de avaliação, está razoavelmente agindo de modo admissível e aparentemente

⁴⁵¹ STURMAN, Edward D. The capacity to consent to treatment and research: a review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*. v. 25, issue 7, nov. 2005, 954-974, trecho da p. 954. O autor refere que “estamos conectados e dependemos de outros para nos apoiar, para fornecer informações, para nos ajudar a processar e criar nosso próprio senso de identidade. Isso representa um desafio para a compreensão da autonomia e do *self* que assombra a legislação que trata da capacidade, com seu foco na racionalização da informação e no seu processamento como uma ação interna. Além disso, pode-se argumentar que essa visão de autonomia e autodeterminação é permeada por um dualismo cartesiano de mente/corpo que vê a autonomia e o *self* como separados da matéria (incluindo o corpo). Esse processo de conhecimento, compreensão e autocriação torna-se um conceito desconectado e abstrato, separado das forças materiais.”

⁴⁵² A respeito do tema, vide FOERDE, Karin, *et al.* Dopamine modulation of intertemporal decision-making: evidence from parkinson disease. *Journal of cognitive neuroscience*. May/2016. v. 28 n. 5, p. 657-667 e RAMASUBRAMANIAN, Lakshmiprabha, *et al.* Evaluation of a structured assessment framework to enable adherence to the requirements of Mental Capacity Act 2005. *British Journal of Learning Disabilities*. v. 39. Issue 4. Dec. 2011. p. 314-320, em especial na p. 317.

⁴⁵³ BOWMAN, Deborah. Who decides who decides? Ethical perspectives on capacity and decision-making. In: STOPPE, Gabriela (Ed.) *Competence assessment in dementia*. Viena: Springer, 2008. p. 51-59, trechos da p. 53.

racional, e não há nenhum indício de que possa não estar apto à passagem por um processo de consentimento. Se positiva a resposta, o médico pode dar sequência ao atendimento que seja solicitado, sem que essa conduta seja incorreta.

Adicionalmente, o médico deve registrar no prontuário do paciente qual foi o método de avaliação utilizado para aferição da capacidade deste para consentir, “indicando os recursos utilizados, os resultados alcançados e as opiniões do paciente”⁴⁵⁴, além das conclusões alcançadas, de modo fundamentado.

4.1.4 Quem decide sobre a habilidade do paciente para a tomada de decisão

A complexidade do tema não está apenas na definição da conveniência de uso de instrumentos de avaliação de capacidade do paciente para consentir, mas, igualmente, reside na questão de quem tem aptidão para dizer se o paciente pode ou não consentir e sobre quais aspectos pode consentir, fazendo com que, figurativamente, o porteiro que permite o ingresso no espaço da capacidade para consentir é o próprio médico que atenderá o paciente (por isso a pertinência da pergunta: *who decides who decides?*)⁴⁵⁵.

Perceba-se que costumeiramente é o médico quem atende o paciente, e verifica se este tem condições de receber a informação e de decidir. Tem-se uma análise, sob um padrão médico (unidisciplinar, portanto), a respeito de quem pode ou não pode decidir sobre a condução da sua própria saúde. Além disso, se o médico entende que o paciente não tem condições de decidir, ele também pode acabar definindo quem receberá a informação e decidirá pelo paciente, e geralmente é a pessoa que o está acompanhando, sem maiores investigações a respeito das circunstâncias que norteiam a pessoa que decidirá no lugar do paciente (que pode, por exemplo, estar interessada em uma vantagem econômica advinda da manutenção da vida a qualquer custo, ou da sua abreviação)⁴⁵⁶.

Então, é necessário refletir sobre a conveniência disso, e, se isso for considerado incorreto, é preciso mencionar quais seriam os meios para evitar problemas relacionados a uma inadequada percepção de capacidade para consentir.

⁴⁵⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 733-760, em especial na p. 756.

⁴⁵⁵ BOWMAN, Deborah. Who decides who decides? Ethical perspectives on capacity and decision-making. In: STOPPE, Gabriela (Ed.) *Competence assessment in dementia*. Viena: Springer, 2008. p. 51-59.

⁴⁵⁶ BOWMAN, Deborah. Who decides who decides? Ethical perspectives on capacity and decision-making. In: STOPPE, Gabriela (Ed.) *Competence assessment in dementia*. Viena: Springer, 2008. p. 51-59, em especial na p. 53.

E, quanto a esse aspecto, é possível afirmar que, no atendimento com riscos baixos qualitativa e quantitativamente ao paciente, deve o médico empenhar-se para permitir ao paciente o maior nível possível de autodeterminação, considerando qual é a finalidade do atendimento, buscando saber o que importa ao paciente e compreender o seu porquê.

Nos atendimentos de maior complexidade e riscos, em que haja dúvida quanto ao alcance da aptidão do paciente para passar por um processo de consentimento, é conveniente que a análise da sua condição psicofísica para consentir seja multidisciplinar e contínua (contando no mínimo com um psicólogo e um médico), até mesmo para evitar que o médico fique exposto a questionamentos que sejam feitos quanto a correção do seu procedimento ao permitir uma decisão de um paciente com limitações cognitivas temporárias ou permanentes, ou a decisão por parte de uma pessoa sem poderes legais ou com interesses reprováveis.

Não se pode deixar de admitir, outrossim, que é mais fácil aceitar que o médico tenha agido corretamente quando o paciente toma uma decisão de acordo com um entendimento razoável e que lhe seja benéfico ou ao menos não prejudicial, e mais difícil naqueles casos em que o paciente com algum problema cognitivo identificável (de menor ou maior extensão) toma uma decisão não usual ou incoerente com o seu modo de viver até então.

4.2 O direito à informação do paciente e o consentimento como prova do cumprimento da correlata obrigação médica

Geralmente quando a doutrina aborda as feições jurídicas dos dados e informações, em maior parte o faz enfatizando o seu delineamento como direito negativo, de abstenção (direitos à privacidade e à proteção de dados), embora exista o *outro lado dessa moeda*, que é a sua esfera de atuação como direito positivo, sob contorno prestacional⁴⁵⁷. Em matéria de atendimento médico, esse segundo modo de conformação se sobressai ao consentimento, porquanto se o paciente, em regra, tem o direito de tomar decisões sobre a condução de aspectos relacionados a sua saúde, precisa estar provido de informações suficientes e

⁴⁵⁷ O *common law* tem em *Thomas v. Collins* (o caso de um sindicalista que pretendia discursar publicamente sobre as vantagens de uma filiação sindical para obter maiores filiações) um precedente precursor (não explícito, mas embrionário) em matéria de direito de receber informações. Em *Griswold v. Connecticut*, o *Justice Douglas* referiu que o direito à liberdade de expressão e de imprensa inclui não apenas o direito de proferir ou publicar, mas o direito de distribuir, o direito de receber, o direito de ler e liberdade de investigação, liberdade de pensamento e liberdade de ensinar. (KENNEDY, Jamie. The right to receive information: the current state of the doctrine and the best application for the future. *Seton Hall Law Review*. v. 35. Issue 2, 2005, p. 789-821, em especial p. 794-795 e 797).

Todavia, convém referir que essa associação entre liberdade de expressão e direito de ser informado não é, e tampouco deve ser, engessada e obrigatória, pois o direito à informação é autônomo quando se pensa, por exemplo, no direito médico.

eficientes para que possa adequadamente exercer essa prerrogativa.

Assim, este tópico envolve o que seja informação e seu processamento no plano intelectual, e o seu conteúdo, considerando as informações necessárias ao adequado exercício do direito do paciente de autodeterminar-se e as informações relativas ao atendimento propriamente dito.

A informação é um termo polissêmico, concebida tanto como objeto da comunicação, quanto entendida sob a abrangência de um conjunto de dados ou de conhecimentos sobre algo ou alguém ou deles extraído, que forme ou que possa expressar uma ideia ou concepção, sendo, por si, um elemento intangível, embora suscetível de apropriação e de circulação como produto.

A informação possui duas dimensões, uma negativa, que é o direito à proteção de dados pessoais (que em matéria de saúde é mais intensa porque os dados são considerados como sensíveis) e outra positiva, abrangente do direito de ser informado, englobando tanto o direito atribuído a um titular de recebê-la, quanto o dever do médico em relação a quem esteja sujeito a tanto, por força de estipulação normativa ou provinda de negócio jurídico. Como direito, tem a finalidade de permitir que o seu titular tenha a possibilidade de exercer eventuais pretensões que com ele se relacionem e compatibilizem (direito esse que, se violado, pode gerar dano e acarretar responsabilização).

A informação geralmente percorre um ciclo, que inicia pela geração, descoberta ou tomada da informação, transmissão (ou difusão), processamento (não necessário, conquanto corrente e abrangente de um ou mais dos seguintes itens: validação, alteração, complementação, organização, tratamento, filtragem e indexação), apreensão (ou recolhimento), registro (ou gravação), processamento (ou compreensão), distribuição e uso⁴⁵⁸.

O diálogo sempre cumpriu importante função em matéria de evolução humana, pois a convivência entre seres humanos naturalmente cria condições favoráveis à troca informativa. Em diferentes áreas do conhecimento, a dialética torna-se uma importante ferramenta para exposição, aperfeiçoamento e debate sobre ideias, para que se possa evoluir e decidir sobre o melhor caminho, sob determinadas circunstâncias.

Ao consentimento informado, importa sobretudo os aspectos de transmissão da informação ao paciente, o seu registro (notadamente o mental) e a sua conseqüente compreensão, e espera-se legitimamente que a informação seja correta e adequada, esclarecendo-se que o nível de exigência qualitativa e quantitativa quanto a essa adequação

⁴⁵⁸ Baseado em FLORIDI, Luciano. *La rivoluzione dell'informazione*. Torino: Codice Edizioni. 2012. Tradução de: Massimo Durante. p. 5.

andar *pari passu* ao que for admissível tendo em conta o direito ou o interesse que se pretende proteger com a observância do direito à informação ou mesmo quanto à finalidade dessa informação para o titular do direito e os riscos envolvidos (por isso, o nível informativo exigível é maior ao paciente que foi diagnosticado com um tumor maligno se comparado ao paciente que está com uma virose simples).

O médico é o profissional que tem e deve ter as informações técnicas a serem repassadas ao paciente, a respeito do atendimento a ser prestado, em suas nuances (incluindo, embora não se limitando, o diagnóstico, o prognóstico e os tratamentos disponíveis, com riscos associados, providências relevantes cabíveis e custos envolvidos), e, assim, espera-se legitimamente que ambos consigam desenvolver um diálogo profícuo no sentido de otimizar e de promover esse atendimento dialético de forma eficiente.

Há três elos nessa relação, não necessariamente sucessivos e muitas vezes concomitantes, vinculados ou contínuos, que são: um querer ou não querer *ser atendido ou prosseguir em atendimento*; o segundo, que é um querer ou não querer *ser informado ou prosseguir sendo informado no decorrer da sua vinculação ao serviço de saúde*; e o terceiro, um querer ou não querer *decidir quanto ao atendimento, intervenção ou tratamento*, na sua medida e extensão técnica ou temporal. Todos os elementos são variáveis, considerando as vicissitudes de cada relação estabelecida.

O que passa inevitavelmente pelo direito ao recebimento ou ao não recebimento de informações que habilitem o paciente a tomar uma decisão é a sua necessária implementação por força da atuação médica, a oportunizar e viabilizar a passagem pela designada *fase do esclarecimento para a autodeterminação*, pois, em regra uma decisão do utente dos serviços em saúde será válida se for precedida das informações necessárias e sobre elas o paciente tenha refletido e consiga decidir.

Nesse primeiro momento, o médico deve apresentar ao paciente os caminhos do atendimento, procurando saber se o paciente tem interesse de ser informado para tomar uma decisão. Como esclarece Neuner, “na prática, deve o médico iniciar a conversa sobre o esclarecimento necessário informando sobre os maiores e menores riscos da intervenção, mas também associando as chances”, de modo que, a princípio, “essa informação rudimentar é suficiente”. Como ato subsequente, o próprio médico, com sensibilidade e considerando a sua experiência, pode esclarecer que o paciente tem a possibilidade de não ser informado⁴⁵⁹ além

⁴⁵⁹ Conforme Neuner, o direito de não ser informado é uma “manifestação do direito geral de personalidade”, cercado por um direito de lealdade e, mais especificamente, emana-se sob uma “proteção geral contra informações forçadas” que, se fornecidas, podem tornar-se inoportunas e conseqüentemente gerar um dano que

do que já tenha sido dito, contanto que o profissional “não abuse do seu agir, oprimindo ou sugerindo uma renúncia ao paciente”.⁴⁶⁰

Havendo interesse do paciente em receber informações adicionais, passa-se à chamada segunda fase do processo informativo (a do aprofundamento do esclarecimento terapêutico). Se não houver interesse do paciente de ser informado, deve-se verificar se o paciente deseja delegar o recebimento desse esclarecimento e da consequente decisão a terceiro ou se a decisão caberá ao próprio médico.

A *fase informativa* é a que validará um consentimento informado e definirá os contornos da atuação médica no atendimento em saúde do paciente. A *fase decisória* é a fase na qual o paciente definirá o tipo de atendimento, tratamento ou intervenção para a qual se submeterá, que geralmente é concomitante com a *fase do esclarecimento terapêutico*, na qual o médico passa a informar as condutas que couberem ao paciente ou que dependam da colaboração deste (em suas ações ou omissões cabíveis), para que o tratamento ou o procedimento tenha maior chance de êxito atingível dentro das possibilidades que as circunstâncias concretas permitirem (por exemplo, o jejum antes de um exame médico; a fisioterapia após uma intervenção cirúrgica; a observância da prescrição medicamentosa e a informação a respeito de seus principais efeitos colaterais, qualitativa ou quantitativamente relevantes)⁴⁶¹.

Ultrapassado esse esclarecimento, convém referir a base normativa do dever do médico de informar e do correlato direito do paciente ao recebimento de informações como pressuposto ao exercício de sua autodeterminação.

Assim, não bastasse esse entendimento *intuitivo* no sentido de que é inerente à validade do consentimento ao ato médico o efetivo exercício direito subjetivo do paciente de recebimento prévio de informações adequadas relativas ao atendimento, há a previsão constitucional concretizando o direito à informação, constante no art. 5º, inc. XIV⁴⁶². No plano internacional, o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) refere que todo ser humano tem direito de “procurar, receber e transmitir informações e ideias por

afeta um direito de personalidade (a integridade psíquica, por exemplo). NEUNER, Jörg. O direito a não ser informado (a proteção privada da liberdade de informação negativa). *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*. v. 9, n. 33, out./dez. 2015. p. 15-51, em especial nas p. 18 e 32.

⁴⁶⁰ NEUNER, Jörg. O direito a não ser informado (a proteção privada da liberdade de informação negativa). *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 9 n. 33, out./dez. 2015. p. 15-51, trechos da p. 35.

⁴⁶¹ Esta divisão está em PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.71-73.

⁴⁶² CF. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

quaisquer meios e independentemente de fronteiras”⁴⁶³.

Sob o aspecto infraconstitucional, embora não seja uma relação de consumo propriamente dita (pois a vida e a saúde não são bens de consumo), a relação médico-paciente está sob a regência tanto do CC quanto do CDC, porque os dispositivos do CDC aplicam-se aos serviços prestados por profissionais liberais⁴⁶⁴ e o médico encaixa-se no conceito de fornecedor de serviços (algumas vezes também de produtos), estando sujeito ao dever de informar (tal como previsto nos artigos 4º, inc. IV; 6º, inc. III; 9º; 12; 14; 30; 31; 36, em seu parágrafo único, 37; 38 e 46, todos do CDC), considerando-se que a informação é “poder” atribuído ao paciente e engloba o “cooperar com o outro” na sua relação com o médico⁴⁶⁵.

Na seara ética, o Código de Ética Médica (CEM - Resolução CFM n. 2.217/2018) é *soft law* que igualmente rege a atuação do médico e prevê a necessidade do consentimento do paciente no atendimento a ser prestado, embora seja na Recomendação CFM n. 1/2016⁴⁶⁶ que a disciplina desse tópico seja mais específica, a reforçar a necessidade de “esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução”, o qual “tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos”.

Dito isso, é possível afirmar que o consentimento informado, em si e considerando o plano da existência, é a culminação do processo de tomada de decisão do paciente, compondo uma específica permissão concedida pelo paciente para uma intervenção ou atendimento médico em determinado sentido, com a observância de predefinidas diretrizes (ainda que a

⁴⁶³ Texto da DUDH disponível em: <www.unicef.org>. Acesso em: 6 nov. 2018.

⁴⁶⁴ CDC. “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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. [...] §2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

⁴⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. v. 827, p. 11-48, set./2004. Convém esclarecer que Marques afirma que a “informação é poder (estado subjetivo de saber ou não saber)”, embora o estado de não saber não integre o conceito de informação e esse poder seja constituído pelo direito subjetivo do paciente de ser informado, de modo que uma coisa é o “poder” ínsito à informação, no sentido de que a informação empodera, e outra é o direito de saber ou não saber do paciente.

O “direito de não saber algo sobre si mesmo”, bem como o direito de controlar as informações pessoais, “configuram desdobramentos do direito à privacidade, e não propriamente novos direitos dotados de autonomia no ordenamento brasileiro”. CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a teoria tríplice da autonomia, paternalismo e direito de não saber na legalidade constitucional. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Direito civil: estudos*. São Paulo: Blucher, 2018. p. 143-172 (trecho das p. 148-149).

⁴⁶⁶ Disponível em: <www.cfm.org.br>. Acesso em: 4 nov. 2018.

decisão seja por uma não observância de uma determinada diretriz, permitindo-se outras), ou considerando certas circunstâncias previamente definidas.

O consentimento informado não contempla em seu conceito o exprimir um repasse ou recebimento de informações, tampouco de apreensão e processamento destas por parte do paciente (isso é um pressuposto e parte desse processo de tomada de decisão⁴⁶⁷), conquanto esse aspecto seja integrante do plano da validade, justamente porque ele, no ato médico, é componente pertencente e qualificador da declaração ou do comportamento do paciente.

Embora a existência de um termo escrito de consentimento informado possa servir como prova (com presunção relativa) do atendimento desse percurso (parte de um processo obrigacional) caso nele conste afirmação de recebimento de informações, firmada pelo paciente, na hipótese de não constar referência expressa quanto a essa particularidade no termo de consentimento (inclusive quanto à data, para verificação do tempo necessário para o seu processamento), tudo o que seja relacionado à questão do repasse e assimilação de informações concretamente consideradas passa ao plano probatório⁴⁶⁸.

Conquanto Kfoury Neto⁴⁶⁹ afirme que o documento escrito seja necessário ao consentimento informado, afirmação com esse teor somente pode ser entendida como uma recomendação (cautela) dirigida ao interesse do médico, de comprovar a autorização do paciente, o seu conteúdo e o efetivo repasse das informações.

Assim, o consentimento informado não exige documento escrito (é negócio com liberdade de forma e, como tal, pode ser formatado de forma expressa, tácita ou mesmo implícita), embora, repita-se, o documento escrito seja um eficiente meio de prova e pode servir como memória dos acontecimentos, conforme recentemente referiu o STJ, ao assinalar que “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

⁴⁶⁷ “In termini molto generali, potremmo dire che le caratteristiche per un’espressione valida del consenso, dal punto di vista dei processi decisionali atti a raggiungere una determinazione, sono che il soggetto abbia un insieme relativamente stabile di scopi e fini, sia capace di comprendere le conseguenze della sua decisione, inclusi i rischi e i benefici ad essa associati, e sia in grado di rendersi conto di come la sua scelta realmente inciderà sulla sua vita”. CANAVACCI, Laura. *I confini del consenso: Un’indagine sui limiti e l’efficacia del consenso informato*. Torino: Edizioni Medico Scientifiche, 1999. p. 7.

⁴⁶⁸ A Recomendação CFM n. 1/2016, em seu item n. 9, contém recomendação de uso de termo escrito nos procedimentos médicos que envolvam “maior ou grande complexidade”, como os exames invasivos, cirurgias, ou transplantes.

⁴⁶⁹ “Tanto a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados. A adoção de formulários é difícil, dadas as peculiaridades de cada caso. De qualquer modo, não podem suscitar a menor dúvida”. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 211.

Essa afirmação, porém, deve ser vista com cautela, em face da sua difícil aplicação prática (ou ao menos de afirmação de modo tão amplo e categórico), em razão da dinâmica e das complexidades que envolvem o atendimento.

da colaboração processual”.⁴⁷⁰

A forma verbal de consentimento, que é a mais usual, é a que maior empatia traz a esse processo. No entanto, para fins de prova, pode ser complementada com um documento escrito, assim como o médico pode valer-se de outros meios auxiliares, como vídeos ou áudios e, na transmissão, pode contar com informações emitidas oralmente ou por escrito, podendo igualmente fazer uso de ilustrações, cartilhas, vídeos, etc⁴⁷¹, ou até de tradutor, para as hipóteses de paciente que se comunica em outra língua⁴⁷².

A lei espanhola n. 41/2002 prevê que, como regra geral, o consentimento será verbal, devendo ser escrito nas hipóteses de “intervenção cirúrgica, procedimentos diagnósticos e terapêuticos invasivos e em geral, aplicação de procedimentos que envolvam riscos ou inconveniências de impacto negativo notório e previsível na saúde do paciente” (art. 8º). Trata-se de uma regra ponderada e cuja aplicação no direito brasileiro seria útil.

A Recomendação CFM n. 1/2016 refere que o consentimento para o ato médico deve ser emitido de forma oral ou escrita, embora a escrita seja preferencial e, se for apenas oral, deve ser registrada no prontuário médico. Quando adotada a forma escrita o tamanho mínimo da letra a utilizar é o 12, “com espaços em branco ou alternativas para que o paciente possa, querendo, completá-los com perguntas a serem respondidas pelo médico assistente ou assinalar as alternativas que incentivem a compreensão do documento”. Tais espaços, se não forem utilizados, deverão ser inutilizados”. A redação deve dar-se “em linguagem clara, que permita ao paciente entender o procedimento e suas consequências, na medida de sua compreensão”. Quando contiverem termos científicos, “precisam ser acompanhados de seu significado, em linguagem acessível” (letras “b”, “c” e “d” do anexo I).

A Lei n. 13.787/2018, permite a digitalização e o emprego de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente, mediante processo de digitalização que utilize certificado digital legalmente admitido, sendo

⁴⁷⁰ STJ. 4ª Turma. REsp n. 1.540.580. Rel. (para acórdão) Min. Luis Felipe Salomão. J. em 02/08/2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018.

⁴⁷¹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 733-760, em especial na p. 746. No mesmo sentido, BOWMAN, Deborah. Who decides who decides? Ethical perspectives on capacity and decision-making. In: STOPPE, Gabriela (Ed.) *Competence assessment in dementia*. Viena: Springer, 2008. p. 51-59, trechos da p. 54.

⁴⁷² Ou médico estrangeiro, como ocorreu com a vinda de médicos cubanos para atendimento no Brasil. Conforme Facchini Neto: “Na Alemanha, afirma-se que o médico tem o dever de garantir que o paciente realmente tenha entendido as informações prestadas. Em caso de pessoa que fale idioma diverso, é dever do médico obter a intermediação de um intérprete”. FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento informado - limites e questões polêmicas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. v. 102/2015. nov./dez.2015. p. 223-256. Trecho do item n. 3.

que prontuário que for digitalizado com a observância dos requisitos da mencionada lei “terá o mesmo valor probatório do documento original para todos os fins de direito” (art. 5º, *caput*), e o arquivo respectivo poderá ser eliminado passados vinte anos “a partir do último registro” ou devolvido ao paciente (art. 6º, *caput* e § 2º).

O documento escrito não substitui o processo de repasse de informações e de apresentação de esclarecimentos - que constituem dever do médico -, do mesmo modo que se admite a dificuldade de reprodução integral do processo de consentimento em um documento escrito, por ser “um processo gradual” e em grande parte verbal⁴⁷³.

Em face de todas essas particularidades, verifica-se que não basta ao médico estar tecnicamente apto ao exercício da sua profissão, o que se presume por sua formação e manutenção de registro profissional, deve ele ter preparo (ou delegar para quem o tenha) para verificar se o paciente tem condições de passar por esse encadeamento informativo e, subsequentemente - estando o paciente apto a recebê-las -, prestar informações adequadas, suficientes, claras e objetivas aos seus pacientes ou aos seus representantes legais, ao tempo, modo e local adequados, permitindo (quando admissível e em especial no atendimento eletivo), que estes façam as suas escolhas cabíveis, e que elas sejam fruto de maturação, no que isso for possível.

Esse dever de informar é do médico, constitui sua obrigação principal (e não acessória). Sabe-se que, na atualidade, é cada vez mais comum o atendimento realizado por equipes multidisciplinares, passando a ser admitido que a informação seja repassada ao paciente por membro (médico) da equipe de atendimento⁴⁷⁴, sob a responsabilidade do médico que realizará o atendimento ou o procedimento. Caso na equipe haja diferentes especialidades atuando conjuntamente, cada uma deverá ter um profissional habilitado a transferir as informações que sejam pertinentes à sua especialidade.

Embora o paciente tenha o direito de ser informado (ele é o titular do direito à informação), e o médico tenha a obrigação de informar um paciente que aceite receber as informações porque pretende participar desse processo material de tomada de decisão, é certo que o paciente também tem o direito de não querer ser informado⁴⁷⁵. Ao não ser informado, o

⁴⁷³ FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana G. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre. v. 42, n. 138, jun./2015. p. 51-86. p. 62. Disponível em: <www.ajuris.org.br>. Acesso em: 18 ago. 2018.

⁴⁷⁴ PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 360-366. No mesmo sentido, BERGSTEIN, Gilberto. *A informação na relação médico-paciente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 128-131.

⁴⁷⁵ O art. 4º da Lei Espanhola n. 41/2002, prevê o direito do paciente de ser informado, além do direito de recusar o recebimento de informações. Transcreva-se o teor do artigo para demonstrar:
“Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

paciente deve ser alertado a respeito dos riscos envolvidos nessa decisão, bem como deve-se verificar se ele deixará a decisão quanto aos aspectos técnicos ao médico ou se outorgará poderes a terceiro para decidir em seu lugar.

Quanto à renúncia ao direito de receber informações, o art. 9º da Lei espanhola n. 41/2002 limita o direito de renúncia do paciente aos casos em que essas informações se refiram ao “interesse da saúde do próprio paciente, de terceiros, da coletividade e pelas exigências terapêuticas do caso” (uma redação assaz ampla e passível de críticas), sendo que essa renúncia deverá ser documentada.

Um consentimento absolutamente “não informado” não é admissível, porque não é válido⁴⁷⁶. É possível, no entanto, que o paciente delegue a terceiro o recebimento de informações e as consequentes decisão e autorização, ou, ainda, pode admitir uma intervenção, tratamento ou atendimento, autorizando a atuação do médico na forma que este entender mais eficiente, definindo qual será o procedimento a adotar a seguir. Nessa hipótese, o médico deverá agir de acordo com os princípios de ética médica e não responderá por violação à autodeterminação do paciente (porque autodeterminação houve ao exercer o direito de não ser informado e de delegar a decisão), apenas poderá ser demandado por eventual

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.”

“Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.”

Disponível em: www.boe.es. Acesso em: 7 nov. 2018.

⁴⁷⁶ Esse tema é interessante e o entendimento ora expressado é no sentido de que não é possível uma renúncia absoluta ao direito de ser informado, conquanto o ponto não seja o cerne desta tese e, por isso, não será aprofundado. Para um esclarecimento sobre o tema no direito alemão, valem as palavras de Neuner: “Se mais restrições para a autoproteção dos pacientes são necessárias, ou um *Blankoverzicht* conforme a máxima “eu não gostaria de saber nada” é permitido, é controverso. Enquanto alguns consideram efetiva uma renúncia completa, de acordo com o princípio da “*voluntas aegroti suprema lex*”, outros levam em consideração, para a proteção dos pacientes, ao menos um metaesclarecimento (*Metaaufklärung*), (um esclarecimento sobre o esclarecimento), o qual transmite abstratamente para o paciente que ele tem o direito ao esclarecimento e à renúncia de direitos, ou seja, que lhe seja informado formalmente que ele deve tomar uma decisão. Os autores da lei, no entanto, incentivam muito mais, ou seja, que o paciente “(deve) tomar conhecimento sobre a necessidade do tratamento, assim como as suas chances e riscos”. Além disso é totalmente inadmissível, tanto para um transplante de órgãos (§ 8º, Al. 1, número 1b, TPG), como para uma castração (§ 3º, KastrG), a renúncia ao esclarecimento”. NEUNER, Jörg. O direito a não ser informado (a proteção privada da liberdade de informação negativa). *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*. v. 9 n. 33, out./dez. 2015. p. 15-51. p. 34

ocorrência que enseje responsabilização por danos ao paciente.

4.2.1 A declaração e o comportamento concludente do paciente

No decorrer do Capítulo 3 referiu-se que, para a *existência* jurídica do ato, é necessário que exista uma declaração ou comportamento que seja externado de modo presumivelmente regular, aferível sob um juízo de verossimilhança. Ademais, demonstrou-se que o consentimento informado é independente do contrato de prestação de serviços que possa se formar entre o paciente e o médico⁴⁷⁷ (conquanto seja certo que, existente este, aquele lhe é conexo).

Esse é o momento de esclarecer alguns pontos que envolvem a declaração e o comportamento concludente do paciente no consentimento informado e, de início, não se pode deixar de referir, brevemente, o debate doutrinário quanto ao que constituam as declarações expressa e tácita, que tem reflexo no consentimento informado. Essa interlocução polariza-se basicamente entre a adoção de um critério conceitual que pode ser o subjetivo ou o objetivo de aferição.

O *subjetivo* está assentado na intenção de quem emite a declaração, sendo considerada *expressa* a que tem o fim de exteriorizar a vontade (de “dar a conhecer a outrem um dado conteúdo de sentido”) e *tácita* aquela da qual se possa inferir uma vontade negocial, independentemente da finalidade⁴⁷⁸.

O *objetivo* tem como baliza a forma dos meios utilizados para expressar a vontade, e há diferentes variações de entendimentos, uns sustentando que a declaração é expressa nas

⁴⁷⁷ Comumente a relação entre médico e paciente é estabelecida sob a forma contratual, “derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, ao profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente; será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz ou idade ou doença mental”.

As relações de atendimento médico estabelecidas através dos serviços públicos de saúde não são um contrato privado, por tratar-se de relação administrativa: “Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos de saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nesses últimos casos, o atendimento é obrigatório, pressupondo uma relação primária de direito administrativo ou de direito civil entre o médico e a empresa ou o hospital público, e uma outra entre o empregado e a empresa, ou entre o segurado e a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente.” AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180 (os trechos reproduzidos estão nas p. 138-139).

⁴⁷⁸ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 464.

palavras emitidas e tácita nos fatos ocorridos, outros afirmando que a declaração por meio de ação é a expressa e por omissão é a tácita.

Todas são criticadas, seja pela subjetividade cuja verificação depende de quem a interpreta, seja pela constatação de que uma declaração expressa pode existir por meio de gestos e a tácita pode ser constituída por palavras emitidas (a escolha do hospital para a realização de um determinado procedimento cirúrgico significa que há aceitação deste; a alienação do bem contido no acervo hereditário que representa aceitação de herança; a elaboração de testamento quando existente outro anterior, cujo efeito é a revogação total ou parcial do testamento anterior conforme a medida da incompatibilidade)⁴⁷⁹.

Para este trabalho, defende-se que a manifestação do paciente pode ser exteriorizada de forma *expressa* (visível na declaração) ou *tácita* (extraída de um comportamento). *Expressa* é a revelada por meios objetivos comuns, como, por exemplo, a escrita ou a falada, ou a gestual, “com o propósito consciente de torná-la conhecida por outrem”⁴⁸⁰, ou para gerar efeitos legais. Aqui, está o exemplo do termo de consentimento informado escrito, no qual geralmente consta a descrição das informações repassadas, a declaração da passagem pelo processo de consentimento e a permissão para um determinado ato ou procedimento.

Tácita é a que provém da conduta não expressa do agente, revelada por atos ou comportamentos voluntários em um determinado sentido que, pela experiência comum, levam a entender uma determinada vontade (inferida por meio de uma certa conduta). Há um grau de conclusão variável na manifestação tácita. Na ausência de regra a respeito, é possível afirmar que exista quando a probabilidade for elevada, numa situação de conclusão relativa e provável (não apenas a possível)⁴⁸¹. Nesse modo está o consentimento da pessoa que precisa de atendimento imediato, o serviço de atendimento em saúde é acionado por terceiro, e ela voluntariamente é levada até a ambulância e atendida.

A exteriorização *implícita* é aquela “incluída na compreensão da declaração da qual se extrai, desta decorre lógica e juridicamente por força de uma relação necessária de consequência, ou dependência, ou coordenação ou complementação”⁴⁸², a qual pode ser inferida a partir do contexto de uma ou mais declarações ou comportamentos que integram

⁴⁷⁹ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 464; 469-477.

⁴⁸⁰ RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p.121.

⁴⁸¹ Ciente de que essa forma não permite, por sua própria natureza, um juízo absoluto. O entendimento ora expressado baseia-se em MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 770-773.

⁴⁸² RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p.122.

determinado ato e que com eles seja compatível. Tomar vacina contra a febre amarela, por exemplo, necessariamente implica aplicação de uma injeção. E a realização de exame de ecografia transvaginal exigirá a introdução de parte de equipamento ecográfico na vagina da paciente.

O *silêncio*, por sua vez, não traduz por si declaração e tampouco constitui comportamento concludente em matéria de consentimento informado, porque lhe é incompatível, embora nele não seja exigível declaração expressa de vontade, e, em geral, o silêncio possa ser entendido como anuência (possibilidade de o silêncio ter eficácia de declaração) nas hipóteses em que for possível identificar que esse silêncio não seja apenas vazio ou indiferença (art. 111 do CC). No entanto, essas ocorrências são, na prática, de difícil interpretação quanto ao teor da decisão do paciente e de todo indesejáveis.

Mas, antes de haver declaração ou comportamento qualificado à composição do consentimento como negócio jurídico, demonstrou-se que a decisão do paciente deve ser precedida por um encadeamento mental que culmina com a tomada de decisão, o qual depende, para ser considerado adequado no consentimento para o ato médico ou mesmo para o dissentimento, que o titular tenha tido acesso às informações necessárias, suficientes e pertinentes, pois, como visto anteriormente, liberdade de expressão e informação são direitos fundamentais que estão em correlação com direitos de personalidade, ou mesmo o direito fundamental à saúde (física e psíquica), exigindo uma permanente atividade de adequação.

Barbosa refere que, no vínculo estabelecido entre médico e paciente, a informação constitui “um dever principal na relação obrigacional”. Quando essa relação também envolver uma recomendação, “esta passa a adquirir características de obrigação de meio”⁴⁸³.

Tanto para viabilizar um consentimento quanto para permitir um adequado dissentimento, é o profissional da saúde quem deve fornecer as informações⁴⁸⁴, e o desafio é estabelecer critérios mínimos para que estas possam ser consideradas adequadas e que a decisão do paciente seja fruto de um adequado processo material decisório. Há um dever do médico e em mútua relação com um direito do paciente⁴⁸⁵, para o qual o STJ estabeleceu que, nessa relação, inexistindo “legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante

⁴⁸³ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 107.

⁴⁸⁴ CARRILLO, Marc. Liberté d'expression et droit à l'information: la question des limites. *Annuaire international de justice constitutionnelle*. nov./1995. p. 487-500, especialmente na p. 488.

⁴⁸⁵ Por isso, entende-se que o Código de Ética Médica, em seu capítulo II, caput e inc. II, está equivocado ao referir que seria um “direito” do médico indicar o procedimento adequado ao paciente, de acordo com as práticas jurídica e tecnicamente admissíveis, mas sim um “dever” de assim se conduzir, porque o direito é o do paciente de ser informado.

rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º),⁴⁸⁶.

Assim, as informações devem observar um padrão de conduta do profissional que observe algumas diretrizes que sirvam como pauta de atuação hábil ao paciente, a seguir expostas.

4.2.2 O repasse de informações e a correlata decisão

Nesse processo de repasse de informações que viabilizará a tomada de decisão do paciente, alguns passos devem ser seguidos e certos cuidados devem ser tomados, os quais são objetivamente pontuados abaixo.

- a) Inicialmente é necessário confirmar se o paciente tem condições de receber as informações e de *decidir e se quer decidir*.

Exceto nas hipóteses de dispensa de consentimento ao atendimento (casos de emergência, privilégio terapêutico, etc.), primeiramente deve ser verificado se o paciente tem capacidade e alguma condição psicofísica de decidir (na forma do capítulo 4.1).

Isso envolve a avaliação da condição racional do paciente, para a recepção da informação, apreensão, compreensão, assimilação e tomada de decisão, tendo razoável condição de comparar as opções disponíveis de decisão, dimensionando os riscos, impactos positivos e negativos correlacionados às alternativas de decisão.

Para a resposta positiva a esse questionamento, o paciente deve ser informado da possibilidade de recebimento de informações para a tomada de decisão (acompanhado da informações quanto as consequências de ser ou não ser informado), permitindo-lhe a decisão de receber ou não as informações técnicas e de definir quem tomará a decisão, se ela será pessoal e direta, se será delegada ao próprio médico ou a terceiro (quando possível), total ou parcialmente, vale dizer, o paciente tem o direito de *decidir* (ou de *não decidir*, ou de *delegar a decisão*, ou de *dissentir*) quanto aos rumos do atendimento.

Ao não decidir, o paciente pode optar por retardar o atendimento a outro momento (sendo advertido das principais consequências prejudiciais à sua saúde nessa decisão). Ao delegar a decisão, o médico somente responderá por conduta lesiva própria e não quanto a eventual objeção ou questionamento vinculado ao teor da decisão conferida ao médico ou a quem tenha decidido por representação do paciente.

⁴⁸⁶ STJ. 4ª Turma. REsp n. 1.540.580. Rel. (para acórdão) Min. Luis Felipe Salomão. J. em 02/08/2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018.

- b) A seguir, verificar o conteúdo e a extensão das informações que serão transmitidas ao paciente, para que ele possa decidir.

Sabe-se que a regra é a de que o paciente deve receber a informação e tomar a decisão. No entanto, dispensa-se o repasse de informações que sejam singelas e secundárias, quanto a tratamentos simples (sem repercussão qualitativa ou quantitativa relevante na saúde do paciente, que seja reconhecida na literatura médica), ou mesmo quando o paciente busca o atendimento, precisa e quer ser atendido com urgência, e só há uma opção para salvá-lo, caso em que bastam informações mais superficiais e consentimento genérico⁴⁸⁷.

Se essa única opção de tratamento não lhe causar sequelas qualitativa ou quantitativamente expressivas, pode ser feita sem maiores minúcias quanto a informação ao paciente, bastando o aviso de qual foi o diagnóstico, a necessidade de intervenção cirúrgica imediata e a obtenção do consentimento do paciente, que tem o direito de se submeter (ou não) ao procedimento, mas que, assentindo, dispensa a passagem por um processo minucioso de tomada de decisão. É o que ocorre, por exemplo, ao paciente com apendicite, cujo tratamento consiste na cirurgia denominada apendicectomia. Caso não seja realizada a intervenção referida, o paciente poderá ter um rompimento de apêndice e estará sob risco de vida.

A situação é distinta em um tratamento que possa ser feito por mais de uma técnica, situação em que, havendo condições para a tomada do consentimento, o médico deve apresentar as alternativas possíveis, possibilitando ao paciente uma adequada tomada de decisão.

4.2.3 Teor e qualidade da informação

Não basta que o médico simplesmente repasse as informações, é necessário que estas tenham a qualidade para atuar de forma eficiente na tomada de decisão, e isso somente ocorre na informação transmitida considerando as condições abaixo dispostas.

a) *ao tempo devido*: a informação para tomada de decisão deve precedê-la. Na informação relacionada aos cuidados do paciente no tratamento, deve dar-se antes deste e até mesmo no seu decurso, quando for alterável em um atendimento contínuo. A medida da

⁴⁸⁷ Conforme observou o STJ: “O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal”. STJ. 4ª Turma. REsp n. 1.540.580. Rel. (para acórdão) Min. Luis Felipe Salomão. J. em 02/08/2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018.

antecedência entre a transmissão da informação e o seu recebimento pelo paciente é tanto maior quanto seja a necessidade de tempo para assimilação, decisão e eventuais condutas exigíveis do paciente (por exemplo, os cuidados no tratamento), a complexidade do caso, o nível de dano que pode ocorrer seja como efeito colateral, seja como resultado de algum tratamento ou não tratamento e é tanto menor quanto seja a urgência do atendimento. Por outro lado, esse dever de informar permanece no decorrer do tratamento.

b) *correta*: é a informação verídica e que esteja de acordo com o estado atual das ciências, em especial a médica e a farmacobiológica. Caso seja procedimento experimental que possa estar à disposição do paciente, isso deve ser-lhe informado⁴⁸⁸.

c) *completa e compreensível* a ponto de dar condições a uma decisão do paciente. Não é necessário chegar às minúcias, mas o nível de detalhamento é maior em relação ao que puder causar danos ou expuser o paciente a riscos qualitativa ou quantitativamente relevantes (os previsíveis, os graves – mesmo quando sua ocorrência for rara – e os riscos personalizados – que ocorrem devido às condições ou circunstâncias pessoais do paciente ou que por estas são agravados, as quais possam ser conhecidas pelo médico⁴⁸⁹).

Completa não significa uma informação excessiva (pois o excesso de informação pode assemelhar-se ao não informar, pelas dificuldades de compreensão que pode ocasionar), mas aquela não oculta e que seja comum na prática profissional médica ajustada ao paciente concretamente considerado, pois na informação excessiva o paciente pode perder seu foco quanto ao tipo de dado que efetivamente seja útil à tomada de decisão⁴⁹⁰.

Conforme adverte Monteiro, “não é necessário qualquer esclarecimento sobre aquilo que cabe no âmbito do conhecimento geral da experiência do círculo de utilizadores”, porquanto “esse tipo de esclarecimento não só não faz diminuir o perigo como até o eleva,

⁴⁸⁸ Tratando-se de prática experimental, desde que o paciente esteja ciente e de acordo com os seus termos, esse encaminhamento atrai a incidência das normas que tratam da pesquisa médica, que ultrapassa os limites deste trabalho.

De toda forma, o parágrafo único do art. 102 do CEM determina que o o médico pode utilizar terapêutica experimental “quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências”.

⁴⁸⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba: Juruá: 2008. p. 93-95.

⁴⁹⁰ Albuquerque diz que as “informações sobre questões de saúde devem ser acuradas”, disponíveis “sobre base não discriminatória”, acessíveis “de acordo com as necessidades de comunicação de cada pessoa, incluindo suas especificidades culturais e físicas”. Complementa afirmando que, na explanação das informações, “há diferentes níveis de compreensão e, portanto, não deve a informação ser demasiada técnica e complexa (...). Os exames, testes e outros meios de diagnóstico, em determinadas ocasiões, menosprezam o poder dos pacientes, consistindo, muitas vezes, em excesso de informação, não passível de assimilação pelo paciente, ou de impacto real nas suas escolhas, e, em outras, não se revelando conectados com os tratamentos disponíveis”. ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 139.

pois pode conduzir a que os avisos sérios não sejam lidos”⁴⁹¹. Ampliando-se o debate a respeito do tema, considera-se como necessário que o médico deva atentar ao nível de instrução de seu paciente, pois o que lhe pode parecer óbvio talvez não o seja para o utente, ou pode ser visto de forma diferente ou equivocada, no imaginário popular (por exemplo, popularmente costuma-se dizer que colocar pasta de dentes em uma queimadura seria uma boa providência, mas tecnicamente isso é tido como uma conduta equivocada).

Completa também é a informação quanto a existência de centros especializados de atendimento ou com instalações mais adequadas ao atendimento, quando houver risco de morte ou sequelas graves ao paciente sob atendimento e que esse atendimento especial possa efetivamente fazer a diferença ao utente.

d) *eficiente*, pois o médico não deve transmitir informações desnecessárias que causem uma perda de foco em relação ao que é importante. A informação eficiente vincula-se com a completa no que se afirmou quanto ao nível de detalhamento e em geral, compreende o diagnóstico (enfermidade, características principais e evolução); prognóstico (tratamentos disponíveis, benefícios esperados, possíveis riscos ou efeitos qualitativa ou quantitativamente relevantes, métodos alternativos oferecidos, além do tratamento recomendado pelo médico); custos mais relevantes (inclusive cobertura por seguro-saúde) e alternativas terapêuticas⁴⁹².

Informação eficiente também é aquela inteligentemente disposta, vale dizer, é aquela em que inicia com aspectos mais relevantes e essenciais e posteriormente podem ir ao detalhamento necessário ou a questões não centrais, embora importantes. Uma informação importante não pode estar disfarçada ou inserida junto a informações não essenciais ou de detalhamento, porque isso pode retirar o foco do paciente ou tornar difícil a tarefa de compreensão.

e) *em linguagem acessível*, pois cada paciente possui capacidade de compreensão distinta e particular e que refletirá no nível de linguagem e forma de comunicação a ser estabelecida.

Assim, tratando-se de um paciente com condições de passar por um processo de

⁴⁹¹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 327.

⁴⁹² RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 221-222.

Há quem sustente que constitui dever do médico apenas alertar o paciente a respeito dos riscos mais comuns (frequentes). LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los medicos*. T. 1. Buenos Aires: Rubinzal, 1997. p. 204-208.

Cordeiro afirma que seriam os típicos: “O âmbito do dever médico de esclarecimento estende-se aos efeitos típicos das terapêuticas prescritas e não a todos os efeitos possíveis que estas possam acarretar; varia, ainda, em profundidade, consoante a inteligência e os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso”. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 606.

consentimento, que abranja a percepção, a compreensão, a memorização, a dedução e a inferência, considerando o prévio uso de linguagem a ele acessível, o processo decisório é pleno e regular.

Se o paciente tiver alguma limitação nesse processo, mas com ajuda consiga atingi-lo, esse auxílio deve ser buscado. Quanto o paciente for amplamente limitado, é necessário verificar se essa amplitude dá-se no aspecto horizontal (o paciente não consegue associar as informações porque são amplas e relativas a vários aspectos do diagnóstico, prognóstico e tratamentos disponíveis) ou no vertical (a dificuldade do paciente decorre da complexidade das informações).

A partir dessa avaliação, deve ser construído um contexto de possível obtenção do consentimento direto do paciente no que haja possibilidade e de autorização de terceiro juridicamente qualificado (o responsável, ou o procurador para cuidados em saúde, etc.) para o que não for possível esse consentimento. Esse entendimento é reforçado pelo teor de recente julgamento do STJ, no qual se afirmou que o médico cumpre o dever de informação efetivamente “quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica”⁴⁹³.

Cada caso deve ser investigado para que seja permitida a construção de uma solução a partir do nível de entendimento do paciente e o grau de repasse de informações que possa ser exigido do médico, a considerar especialmente: (a) a quantidade e nível de informações que o paciente consegue processar; (b) a razoabilidade das informações que possam ser exigidas que o médico repasse e (c) a diferente medida de informações cujo repasse deve ser feito, tendo em vista a complexidade do problema e a gravidade das consequências da decisão para o paciente.

Ainda nesse contexto, cabe explicitar essas duas dimensões a considerar no processo de tomada de decisão, a horizontal e a vertical.

A dimensão *horizontal* representa a amplitude da informação em sua extensão quantitativa, quer dizer, a grandeza no volume e variabilidade de conteúdo das informações, que poderá ser parcial ou total. Assim, o paciente com insuficiência renal crônica receberá um volume quantitativamente considerável de informações devido a cronicidade e gravidade da doença, aliado ao fato de que ela afeta não apenas os rins, mas outros sistemas e funções do corpo, a exigir atendimento especializado e de múltiplas áreas da saúde (em especial quando a doença decorre de outra, como é o caso da doença renal crônica provinda de diabetes).

⁴⁹³ STJ. 4ª Turma. REsp n. 1.540.580. Rel. (para acórdão) Min. Luis Felipe Salomão. J. em 02/08/2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018.

Na dimensão *vertical*, tem-se a profundidade da informação, que poderá ser superficial ou aprofundada, pois há casos nos quais a informação superficial não será suficiente a uma correta tomada de decisão e em outros a informação muito esmiuçada pode causar temores indevidos no paciente, ou mesmo prejudicar o seu entendimento ou a tomada de decisão.

Por isso, há pacientes que demandam o recebimento de informação vertical e horizontalmente considerada. Em outros casos, a informação vertical deve ser amplamente respeitada, e a horizontal parcialmente atendida, ou, ainda, admite-se o contrário, uma informação vertical restrita e horizontal aprofundada. E, ainda, há a hipótese de um atendimento que seja correto com um processo decisório com menor abrangência informativa horizontal e verticalmente considerada.

Ainda, esse cenário, em um atendimento continuado, pode ser alterado, de maneira que em uma fase do tratamento pode demandar um aprofundamento maior e em outro menor, ou, ainda, o paciente pode ter internalizado a informação recebida previamente, sendo desnecessário repeti-la⁴⁹⁴.

E, finalizando, deve-se destacar que o médico deve informar aquilo que lhe é conhecido ou cujo conhecimento esteja ao seu alcance. Por isso, *v.g.*, na administração medicamentosa, o médico deve alertar a respeito de riscos qualitativa ou quantitativamente relevantes conhecidos, não podendo ser responsabilizado pela ocorrência de alguma ocorrência até então não descrita como possível na literatura especializada (como ocorre nos designados “riscos do desenvolvimento”)⁴⁹⁵.

4.2.4 Princípios que regem esse processo dialógico

⁴⁹⁴ Há de ser considerado como parâmetro para determinação do conteúdo da informação aquele admissível a um “paciente mediano” como ponto de partida, sendo conduta sucessiva o ajustamento para adaptação de acordo com o “paciente concreto”, conforme refere Facchini Neto: “Interessante é a orientação observada na Suíça, onde se entende que o parâmetro para determinar o que deve ser informado primeiramente deve ter em vista o paciente razoável e mediano, e em seguida é alterado para se adaptar às condições e exigências individualizadas do paciente concreto. Além disso, as informações devem envolver inclusive alternativas ao tratamento proposto, mesmo que isso signifique que o paciente que por elas optar deverá procurar outro médico especialista ou outro centro médico”. FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento informado - limites e questões polêmicas. □ *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. Vol. 102/2015. Nov-Dez/2015. p. 223-256. Trecho da parte final do item n. 2.

⁴⁹⁵ Monteiro, a respeito, refere: “Partindo da ideia de que o fabricante de produtos farmacêuticos cria uma fonte de perigo e que lhe cabe por isso o dever de evitar a verificação de danos, o LG de *Aachen* afirma não apenas um dever de informação para o médico (*Offenbarungspflicht*) como igualmente um dever geral de proteção face ao consumidor. Especialmente elucidativa nos parece a seguinte passagem: ‘o fabricante de produtos farmacêuticos tem portanto sobretudo de indicar, de forma clara e compreensível para os leigos, os perigos que pode acarretar tomar o medicamento, para que o médico e o consumidor possam decidir se e durante o período pretendem arriscar a aplicação do medicamento’”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 330.

A informação disponível ao tratamento médico e sua eventual circulação (quanto ao direito de ser informado), está sujeita aos seguintes princípios:

a) *Princípio da transparência*, vinculada a clareza e transparência das informações (com incidência, no que for admissível, do disposto no art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC);

b) *Princípio da exatidão*, que traz o dever de fidedignidade das informações;

c) *Princípio da finalidade*, representando a diretriz de que as informações devem ser repassadas para o atendimento de uma finalidade, evitando-se tanto o seu excesso, quanto a sua insuficiência;

d) *Princípio do livre acesso*, prevendo que o titular deve ter acesso irrestrito às informações necessárias a uma adequada tomada de decisão, bem como quanto as informações já coletadas a seu respeito;

e) *Princípios da precaução e da prevenção*⁴⁹⁶, originalmente aplicados no direito ambiental, sendo que o primeiro trata da necessária adoção de condutas para evitar que um excesso, insuficiência ou inadequação da informação, ou mesmo o estado da arte em matéria de tratamentos em saúde cause um risco de dano, enquanto que o segundo circunscreve a indispensável aplicação de medidas destinadas a evitar o dano⁴⁹⁷. Aqui está incluído o denominado privilégio terapêutico, no qual o paciente deixará de receber alguma informação que possa lhe causar danos injustificáveis se considerados os eventuais benefícios que possam provir do recebimento da informação.

f) *Princípio da confidencialidade*, pois as informações relativas à saúde do paciente e mesmo de suas decisões e dados prestados ao médico são, em regra, considerados como dados sensíveis e protegidos com maior ênfase por meio do sigilo, inclusive por força da legislação brasileira⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ DONEDA, Danilo; MONTEIRO, Marília de Aguiar. Proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental e o direito fundamental à saúde - privacidade e *e-Health*. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo et. al (org.). *Proteção à privacidade e acesso às informações em saúde: tecnologias, direitos e ética*. São Paulo: Instituto da Saúde. 2015. p. 160-161. Vide, igualmente, RUARO, Regina Linden. Direito fundamental à liberdade de pesquisa genética e à proteção de dados pessoais: os princípios da prevenção e da precaução como garantia do direito à vida privada. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 10, n. 2, p. 9-38, maio./ago. 2015. p. 31.

⁴⁹⁷ Em algumas vezes, os dois princípios poderiam ser aplicados conjuntamente, não obstante a lógica indicar que o princípio da precaução estaria mais distante de uma situação de dano efetivo que o princípio da prevenção. Vide, a respeito, ALVES, Wagner Antônio. *Princípios da precaução e da prevenção no Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005. p. 119.

⁴⁹⁸ A Lei n. 13.709/2018 (Lei de proteção de dados pessoais) estabelece em seu art. 5º que é dado pessoal sensível aquele que trate sobre a saúde, vida sexual, dado genético ou biométrico vinculado a uma pessoa natural, e no art. 11 prevê que o tratamento dos dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer mediante consentimento específico e para finalidade igualmente circunscrito quanto aos seus limites, ou independentemente de consentimento do titular quando for necessário para o cumprimento de obrigação legal

g) *Princípio da cooperação*: como a relação médico-paciente deve desencadear-se de forma dialogada, é natural que essa troca que atua em situação de complementaridade e reciprocidade, ocorra de modo dinâmico-colaborativo, propiciando que tanto o médico possa receber informações que permitam um melhor atendimento, quanto o paciente possa ser beneficiado pelo conhecimento e técnicas que o médico conhece e dispõe, suprimindo obstáculos impostos por omissões prejudiciais que dificultam ou impeçam o alcance dos propósitos do atendimento. Dessa forma, o médico desempenha o seu ofício, e o paciente recebe o amparo almejado.

A conduta médica exige uma atuação correta sob um critério objetivo, com proporcionalidade, de modo que ela seja adequada (capaz de atingir a finalidade pretendida, que é a de atender o paciente segundo os meios disponíveis para otimizar o resultado querido pelo paciente que seja de possível alcance, com os menores riscos, considerando os custos envolvidos, que possam ser assumidos pelo paciente ou pela entidade ou instituição que presta o atendimento ou que possa prestá-lo), e proporcional (deve ser aplicado um critério de proporção entre os meios de atendimento utilizados e os fins desejados, rejeitando-se o excesso no emprego de meios para atingimento de um objetivo desejado).

Ademais, deve o médico procurar estabelecer a simetria na sua relação com o paciente, a fim de promover condições de desencadeamento de um diálogo horizontal e com empatia, numa linguagem inteligível à percepção do paciente que tenha condições de decidir.

O médico “procurará maximizar a capacidade do paciente de entender as informações, explicando-as em linguagem clara e simples e sendo o mais reconfortante possível”, mediante o uso de ferramentas destinadas à maximização da compreensão do paciente, que “incluem o tratamento de condições subjacentes que inibam a tomada de decisão”, tais como o incentivo à anotação de informações, ao seu aprofundamento, o uso de desenhos, figuras, maquetes, vídeos e áudios, etc.⁴⁹⁹

ou regulatória pelo controlador; para tratamento compartilhado de dados para execução de políticas públicas regulamentadas por parte da administração pública; para realização de estudos por órgãos de pesquisa, com preferência para a anonimização de dados pessoais sensíveis; no exercício regular de direitos (inclusive os contratuais ou relativos a processo judicial, administrativo ou arbitral); na proteção da vida ou da incolumidade física do próprio titular ou de terceiros; no atendimento na área da saúde ou para garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos (resguardados os direitos de informação sobre dados pessoais sob tratamento mencionados no art. 9º da Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais).

Convém também registrar que os arts. 73 e 74 do CEM especificam o sigilo profissional do médico, proibindo-o de “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente”, inclusive quanto ao paciente criança ou adolescente com “discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente”.

⁴⁹⁹ BOWMAN, Deborah. Who decides who decides? Ethical perspectives on capacity and decision-making. In:

De acordo com Barbosa, “os elementos do processo de comunicação são de extrema importância para se lograr uma comunicação efetiva”, os quais incluem “a atuação dos sujeitos como intervenientes, como destinadores e destinatários da informação, em uma troca constante de papéis, o código, que é a linguagem; o canal, que é o meio; e o contexto”⁵⁰⁰.

No decorrer deste trabalho, foi dito que a pessoa tem direito de se autodeterminar, e tudo seria mais fácil se todas as pessoas tivessem um nível equivalente de compreensão e de conhecimento, mas essa situação é utópica e cada pessoa carrega sua história, vicissitudes, influências, convicções, vivências, condições psicofísicas e aptidões. Por isso, debate-se se as pessoas sob tratamento médico devem ter alguma condição diferenciada em relação a atuação prática da sua autonomia privada.

Não há motivo jurídico plausível para retirar da pessoa transitória ou permanentemente sob tratamento na área da saúde a sua autonomia, pois esta preserva a sua condição humana e a dignidade. Ihe assegura a condição da liberdade e a consequente possibilidade de exercício efetivo de sua autonomia, e conciliando-se com a capacidade civil, na forma referida no capítulo 4.1.

Assim, se o paciente é consciente e tem condições psicofísicas de tomada de decisão, isso deve ser respeitado na maior medida possível.

No entanto, reconhece-se que muitas vezes não há condições técnicas e tampouco financeiras de atender cada paciente de modo multidisciplinar para em cada caso verificar as condições específicas de cada paciente. O discurso e a prática devem ser conciliáveis e praticáveis para que as soluções sejam eficientes.

Dessa forma, algumas escolhas devem ser feitas e, principiologicamente, é possível afirmar que:

(a) sempre que possível, e na maior medida possível, deve ser considerada a decisão do paciente, que possa de alguma forma ser exteriorizada, juridicamente perceptível e aceita em seu conteúdo, de modo que o paciente transmita a sua decisão quanto aos cuidados de saúde pretendidos de modo compreensível e sem hesitações, mediante o emprego de linguagem inteligível verbal ou não verbal - escrita, falada, gestual, por expressão facial -, com ou sem o uso de tecnologia assistiva;

(b) quanto mais essencial for o atributo ou aspecto que será afetado pela decisão, maior é o cuidado que se deve ter na formação e tomada da decisão, e mais recomendado será

STOPPE, Gabriela (Ed.) *Competence assessment in dementia*. Viena: Springer, 2008. p. 51-59. p. 54.

⁵⁰⁰ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 113.

o atendimento prévio que seja capaz de detectar a condição daquele paciente específico para que sobre os dados coletados e conclusões seja traçado um perfil de procedimento mínimo para uma tomada de decisão desse paciente específico;

(c) quanto maior for a debilidade psicofísica, maior deve ser o cuidado na tomada da decisão do paciente;

(d) situações de perda de condição cognitiva, com declínio acentuado e global de memória, aliado a déficit de uma ou mais funções cognitivas (linguagem, agnosia, apraxias, funções executivas), com uma intensidade que possa interferir no desempenho social diário ou ocupacional⁵⁰¹ do paciente, como nas hipóteses de demência avançada e estado vegetativo, não há condição mínima para tomada de consentimento informado;

(e) em que pese o fato de que, no Brasil, há um direito ao atendimento médico, não se pode dizer que o paciente tenha um dever de preservar a sua saúde, inclusive em matéria de decisões pessoais nesse espaço, porque aquele que esteja em condições de decidir pode até mesmo tomar uma decisão que prejudique a sua saúde, sem que isso fira o direito (exceto nos casos de intervenções obrigatórias na área da saúde).

4.2.5 Assimetria informativa, vieses comportamentais e sua influência na tomada de decisão

O caminho do decidir não é simples e o seu percurso pode fazer com que o paciente se depare com percalços sobre os quais não tem ingerência e tampouco pode facilmente detectar como possível anomalia ou causa de desvios na tomada de decisão.

A organização da vida em sociedade, especialmente a massificada, e a própria segmentação das atividades que dela fazem parte, acaba trazendo a especialização que, por si, tem a vantagem do aperfeiçoamento das diferentes áreas do conhecimento, e a desvantagem da discrepância entre o nível de informação dos figurantes de relações jurídicas e sucessivas consequências na formação e desenvolvimento destas.

No direito médico, a *assimetria informativa* expressa-se em distintas dimensões. Uma delas é a denominada *seleção adversa*, na qual o paciente não tem condições técnicas de saber se o profissional que lhe atende tem uma maior ou menor aptidão exigida ao tratamento em cotejo com outro, podendo ocorrer que o paciente escolha um médico independentemente de um real conhecimento a respeito da dimensão da capacitação técnica deste, em especial

⁵⁰¹ SCAZUFCA, Márcia, *et al.* Investigações epidemiológicas sobre demência nos países em desenvolvimento. *Revista saúde pública*. 2002. v. 36, n. 6, p. 773-778. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102002000700018&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 13 set. 2018.

quando em comparação com outros profissionais da mesma especialidade. Muitas vezes essa capacitação somente será conhecida – total ou parcialmente – após a celebração do contrato de prestação de serviços de assistência médica⁵⁰².

Outra constitui o denominado *risco moral*, segundo o qual um dos figurantes de uma relação pode alterar seu modo de atuar de acordo com o contexto em que ela se estabelecer ou vier a ser desenvolver. Por exemplo, o chamado *custo de prescrição*, que pode determinar que um paciente aceite se tratar com um medicamento que é fornecido gratuitamente, decisão essa que seria diferente caso o fármaco tivesse que ser adquirido com recursos próprios⁵⁰³, ou a maior possibilidade (de 50% a 80%) de que médicos que trabalham em consultórios particulares sejam mais propensos a se opor à substituição de medicamentos de referência por genéricos quando comparado com médicos que trabalham de forma assalariada (v.g., em postos de saúde)⁵⁰⁴.

Ainda, há a variável da não correspondência entre o conhecimento técnico específico necessário à tomada de decisão que o médico dispõe, nos aspectos qualitativo e quantitativo, em comparação com o do paciente.

Com isso, na relação médico-paciente, o médico é quem tem o domínio das informações de cunho especializado, e o paciente não costuma ter noção suficiente para saber se aquelas que está recebendo são suficientes e eficientes ao fim a que se destinam (a decisão).

Isso racionalmente poderia fazer com que a decisão do médico fosse sempre melhor que a tomada pelo paciente, porém, conforme referido no decorrer do Capítulo 2, mais importante que o julgamento quanto ao teor da decisão tomada pelo paciente, é a necessária promoção da autodeterminação deste, na proteção e concretização da liberdade no direito privado, e o processo informativo prévio à sua decisão serve justamente para reduzir essa assimetria na melhor medida possível, viabilizando essa deliberação e servindo como meio de concretização dessa autodeterminação.

E a assimetria informativa pode ou não ter repercussão jurídica no plano da validade, dependendo do modo sobre o qual ela incide sobre a decisão do paciente, podendo ser verificada sob dois aspectos:

⁵⁰² “Como referimos, os problemas de selecção adversa emergem especialmente quanto aos ‘experience goods’, ou seja aqueles cujas características só ficam conhecidas depois de celebrado o contrato – por contraste com os ‘credence goods’, cujas características podem ser observadas antes da sua utilização [...]”. ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 286.

⁵⁰³ DORAN, Evan; ROBERTSON, Jane; HENRY, David. Moral hazard and prescription medicine use in Australia - the patient perspective. *Social Science & Medicine*. v. 60, Issue 7, Apr./2005, p. 1437-1443.

⁵⁰⁴ GRANLUND, David. Are private physicians more likely to veto generic substitution of prescribed pharmaceuticals? *Social Science & Medicine*. v. 69, Issue 11, Dec./2009, p. 1643-1650.

(1) o que trata de ponto que não é suficientemente relevante ao consentimento (por exemplo, quando diz respeito aspecto secundário sem prejuízo à decisão do paciente em seu cerne, tal como a escolha do tipo de fio que será utilizado na sutura a realizar para fechamento de uma incisão na pele – veja-se o quadro do capítulo 4.1.2), e, nesse caso, esse aspecto não influencia na validade do consentimento obtido sem a devida passagem por um devido processo material de tomada de decisão quanto a esse aspecto secundário e

(2) no que tange a ponto relevante na tomada de decisão do paciente⁵⁰⁵, o resultado é diferente, pois pode ensejar a anulabilidade do consentimento informado, conforme referido no capítulo 3.

Não apenas a assimetria informativa pode influenciar o processo decisório do paciente. Há outros fatores a considerar, como demonstra a teoria dos vieses comportamentais. Sabe-se que, por vezes, o paciente toma decisões aceitas como corretas porque estão de acordo com a razão, e em outras, as decisões são tomadas intuitivamente, com base em impressões e sentimentos, embora em muitas oportunidades possa o paciente estar confiante mesmo quando equivocado, “e um observador objetivo tem maior probabilidade de detectar nossos erros do que nós mesmos”⁵⁰⁶.

A análise da tomada de decisão em modelos antigos de psicologia cognitiva indicavam que essa deliberação estaria vinculada a um processo racional e objetivo, no qual o tomador da decisão, ciente das opções e resultados possíveis, bem como das diferenças entre as alternativas, tomaria uma decisão racional, que observaria a regra do maior benefício, com o menor custo⁵⁰⁷.

Estudos mais recentes na área da neurobiologia, da psicologia e da economia comportamental demonstram que os seres humanos frequentemente utilizam critérios subjetivos de tomada de decisão, estando sujeitos a vieses cognitivos e desvios volitivos em seus processos decisórios. Até mesmo condições bioquímicas podem estar envolvidas num

⁵⁰⁵ Veja-se o seguinte exemplo: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Hospital. Ilegitimidade passiva. Médico. Anestesia. Fratura de dentes no momento da entubação da paciente. Dever de informar acerca dos riscos. Responsabilidade do médico-anestesiologista reconhecida. [...] 2. Considerando as nuances do caso concreto, possível afirmar que o erro do anestesista se tipificou basicamente na forma omissiva, qual seja, na ausência de informação à autora acerca dos riscos de fazer uma anestesia geral, em que seria necessária a entubação traqueal e, possivelmente, extração de alguns dentes, considerando as características pessoais da paciente. Isso porque tratava-se de cirurgias eletivas, em que se poderia optar pela anestesia local, fazendo-se as duas cirurgias em dias diversos, sem que a autora sofresse os riscos da entubação pela anestesia geral. [...]. Apelo parcialmente provido”. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 9ª Câmara Cível. APC n. 70034759696. Rel. Des. Marilene Bonzanini. J. em 20/10/2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁵⁰⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012. Tradução de: Cássio de Arantes Leite. p. 56.

⁵⁰⁷ STERNBERG, Robert J. *Psicologia cognitiva*. Trad. por Roberto Cataldo Costa. 4. ed. Porto Alegre, Artmed, 2008. p. 409-410 e 445.

processo decisório: o volume de glicose no organismo e os níveis de dopamina ou de serotonina no córtex cerebral, podem ter alguma influência nas premissas utilizadas na tomada de decisão. No entanto, não é possível afirmar que possa haver interferência decisiva de fatores bioquímicos na tomada de decisão, e que isso exclua fatores envolvidos nas escolhas humanas, como incerteza, riscos, valores ou custos. Conforme Doya, “déficits no sistema serotoninérgico estão implicados na impulsividade, tanto na supressão de comportamentos motores mal-adaptativos como nas escolhas de recompensas maiores, mas atrasadas”⁵⁰⁸.

Os vieses cognitivos consubstanciam-se em alterações de percepção, em interpretações desviadas e parciais da realidade, que levam a pessoa emitir julgamentos equivocados. Ocorrem, portanto, no âmbito interno, da psique da pessoa. E os desvios volitivos são ocorrências externas que influenciam na formação volitiva da pessoa.

Há uma tendência inicial de tomada de decisões de forma automática e que seja de fácil execução – a exigir pouco esforço ou que ocorram por impulso⁵⁰⁹. Embora isso tenha o benefício da facilidade, tem o custo do risco maior de tomada de uma decisão errada, ou diferente daquela opção que seria escolhida após um exercício decisório mais completo: atividades que impõem altas exigências ao sistema decisório mais complexo “requerem autocontrole, e a aplicação do autocontrole é exaustiva e desagradável”⁵¹⁰.

Ou, ainda, é possível que o paciente prefira uma opção “A”, em vez da opção “B”, se forem avaliadas separadamente, situação que seria diferente se essa análise fosse conjunta, sendo que essas “reversões de preferência”, conforme a magnitude da decisão, podem gerar “sérios problemas em relação à racionalidade e aos vieses comportamentais”⁵¹¹.

Ainda, o processo decisório pode igualmente ser influenciado por outras causas de esgotamento⁵¹², ou até mesmo pelo maior ou menor procedimento burocrático que deverá ser

⁵⁰⁸ DOYA, Kenji. Modulators of decision making. *Nature neuroscience*. v. 11, n. 4. p. 410-416 (em especial na p. 414). Apr./ 2008. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nn2077.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁵⁰⁹ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. On the reality of cognitive illusions. *Psychological Review*, v. 103, n. 3, 1996, p. 582-591. Os autores (p. 589) referem que as pessoas costumam realizar julgamentos subjetivos de probabilidade, na crença de que o resultado dessa decisão lhe será benéfico (“Subjective judgments of probability are important because action is often based on beliefs regarding single events. The decisions of whether or not to buy a particular stock, undergo a medical operation, or go to court depend on the degree to which the decision maker believes that the stock will go up, the operation will be successful, or the court will decide in her favor”).

⁵¹⁰ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012. Tradução de: Cássio de Arantes Leite. p. 11.

⁵¹¹ SUNSTEIN, Cass R. On Preferring A to B, While Also Preferring B to A. Forthcoming, *Rationality and Society*. *Harvard public law working paper* n. 18-13. March 21, 2018. p. 1-25, trechos da p. 1. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3132428>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁵¹² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012. Tradução de: Cássio de Arantes Leite. p. 57-58.

enfrentado pelo paciente para realizar um determinado procedimento, exame, tratamento ou consulta especializada.

Esses são exemplos de vieses comportamentais e biológicos que podem afetar a tomada de decisão do paciente. E, para este tópico, a ênfase será nos primeiros.

Vieses comportamentais podem ser considerados como desencaminhamentos cognitivos, comportando predisposições que influenciam a decisão, nas quais determinadas premissas são acentuadas em razão de fatores pessoais internos ou externos, tais como condições psicofísicas, culturais, ou ambientais. Na doutrina, encontram-se diferentes classificações desses vieses e, aqui, serão expostos aqueles que repercutem na relação médico-paciente. São eles⁵¹³:

(a) o viés da *autoridade*, que é a inclinação para alçar a opinião de quem tem conhecimento técnico específico a um patamar absoluto de acerto e de *obedecer ao comandante*, posição essa com acentuada representação paternalista, presente nas hipóteses em que o paciente obedece cegamente ao entendimento do médico, somente porque o médico seria mais sábio e estaria numa situação de superioridade apenas em razão da sua capacidade técnica específica. A superação desse viés dá-se com o empoderamento do paciente, no sentido de demonstrar-se que o médico pode transferir as informações pertinentes, que podem ser compreendidas pelo paciente, habilitando-o ao processo decisório, e que não é errado decidir de modo diferente do que for sugerido pelo médico;

(b) o viés do *status quo*: é a propensão a manutenção de uma decisão, independentemente de ela estar ultrapassada ou de circunstâncias que seriam de alterá-la se fossem consideradas. Assim é o paciente que mantém o uso de medicamento ao longo dos anos, que com o tempo se torna obsoleto ou inoperante em razão do uso continuado. Para evitar os malefícios desse viés, o médico deve dialogar com o paciente de forma a demonstrar as opções disponíveis e a necessidade de previamente repensar a sua condição de saúde e tratamento;

(c) o viés da *confirmação*, que é a tendência de tomar decisões sucessivas de forma a apenas reafirmar crenças prévias, sem reflexão, quando, por exemplo, o paciente que sempre opta pelo tratamento mais invasivo porque seria o mais consagrado pelo tempo,

⁵¹³ Esses vieses, com as devidas adaptações, são os referidos por Juarez Freitas (A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, v. 40, n. 130, jun./2013, p. 223-244, em especial nas p. 233-236. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/297>. Acesso em: 14 set. 2018); por Rolf Dobelli (*A arte de pensar claramente: como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. Tradução de: Karina Janini) e por Richard Thaler e Cass Sunstein (*Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Tradução de: Marcello Lino).

independentemente de considerar possibilidades menos prejudiciais. O caminho para a superação desse viés é demonstrar ao paciente que há outras opções que devem ser avaliadas antes de ser tomada uma decisão, tornando o ambiente propício para essa compreensão;

(d) o viés da *falsa coerência*, compreendendo uma predisposição de negação (forçada) da dúvida, com a invenção de narrativas, criando situações ambíguas em cenários possíveis em um processo decisório (por exemplo, o paciente que não acredita que um determinado tratamento possível será eficiente). Esse viés exige do médico uma atuação no sentido de apresentar ao paciente a real possibilidade de que todo tratamento tem seu grau de possibilidade de êxito, e que cada escolha tem seus ônus e bônus;

(e) o viés da *aversão à perda*, abrangendo a inclinação para dar maior ênfase às perdas que aos ganhos⁵¹⁴. É o perfil do paciente conservador, que prefere se manter como está a investigar e eventualmente ter o risco de receber um diagnóstico desagradável, ainda que esse diagnóstico prévio aumente consideravelmente suas chances de êxito no tratamento. Na superação desse viés, o paciente deve ser estimulado a vislumbrar o aspecto positivo do atendimento preventivo e na busca da cura e de tratamentos, e a boa repercussão disso no seu planejamento de vida⁵¹⁵;

(f) o viés do *enquadramento*, segundo o qual é omitida a análise de uma questão sob distintos pontos de vista, que poderiam levar a um resultado melhor ou equivalente. Aqui, tem-se o paciente que desconhece a possibilidade de outros pontos de vista no atendimento e com isso toma decisões que poderiam ser diferentes caso tivesse sido informado. Esse viés somente é ultrapassado com a conduta diligente do médico no repasse de informações que sejam capazes de mostrar ao paciente modos positivos de enfrentamento que permitam uma decisão mais eficiente⁵¹⁶;

⁵¹⁴ “(...) tendemos a escolher opções que ofereçam um ganho pequeno, mas certo, em vez de um ganho maior, mas incerto, a menos que o ganho incerto seja tremendamente maior ou apenas um pouco incerto”. STERNBERG, Robert J. *Psicologia cognitiva*. 4. ed. Porto Alegre, Artmed, 2008. Tradução de: Roberto Cataldo Costa. p. 419.

⁵¹⁵ É pertinente a afirmação de Araújo, referindo que ‘quem não arrisca, não petisca’, e a decisão de não participar de uma relação contractual representa a negação da possibilidade de ganhos, conquanto também evite perdas (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 49).

⁵¹⁶ Thaler e Sunstein apresentam um ponto de vista ilustrativo:

“Suponha que você está sofrendo de uma cardiopatia séria e que seu médico propõe uma operação exaustiva. Você, compreensivelmente, fica curioso quanto às chances de sucesso. O médico diz: ‘De 100 pacientes que fazem essa operação, 90 estão vivos depois de cinco anos’. O que você vai fazer? Se apresentarmos os fatos de certa maneira, a declaração do médico será bastante reconfortante e você provavelmente fará a operação.

Mas suponha que o médico enquadre a resposta de maneira um pouco diferente. Suponha que ele diga: ‘De 100 pacientes que fazem essa operação, 10 estão mortos depois de cinco anos’. Se você é como a maioria das pessoas, a declaração do médico parecerá bastante alarmante e você talvez não faça a operação. O sistema automático pensa: ‘Um número significativo de pessoas está morta, e talvez eu venha a ser uma delas!’. Em várias experiências, as pessoas reagem de maneira muito diferente à informação de que ‘10 em 100 estão mortas’ - apesar de o conteúdo das duas declarações ser exatamente o mesmo. Até mesmo especialistas estão

(g) o viés do *otimismo excessivo*, representa um demasiado olhar positivo e confiante (para além do admissível), a ponto de distorcer a compreensão das coisas: “leva o raciocínio racional como refém”, condicionando um determinado pensamento ou uma decisão “sem evidência suficiente para apoiar tal conclusão”⁵¹⁷. Nessa situação está o paciente que crê que a sua condição de saúde está muito melhor do que a real, e por isso decide que apenas tratamentos alternativos são suficientes para curá-lo; que acredita que o mal é passageiro e independe de tratamento ou que sequer quer ouvir o médico porque acredita que já sabe o suficiente para decidir⁵¹⁸. O médico, identificando a presença desse viés, deve auxiliar o paciente a enxergar a conveniência de uma atitude mais colaborativa, efetiva e cautelosa destes cuidados com a sua saúde;

(h) o viés do *presente*, que é a “tendência de buscar recompensas imediatas, sem perguntar sobre os efeitos a longo prazo”⁵¹⁹. Nesse viés, está visível uma propensão da sociedade como um todo ao imediatismo, ao resultado de curto prazo, sem reflexão profunda respeito das consequências de uma decisão a longo prazo. Aqui está o paciente que quer um tratamento que mais curto ou menos complexo, embora com maiores efeitos colaterais (a administração de um comprimido, em vez de uma terapia), porque não tem paciência para se submeter a um tratamento mais longo que gere zero ou menos efeitos colaterais. Novamente aqui a postura do médico é importante no sentido de esclarecer ao paciente que o avanço da idade é inexorável e exige cuidados desde sempre, e que toda decisão presente deixará marcas no corpo, que poderão ser prejudiciais quando esse corpo no futuro.

A situação torna-se mais complexa quando ocorrem os denominados “lapsos associados a processos automáticos”, em que podem ocorrer erros de captura (quando “o

sujeitos a efeitos de enquadramento. Ao ouvir que ‘90 em 100 estão vivos’, os médicos têm mais probabilidade de recomendar a operação do que se ouvirem que ‘10 em 100 estão mortos’”. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Tradução de: Marcello Lino. p. 38-39.

⁵¹⁷ “[...] optimism biases human and nonhuman thought. It takes rational reasoning hostage, directing our expectations toward a better outcome without sufficient evidence to support such a conclusion”. SHAROT, Tali. *The optimism bias: a tour of the irrationally positive brain*. New York: Pantheon Books, 2011. p. XII (prólogo).

“Por que as pessoas têm excesso de confiança? Uma razão é que podem não se dar conta do quanto sabem pouco. Uma segunda razão é que podem se dar conta daquilo que estão pressupondo quando invocam o conhecimento que têm. Uma terceira razão pode ser sua ignorância do fato de que sua informação vem de fontes não confiáveis”. STERNBERG, Robert J. *Psicologia cognitiva*. 4. ed. Porto Alegre, Artmed, 2008. Tradução de: Roberto Cataldo Costa. p. 420.

⁵¹⁸ Segundo Ferrer e Klein, “indivíduos com alto otimismo disposicional que também têm percepções de risco otimistas em relação a uma ameaça iminente, podem ter maior probabilidade de minimizar a gravidade da ameaça e menor probabilidade de buscar informações adicionais sobre saúde”. FERRER, Rebecca; KLEIN, William M. Risk perceptions and health behavior. *Current opinion in psychology*. v. 5. oct./2015. p. 85-89.

⁵¹⁹ FREITAS, Juarez. A Hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, v. 40, n. 130, jun./2013, p. 223-244, em especial na p. 236.

processo automático captura nosso comportamento e não conseguimos nos desviar da rotina”), omissões (“a interrupção de uma atividade de rotina pode nos causar um lapso de um passo ou dois na implementação da parte que resta da rotina”), perseverações (“após um procedimento automático ter sido completado, um ou mais de seus passos podem ser repetidos”), erros de descrição (que é a prática de “uma ação correta sobre o objeto errado”), erros causados por dados (quando a pessoa recebe dados enquanto pratica uma ação, e isso a atrapalha), erros de ativação associativa (“associações fortes podem desencadear a rotina automática errada”, por exemplo, olhar uma placa enquanto conversa e usar a palavra que viu na placa em sua fala, equivocadamente), erros de perda de ativação (“a ativação de uma rotina pode ser insuficiente para levá-la até o fim”, na hipótese de esquecimento, distração ou interrupção)⁵²⁰.

Há inúmeras outras circunstâncias que podem influenciar a tomada de decisão, como, v.g., o momento da busca por atendimento ou da autocompreensão do estado clínico em correlação com as vivências recentes do utente. Pense-se na situação do paciente que agenda uma consulta com um urologista porque um vizinho foi diagnosticado com câncer prostático (não fosse esse fato, ele não buscaria o atendimento, ainda que a prevenção seja recomendável), quando essa mesma pessoa não tenha nenhum sintoma vinculado a sua próstata, mas realmente padeça perda de peso acentuada, sede em demasia e visão turva, indicativos de diabetes, que sequer são percebidos pelo paciente⁵²¹.

O exemplo acima é uma representação do que a doutrina da psicologia costuma referir como uma situação de “ajustamento” insuficiente, na qual o processo de recuperação de informações ou elaboração de juízos encontra uma imperfeição na qual, v.g., a facilidade de lembrança de um fato pode ser determinante para uma hiper ou subestimação quanto a probabilidade de ocorrência de um determinado evento⁵²².

Da mesma forma, a pessoa pode evitar o atendimento em razão do receio de receber uma notícia ruim, assim como é possível que esteja tão absorvida na atenção de uma questão secundária vinculada à sua saúde, que deixa de depositar atenção em outros sintomas que realmente são importantes, ou, ainda, recebe uma quantidade tão grande de informações que

⁵²⁰ STERNBERG, Robert J. *Psicologia cognitiva*. 4. ed. Porto Alegre, Artmed, 2008. Tradução de: Roberto Cataldo Costa. p. 81.

⁵²¹ “Ao superestimar a imunidade pessoal em relação aos danos, as pessoas podem deixar de tomar providências preventivas sensatas. Se estiverem correndo riscos por causa do otimismo irreal, as pessoas podem se beneficiar de uma cutucada. Na verdade, já mencionamos uma possibilidade: se um evento ruim for relembrado, as pessoas talvez não continuem a ser tão otimistas”. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Tradução de: Marcello Lino. p. 36.

⁵²² TONETTO, Leandro Miletto, *et al.* O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *Estudos de Psicologia*. Campinas, v. 23, n. 2, p. 181-189 (em especial na p. 184), abr./jun. 2006.

igualmente perde o foco no que é mais relevante, de modo que a tomada de decisão pode ser influenciada por múltiplos fatores, se reconhecendo que algumas vezes, *figurativamente*, o *remédio pode tornar-se veneno*, pois a necessidade de informar não pode tornar a atividade de recepção e assimilação de informações uma tarefa tão extenuante a um paciente a ponto de tornar-se enfadonha e desinteressante.

Veja-se, ainda, a questão da compreensão das informações e a tomada de decisão, o que também está relacionado com a necessidade de uma informação clara e em linguagem acessível, referida no capítulo 4.2.3.

Segundo dados do Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE (PNAD - 2017), o Brasil é o país no qual 7% da população acima de quinze anos é analfabeta, e aproximadamente 40% da população com idade igual ou superior a vinte e cinco anos de idade cursou apenas até o ensino fundamental completo, em uma média de 9,4 anos de estudo⁵²³.

Ademais, o Relatório PISA da OCDE de 2015, verificou o nível de proficiência em linguagem (que corresponde à capacidade para compreender, usar e refletir sobre os textos para desenvolver conhecimento e potencial para participar da sociedade) dos alunos brasileiros, no qual se constatou que 51% deles estão abaixo do nível 2 em leitura, patamar que a OCDE estabelece como necessário para que o estudante consiga exercer plenamente sua cidadania⁵²⁴ (comparativamente, no Canadá este percentual é de 10%).

Ainda, pesquisas indicam que o tempo médio de consultas médicas no Brasil é de 5,5 a 8,3 minutos (considerado como “razoável”). Em Portugal, por exemplo, é de 14,4 a 15,2 minutos. Na França, é de 16 minutos e nos EUA é de 9,2 a 21 minutos (tidos como “bons”)⁵²⁵. E, quanto menos tempo para a troca de informações no atendimento, maior é o risco de serem cometidos erros e de não haver condição para uma tomada de decisão adequada e válida.

Esses dados estatísticos demonstram o grande desafio que é fazer um paciente, no Brasil, ter tempo de consulta hábil para permitir uma passagem por um adequado processo de

⁵²³ Conforme dados constantes no módulo Educação, da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=downloads>. Acesso em :30 out. 2018.

⁵²⁴ Brasil no PISA 2015: análises e reflexões sobre o desempenho dos estudantes brasileiros / OCDE- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. São Paulo: Fundação Santillana, 2016. Disponível em: http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/pisa/resultados/2015/pisa2015_completo_final_baixa.pdf. Acesso em: 30 out. 2018.

⁵²⁵ IRVING, Greg, *et al.* International variations in primary care physician consultation time: a systematic review of 67 countries. *British Medical Journal Open* (BMJ Open). BMJ Publishing Group. London. nov. 2017. p. 1-15. Os dados referidos constam na tabela das p. 5-10. Disponível em: <www.bmjopen.bmj.com>. Acesso em 10 nov. 2018.

consentimento informado; para compreender informações - notadamente as técnicas da área da medicina -, e, quando lhe é apresentado um termo de consentimento informado, compreender o seu conteúdo e ter tempo de reflexão para a tomada de decisão.

E, mesmo quando considerado um paciente com aptidão suficiente de compreensão de uma linguagem não técnica, é necessário adaptar a linguagem para que os termos técnicos possam ser compreendidos, inclusive com a elaboração de comparativos que permitam ao paciente uma tomada de decisão adequada. Pergunta-se: como fazer isso em um tempo médio de consulta tão baixo?

Exemplifique-se com a questão do consentimento informado na medicina nuclear, que utiliza material radioativo tanto para diagnóstico quanto para tratamento de pacientes. Geralmente nos exames que envolvem medicina nuclear, quem o realiza precisa conhecer o histórico do paciente, e este deve informar dados que possam interferir no exame ou que sejam necessários para avaliar até mesmo a possibilidade ou conveniência de fazer uso desse tipo de ferramenta diagnóstica, pois a exposição prolongada ou periódica (além do aceitável) aumenta o risco de destruição de células ou de alteração da estrutura celular do paciente que a ele é submetido, impedindo ou dificultando a divisão celular ou propiciando a sua divisão excessiva⁵²⁶.

É por isso que a medicina diagnóstica se submete aos princípios fundamentais de segurança, nos quais se torna necessária a ponderação prévia entre os riscos das radiações em comparação ao benefício almejado (“princípio da justificação”); a busca do maior nível de segurança possível na realização do ato médico (“princípio da otimização”) e a fixação no tempo do limite de exposição à radiação ou do material radioativo a ser administrado no atendimento específico (“princípio do limite de doses”). Ademais, é conveniente e aconselhável um acompanhamento das doses totais às quais o paciente se sujeite ao longo da vida, justamente para aperfeiçoar a administração dos possíveis riscos⁵²⁷.

⁵²⁶ MEJURE, Maria Manuel Borges. Consentimento informado radiológico: processo de comunicação dos riscos ao paciente. *Lex medicinae - Revista Portuguesa de direito da saúde*. Coimbra (Coimbra Editora). Ano 6. n. 12. jul./dez. 2009. p. 109-128, em especial na p. 112.

⁵²⁷ Os princípios são referidos em MEJURE, Maria Manuel Borges. Consentimento informado radiológico: processo de comunicação dos riscos ao paciente. *Lex medicinae - Revista Portuguesa de direito da saúde*. Coimbra (Coimbra Editora). Ano 6. N. 12. Jul-dez. 2009. p. 109-128, em especial nas p. 115-118.

Há uma grande dificuldade no controle de exposição à radiação do paciente ao longo do tempo, seja pela dificuldade de coleta, armazenamento e compartilhamento de informações, seja pela necessária prévia autorização para esse fim, o que pode ensejar um desinteresse do próprio profissional da medicina nesse tipo de controle, uma vez que nada lhe obriga a isso (sequer seria possível um médico ter esse tipo de informação por absoluta falta de ferramentas idôneas para tal fim, gerando uma impossibilidade de controle quanto a sua confiabilidade), e os riscos decorrentes de exposição desarrazoada podem ou não ser sentidos em tempo futuro imprevisível, e é difícil vincular (nexo causal) um determinado exame a um específico efeito danoso na estrutura celular de um paciente.

Sugere-se para essas hipóteses que a linguagem a ser utilizada com o paciente seja aquela que permita a compreensão das informações, com exemplos comparativos, v.g., transmitindo a informação que uma tomografia computadorizada de tórax corresponde a aproximadamente quatrocentos exames de raios X, em matéria de exposição radioativa. A vantagem desse procedimento informativo seria a de evitar que o paciente se submetesse a exames desnecessários, embora haja contrapontos relevantes, no sentido de que o utente não possui conhecimento técnico para dimensionar o real potencial de risco de tais exames em comparação com a vantagem da sua realização, e esse tipo de informação teria a inconveniência de fazer com que um paciente temeroso não se dispusesse a fazer um exame importante ao seu diagnóstico⁵²⁸.

Outra questão que envolve a vontade é a consideração do histórico pessoal pretérito decisório do paciente. Veja-se o ponto a partir da difícil hipótese de revogação do consentimento. Beauchamp e Childress afirmam que, nessa ocorrência, é importante verificar o contexto decisório, bem como as características pessoais prévias (personalidade psicológica concreta) do paciente, pois pode ser entendida como mais verdadeiramente autônoma uma decisão do paciente que esteja de acordo com a sua personalidade (por exemplo, a decisão de um paciente testemunha de Jeová de não se submeter a transfusão sanguínea é mais facilmente aceitável como vontade efetiva que a decisão nesse sentido de uma pessoa ateuista que durante sua vida atuou sempre no sentido de preservar a vida, embora sobreviva com limitações).

Nesse sentido, o art. 9º da Convenção de Oviedo prevê que, na hipótese de um paciente sem condições psicofísicas de decidir, a sua “vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica” deverá ser considerada.

Opções sobre tratamento de saúde são expressão da personalidade e que, para além de uma decisão socialmente correta, é importante assegurar que as decisões sejam, na medida do possível, coerentes com os ideais de vida da própria pessoa⁵²⁹ (vide capítulo 4.1.2), observada igualmente a possibilidade de mudança de opinião, desde que não decorra de

⁵²⁸ MEJURE, Maria Manuel Borges. Consentimento informado radiológico: processo de comunicação dos riscos ao paciente. *Lex medicinae - Revista Portuguesa de direito da saúde*. Coimbra (Coimbra Editora). Ano 6. n. 12. jul./dez. 2009. p. 109-128, em especial nas p. 124-125.

⁵²⁹ Embora Dworkin tenha afirmado que deve haver coerência, seu pensamento é liberal, no sentido de que o ser humano, imperfeito que é, está sujeito a tomar decisões socialmente consideradas “erradas”, se isso lhe convier, pois, por exemplo, por mais que a maioria pudesse achar terrível que uma pessoa jovem e saudável se suicidasse em razão de uma crise depressiva passageira e passível de tratamento, não se pode acreditar que o próprio interessado desconheça seus interesses, ou que os demais tenham superiores condições de saber o que é o melhor para essa pessoa. DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 272 e 318-319.

ingerências alheias indevidas, de incompreensão ou de falta de informação.

4.2.6 Conflitos de interesses e conduta médica

O esboçado até o momento não exaure a matéria, pois tanto os vieses biológicos e comportamentais que envolvem um processo decisório, quanto o dever de informar, não podem ser tipificados exaustivamente (tampouco é possível determinar todas as suas hipóteses de incidência, abrangência e intensidade de modo apriorístico), diante da miríade de situações que lhe são pertencentes ou possíveis⁵³⁰.

Não se olvide, outrossim, que, para além dos vieses do paciente antes referidos, há, ainda, os vieses do *médico*, que está tão sujeito a vicissitudes e comportamentos pré-condicionados por diversos fatores internos (suas próprias condições psicofísicas, suas crenças religiosas, suas convicções técnicas) ou externos (pressão de planos de saúde, orientações de órgãos de classe, políticas públicas, agressões que tenha sofrido de pacientes) que prejudicam tanto o seu próprio julgamento racional, quanto podem influenciar o do paciente.

Sob o aspecto de influência externa, uma das mais acentuadas é a dos planos de saúde. Pesquisa do Instituto Datafolha encomendada pela Associação Paulista de Medicina e divulgada em 19 de julho de 2018⁵³¹, indica que 90% dos médicos atuantes consultados afirmaram que havia interferência das operadoras de planos de saúde no desempenho de seu ofício. O quadro abaixo é ilustrativo a respeito dessas ocorrências:

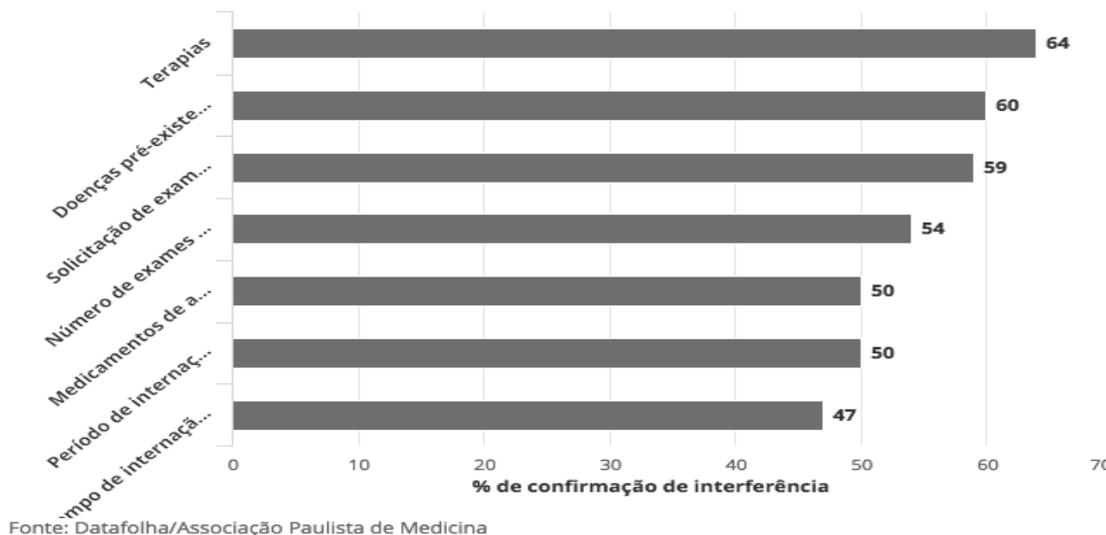
Figura 3: Pesquisa sobre a interferência dos planos de saúde na autonomia dos médicos

⁵³⁰ “É, portanto, através do princípio da boa-fé – notadamente se inserido em cláusula geral – que o efetivo conteúdo destes deveres poderá, em cada relação concreta, ser densificado”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 395.

⁵³¹ REIS, Vivian e STOCHERO, Tahiane. 96% dos pacientes relatam problemas com plano de saúde; 90% dos médicos reclamam de interferência, diz Datafolha. *GI SP*. 19 jul. 2018 Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/07/19/96-dos-pacientes-de-sp-relatam-problemas-com-plano-de-saude-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2018.

Interferência dos planos de saúde na autonomia dos médicos

Confira os serviços sobre os quais os profissionais mais relataram restrições em porcentagem (%)



Fonte: Portal G1 (2018)

Esse levantamento demonstra que os três maiores pontos de interferências são os que pertinem às terapias que podem ser utilizadas (64% dos médicos afirmam ter sofrido tais restrições), seguida dos atendimentos de pacientes com doenças preexistentes (60%), e de limitações quanto a realização de exames (59%), que as operadoras querem evitar que ocorram, com o argumento da contenção de custos (sob a alegação de que precisam tornejear desperdícios de materiais ou a ocorrência de fraudes)⁵³².

Adicionalmente, o teto do número mensal máximo de consultas autorizadas para mulheres no final da gestação, por exemplo, é um tipo de restrição preocupante, porque o médico que atender mais que uma consulta a cada quinze dias de uma gestante de risco, p. ex., corre o risco de não ser pago, e o que deixar de atender será negligente. Essa situação pode influenciar decisivamente a deliberação do médico de aceitar (ou não) acompanhar um pré-natal (em especial o que envolva situação de risco), ou seja, no futuro, essas gestantes poderão estar mais expostas ao não atendimento ou ao atendimento inadequado e o médico ficará frustrado e desestimulado profissionalmente⁵³³.

Outra situação relatada é a de autorização apenas de procedimentos mais baratos e mais invasivos (ou menos eficazes), como nas cirurgias para retirada de cisto no ovário: “o

⁵³² REIS, Vivian e STOCHERO, Tahiane. 96% dos pacientes relatam problemas com plano de saúde; 90% dos médicos reclamam de interferência, diz Datafolha. *G1 SP*. 19 jul. 2018 Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/07/19/96-dos-pacientes-de-sp-relatam-problemas-com-plano-de-saude-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2018.

⁵³³ ESTARQUE, Marina. Para 94% dos obstetras e ginecologistas, plano atrapalha conduta médica. *Folhapress*, 5 jul. 2018. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/para-94-dos-obstetras-e-165200249.html>. Acesso em: 15 set. 2018.

médico pode fazer uma videolaparoscopia, que é menos invasiva”, “mas, por ser mais cara, é substituída por uma cirurgia aberta na barriga, com mais riscos”⁵³⁴.

Lembre-se, a respeito, que os princípios VIII e XVI (Capítulo I) do CEM mencionam que o médico “não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional”; permitir se sejam impostas restrições “que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho”; ou aceitar limitações à escolha “dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente”.

Ademais, o médico não pode “permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde”, possam interferir “na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade” (art. 20 do CEM).

Nesse contexto, o médico não deve deixar de oferecer ao paciente a possibilidade de uso das técnicas que entende adequadas e necessárias ao tratamento do paciente que consente. Quando se deparar com eventuais ordens limitativas provenientes das fontes custeadoras (planos ou seguros saúde, ou dos serviços públicos de saúde), o médico deve avisar ao paciente essa limitação para que este, querendo, possa buscar outros meios de satisfação de seus anseios (até mesmo a emissão de ordem judicial de atendimento se e nas condições em que isso for possível) pois o interesse a prevalecer e que justificará a solução a ser adotada é o da preservação dos legítimos interesses vinculados à saúde do paciente, no que isso obedeça ao referido critério de proporcionalidade e a considerar as circunstâncias cabíveis de condições do plano contratado, ou as restrições orçamentárias e de atendimento comuns aos serviços públicos de saúde.

Aqui, alguns princípios fundamentais do CEM possuem relevância: o da não discriminação, a potencialização da capacidade profissional (inclusive pelo aprimoramento técnico) e do exercício da profissão com autonomia e independência (em especial os princípios II, IV, V, VI, VII, VIII, XVI do Capítulo I).

Ainda, há a situação do médico que pode ser influenciado pela postura de indústrias de fármacos no sentido de medicalizar a saúde e a sociedade, e incentivado a prescrever

⁵³⁴ ESTARQUE, Marina. Para 94% dos obstetras e ginecologistas, plano atrapalha conduta médica. *Folhapress*, 5 jul. 2018. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/para-94-dos-obstetras-e-165200249.html>. Acesso em: 15 set. 2018. A reportagem contém trechos da entrevista da Dra. Rossana Pulcineli Francisco, presidente da Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo e professora da Faculdade de Medicina da USP.

medicamentos e, assim, é levado, consciente ou inconscientemente, a *manter o paciente como paciente a qualquer custo*⁵³⁵.

No viés defensivo, o médico executa ou indica práticas técnicas, por excessiva precaução, de modo desnecessariamente cauteloso, como, p. ex., pedir exames demasiadamente; solicitar revisões desnecessárias; ou evitar o atendimento de pacientes com maior complexidade com receio da ampliação do risco de complicações no atendimento, que igualmente podem ocasionar maior suscetibilidade ao dano e exposição a uma ação indenizatória.

Há que se considerar o critério de um atendimento apropriado, de efetiva utilidade e proporcionalidade quanto aos benefícios visados e probabilidade de sucesso do tratamento ou da intervenção que sejam necessários, considerados igualmente os riscos envolvidos. Conjuga-se a isso as condições do paciente visto concretamente, tais como a sua personalidade, suas convicções e seus interesses⁵³⁶.

A estrutura de atendimento (em especial a sua precariedade em inúmeras partes do Brasil) também deve ser considerada para verificar o nível de exigência quanto a conduta médica esperada em um caso concreto. Quando o médico se deparar com falta de estrutura, deverá avisar ao paciente e ao próprio responsável pelo ponto de atendimento em saúde (hospital, clínica, posto, etc.), permitindo que o paciente decida por procurar outros meios e um local com estrutura aperfeiçoada ou especializada.

Nesse sentido, o médico deve evitar atuar em uma situação que possa haver - ou efetivamente haja - conflito de interesses, e procurará suprimir essa incompatibilidade, ou avisar ao paciente restrições existentes, como as dos exemplos acima, seja para viabilizar uma situação de paridade e empatia na relação médico-paciente otimizada ao máximo possível, seja para permitir que o paciente atue para concretização de direitos que entenda ter.

Conforme adverte Cezar, no serviço público de atendimento em saúde, há programas e protocolos específicos e padronizados que podem limitar o âmbito de liberdade do médico quanto ao tratamento que será oferecido ao paciente, “embora mantenha os deveres próprios

⁵³⁵ Lembre-se do teor do art. 3º da Declaração Universal sobre Bioética e direitos humanos: “Dignidade humana e direitos humanos. 1. A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados. 2. Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.” Disponível em: www.unesco.org. Acesso em: 3 nov. 2018.

Recorde-se, igualmente, o princípio IV do Capítulo I do CEM do CFM: “Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão”, e o art. 35, o qual determina ser vedado ao médico “exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos”.

⁵³⁶ GRIBAUDI, Maria Nefeli. *Consenso e dissenso informati nella prestazione medica*. Milano: Giuffrè Editore. 2012. p. 64.

do exercício profissional de propor a melhor alternativa terapêutica”, devendo “promover o bem do paciente nos limites dos adequados serviços oferecidos, devendo executá-los de acordo com as regras de boa prática clínica”⁵³⁷.

Ultrapassadas essas questões orçamentárias e de estrutura de atendimento, há outras situações que igualmente podem ensejar alguns desafios, e que implicam uma necessária proteção do próprio médico, como o exemplo do paciente portador do HIV. O atendimento do paciente portador do vírus pode ser diferenciado considerando a espécie de problema a tratar, seja no aspecto do próprio tratamento ou mesmo diagnóstico, seja quanto aos cuidados do médico ou da equipe para evitar contaminações indevidas. Se o paciente sabe que é portador do HIV, tem o ônus de agir colaborativamente e prestar essa informação por ocasião do atendimento se quiser ter um atendimento mais eficiente considerando a sua condição de saúde.

Mas, caso essa informação não tenha sido repassada, e ela for relevante ao atendimento, cabe ao médico perguntar ao paciente. Ao ser perguntado, caso o paciente negue-se a responder ou minta, assumirá as consequências de sua conduta caso o atendimento não tenha considerado esse fato e ele seja relevante ao atendimento. E, ainda, permitirá ao médico ou a equipe que o atenda tendo cautelas adicionais para evitar contaminações, ainda que elas sejam tomadas em razão da mera dúvida, pois não é possível realizar exames sanguíneos que não sejam autorizados pelo paciente.

Todas as situações expostas exemplificam as variáveis possíveis e a diversidade dos desafios enfrentados, tanto por pacientes quanto por médicos. Há uma permanente atividade de balanceamento de direitos, deveres, pretensões, ações, poderes, situações de conflito, etc., a indicar a necessidade de construção de soluções individualizadas.

Adaptando o pensamento de Keynes, cada uma das múltiplas possibilidades com suas possíveis consequências e adicionados os resultados admissíveis em cada variável, permitiria descobrir o que fazer, de modo razoável, em cada caso concreto, mas esse raciocínio torna-se tão complexo e a aplicação de possíveis soluções torna-se muitas vezes dispendiosa, de modo que pode beirar a inviabilidade⁵³⁸.

O exposto revela que não há como ter, nessa seara, uma situação de absoluta certeza

⁵³⁷ CEZAR, Denise Oliveira. *Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149.

⁵³⁸ “[...] so that multiplying together the numbers attached to all the possible consequences of a given action and adding the results, we could discover what to do. In this way a mythical system of probable knowledge was employed to reduce the future to the same calculable status as the present. No one has ever acted on this theory. But even today I believe that our thought is sometimes influenced by some such pseudo-rationalistic notions”. KEYNES, John Maynard. *The collected writings of John Maynard Keynes: the general theory and after*. V. XIV. P. II. Defence and development. Some economic consequences of a declining population. London: Macmillan, 1971. p. 124.

quanto à sintonia entre a vontade exteriorizada e a vontade interior da pessoa, ou mesmo a formação da vontade pode não ser absolutamente racional (a reforçar que, ao menos no plano da existência do consentimento informado, o que interessa é o que foi declarado, ou o comportamento concludente, e, no plano da validade, é o razoavelmente aceitável e livre de defeitos jurídicos, diante das circunstâncias jurídicas postas).

Ademais, tampouco há como exigir uma condição ideal na tomada de decisão em geral, diante das vicissitudes tratadas, pois demonstrou-se que nem toda decisão é racional, ou ao menos totalmente racional, e que “todo cérebro humano ostenta desvios cognitivos que, não raro, afetam negativamente a qualidade da interpretação”⁵³⁹, sendo igualmente certo que também há subjetividade na própria avaliação dos resultados da decisão, e que cada pessoa atribui subjetivamente pesos distintos aos aspectos que entendem que compõem os benefícios e custos em uma decisão racional.

E, a propósito, Dworkin recorda que a confiança ou a clareza absolutas são convicções “dos fanáticos”, restando aos demais “escolher entre todas as opiniões substantivas oferecidas, perguntando-nos qual delas, após a devida reflexão”, “parece mais plausível que as demais”. E, se nenhuma opção parecer plausível ao agente, “temos de nos contentar com o verdadeiro juízo-padrão, que não é a indeterminação, mas a incerteza”⁵⁴⁰.

De todo modo, uma possível indicação para ultrapassar ou mitigar essas circunstâncias inexoráveis e evitar que a tomada de decisão seja indesejavelmente corrompida, é a de que o médico esteja atento a elas, fazendo os direcionamentos cabíveis ao especialista mais indicado ao caso concreto ou indicando a necessidade de prévio ou concomitante acompanhamento multidisciplinar (em especial o psicológico) do paciente.

Ainda, diante de elementos internos e externos que influenciam a conduta tanto do médico quanto do paciente, na medida do possível, o profissional deve verificar desvios (inclusive pontos que tenham sido subestimados ou superestimados) quando forem relevantes e comprometerem prejudicial e acentuadamente a decisão, e fazer os alertas necessários para que o paciente possa refletir sobre isso e tomar suas decisões tendo em consideração esses aspectos (se não os razoáveis, ao menos tendo o prévio alerta de que haveria outras variáveis a considerar). Além disso, deve estar atento aos próprios desvios cognitivos e atuar no sentido de neutralizá-los.

⁵³⁹ FREITAS, Juarez. A Hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. Revista da Ajuris, v. 40, n. 130, jun./2013, p. 223-244, trecho da p. 224. Disponível em: <www.ajuris.org.br>. Acesso em: 14 set. 2018.

⁵⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Trad. por Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 144-145.

As constatações desse ponto do trabalho, inexoráveis que são como provenientes da condição humana, não podem ser atacadas, em geral, como anomalias impensáveis e que sejam passíveis de dissipação integral, mas, sim, como contingências a serem administradas permanentemente.

Conforme advertem Facchini Neto e Schmidt Neto, cabe ao direito “reconhecer que a vontade, enquanto tentativa de mudar o futuro pela tomada de decisões, não pode ser tida como o único fator a ser considerado”, ou ao menos não pode ser vista isoladamente, “porque, em certas situações, ela pode ter sido induzida por quem detém o conhecimento de ciências que analisam padrões comportamentais”. Embora isso não represente “um afrouxamento da responsabilização civil e penal” que atua como resposta possível do direito a condutas juridicamente indesejáveis, deve-se ter em conta essas ocorrências podem ser consideradas para “uma nova interpretação da noção do voluntarismo” que leva as pessoas a praticarem atos ou negócios jurídicos.⁵⁴¹

4.3 Conselhos, recomendações, opiniões e atribuição médica

O médico, como profissional liberal que é⁵⁴², tem a expertise técnico-científica que o capacita ao exercício da medicina. As habilidades esperadas são várias, incluindo a manual, (v.g., para uma cirurgia ou outro procedimento que a exija), passando pela argúcia que lhe permite identificar uma doença e correlacioná-la a um tratamento e também pelo conhecimento especializado que detém, obtido durante a sua formação, necessária ao desempenho de seu ofício.

Esse conhecimento adquirido e, portanto, inserido no contexto do atendimento, faz

⁵⁴¹ SCHMIDT NETO, André Perin; FACCHINI NETO, Eugênio. Ensaio jurídico sobre a racionalidade humana: maiores, capazes e irracionais. *Revista brasileira de políticas públicas*. Brasília. Uniceub. v. 8. n. 2. ago./2018. p. 65-88. p. 75 e 82.

⁵⁴² A designação provém do latim, e tem origem no direito romano, “dizia respeito à pessoa de condição livre, que não era escrava”. “Depois, as profissões ‘nobres’, por oposição às profissões ‘braçais’”. CRETILLA JÚNIOR, José. Profissão liberal (verbetes). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 62, p. 37-38.

Na atualidade, é concebida de forma mais restrita ou mais ampla. Na acepção restrita está Silva, que a designa como atividade humana desenvolvida a partir das premissas da profissionalidade, da não eventualidade e da intelectualidade (que tem como condição pressuposta a formação universitária específica na área para a qual é oferecida a atuação): é uma profissão “cujo exercício depende de conhecimentos acadêmicos ou universitários ou cujo êxito decorre de uma maior ou menor capacidade intelectual ou profissional”, e na ampla Cavaliere Filho, para quem o profissional liberal é qualquer pessoa que exerça trabalho por conta própria, de forma livre, independentemente de vinculação a formação mediante curso superior. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* (verbetes Profissional Liberal). 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 647 e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 261.

A concepção mais ampla não é a mais recomendável, pelo fato de que tornaria mais restrita a aplicação da responsabilidade objetiva prevista no CDC.

com que se agregue, às atribuições do médico, a de fazer recomendações técnicas em relação a saúde de quem está sob os seus cuidados.

Porém, recomendar não é o mesmo que aconselhar, e isso deve ser diferenciado, inclusive com o propósito de estabelecer o nível de responsabilidade do profissional.

A expressão “conselho”, para os fins desse trabalho, significa uma sugestão que se faz, muitas vezes com base no bom senso (embora não haja uma correlação necessária), representando um apontamento de caráter subjetivo (há nele um juízo de valor) que, no entendimento de quem o oferece, poderia ser bom ou útil a quem recebe. No conselho não há um caráter vinculante, geralmente é emitido sem qualquer vinculação profissional e o nível de força vinculativa é baixo, em especial porque quem o oferece não tem necessariamente conhecimento técnico específico⁵⁴³.

O termo “recomendação”, por sua vez, envolve pessoa (o emitente da recomendação) com formação técnica específica e acentuado teor especializado característico de um determinado segmento. Trata-se de uma designação com maior força persuasiva e é uma indicação de conduta (embora sem feição de obrigatoriedade), emitida por força de vínculo profissional prévio ou concomitante entre quem emite a recomendação e quem a recebe.

A “opinião” ou o “parecer” contempla o ponto de vista técnico de um profissional especializado a respeito de algum assunto para o qual tenha sido consultado ou dúvida que lhe seja posta para obtenção de uma resposta por parte do consultante, sem cunho vinculativo a quem a recebe.

Os três diferem da informação - que são dados conformados relacionados a um determinado assunto, que os tornam aptos à integrar uma ação comunicativa -, e do dever de informar, que é procedimental e objetivo. A informação pode estar contida em um conselho ou em uma recomendação, mas com estas não se confundem⁵⁴⁴.

⁵⁴³ Os conceitos empregados nessa tese contemplam conteúdo parcialmente diferente daquele apresentado pelo doutrinador português Sinde Monteiro. Para esse autor, “conselho significa dar a conhecer a uma outra pessoa o que, na sua situação, se considera melhor ou mais vantajoso e o próprio faria se estivesse no seu lugar, a que se liga a exortação (expressa ou implícita, mas de qualquer forma nunca vinculativa ao destinatário) no sentido de que aquele que recebe o conselho agir (ou se abster) de forma correspondente; o conselho contém pois um juízo de valor acerca de um acto futuro do aconselhado, em regra ligado a uma explicação”.

A recomendação, para o autor, é uma “sub-espécie do conselho”, com menor nível de exortação, e expressa uma “comunicação das boas qualidades acerca de uma pessoa ou de uma coisa, com a intenção de, com isso, determinar aquele a quem é feita a algo”.

Por fim, diz Monteiro que a informação limita-se aos fatos objetivos, sem qualquer “proposta de conduta”, consistindo em “exposição de uma dada situação de facto”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 14-15.

⁵⁴⁴ Para Popp, o dever de informação, o conselho e a recomendação seriam três deveres distintos, embora coligados. O primeiro, que não contempla juízo de valor, trata da comunicação de fatos objetivos que se relacionam ao contrato; o segundo seria uma sugestão de comportamento a ser adotada, que teria maior força persuasiva que a recomendação, e que contemplaria até mesmo a análise da oportunidade de um determinado

O paciente, ao procurar um médico, busca um esteio mais seguro quanto a algum aspecto que depende de atenção técnica e científica. Faz isso imbuído do presumível espírito de *confiança* a ser depositado no profissional, que naturalmente não seria extraído de outra pessoa sem conhecimento específico (tampouco seria juridicamente admissível), aliada a uma justa expectativa de atendimento, pois o exercício da medicina é regulamentado e privativo da pessoa formada em curso superior de medicina, inscrita em órgão de classe⁵⁴⁵.

Na confiança, a ética jurídica alia-se inexoravelmente a uma inerente segurança legitimamente esperada das relações intersubjetivas, pois nessas relações elas ecoam, na medida da desvantagem existente entre a parte que confia na outra em razão de sua especialidade, e que conta com esta para ter uma resposta adequada à questão que a levou a buscar auxílio profissional. Adaptando Larenz, essa confiança passa a ser ‘imputável’ ao médico por suscitá-la automaticamente em face da sua própria profissão e do seu efetivo exercício, sabendo que o paciente nela confia⁵⁴⁶. Com isso, diz-se que o paciente não procura um conselho: no atendimento médico, busca a análise do seu caso, o diagnóstico e prognóstico. Incluído nisso está a recomendação, como um dever do médico.

A confiança está na gênese desse dever médico, e possui dupla feição: *positiva* na sustentação do direito do figurante ao respeito às suas justas expectativas, e *negativa* no respectivo dever de indenizar caso não seja atendida a antes referida feição positiva.

O CEM, prevê que é “direito do médico”, “indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente” (capítulo II, item II), assumindo a responsabilidade sobre procedimento médico ou ato profissional que indicou, mesmo quando solicitado ou consentido pelo paciente ou seu representante legal (capítulo III, arts. 3º e 4º).

A atividade médica é regulamentada pela Lei n. 12.842/2013 (que dispõe sobre o exercício da medicina), a qual prevê que o médico deve “agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional”, objetivando “a promoção, a proteção e a recuperação da saúde”, bem como “a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças” (art. 2º,

negócio (afirmação esta que encontra vários dissensos). POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 199.

⁵⁴⁵ “Todavia, as informações dadas por profissionais, que são ou aparecem publicamente como competentes, suscitam um elevado grau de confiança e as próprias necessidades do comércio jurídico falam no mesmo sentido. Como parâmetros, temos, pois, de um lado, a liberdade de acção e de expressão; do outro a protecção da confiança do induzido em erro”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 587.

⁵⁴⁶ É o que sustenta Larenz, e complementa com a afirmação de que “la suscitación de la confianza es ‘imputable’ cuando el que la suscita sabía o tenía de saber que el otro iba a confiar”. (LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 2001. Tradução de: Luiz Díez-Picazo. p. 95-96).

parágrafo único e incisos I e II).

Ademais, estabelece como atividade privativa do médico a “indicação e execução” tanto de “intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios” quanto de “procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias”, assim como a “determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico” (texto dos incisos II, III e X do art. 4º).

E, sempre que houver um contrato de prestação de serviços de assistência médica, estarão contratualmente reforçadas e qualificadas as obrigações contratuais de informar, atender, opinar e recomendar, e a violação dessas obrigações caracterizam situação de inadimplemento, absoluto ou relativo conforme o caso.

Assim, o médico é o único profissional apto a apresentar ao paciente recomendações médicas, porque elas resultam da perícia e do conhecimento específico do profissional, do mesmo modo que ele é quem, por excelência, dispõe de expertise suficiente para emitir uma opinião especializada e fazer as recomendações tecnicamente mais adequadas⁵⁴⁷.

Adicionam-se deveres jurídicos do médico de correção de conduta (vinculada ao brocardo *neminem laedere*, ao princípio da não maleficência e às boas práticas médicas), o dever de cooperação, que decorre da boa-fé objetiva e permeia toda a relação estabelecida entre médico e paciente⁵⁴⁸, cujo “fundamento material reside no desnível ou desigualdade da informação, resultante da especial competência técnica” ou das “circunstâncias pessoais”, tais como a “inexperiência ou falta de preparação” de uma parte frente à outra⁵⁴⁹.

Igualmente, considerem-se os deveres de proteção e cuidado (os figurantes devem conduzir-se no sentido de evitar danos); de esclarecimento e aviso (que permitam aos mesmos dimensionarem seus benefícios e riscos); de lealdade e colaboração (de abstenção de

⁵⁴⁷ MAACK, Charles. “Medical Advice” or “Opinion” – the important difference. *Acta Scientific medical sciences*. v. 2. Issue 1. jan./2018. Disponível em: <https://actascientific.com/ASMS/pdf/ASMS-02-0019.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

⁵⁴⁸ O Código Civil português prevê, em seu art. 485º, que conselhos, recomendações ou informações, em regra, não ensejam responsabilidade a quem os dá, mesmo que isso tenha ocorrido por negligência. Porém, há responsabilidade por parte de quem os forneceu, caso tenha assumido a responsabilidade pelos danos que fossem causados, se assim tivesse procedido por dever jurídico e a pessoa obrigada tenha procedido de forma negligente ou dolosa ou na hipótese em que a sua conduta nesse sentido seja punível.

Essa disposição baseou-se na antiga redação do § 676 do BGB, sendo que o tema atualmente foi desviado para o § 242 do BGB, que trata da boa-fé objetiva. (“Na verdade, a evolução jurisprudencial alemã acabou por ampliar em muito a extensão da responsabilidade pelos conselhos e recomendações, não se limitando à antiga redação do §676 do BGB, pautando-se especialmente no princípio da boa-fé, que com a reforma de 2002 e toda uma sólida construção jurisprudencial referente ao tema, constitui o norte para a solução dos problemas que resultem de um conselho ou recomendação”). AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e informação: efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 206.

⁵⁴⁹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 624.

condutas que tenham aptidão para deturpar ou turvar tanto a relação estabelecida quanto o seu conteúdo e objetivo, ou mesmo que obstaculizem ou impeçam o alcance dos objetivos licitamente almejados), de segredo⁵⁵⁰, e, ainda, em se tratando de exercício da medicina, agrega-se o dever de instrução (em especial, os esclarecimentos sobre o uso quando a prescrição for medicamentosa).

Aliado a isso, as atividades que se vinculam a atenção à saúde humana pressupõem um *dever de cuidado*, caracterizado como um *dever jurídico*⁵⁵¹, que impõe a necessidade de cuidado e de proteção reconhecidos como substrato axiológico de uma salvaguarda necessária ao ser humano fundada na sua dignidade e com efeitos em suas projeções existenciais (vida e integridade psicofísica em especial), o qual impõe uma *sujeição* do médico, na medida em que existe uma legítima expectativa de que esse cuidado seja observado em cada ato praticado, porque a ele deve ser tido como inerente, o qual se expressa no mundo essencialmente por meio das boas práticas médicas.

Esse dever de cuidado vincula o médico ao paciente consolida-se no interesse deste, fundado no reconhecimento do valor ínsito e revestido de proteção constitucional da defesa da vida, beneficiando o paciente, que deposita *confiança* no serviço que será objeto da prestação e impondo a o médico uma conduta diligente e proba⁵⁵².

No entanto, o dever anexo - comumente referido na doutrina contratual – de auxílio mútuo, que seria uma espécie de dever de colaboração que exigiria uma ajuda mútua dos figurantes do negócio para a satisfação dos legítimos interesses nele contidos deve ser lido com temperança quando se trata do consentimento informado, porquanto o paciente não tem o dever de seguir as recomendações médicas (trata-se de um ônus, como visto), embora seja certo que as declarações e informações mútuas que precedem um atendimento sejam relevantes para a definição da sua continuidade assim como para eventual rompimento ou estabelecimento de nexos causal, caso seja aventada responsabilidade médica.

⁵⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 439 e CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 603-607.

Fritz refere que os deveres anexos abrangem o dever de executar a prestação com lealdade (tendo em vista os legítimos interesses da contraparte); além dos deveres de consideração (a atuação que pondera e respeita os interesses da contraparte); de colaboração; de atuação conjunta de informação e de esclarecimento; de proteção, de guarda e manutenção e de sigilo. FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá. 2008. p. 207-212.

⁵⁵¹ Obrigação tem um mais sentido estrito e específico (um elemento passivo de uma relação jurídica), ao passo que os deveres jurídicos possuem uma amplitude maior. Sobre o tema, vide o clássico TUHR, Andreas Von. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Madrid: Reus, 1934. Tradução de: W. Roces. p. 5.

⁵⁵² Esse *dever jurídico*, além de ser uma legítima expectativa, permite o uso de medidas jurídicas de proteção (tutela), exteriorizadas pela faculdade concedida ao paciente de postular a sua efetiva observância, seja extrajudicialmente, ao denunciar ou postular investigação por parte dos órgãos de classe, ao conduzir-se no sentido de evitar um dano, de mitigá-lo ou, caso tenha ocorrido, de tentar obter uma indenização.

Portanto, demonstra-se que, quando o médico tem como dever de ofício atender o paciente, ao atendê-lo, assume o compromisso de proceder com o zelo admissível considerando as circunstâncias concretas.

Esse zelo abrange a emissão de uma correta opinião segundo as condições do atendimento e informações disponíveis ou que se pode dispor; a pertinente tomada de informações capazes de auxiliar no diagnóstico; a complementação do atendimento com os exames físicos admissíveis; uma adequada recomendação segundo o que for constatado (v.g., solicitar exames complementares); a apresentação, ao paciente, das informações necessárias de acordo com o quadro clínico e as circunstâncias do atendimento, e prestar esclarecimentos que sejam solicitados.

Adicionalmente, contempla o acompanhamento e a criação de um ambiente favorável à tomada de decisão do paciente, e, sendo o caso, o encerramento do atendimento, a recomendação de tratamento que seja cabível, a indicação de acompanhamento ou redirecionamento que seja necessário, ou, de acordo com as circunstâncias concretas, a execução do ato médico conforme o que seja indicado e que tenha sido decidido pelo paciente.

Assim, o médico pode aconselhar o paciente a adotar hábitos de vida mais saudáveis, pode emitir uma opinião a respeito de um tratamento ou mesmo de um diagnóstico, assim como deve recomendar-lhe a administração medicamentosa para curar uma determinada enfermidade passível de ser debelada por essa via.

Há hipóteses em que o aconselhamento e a recomendação até mesmo se confundem, como, por exemplo, no caso de um paciente com nível alto de glicose no organismo, que recebe a indicação de eliminar o consumo de açúcar; de um fumante, aconselhado a deixar o cigarro ou, ainda, de um paciente com amigdalite sob tratamento com antibiótico aconselhado a não ingerir bebidas alcoólicas enquanto estiver sob essa administração medicamentosa, para evitar uma diminuição do tempo em que o princípio ativo do medicamento circula na sua corrente sanguínea.

O médico, no atendimento em geral, assume o compromisso de emitir opinião e de apresentar uma recomendação médica. Não está obrigado ao conselho embora, como dito, na maioria das vezes, a fronteira entre conselho e recomendação seja tênue. O maior nível de exigência do médico quanto à correção da opinião e da recomendação se dá justamente em face da sua expertise, por um lado, e do fundamental interesse envolvido no atendimento, que é a preservação da saúde do paciente, de outro. Lembre-se que a saúde qualifica a vida, e esta é um valor - um “vetor do real”, cognoscível e previamente idealizado, e constitucional por

natureza⁵⁵³. Por isso, o grau de exigência dessa correção é diferente (maior) que o admissível nas relações outras como, por exemplo, as puramente patrimoniais.

A obrigação de emissão de opinião e de recomendação pode dar-se sob o aspecto positivo ou mesmo negativo. É positivo quando o médico deve, por exemplo, recomendar o uso de um determinado colírio a um paciente com glaucoma e é negativo quando o profissional deve reconhecer que o caso clínico que se apresenta não faz parte da sua especialidade ou mesmo que tenha um nível de complexidade que demande atendimento específico em centro de referência (por exemplo, uma doença rara que é atendida em um determinado hospital), hipótese na qual o médico deve fazer o atendimento possível e indicar o especializado.

Advirta-se que esse dever não deve ser ampliado indevidamente, pois o médico pode, por exemplo, conceder entrevistas e participar de programas televisivos para prestar esclarecimentos técnicos e apresentar a sua opinião especializada e genericamente considerada aos ouvintes ou telespectadores, sem que isso decorra de uma obrigação deste em relação a quem acesse essa matéria veiculada ou mesmo pretender que isso tenha um caráter vinculativo em um determinado caso.

Evidentemente que, em todas as ocasiões em que repassar informações, emitir opinião ou recomendação técnica, o médico deve prestar esclarecimentos tecnicamente sustentáveis. Não se pode exigir do médico que esteja, nessas circunstâncias, a fazer diagnósticos e prognósticos por esse meio, com alcance generalizado, e tampouco o telespectador ou ouvinte pode pretender ter sua dúvida técnica resolvida por esse meio, que carrega um elevado e inexorável grau de vagueza.

Ainda, se o paciente omitir-se em repassar um dado relevante à avaliação médica, eventual erro na recomendação que tenha desconsiderado esse dado omitido não pode ensejar responsabilização do médico, exceto se razoavelmente pudesse ser obtida pelo médico por outros meios aptos. Embora seja desejável que o paciente colabore prestando informações, este pode não ter conhecimento suficiente para saber quais delas têm relevância ao atendimento, e, por outro lado, conquanto o paciente possa não saber fazer a separação entre informação útil ou não útil, o médico deve fazer as perguntas quanto aos pontos que sejam pertinentes a um adequado atendimento, pois ele tem conhecimento técnico para pinçar as informações que importam.

⁵⁵³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Elementos para uma ética constitucional: valores políticos e virtudes de cidadania. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* - RBDC. São Paulo, ESDC, n. 09, p. 411-432, jan./jun. 2007. Sobre o tema, vide especialmente as p. 418-421.

Assim, se a opinião e a recomendação médicas estiverem cientificamente adequadas e forem ética e juridicamente admissíveis, e de acordo com os elementos que lhe são conhecidos ou que sejam cognoscíveis, não haverá conduta ilícita a imputar sobre o médico, que não responde pelo resultado de um conselho, opinião ou de uma recomendação médica. Especificamente quanto à recomendação, como critério adicional, deve ser vista em conjunto com a decisão do paciente.

Na esteira do já referido precedente britânico *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*, a opinião no atendimento médico associa-se à informação, significando que um médico deva apresentar ao paciente as opções disponíveis quando e na medida do juridicamente admissível, com seus ônus e bônus, podendo, a seguir, dizer qual é a da sua preferência e indicando a motivação para tanto. Não pode o profissional ter para si as informações e externar apenas a sua opinião sob a forma de recomendação única, como se o poder de decisão fosse seu, visto que isso representa um paternalismo médico ultrapassado e sem conforto jurídico no âmbito da licitude.

Tampouco a onerosidade pode ser considerada como uma das notas determinantes para justificar a exclusão da responsabilidade decorrente do dever de recomendação médica adequada, seja porque o atendimento pode ser gratuito apenas aparentemente, seja porque a gratuidade não pode permitir um atendimento inadequado (e conseqüente recomendação), até mesmo por força dos princípios de ética biomédica incidentes (por exemplo, um atendimento em uma universidade, feita por alunos do curso de medicina, sob acompanhamento do professor, ou o atendimento por meio do SUS).

Ressalte-se, ainda, que a recomendação médica no atendimento, embora constitua uma obrigação do profissional, não tem feição absoluta, pois está vinculada ao correlato direito do paciente à essa recomendação, que é passível de renúncia por este, como regra geral. Assim, o paciente pode receber o diagnóstico e o prognóstico e recusar-se a receber as recomendações cabíveis para um tratamento. Se o paciente não quiser receber as recomendações, não há responsabilidade do médico, que pode ser responsabilizado apenas se deixar de alertar o paciente das conseqüências dessa sua recusa.

A responsabilidade médica em regra é de meio, e não de resultado, pois cada organismo reage de uma determinada maneira, cada paciente tem uma história clínica e condição psicofísica única, e o resultado de um atendimento ou tratamento é variável e multifatorial. No entanto, essa conduta profissional é considerada ilícita se a sua recomendação for inadequada, e por inadequação se insere, por exemplo, a indicação de um tratamento ineficiente ou menos eficiente que outro mais indicado ao caso concreto, a

omissão de indicação adequada, a omissão de recomendação de realização de exame necessário a um correto diagnóstico, a submissão do paciente a um procedimento inútil ou não eficaz; o emprego de técnica ultrapassada ou não indicada, um consentimento informado inexistente ou falho, dentre outros.

4.4 Princípios aplicáveis ao consentimento informado

Nos itens anteriores, foi referido que o consentimento informado é um ato complexo cuja natureza é a de um negócio jurídico existencial e, assim sendo é possível afirmar - grosso modo -, que as nulidades e anulabilidades em geral lhe são aplicáveis, assim como os defeitos, que são categorias mais antigas e típicas do sistema positivo e formalista que se desenvolveu no século XIX, e que ainda seguem atuantes. Eles funcionam como espécies de freios a condutas ou ocorrências juridicamente indesejáveis que enviesam um negócio jurídico e a elas foram agregadas outras ferramentas multifuncionais – princípios – para auxiliar nessa tarefa de ajustar permanentemente esses negócios de modo a voltarem a um traçado juridicamente conforme.

E isso ocorre não apenas em razão do desenvolvimento do direito enquanto ciência, mas, sobretudo, porque as lógicas da nulidade e da anulabilidade, do *tudo ou nada*, ou mesmo do emprego automático das figuras dos defeitos, podem não oferecer respostas adequadas aos casos concretos.

Como o sistema jurídico contemporâneo não é fechado, torna-se necessário considerar que, se o consentimento informado nele está inserido, deve estar com ele sintonizado, sendo que os princípios e as cláusulas gerais acabam servindo como *respiros* do direito na tarefa de ajustar os negócios, sem que seja necessário *derrubá-los*.

Nesse domínio, explanam-se os mais proeminentes princípios que podem ser utilizados para nortear a atividade de compreensão do conteúdo e extensão do consentimento informado, bem como algumas figuras jurídicas que lhe são aplicáveis, em especial na sua interpretação, acrescidos de alguns aspectos que devem ser considerados no exercício do direito de autodeterminação e as consequências do seu não atendimento no decorrer da tomada do consentimento do paciente para o ato médico.

Eles serão referidos em face da sua importância (assim considerados aqueles mais difundidos doutrinaria e jurisprudencialmente), cuja aplicação com maior ênfase se dá em face da relevância do interesse (saúde) envolvido, pois o *paradigma da essencialidade* pode servir tanto para distinguir diferentes negócios jurídicos quanto para definir eventuais

preponderâncias de um ou outro princípio na análise dos casos concretos⁵⁵⁴.

O consentimento deve atender a uma função de tutelar os legítimos interesses do paciente quanto ao modo de conduzir o atendimento no que respeita à sua saúde, na melhor e admissível medida dos seus anseios e considerando a sua condição clínica específica. Por isso, é fundamental que tanto o médico quanto o paciente, conjuntamente, identifiquem qual é a necessidade desse paciente, a utilidade do tratamento, atendimento ou do diagnóstico e a finalidade almejada e a partir disso, a ser alcançada por meio do atendimento, para que seja possível definir os passos admissíveis a tanto.

Reitere-se que há um dever de cuidado ínsito na atividade médica, cuja observância se impõe ao profissional, no atendimento a ser realizado. Tanto sob a ótica do cuidado, quanto sob a da essencialidade do vínculo estabelecido e dos atos e negócios realizados, vislumbra-se que o olhar sobre a retidão da conduta das partes para que a finalidade antes referida seja atingida deve ser mais apurado do que aquele posto no julgamento de correção ou incorreção de conduta das partes em outros negócios jurídicos que não sejam existenciais.

4.4.1 Iniquidade, abusividade e aplicação do CDC

A vedação da iniquidade (o que é contrário à Justiça) e da abusividade (o que excede os limites do juridicamente aceitável) assumem relevância na análise ora empreendida, pois são premissas aplicáveis ao consentimento informado.

Sob a ótica da relação de base estabelecida entre o paciente e o médico, além da referência aos princípios e regras deontológicas cabíveis, incidem as regras previstas no CC e no CDC, e essa cobertura normativa gera consequências em todo o processo formativo do consentimento, sua interpretação e efetivação prática, a começar pela compreensão de que o paciente é pessoa humana e, embora haja redundância na afirmação, deve-se admitir que, em geral, quem procura atendimento médico assim procede porque está com algum problema, preocupação ou mesmo em situação de atenção à sua saúde, e que busca um especialista (o médico) porque este detém o conhecimento e a técnica específica que o paciente não tem e,

⁵⁵⁴ A “essencialidade do objeto” é expressão cunhada por Negreiros, que afirma, referindo-se ao campo contratual: “O aqui denominado *paradigma da essencialidade* constitui, portanto, um instrumento para se distinguirem os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar – ampliando-se, correlatamente, o campo de aplicação dos novos princípios. Ao revés, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos, destinados a satisfazer preferências que não configuram necessidades básicas da pessoa, tais contratos são compatíveis com uma disciplina mais liberal, o que vale dizer que devem sofrer maior influência dos princípios clássicos.” NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-32.

sob qualquer aspecto, está mais suscetível a ingerências prejudiciais, porque em geral a busca pelo atendimento traz em si a esperança de melhora da saúde, em sua essencialidade, feição valiosa e não repriminável, porque vinculada à vida (direito fundamental).

É por isso que algumas proibições são impostas ao médico, que não pode, por exemplo, “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor”, em razão da “sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (art. 39, inc. IV, do CDC).

Tampouco pode inserir disposições negociais no termo de consentimento, no contrato de prestação de serviços médicos ou de venda de produtos associados à área (conforme disposto nos incisos do art. 51 do CDC) que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos” (inc. I); que impeçam reembolso de pagamento realizados (inc. II) ou que permitam ao médico variar unilateralmente o preço por serviços prestados (inc. X); que “transfiram responsabilidades a terceiros” (inc. III). Ainda, que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas”, exageradamente desvantajosas ao paciente (em prejuízo aos “princípios fundamentais do sistema jurídico”; que restrinjam disposições fundamentais “inerentes à natureza do contrato” de modo a causar-lhe desequilíbrio; que sejam excessivamente onerosos ao paciente - § 1º), “incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” ou que invertam o ônus da prova em prejuízo deste (incisos IV e VI).

Igualmente neles são proibidas as disposições que obriguem que a resolução de conflitos se dê por meio da arbitragem (inc. VII); que imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo paciente (inc. VIII); que obriguem o paciente mas estabeleçam unicamente ao médico a opção de concluir ou não o contrato; que imponham ao paciente a obrigação de ressarcir os custos de cobrança que sejam de responsabilidade do médico, sem que igual direito lhe seja conferido em face do médico (inc. XII) ou que autorizem o médico a modificar unilateralmente o contrato (inc. XIII).

A consequência prevista em lei para os casos em que forem constatadas disposições nesse sentido, é a da nulidade daquelas que contiverem tais máculas, e não de todo o negócio (exceto se a sua exclusão gerar ônus excessivo a quaisquer das partes, conforme referido no § 2º do mencionado artigo)⁵⁵⁵.

Isso pode ocorrer tanto em relação a consentimentos dos pacientes nos quais tenha

⁵⁵⁵ O art. 51. § 4º do CDC concede ao paciente ou a “entidade que o represente” a faculdade de “requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”.

ocorrido uma assinatura em formulário padrão, quanto nas hipóteses de termos redigidos individualmente, pois o critério é de *conformidade x não conformidade*, e não propriamente *declaração x não declaração*, pois as regras referidas de nulidade de disposições são de ordem pública, motivo porque não é possível falar em presunção de conhecimento do teor de disposições meramente cognoscíveis, e não propriamente cognoscidas ao tempo em que o consentimento foi tomado.

Reconheça-se, no entanto, que, na prática, boa parte dos termos de consentimento informado contém disposições gerais e padronizadas, firmadas por pacientes que não tiveram a oportunidade de efetivamente passar por um processo válido tomada de decisão, o que desencadeia um grande problema, que é o de saber em que medida vale a pena a existência de um termo de consentimento escrito, se não há uma passagem por um processo válido de tomada de decisão ou se basta o consenso quanto a necessidade ou conveniência de um atendimento médico.

4.4.2 Princípio da boa-fé objetiva e teoria da confiança

Tanto a boa-fé quanto a confiança (e mesmo a teoria da autorresponsabilidade) passaram a ter maior proeminência jurídica ao serem vinculadas aos negócios jurídicos, quando a doutrina buscava uma saída para as hipóteses de divergência entre vontade exteriorizada e vontade real. Elas foram baluarte para permitir a vinculação do agente que emitiu a vontade à declaração externada, independentemente da vontade real, porque o preceito provindo do negócio por meio da declaração une aquele que a emite em razão de uma expectativa social de que a vontade externada corresponde à intenção de seu emissor.

A boa-fé que salvaria o negócio com essa deformidade não é a subjetiva, a qual não serviria porque trata do mesmo problema da vontade real e do motivo dos negócios, pois vincula-se à condição psíquica – portanto, interna - do emitente. Trata-se, sim, da boa-fé objetiva, a qual remete a uma ideia de um proceder escorreito, no qual o agente pensa em si, nos seus interesses, necessidades e objetivos, mas não desconsidera seu contexto e o outro, ou os outros, ou as circunstâncias, ou mesmo as consequências de sua conduta em relação a esse contexto que o circunda, a ter em vista uma atuação admissível quando pautada na lealdade e na honestidade e que não gere situações injustas⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ “Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado.” CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra:

O critério de análise dessa conduta é o objetivo, pois a ele não serve o que permeia a psique da pessoa (o que se passava em pensamento enquanto agia: boa-fé subjetiva, portanto), mas, sim, o que efetivamente ocorreu e se isso é objetivamente julgado e admissível quando for juridicamente aceitável e em compasso com o sistema jurídico.

A boa-fé objetiva é “um modelo de conduta social”, no qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo”, segundo o que é legitimamente esperado de uma pessoa honesta, proba e que atua com lealdade⁵⁵⁷.

A partir da abertura ocasionada pela aplicação do princípio da boa-fé aos negócios jurídicos, a sua abrangência foi ampliada, passando a ser útil para diversos fins. Ela atua como meio para corrigir um comportamento juridicamente inadmissível de quem faça parte de um ato, e irradia-se tanto em relação aos direitos e obrigações, ações e pretensões específicas e principais nos atos jurídicos (em sentido largo), quanto em seus denominados deveres anexos (instrumentais ou laterais) os quais, inobstante não causarem um impacto direto no cumprimento da prestação e respectiva contraprestação, se houver, ou mesmo na realização dos atos principais destinados ao atendimento da sua finalidade, também fazem parte do rol de pontos passíveis de incidência desse princípio ao mesmo tempo *pautador e corretivo*.

Nos atos jurídicos, a boa-fé viceja como “uma quina ético-valorativa”⁵⁵⁸, reafirma o dever de cooperação para o alcance de finalidades permitidas no ordenamento jurídico, ou, ao menos, um não prejuízo alheio ou uma desmedida ou injustificada situação de disparidade entre os partícipes do negócio ou quem por ele for atingido por experimentar de algum modo seus efeitos. Adicionalmente, comporta uma legítima expectativa de uma conduta adequada e previsível, vedada a prática do comportamento contraditório⁵⁵⁹ ao que constituía um padrão prévio (que gere uma confiança num comportamento legitimamente esperado de uma determinada forma que foi exercida preteritamente e que cause uma expectativa de que se manterá de modo assemelhado ou no mínimo compatível), que gere algum prejuízo ou a quebra da confiança recíproca que seja considerada como a “minimamente necessária para o

Almedina, 2001. p. 606.

⁵⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

⁵⁵⁸ “A boa-fé é uma quina ético-valorativa no viés econômico do contrato. Pelo contrato, negociam-se interesses; a boa-fé lida com valores. [...] Ela exige das partes uma conduta individual que leve em consideração os interesses do outro. O contrato transforma-se numa relação de cooperação, polarizada por uma finalidade comum, que justifica o adimplemento das obrigações e o cumprimento dos deveres que a elas podem eventualmente anexar-se. O vínculo obrigacional deixa de ser um mero compósito de direitos e obrigações, sendo visto como uma totalidade, um processo dinâmico em desdobramento, que exige uma conduta cooperativa”. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 107.

⁵⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *Proibição de comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 271.

bom desenvolvimento do tráfico negocial”⁵⁶⁰.

Igualmente esse princípio impede que uma parte do negócio venha a exigir conduta alheia desconsiderando as consequências da sua própria conduta em desconformidade com a boa-fé (por exemplo, o médico que afirma que o paciente deixou de observar algum cuidado específico em relação ao tratamento, que o paciente sequer sabia que deveria atender; ou, inversamente, o paciente que quer exigir do médico um determinado resultado se ele próprio deixou de tomar alguma providência que lhe competia para o sucesso do tratamento)⁵⁶¹.

No art. 113 do CC, sua redação contempla uma espécie de cláusula geral que estabelece a necessidade de que a interpretação dos negócios jurídicos deve conduzir a um resultado que seja compatível com os seus ditames, além de estar harmonizada com os usos do lugar da sua celebração.

O art. 422 do CC é outra regra que explicitamente refere a boa-fé, dessa vez para pautar a conduta das partes na esfera contratual, a indicar que a boa-fé é um princípio que se irradia em todo o encadeamento que forma o processo contratual.

O art. 187 do CC aproxima a conduta juridicamente repreensível ao abuso de direito, ao referir que a conduta manifestamente contrária à boa-fé é ilícita.

A boa-fé tem contorno multifuncional, porquanto é princípio que atua como ferramenta interpretativa, do mesmo modo que se consolida como diretriz que pauta a conduta do agente (limitando o exercício de direitos subjetivos, poderes e faculdades)⁵⁶², embora o CC não estabeleça qual é a função específica que o princípio desempenhará em um caso concreto, ele se especializa tanto numa forma mais branda, que é a função interpretativo-integrativa ou quanto numa mais impactante, consubstanciada na limitação ao exercício de direitos.

Em síntese, ela desempenha essencialmente três funções, que são a *interpretativa* (os atos devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente e razoável e licitamente esperado), a *integrativa e criadora de deveres jurídicos* (a boa-fé incide em todas as condutas vinculadas direta ou indiretamente ao ato e aos compromissos assumidos, permeados pela necessidade de proteção das partes e seus legítimos interesses, de informação

⁵⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 470.

⁵⁶¹ Na Inglaterra, embora não haja hostilidade à noção de boa-fé, entende-se que não haveria necessidade de introdução legislativa de um dever geral de boa-fé, “desde que os tribunais respeitem as expectativas razoáveis das partes de acordo com a própria tradição pragmática da lei inglesa”, e alguns escritores ingleses defenderam uma abordagem do tema aberta e mais fundada em princípios, baseada numa ‘regra de boa fé’, “ela mesma refletindo uma visão de contrato como um empreendimento cooperativo, em vez dos termos tradicionalistas do mercado livre”. ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good faith in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 47-48

⁵⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 180.

e de lealdade), e a de *controle ou limitação de exercício de direitos* (que será praticado por quem detém autoridade, para devolver aos trilhos uma conduta cujo exercício esteja em desacordo com o lícito, com o que seja proporcionalmente adequado ou legitimamente esperado⁵⁶³.

A função interpretativa contempla a dimensão *recognitiva*, para auxiliar na recomposição da declaração negocial tal como constituída por seus figurantes; a *complementar*, como critério destinado a suprimir lacunas, contradições e obscuridades da declaração, até mesmo para atuar no sentido de “revelar cláusulas ausentes do conteúdo expresso do negócio jurídico” e a *integrativa* (processo de integração), na qual “a boa-fé tem a função de criar deveres jurídicos”⁵⁶⁴.

Por sua vez, a confiança é uma espécie de depósito de creditação, é a crença de que um determinado negócio e atenderá aos propósitos legítimos que o justificaram e que parte da premissa de que os participantes de uma determinada relação jurídica devem se conduzir em conformidade com as justas expectativas criadas a partir dos vínculos produzidos ou que razoavelmente seriam produzidos em face da conduta e da vontade exteriorizada pelos agentes dos atos jurídicos.

A confiança é a essência da relação entre médico e paciente, a considerar que o médico é quem detém o conhecimento técnico e pode direcionar o atendimento, sendo certo que há um poder que “coenvolve a possibilidade de interferir danosamente”⁵⁶⁵ sobre a integridade psicofísica do paciente, sendo certo que o paciente zeloso com a sua saúde não tem escolha a não a ser a de se submeter ao atendimento, e assim age porque confia e legitimamente acredita que o profissional agirá de forma diligente, fazendo uso dos meios adequados de proteção ou de menor dano ao paciente.

O efeito vinculante da declaração ou no comportamento está na sua compreensão, e não simplesmente na vontade ou nos seus processos psicológicos. A vinculação dá-se pela confiança legítima gerada no destinatário da declaração mais o exercício da autonomia privada.

⁵⁶³ Baseado em MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 427-428.

Conforme refere Marino: “Conclui-se que a função de ‘cânone hermenêutico-integrativo, apontada por Judith Martins-Costa, corresponde à atuação da boa-fé na fase hermenêutica complementar, ao passo que a função de ‘norma de criação de deveres jurídicos’ acarreta a aplicação do princípio no campo da integração dos efeitos do negócio jurídico”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273.

⁵⁶⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273-274.

⁵⁶⁵ FRADA, Manuel Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 178-179.

Diante dos seu conteúdo, é visível a sua aplicabilidade em todos os atos jurídicos lícitos em sentido amplo, abrangendo tanto os atos jurídicos *stricto sensu* quanto os negócios jurídicos. Por consequência, também incide sobre os atos existenciais, os atos vinculados ao biodireito e, igualmente, ao consentimento informado.

Tanto a confiança quanto a boa-fé objetiva exercem as funções de *assegurar expectativas* e de *direcionar condutas*. *Assegurar expectativas* no sentido de que há uma confiança interpessoal gerada a partir da credibilidade depositada e da correção legitimamente esperada nas condutas humanas; e *direcionar condutas* entendido como um auto-encaminhamento de acordo com as legítimas expectativas depositadas no ato ou no negócio⁵⁶⁶.

Veja-se que é uma via de mão dupla, pois se, por um lado, o paciente tem o direito de receber informações e de decidir (ou de dissentir, ou de delegar a decisão) o médico tem a legítima expectativa de que o paciente colaborará e que está prestando informações idôneas ao atendimento, que se concretiza num encadeado construído dialeticamente. O cumprimento do dever de informar, por parte do médico, assegura a concretização da boa-fé objetiva e garante a autonomia decisória do paciente⁵⁶⁷ e se o médico deixa de agir com boa-fé, comete ato ilícito. Ao causar dano em razão da prática de um ato ilícito, está sujeito a responder por esse dano que lhe seja atribuível.

Por isso também é possível referir que a confiança se imbrica com o dever de proteção, o qual atua de modo que a conduta das partes deve se concretizar de forma a mutuamente evitar prejuízos juridicamente injustificados - na medida das suas forças praticáveis e legitimamente esperadas - em relação a quem esteja diretamente envolvido nessa relação⁵⁶⁸.

O consentimento informado tem sua gênese no direito de autodeterminação, e a boa-fé objetiva irradia-se no dever de informar do médico e suas demais obrigações vinculadas ao atendimento ao paciente⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 5. T. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 63-64.

⁵⁶⁷ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 132.

⁵⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 5. T. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 89.

⁵⁶⁹ “Todavia, deve ficar claro que o dever do médico de respeitar a vontade do paciente repousa muito mais no direito deste de se autodeterminar, no que num dever contratual do médico, derivado da boa-fé objetiva. Trata-se de um verdadeiro direito de personalidade que deve ser respeitado independentemente da estrutura médica em que se desenvolve a prática do ato médico – ou seja, quer o médico exerça clínica privada, seja empregado de uma instituição de saúde particular ou seja funcionário de um hospital público”. FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível – o consentimento informado sob o prisma do direito comparado. *RJLB*,

Recentemente, o STJ atrelou à boa-fé objetiva o dever de informar que integra o processo de consentimento informado, afirmando que ele representa um “dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil *per se*.” Enfatizou, ainda, que a indenização, “nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento”, omissão essa que “lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente”⁵⁷⁰.

Finalizando esse tópico, tem-se que o princípio da boa-fé objetiva reclama um comportamento leal e em condição de paridade - na melhor medida possível dadas as circunstâncias e no que isso servir para eliminar o paternalismo -, no qual, por exemplo, o médico não pode se servir da própria posição de superioridade técnica e impor ao paciente algum comportamento ou obrigação apenas com o propósito de beneficiar-se⁵⁷¹.

4.4.3 Função social e consentimento informado?

A função social é baliza da liberdade de contratar preceito positivado através do art. 421 do CC, o qual condiciona o exercício dessa liberdade ao atendimento da função social do contrato, sendo a sua causa final (razão) o limite, tendo repercussão intersubjetiva entre os contratantes, de ordem intrínseca quanto ao justificação legítima das obrigações assumidas, e de forma extrínseca no tocante aos efeitos do contrato na seara das relações sociais⁵⁷².

Lisboa, Ano 2, 2016, n. 1, p. 953-1024. p. 974. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁵⁷⁰ STJ. 4ª Turma. REsp n. 1.540.580. Rel. (para acórdão) Min. Luis Felipe Salomão. J. em 02/08/2018. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018.

⁵⁷¹ A boa-fé objetiva enseja um comportamento honesto, “amadurecido na consciência social e em termos de solidariedade e consideração”. Assim, por exemplo, afronta a boa-fé quem aproveita-se da vulnerabilidade alheia para impor-lhe injustificáveis vantagens, abusa dos próprios poderes jurídicos na execução de um contrato, ou tem um comportamento obstaculizante dos justos interesses alheios e sociais. BIANCA, Cesare Massimo. Buona fede e diritto privato europeo. In: GAROFALO, Luigi (org.). *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Padova: Cedam, 2003. p. 201-205, em especial nas p. 202-203.

⁵⁷² Uma determinada estrutura jurídica tem como *fim* a destinação a uma tarefa rígida estabelecida de modo abstrato e como *função* uma expressão dinâmica e concretamente considerada. Por isso, por exemplo, um contrato não tem por fim igualar as partes, mas sim a de assegurar que este seja fruto da boa-fé e da autonomia privada, constituindo-se com a maior paridade material possível e tendo em conta a solidariedade social. A função social significa que um contrato não serve apenas aos interesses das partes, mas também ao atendimento de interesses da coletividade (em face de uma supremacia do solidarismo e da necessária preservação da dignidade humana), e a observância da igualdade, a equidade ou a boa-fé já são indicativos de que um negócio concreto está na linha de cumprimento de sua função social. (NALIN, Paulo. *Do contrato - conceito pós-moderno*: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 215 e 224-226).

Trata-se de princípio e preceito de ordem pública, e, como tal, a vontade das partes não é capaz de derogá-lo por meio de ato jurídico *lato sensu*, sob pena de nulidade da avença que assim proceder (art. 2.035, parágrafo único, do CC).

Ao prever que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, o art. 421 do CC estabelece um limite que pode ser entendido como o atendimento de uma utilidade social no exercício da autonomia privada, considerando todo o contexto, finalidades e dispositivos do ordenamento jurídico, que também inclui os princípios clássicos da teoria contratual (liberdade contratual, força obrigatória e relatividade), ao lado dos novos (função social, boa-fé objetiva, equilíbrio contratual, etc.).

A função social determina que um negócio deva ser útil e ao mesmo tempo formado e cumprido em conformidade com o sistema jurídico vigente, fruto do exercício de direitos dentro de um espaço de atuação no qual devem ser conjugados os elementos “preservação da individualidade e autodeterminação” e “socialidade” da melhor maneira possível, dentro de um princípio de proporcionalidade⁵⁷³.

A função social significa que o contrato não é uma ocorrência isolada e puramente individualista, pois interessa à coletividade. E, nesse contexto, segundo Silva, as relações contratuais contemplam uma dimensão *externa*, uma vez que podem atingir terceiros, a justificar um comportamento cooperativo que atua sob o crivo da função social, e, outra, *interna*, a indicar que as relações devem se formatar e desencadear de acordo com o princípio da boa-fé⁵⁷⁴.

E a função social tem como atribuições a atuação: (a) como cânone hermenêutico; (b) como norma integrativa entre a teoria geral dos contratos, o regime geral de obrigações e as leis especiais; (c) como elemento de controle de conteúdo das condições gerais de negócios; (d) como princípio para sistematização e regulação das obrigações no direito privado e instrumento judicial de controle quanto a correlação entre o interesse privado e o social⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Eficácia e socialidade são “perspectivas reversamente conexas”, sob aspecto metodológico, porque “as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade”, “numa sociedade que tenta ultrapassar o individualismo, não significando, de modo algum, que uma regra ética não se ponha, também, na dimensão da socialidade, e vice-versa”. (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131).

Sobre o “triunfo da socialidade” no CC, vide REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

⁵⁷⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo W. (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 127-150, em especial na p. 133.

⁵⁷⁵ Com base em BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306.

Konder particularmente entende que ela não seria propriamente um princípio, porque “não é ponderada ou superada por outros princípios”, tampouco “valora ou reprova condutas específica”, mas, sim, um “postulado metodológico-hermenêutico”, “que leva o intérprete a submeter a tutela do direito individual ao atendimento de interesses coletivos”⁵⁷⁶.

De toda forma, a função social nos contratos, possui estrutura e eficácia normativa, apta a servir como mecanismo de controle da legitimidade da autonomia negocial e que, embora claro em sua redação, traz em si um desafio, que é “a identificação de parâmetros mínimos e comuns” para a sua aplicação, sem que esta resulte em subjetivismo prejudicial ao próprio instituto e à sua potencialidade⁵⁷⁷.

Assim, conquanto os negócios jurídicos não sejam, em geral e de forma direta, instrumento jurídicos para realização da solidariedade (embora esta tenha proteção constitucional e atue nos negócios de forma secundária ou nos chamados *hard cases*), são eles instrumentos de socialidade, no sentido de existência de justa expectativa de que os valores considerados como socialmente relevantes sejam atendidos e funções sociais típicas sejam cumpridas nos negócios jurídicos, e que tenham prevalência sobre interesses individualmente considerados.

A cooperação e o dever geral de não causar dano a outrem assumem protagonismo nesse contexto de socialidade⁵⁷⁸, assim como a criação de certos deveres de conduta, que se acoplam ao negócio (sintonizados com a natureza e finalidade deste) independentemente da vontade específica das partes em relação a eles, seja pela aplicação de princípios, seja pela incidência de cláusulas gerais inseridas em regras jurídicas.

⁵⁷⁶ KONDER, Carlos Nelson. Para além da “princípioalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017. p. 48.

⁵⁷⁷ Branco reforça que é indesejável o subjetivismo (este entendido como a “prática de atribuir significados às expressões normativas sem que tais significados tenham uma justificação racional”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípio da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 257-290, em especial nas p. 259-260. Veja-se, ainda, ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 81-111, em especial na. p. 83.

⁵⁷⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípio da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 257-290, em especial nas p. 267 e 272. Na p. 270, refere que integra o interesse social “a preservação do mercado e das normas básicas que garantem a integridade da autonomia privada, da qual o contrato é o instrumento essencial para que se possa promover a circulação de bens e serviços, com segurança jurídica e previsibilidade. e para o exercício de uma ‘função de proteção’, o direito contratual cria regras tendentes a tutelar certas categorias de contraentes quando elas ‘se encontram numa situação que tipicamente as impossibilita de uma autotutela dos seus interesses, sob responsabilidade própria’. Essa autotutela é realizada pela criação de um *preceito* que, antes de eficácia jurídica, tem eficácia social, baseado na liberdade que os agentes econômicos possuem de poder determinar o conteúdo dos deveres que irão reger a futura relação jurídica.” A respeito do tema *neminem laedere*, vide BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, capítulo 3.1.

Estabelecidas essas premissas gerais, cabe verificar se a função social seria aplicável diretamente ao consentimento informado, uma vez que o texto refere expressamente a sua incidência sobre os contratos, e não em geral aos negócios jurídicos.

O consentimento informado trata de interesses individuais da pessoa humana, sem atingir diretamente a sua socialidade. Falou-se que a função social se vincula a uma utilidade socialmente aceita e, assim, o consentimento informado trata de exercício de autogestão pessoal que não tem repercussão social imediata. Reforça esse entendimento o teor do art. 3º, letra b, da Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos da UNESCO (2005), segundo o qual “os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade”⁵⁷⁹.

Apenas sob o aspecto mediato poderia ocorrer uma associação (fraca) com o princípio, permitindo seu emprego como cânone hermenêutico no que concerne ao contrato de prestação de serviços médicos correlato e vinculado ao consentimento informado, embora deva-se reconhecer que as mais eficientes (porque são mais específicas) pautas interpretativas desse consentimento sejam os princípios de ética biomédica, as boas práticas, e os direitos do paciente de ser informado e de autodeterminar-se.

Assim, o consentimento informado deve ser utilizado como meio de permitir um atendimento que respeite a vontade do paciente naquilo que lhe é admissível e que não sirva para propósitos inadequados, ou seja, a função social aproxima-se de alguns aspectos externos do consentimento informado, na sua repercussão na coletividade, de modo que este não será admitido caso atenda apenas a anseios particulares do médico ou da entidade na qual é realizado o atendimento, e não os do paciente.

Ainda, não será admitido o consentimento que não se destine à promoção do bem do paciente se esta for a sua vontade (princípio da beneficência) ou ao menos de não lhe fazer mal (princípio da não maleficência), ou se for tomado apenas em assinatura do paciente, porque ele não cumpre sua função dentro dessa esfera de atuação do direito se for mero formulário destinado à defesa do médico, e não ao exercício adequado da autodeterminação do paciente (que é a sua função principal), após a passagem pelo processo informativo.

4.4.4 Os princípios da ética biomédica e as boas práticas médicas

O exercício da medicina, diante da peculiaridade de que trata diretamente do que há

⁵⁷⁹ Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 3 nov. 2018.

de mais valoroso ao ser humano - a vida e a integridade psicofísica – não pode ser dissociado da ética.

Conquanto a ética, por si, não possa ser qualificada juridicamente de modo direto, isso não significa que não deva ser estudada e compreendida pelo direito, pois, por exemplo, no plano do direito privado, a deontologia é fonte de princípios que, alçados ao plano jurídico, podem gerar deveres e, assim, alcançar o plano obrigacional.

A profissão médica é necessária, útil e idônea, e “não há profissões livres sem confiança social e a confiança resulta tanto da verificação reiterada de idoneidade científica e técnica como da certeza da sujeição dos profissionais a um sentido ético da profissão”, disso decorrendo a proeminência “das regras deontológicas – que se convertem em regras jurídicas”⁵⁸⁰.

E os princípios de ética biomédica são diretamente associados à obra de Tom L. Beauchamp e James F. Childress⁵⁸¹, atores proeminentes do chamado principialismo estadunidense, a qual objetivou criar uma pauta ética aplicada, em matéria de prática clínico-assistencial, baseada tanto no Relatório de Belmont⁵⁸² quanto na obra pretérita do filósofo William David Ross⁵⁸³.

⁵⁸⁰ NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo* (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 720-721.

⁵⁸¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2013. Tradução de: Luciana Pudenzi.

⁵⁸² Tais princípios são inspirados no Relatório de Belmont (1978), até porque Beauchamp foi um dos seus autores. O Relatório de Belmont é fruto dos trabalhos da *National commission for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research*, constituída pelo congresso estadunidense com a finalidade de apresentar os princípios éticos básicos para nortear a pesquisa em seres humanos. Esse relatório tinha a pretensão de ser genérico para viabilizar a sua operacionalidade, auxiliando na busca de respostas quanto a problemas éticos nas ciências biomédicas. No Relatório Belmont são cunhados três conhecidos princípios da ética médica, quais sejam, o da autonomia, o da beneficência e o da justiça. Beauchamp e Childress agregaram a esses três o princípio da não maleficência, como será visto.

⁵⁸³ ROSS, William David. *The right and the good*. New York: Oxford University Press, 2007 (reimpressão da obra de 1930). p. 20-47. Ross afirmou que um ato correto é determinado por deveres *prima facie* que seriam autoevidentes (como os deveres de fidelidade, de reparação, de gratidão, da justiça, de beneficência, de auto-perfeioamento, de não lesar terceiros e de não maleficência) os quais teriam uma ‘correção intrínseca’, que não é necessariamente determinada pelo valor das consequências de determinada conduta, mas por sua própria natureza. Nas suas palavras (citações das p. 21 e 47): “Some duties rest on previous acts of my own. These duties seem to include two kinds, (a) those resting on a promise or what may fairly be called an implicit promise, such as the implicit undertaking not to tell lies which seems to be implied in the act of entering into conversation (at any rate by civilized men), or of writing books that purport to be history and not fiction. These may be called the duties of fidelity. (b) Those resting on a previous wrongful act. These may be called the duties of reparation. (2) Some rest on previous acts of other men, i.e., services done by them to me. These may be loosely described as a duties of gratitude. (3) Some rest on the fact or possibility of a distribution of pleasure or happiness (or of the means thereto) which is not in accordance with the merit of the persons concerned; in such cases there arises a duty to upser or prevent such a distribution. These are the duties of justice. (4) Some rest on the mere fact that there are other beings in the world whose condition we can make better in respect of virtue, or of intelligence, or of pleausure. These are the duties of beneficence. (5) Some rest on the fact that we can improve our own condition in respect of virtue or of intelligence. These are the duties of self-improvement. (6) I think that we should distinguish from (4) the duties that may be summed up under the title of ‘not injuring

Para os autores, há quatro princípios a serem observados na ética biomédica, quais sejam, o da autonomia, o da não maleficência, o da beneficência e o da justiça. A autodeterminação foi objeto de análise no capítulo 2, de modo que, nesse tópico, será abordado apenas em seus contornos principais sob aspecto bioético para os autores referidos, juntamente com os demais princípios.

Assim, o princípio da autonomia na ética médica significa, em poucas palavras, a necessidade de reconhecimento do direito ao autogoverno do paciente em relação aos seus legítimos interesses, bem como o respeito à vontade deste, na maior e melhor medida possível, porque este tem o direito de autogovernar-se.

“Autonomia”, em geral, é um termo polissêmico e fluido, tendo sido estudado com grande ênfase na filosofia e, como tal, ele “adquire um sentido mais específico no contexto de uma teoria”⁵⁸⁴. Em sua concepção contemporânea, pode-se dizer que ela é a mola propulsora do autocomportamento.

A autenticidade dessa autonomia existe para Beauchamp e Childress quando associados dois fatores, um externo e outro interno, quais sejam, a *independência*, que é o autogoverno desvinculado de interferências por parte de terceiros (indevidas ou decorrentes de ocorrências jurídicas, legais ou mesmo fáticas) e *legitimação*, que é o seu exercício livre de limitações pessoais intrínsecas que prejudiquem o planejamento pessoal de autogoverno⁵⁸⁵.

A pessoa autônoma na decisão envolvendo o ato médico é aquela razoavelmente capaz de receber a informação, compreender, raciocinar e deliberar no momento adequado e em relação a um determinado ato. Se o enfoque for no consentimento informado, deve haver legitimação em todo o processo até o ato de consentir (e inclusive neste); na hipótese de emissão de diretivas antecipadas de vontade ou mesmo de procuração para os cuidados em saúde, a legitimação é exigível no processo de formação até a sua emissão⁵⁸⁶.

others'. No doubt to injure others is incidentally to fail to do them good; but it seems to me clear that non-maleficence is apprehended as a duty distinct from that of beneficence, and as a duty of a more stringent character.” “Just as before we were led to recognize the prima facie rightness of the fulfilment of promises, we are now led to recognize the prima facie rightness of promoting the general welfare. In both cases we are to recognize the intrinsic rightness of a certain type of act, not depending on its consequences but on its own nature.”

⁵⁸⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. por Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 138.

⁵⁸⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. por Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 138. Os autores usam os termos liberdade e qualidade do agente, em vez de independência e capacidade.

⁵⁸⁶ Sobre as diretivas antecipadas de vontade (também conhecidas como testamento vital), vide DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 72-76 e 187. A diferenciação entre o testamento vital e a procuração para cuidados de saúde, ambas espécies do gênero, pode ser vista em PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 36-48 e especificamente sobre a procuração para os cuidados em saúde veja-se TEIXEIRA,

Sob um enfoque negativo, tem-se que “as ações autônomas não devem ser sujeitadas a pressões controladoras de outros”, embora possam ser restringidas em razão do direito de outros, por legítimos interesses coletivos ou mesmo por impossibilidade de exercício (pontual ou amplo; temporário ou permanente) dessa autonomia pelo paciente. Sob um enfoque positivo, tem-se que o respeito à autonomia do paciente requer a habilitação deste para “superar seu senso de dependência e obter o maior controle possível ou o controle que deseje”⁵⁸⁷.

Instrumentos internacionais vinculados à bioética costumam exaltar a necessidade de respeito à autonomia do paciente, como exemplifica a Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos da UNESCO (2005), que, em seu art. 5º, refere que deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais, prevendo a necessidade de tomada de “medidas especiais” destinadas à proteção dos direitos e interesses dos indivíduos sem condições de exercer a sua autonomia⁵⁸⁸.

O consentimento informado é a representação do exercício da autonomia do paciente. Realizado um atendimento médico sem o consentimento do paciente, ou sem que estejam presentes as condições legítimas de atendimento independentemente de consentimento, haverá a prática de ato ilícito e o médico poderá responder cível e criminalmente.

O princípio da beneficência vincula o médico ao dever de atuar, dentro do que lhe foi autorizado e o que lhe seja permitido, de modo a proporcionar o maior benefício possível ao paciente e minimizar riscos, diante das circunstâncias postas e admissíveis, somente sendo permitido usar as suas habilidades e exercer as suas atribuições para o bem do utente. Exige-se, que na sua atuação profissional, o médico atente aos “mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando,

Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Procurador para cuidados de saúde do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 1-16. Na p. 9, apresentam as vantagens de uso dessa figura jurídica: “Entre as vantagens da designação de um procurador para cuidados de saúde, podemos identificar a definição de critérios para a decisão médica, em consonância com os valores assumidos pelo paciente; a superação das incertezas sobre quem tem o poder de decidir sobre quais intervenções diagnósticas e terapêuticas poderão ser realizadas em pessoa incapaz, que ainda não foi interdita; a dispensa da promoção da curatela do paciente, quando a causa que impossibilita a manifestação de vontade seja apenas transitória, como ha hipótese de coma induzido; o afastamento dos familiares daquelas dolorosas decisões sobre o alcance dos cuidados de saúde prestados ao paciente, designadamente sobre a interrupção de tratamento de suporte vital, dentre outras”.

⁵⁸⁷ Os trechos entre aspas são de BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. por Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 143 e 145.

⁵⁸⁸ Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 3 nov. 2018.

na medida do possível, quaisquer danos”⁵⁸⁹.

O art. 4º da Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos da UNESCO (2005) aproxima-se desse princípio ao prever a necessidade de maximização, aos pacientes, dos efeitos benéficos diretos e indiretos na aplicação e no avanço de conhecimentos científicos, nas tecnologias associadas e nas práticas médicas, enquanto que qualquer dano de possível ocorrência a essas pessoas deve ser minimizado⁵⁹⁰.

De igual forma atua o CEM do CFM, ao prever que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor da sua capacidade profissional”, além de determinar que o médico deverá guardar “absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício”, refutando qualquer prática que cause “sofrimento físico ou moral”, que vise “o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativas contra sua dignidade e integridade” (princípios II e VI do Capítulo I).

Acentua o CEM, em reforço ao princípio da beneficência, que o médico deve utilizar “todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente” (art. 32).

O Princípio da não maleficência é o reverso da moeda do princípio da beneficência: admitindo-se que o médico deva promover o bem do paciente, em raciocínio *contrario sensu*, não pode lhe fazer mal. Como diz o adágio latino *primum nil nocere*, em primeiro lugar, o médico não deve expor o paciente a riscos inúteis e tampouco lhe é permitido propositadamente piorar a condição de saúde física ou psíquica deste, exceto se essa piora for momentânea para uma melhora posterior⁵⁹¹, tendo-se havido prévio sopesamento de riscos e benefícios de cada escolha de conduta de atendimento. Se o médico conseguir ajudar o paciente, além de não prejudicar, tanto melhor será⁵⁹².

⁵⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39. Vide, sobre o tema, MALUF, Adriana C. R. F. D. *Curso de bioética e biodireito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11.

⁵⁹⁰ Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 3 nov. 2018.

⁵⁹¹ Exemplo típico é o tratamento de câncer, em que muitas vezes o paciente fica muito debilitado para posteriormente experimentar a melhora em razão do efeito do tratamento. Costuma-se dizer que o tratamento *quase mata, para salvar*.

⁵⁹² Inúmeros pontos do Código de Nuremberg vinculam-se aos princípios da ética biomédica, ao enunciarem que: “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

O CEM refere que o médico não pode causar dano ao paciente, proibindo-o de “praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País” (Capítulo III, arts. 1º e 14), assim como deve “denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis”, não podendo “praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem” (art. 25).

Lembre-se da já mencionada máxima do *neminem laedere* (ou *alterum non laedere*), de não causar danos a outrem, respeitando seus direitos⁵⁹³. Não causar danos à outrem é um dever jurídico genérico de feição negativa (omissão). Ao ser estabelecida a relação efetiva entre paciente e médico, esse dever transforma-se em obrigação reforçada, ainda que implicitamente, pelo consentimento informado.

O princípio da justiça na bioética impõe o dever de “imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios”⁵⁹⁴, no que pertine à prática médica, de modo que pacientes em semelhante condição devem ser tratados de modo igualmente semelhante no tratamento que lhes será dispensado.

A justiça, aqui, impõe-se como pauta para evitar situações discriminatórias, vale dizer, que pessoas tenham atendimento diferenciado injustificável, que seja prejudicado ou menos eficiente unicamente por condições pessoais consideradas sensíveis, tais como suas crenças religiosas, condição de saúde (por exemplo, portadores do vírus HIV), de gênero, opção sexual, profissão, idade, etc.

Esse princípio foi consagrado no art. 2º da Lei n. 12.842/2013 (que dispõe sobre o

deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. 2. O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente. 3 O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento. 4 O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais. 5 Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento. 6 O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver. 7 Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota. 8 O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas. 9 O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento. 10 O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes.” Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

⁵⁹³ A respeito dos debates quanto à abrangência dessa máxima (se integra ou não um correlato dever de cuidado ou se seria apenas uma determinação genérica de respeitar os direitos alheios), veja-se BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. (capítulo 3.1).

⁵⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 40.

exercício da medicina), o qual prevê que “o objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza”.

Reforçando a necessidade de promoção do princípio da Justiça, o CEM do CFM, repete que “a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza” (princípio I, reforçado pelo art. 23).

As boas práticas médicas vinculam-se de alguma forma aos usos e aos bons costumes, embora se “especializem” em face da sua aplicação específica ao ramo da medicina. Tanto os usos quanto os bons costumes remetem a uma ideia de composição como cláusula geral no CC, com função interpretativa e como pauta de conduta, em especial no âmbito dos direitos de personalidade, dos atos jurídicos, do abuso do direito, da propriedade comum e das relações familiares.

Bons costumes tratam do que seja indispensável ao convívio em sociedade, daquilo que se assentou como admissível por força da tradição e se perpetuou como tal, conferindo-lhe validade⁵⁹⁵ (diferentemente da boa-fé, que se associa à conduta concreta daqueles que realizam os atos jurídicos).

Os usos são estabelecidos pela habitualidade de determinados comportamentos socialmente adotados e tidos como admissíveis, que se legitimam por sua conveniência, utilidade e aceitação, inclusive sob a ótica do direito (inclusive na sua necessária correlação com a boa-fé).

Usos, costumes e boas práticas são não apenas comportamentos aceitáveis, mas, também, servem tanto à interpretação dos atos *lato sensu* (incluindo a conformação jurídica dos negócios e como possível instrumento à solução de eventuais problemas nas declarações negociais), quanto como pauta para a análise das condutas das partes⁵⁹⁶. No entanto, Flume adverte que, quando os figurantes de um negócio não pertencem a um mesmo ramo profissional, não é admissível que o uso valha por si na interpretação, tampouco que seja

⁵⁹⁵ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2006. p. 241-243.

⁵⁹⁶ Os usos assumem protagonismo na interpretação, não necessariamente pelo conhecimento ou não conhecimento destes pelo declarante ao tempo em que emitiu a declaração, mas pela proteção da confiança daquele a quem a declaração se destina. BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 88. No mesmo sentido (esclarecendo que não importa se tanto o declarante quanto o destinatário da declaração saibam dos usos), FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del Derecho Civil*. T. II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. Tradução de: José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. p. 376.

utilizado em prejuízo daquele que não faça parte desse círculo profissional⁵⁹⁷.

Aplicando-se essa advertência ao caso concreto, tem-se que na relação entre paciente e médico, geralmente ambos figurantes estão em áreas distintas (o paciente normalmente é leigo em matéria de medicina), e não seria correto que se aplicasse automaticamente um uso ou costume típico médico com risco de causar interferência prejudicial relevante ao paciente e que não atendesse aos interesses e legítimas expectativas deste, sem que este adequadamente aceitasse se submeter a ele, ao conhecê-lo previamente.

As boas práticas médicas são as condutas técnicas esperadas e admissíveis a um médico no atendimento do paciente, seja porque se consolidaram como eficientes em razão do sua aplicação reiterada, seja pela demonstração científica de eficiência, embora ainda não consolidada pelo decurso do tempo e demonstrada pelo uso contínuo.

Não há como definir exaustiva e aprioristicamente quais são, pois estão em permanente atualização, mas, de um modo geral, as boas práticas médicas indicam a necessidade de uso de técnicas admitidas e recomendáveis ao caso concreto e impedem o uso de práticas não recomendáveis, dentre outros motivos, por estarem ultrapassadas ou por exporem indevidamente o paciente a riscos desnecessários.

As boas práticas incluem tanto um modo de proceder tradicional quanto o inovador já autorizado, desde que ambos sejam tidos como eficientes aos seus propósitos, sempre atentando para a necessidade de informação ao paciente para que a escolha lhe caiba dentro do possível.

As boas práticas no atendimento médico também integram esse sistema sob aspecto operativo com cobertura jurídica, pois concretizam “valores incorporados historicamente e aceitos na comunidade científica”, por serem admissíveis, justos, aplicáveis e aplicados, incorporados à atividade profissional além de indispensáveis a esta e, assim, “qualificam-se como usos e costumes da prática médica”, consubstanciando-se sem “deveres indispensáveis na atividade profissional”⁵⁹⁸.

4.5 Considerações quanto à interpretação do consentimento informado

Não basta haver um assentimento do paciente ao ato médico para todos os problemas e dúvidas se dissiparem. Tudo o que interessa ao mundo jurídico passa pelo olhar do

⁵⁹⁷ FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del Derecho Civil*. T. II. Trad. por José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 376.

⁵⁹⁸ CEZAR, Denise Oliveira. *Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 141.

intérprete, que vê um determinado fenômeno a partir de sua lente preenchida de pré-significados considerando uma realidade complexa e plural, com a finalidade de precisar o seu conteúdo (implícito e explícito) e, a partir dele, descortinar suas consequências.

Esse percurso de determinação do significado do consentimento informado, pode ser condicionado por uma variedade maior ou menor de fatores. Algumas vezes, um desses condicionamentos é o legislativo, mas, no Brasil, legislativamente pouco foi produzido especificamente para auxiliar nessa tarefa interpretativa.

O art. 112 do CC estabelece que um negócio jurídico deve ser interpretado tendo-se uma maior ênfase à *intenção* contida na declaração negocial, do que propriamente ao seu *texto literal*.

A seguir, o art. 113 do CC menciona que essa interpretação deve igualmente considerar uma necessária harmonização com os ditames da boa-fé e dos usos do lugar de sua celebração⁵⁹⁹.

Os grandes desafios desses dois artigos do CC são os de definir casuisticamente o que seja a intenção da declaração negocial, que se sobrepõe ao texto literal e de harmonizar concretamente o princípio da boa-fé e dos usos do local em que for celebrado o negócio.

Em geral, e tomando-se com adaptação a posição de Almeida e de Marino, a atividade interpretativa, utilizada para que se precise o “significado global” do consentimento informado, advém da passagem por cinco fases sucessivas e complementares, embora com peso variável de acordo com as circunstâncias concretas, que são as seguintes:

⁵⁹⁹ Por exemplo, os médicos que atuam na região amazônica utilizam os florais com base em elementos naturais retirados da própria floresta, e é comum que esse tipo de tratamento seja priorizado em comparação com a medicina praticada em grandes cidades de centros urbanos, que costuma utilizar mais fármacos industrializados.

Ademais, há culturas (como a indígena) que não consideram a dor uma anormalidade, mas uma contingência da vida (a dor seria parte de um processo natural), de sobrevivência (o exercício de atividades necessárias à subsistência pode ser fator desencadeante de dor).

Veja-se o resultado de pesquisa feito com indígenas sobre o modo com que vivenciam a dor: “Ainda que os chamados “remédios do branco” sejam utilizados por 86,7% dos indígenas que ela entrevistou, as drogas acarretam alívio na dor para apenas 22,2% deles. Já alternativas analgésicas locais, usadas por 80%, são eficazes em 64,5% dos casos. Dentre os tratamentos indígenas, os mais usados são os que eles chamam de remédios do mato (75,6%), feitos com plantas. Mas há outras formas de tratar a dor, como rituais, banhos, rezas, veneno de sapo, picadas de formiga, cantos e fumaça.”. Disponível em: <http://www.bv.fapesp.br/namidia/noticia/160325/remedio-do-mato-alivia-mais-dor-de-indios-diz-pesquisa/>.

Acesso em: 23 set. 2018.

A respeito do tema, vide, complementarmente, YAARI, Michel; ROMAN, Angelmar C. Práticas integrativas. In: GUSSO, Gustavo; LOPES, José (Coord.). *Tratado de medicina de família e comunidade*. Porto Alegre: Artmed, 2012. p.707-721; BRUNING, Maria Cecília Ribeiro; MOSEGUI, Gabriela Bittencourt Gonzalez; VIANNA, Cid Manso de Melo. A utilização da fitoterapia e de plantas medicinais em unidades básicas de saúde nos municípios de Cascavel e Foz do Iguaçu - Paraná: a visão dos profissionais de saúde. *Revista Ciência & saúde coletiva*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 10, p. 2675-2685, Out. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012001000017&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 23 set. 2018; e LUZ, Madel Therezinha. *Novos saberes e práticas em saúde coletiva: estudos sobre racionalidades médicas e atividades corporais*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2007.

(a) a *semântica* (que dá início ao processo e na qual são buscados nos vocábulos ou frases seus sentidos admissíveis, com significados literais mais difundidos, ou os mais técnicos);

(b) a *pragmática* (segundo a qual se extrai o contexto do discurso e da ação comunicativa particularmente considerada, situado no espaço e no tempo, com as suas “marcas de subjetividade”, com seus interlocutores específicos e suas respectivas representações próprias e do outro, bem como o concreto resultado almejado pelo negócio na concretização de seus efeitos);

(c) a *estrutural* (decorrente da análise da composição do texto provinda da ordenação e correlação dos enunciados já interpretados das partes em relação ao todo, abrindo-se espaço ao preenchimento de eventuais lacunas dentro do que foi possível extrair dessa atividade, sendo o apoio que o sentido de cada parte dá ao todo e às demais, e as implicações, singulares ou intersubjetivas do tipo de ajuste realizado);

(d) a *referencial* (que pertine a quem seja figurante⁶⁰⁰ e o que seja o objeto do negócio jurídico) e

(e) a *sócio-jurídica* (que finaliza o processo interpretativo, mediante a sua conformação com as regras sociais e o ordenamento jurídico⁶⁰¹).

Sob outro aspecto, essa atividade experimenta necessariamente uma dimensão “recognitiva”, na qual o esforço é empregado na busca do sentido efetivo da declaração expressada por meio de um ato *lato sensu*, que lhe foi atribuído por quem dele participou (a interpretação incide sobre o que foi expressado, e não propriamente sobre a vontade real) e, caso esse negócio ainda possua alguma deficiência (incompletude, falta de clareza ou contradição), ou precise ser adequado, agrega-se uma fase subsequente, designada “complementar”.

A fase complementar tem a finalidade de adaptar o que é interpretado, incluindo o preenchimento interpretativo de lacunas, de supressão de obscuridades ou de ambiguidades e de dissipação de contradições, que podem decorrer na análise do texto semanticamente considerado, da sua coerência e sentido interno ou intrínseco, ou mesmo na associação entre o

⁶⁰⁰ A análise da qualidade dos figurantes do consentimento informado necessariamente deve ocorrer, porque o conjunto das informações admissíveis é variável, e um dos componentes dessa variabilidade é justamente a situação particular do paciente para a compreensão daquilo que precisa assimilar para poder decidir e, se for o caso, consentir.

⁶⁰¹ Os autores nominam a última fase como “dimensão normativa”. Porém, entende-se que a dimensão sócio-jurídica é mais adequada, inclusive porque o negócio jurídico não é uma norma jurídica estabelecida ao caso concreto. Essas fases, ou dimensões, e suas respectivas concepções, são de ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. V. 1. Coimbra: Almedina, 1992. p 140-174 e de MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 98-99.

sentido interno e as circunstâncias relevantes ou “do confronto da linguagem da declaração negocial com as circunstâncias relevantes”⁶⁰², pois a incompletude dos negócios jurídicos decorre da própria imperfeição humana ou mesmo de uma escolha consciente “assente numa ponderação”, dos custos (inclusive de tempo) que um consentimento informado completo teria tanto para o médico quanto para o paciente⁶⁰³.

Essa fase complementar almeja “revelar o conteúdo global do negócio jurídico”⁶⁰⁴, após seu esclarecimento e, se for o caso, a realização de eventuais correções (primeiramente mediante interpretação integrativa, buscando-se o conteúdo formatado por seus figurantes, sucedida pela aplicação de das regras jurídicas supletivas, que corresponde ao que o legislador previu como incidente, por ser juridicamente conveniente). Nessa interpretação integrativa, exploram-se nas circunstâncias do negócio, para delas extrair o que não esteja claro ou não tenha sido regulado, no intuito de trazer à tona o seu conteúdo implícito, conservando ao máximo o conteúdo negocial, sem gerar um novo ajuste entre as partes⁶⁰⁵.

A interpretação relaciona o intérprete àquele cuja expressão será interpretada. É um processo epistemológico, no qual esse intérprete, com autonomia, deve buscar analisar o conjunto do negócio, com a correlação entre os seus figurantes, almejando obter disso a sua coerência. Busca-se “a recíproca iluminação de significado entre o todo e seus elementos constitutivos”, de modo que seja compreendida a “unidade do todo por meio das partes” bem como “o valor das partes por meio da unidade do todo”⁶⁰⁶. O teor de um consentimento informado adequadamente interpretado chegará a enunciados razoavelmente conexos e

⁶⁰² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18, 60 e 177. Na p. 53 ele refere que a vontade não é objeto da interpretação, mas o que é “extraído do objeto da interpretação, por meio do processo interpretativo”, de modo que a vontade na interpretação é compreendida como “o resultado do processo interpretativo, uma meta a ser alcançada com a interpretação”.

Ademais, refere na p. 66 que “todo negócio jurídico tem (ou pode ter) conteúdo (ou sentido). Logo, todo negócio jurídico deve ser interpretado”.

⁶⁰³ “Numa outra abordagem teórica, o inacabamento contractual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradiariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insusceptíveis de desencadear reacções tutelares adequadas. Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo [...]”. ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 151.

⁶⁰⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216. Na p. 229, afirma que, na ausência de elementos do contexto situacional (circunstâncias) dos quais seja possível ao intérprete “extrair o ponto não expressamente regulado”, não é possível realizar uma interpretação integrativa. “Caso haja meios de regular o ponto faltante, tratar-se-á, então, de integração, e não de interpretação integrativa”.

⁶⁰⁵ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1994. p. 343-345.

⁶⁰⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58. O art. 1189 do Código Civil francês prevê que as cláusulas devem ser interpretadas em relação umas às outras, dando a cada uma o sentido que respeite a coerência de todo o ato. Havendo vários contratos vinculados, eles devem ser interpretados considerando a função dessa complexidade contratual.

ordenados, e não terá conteúdo supérfluo ou inoperante.

Na sua atividade, o intérprete deve estar ciente das circunstâncias do tempo em que o consentimento foi emitido. O consentimento informado deve estar em razoável correlação de tempo com o ato médico (ou seja, na medida do possível deve ser emitido com uma adequada proximidade ao ato médico a ser praticado). Diferentemente das diretivas antecipadas de vontade ou mesmo da procuração para cuidados em saúde, cuja correlação de tempo com o ato médico não ocorre no mesmo compasso. Por isso, não é possível afirmar que, na interpretação do consentimento informado, ele deva ser adaptado ao tempo da sua interpretação, pois ele foi emitido considerando circunstâncias presentes no momento da sua formação e deverá pautar um ato médico a ser praticado em tempo próximo.

Veja-se, por exemplo, que não é admissível que um médico tenha o dever de apresentar a um paciente uma técnica não disponível no Brasil, se as existentes são eficazes de modo razoavelmente equivalente ao tempo em que o consentimento foi tomado e o tratamento realizado, ainda que posteriormente essa técnica tenha sido incorporada no país.

Porém, se essa técnica aplicada em outro país for conhecida, relevante e trazer possibilidade maior de melhora ao paciente, não existente em tratamentos equivalentes no Brasil, ou mesmo na situação em que o paciente não tenha respondido bem aos tratamentos aplicados disponíveis no país, então o médico passa a ter o dever de prestar essa informação na medida em que a situação do paciente (em especial o seu agravamento) passa a recomendar esse procedimento. Isso confirma o entendimento de que o intérprete deve considerar as circunstâncias existentes ao tempo da emissão do consentimento, sem que se tenha que falar em adaptações em razão do decurso do tempo entre a data da sua emissão e a data em que será interpretado.

Ultrapassado esse aspecto, convém mencionar que essa atividade interpretativa impõe igualmente do intérprete uma postura ética de “*abnegação*, ou seja, despir-se dos próprios preconceitos e hábitos mentais”, bem como um pensamento de horizonte ampliado, exercido com empatia, para que da interpretação “seja extraído não somente do sentido literal (*vox dicentis*) da linguagem contida na declaração negocial”, mas especialmente, da “*mens dicentis*, da intenção consubstanciada na declaração (art. 112 do Código Civil)”⁶⁰⁷, tendo em vista o teor da vontade externada, e seus contextos (verbal e situacional⁶⁰⁸).

⁶⁰⁷ Trechos de MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

⁶⁰⁸ O contexto verbal é o “ambiente do termo na frase, da frase no enunciado ou no texto”, e o contexto situacional equivale às circunstâncias do ato *lato sensu*, as “marcas de subjetividade” que estão em um significado, em especial a consideração do espaço, do tempo, e o envolvimento deles em relação aos seus

O consentimento informado demanda um modo de interpretação próprio, que considera a sua natureza de negócio jurídico quanto as suas particularidades concernentes a sua bilateralidade, existencialidade e sua constituição como um processo de ordem material.

Assim, para facilitar e deixar mais objetivo esse ponto, aspectos adicionais que se entende que devam ser observados na sua interpretação do consentimento ao ato médico serão referidos pontual e resumidamente abaixo.

Inicialmente, aponta-se a possibilidade de aproveitamento das disposições interpretativas apresentadas no âmbito europeu, pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT⁶⁰⁹), as quais constituíram os chamados *Unidroit Principles - UP*. Ainda nesse âmbito, expressivos são os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (*Principles of European Contract Law 2002 - PECL*), igualmente *soft law* que propõe regras comuns da União Europeia em matéria de contratos, criada pela denominada Comissão Lando (no âmbito da *Commission on European Contract Law*)⁶¹⁰.

Eles contemplam proposições razoáveis e de uso corrente, que podem ser aproveitadas na interpretação do consentimento informado. Tais princípios preveem a necessidade de considerar as comuns intenções de seus partícipes ou, nas declarações e nos comportamentos, as intenções de quem emitiu a declaração ou que efetivou um comportamento (se forem conhecidas ou não puderem ser desconhecidas pela outra parte). Se a intenção não puder ser determinada, passa-se à análise segundo o significado que pessoas razoáveis na mesma qualidade das partes haveriam de atribuir, nas mesmas circunstâncias⁶¹¹.

O intérprete deve igualmente reputar as circunstâncias (incluindo o seu fim), natureza e finalidade do ato, incluindo os ajustes antecedentes, as práticas estabelecidas e os atos concretizados entre e pelas as partes, prévia e também posteriormente à sua concretização, os usos e o significado comumente dado aos termos e expressões no respectivo ramo.

Ainda, espera-se que realize uma interpretação do todo - e não apartadamente de excertos do que tenha sido disposto -, priorizando a concessão de efeitos a todos os seus termos, no que for possível. O consentimento poderá ser interpretado, integrado ou

interlocutores. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1992. p. 299.

⁶⁰⁹ O *International Institute for the Unification of Private Law* (Unidroit) uniu doutrinadores de diversos países para elaborar princípios aplicáveis aos contratos comerciais internacionais, *soft law* com a finalidade de auxiliar na harmonização normativa nessa área (*Unidroit Principles*, Rome, 2016). Disponível em: www.unidroit.org, acesso em 30 set. 2018.

⁶¹⁰ Disponível em: <www.jus.uio.no>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁶¹¹ Conforme consta nos arts. 4.1 e 4.2 dos UP e art. 5:101 dos PECL. O art. 1188 do Código Civi francês trilha caminho no mesmo sentido.

compreendido considerando a intenção de quem dele participa, as mencionadas natureza e finalidade, o seu sentido comum, as regras jurídicas aplicáveis, além dos princípios referidos nos capítulos 4.2.4 e 4.4⁶¹².

Na hipótese de dúvida quanto ao significado de uma disposição que não tenha sido negociada individualmente, será preferida a sua interpretação em favor de quem meramente aderiu, e termos que tenham sido negociados individualmente preponderam sobre os que não estejam nessa situação (arts. 5.103 e 5.104 dos PECL).

Cláusulas ou disposições contidas no consentimento (em especial as que sejam formuladas ou dispostas unicamente pelo médico, com mera adesão do paciente), devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao utente, especialmente quando houver omissão, ambiguidade ou contradição na declaração ou comportamento (o que se faz pela aplicação dos arts. 47 do CDC e 423 do CC).

Assim, caso o consentimento de um paciente para submissão a exames de imagem no qual não conste a especificação do agente de contraste a ser utilizado, deve-se interpretá-lo no sentido de que deverá ser administrado o produto que seja menos prejudicial à condição do paciente especificamente considerado e que seja mais adequado ao exame a ser realizado⁶¹³.

No consentimento informado escrito, obtido mediante o uso de formulário padronizado (com cláusulas gerais), deve-se verificar se realmente houve real passagem prévia por um verdadeiro processo de consentimento. Se a resposta for totalmente negativa, há espaço para anulabilidade, e, se for parcialmente negativa a resposta, pode-se atuar no sentido de convalidar aqueles excertos que forem *aproveitáveis* segundo um critério de razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que o uso de formulário mediante estipulações gerais e padronizadas - no qual o conteúdo é predisposto unilateral e antecipadamente para uma generalidade de pacientes-aderentes, numa condição semelhante de atendimento - não é proibido, sendo que o critério de admissibilidade é o de que tenha sido atendida a condição de

⁶¹² Essa dicção tem base nos arts. 4.3, 4.5, 4.6 e 4.8 dos UP e arts. 5:102 e 5.105 dos PECL.

⁶¹³ Os agentes de contraste comumente utilizados na ressonância magnética são à base de gadolínio ou o iodado. Dentre outros males, o primeiro pode ocasionar alergias, ou em casos mais graves choque anafilático, fibrose nefrogênica, etc., e o segundo pode acelerar batimentos cardíacos ou dar causa a uma parada cardiorrespiratória, causar falta de ar, causar problemas renais ou agravar danos existentes, assim como pode ser prejudicial aos diabéticos, que devem fazer uso de outros tipos de exames de imagem. O médico deve verificar inicialmente se a administração do contraste é realmente necessária. Se for necessária, o médico deve conversar e decidir conjuntamente com o paciente a melhor opção. Caso a decisão seja a de uso do contraste, deve-se verificar qual é o agente mais adequado (o menos prejudicial), bem como indicar a dose mínima para administração, assim como a indicação dos cuidados correlatos necessários do paciente (v.g., uso preventivo de antialérgico). ELIAS JR., Jorge, *et al.* Complicações do uso intravenoso de agentes de contraste à base de gadolínio para ressonância magnética. *Radiologia Brasileira*. Vol. 41. n. 4. São Paulo Jul/Ago 2008. P. 263-267. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-39842008000400013>. Acesso em: 23 out. 2018.

cognoscibilidade do paciente, ou seja, que ele tenha tido a real oportunidade de passagem por uma fase prévia informativa adequada, e de um processo decisório efetivo.

Tudo isso tem como objetivo que o resultado da interpretação seja efetivo e lícito (art. 5.106 dos PECL).

Advirta-se que, como o consentimento informado é revogável e, em si, não cria direitos ao médico, mesmo que haja uma situação fática de possível anulabilidade, a conveniência de sua alegação por parte do paciente (e o correspondente interesse de agir judicialmente nesse sentido) surge a partir da prática do ato médico que tenha gerado um dano ao paciente (pelo defeito na informação ou na condução do próprio ato médico), que é o momento a partir do qual essa alegação adquire contornos de efetiva utilidade prática, evitando que o profissional use o consentimento informado para eximir-se da sua responsabilidade.

Ainda conciliando-se o que foi afirmado com o consentimento informado, a sua interpretação compreende a tomada de todo o processo de consentimento, e não apenas alguns pontos isolados, assim como abrange a consideração da boa-fé objetiva aplicada ao caso específico, a permear toda a conduta de seus figurantes (concretizada ou que deveria ter sido concretizada), e as disposições contidas nesse consentimento cujas inserções ou ajustamentos pudessem ser juridicamente admissíveis e necessárias.

Igualmente, abrangerá a análise das pretensões do paciente, embora secundariamente também possa ter em mente as do médico, em face da prevalência dos interesses do paciente, porque é este quem está dispondo do que tem de mais precioso na sua vida, que é a sua saúde, e, enquanto o médico exerce a atividade por ofício, o paciente geralmente submete-se ao ato médico por uma necessidade.

Essa proposição advém igualmente do maior nível de diligência que se espera do médico, que é profissional tecnicamente habilitado, com especialidade que o paciente normalmente não tem, trazendo um ônus de compreensão menor ao paciente, em comparação com a obrigação do médico de atuar no sentido de transferir as informações adequadas e de fazer-se compreender por aquele.

Sucessivamente, caso não seja possível ou seja difícil estabelecer tais pretensões (devendo-se considerar inclusive o histórico do paciente), busca-se quais seriam as razoavelmente admitidas a um paciente em similar situação.

Adicionalmente, deve ter em conta as circunstâncias do atendimento efetivado e a ser realizado, a sua natureza e finalidade, o contrato de prestação de serviços médicos, bem como o histórico do atendimento e as suas práticas prévias. Esses aspectos interpretativos assumem

especial relevância caso exista um consentimento omissivo em seus termos.

Quanto à interpretação dos termos, aqueles que possuem características conceituais técnicas próprias da medicina devem reputar essa terminologia própria, embora não se possa desconsiderar que é o médico quem deve aproximar ao máximo a linguagem técnica à que seja compreensível ao paciente, pois este não está apto a autorizar algo que não esteja ao alcance do seu entendimento.

Assim, os consentimentos nos quais haja supressão de algum direito de personalidade; que sejam degradantes ou injustificáveis juridicamente ou que constituam mero termo escrito firmado pelo paciente sem uma verdadeira passagem pelo processo de consentimento, devem ser anulados ou interpretados restritivamente no que for possível manter.

Na sua interpretação, convém evitar a correlação direta com aspectos lógico-patrimonialistas, tendo em vista sua natureza de negócio existencial e sem conotação econômica imediata, da mesma forma que há pertinência na aplicação do critério do menor sacrifício de interesses, em benefício do paciente que é titular dos direitos de personalidade envolvidos no consentimento para o ato médico, e que nele os dispõe.

Adicionalmente, é possível sustentar a possibilidade de aplicação do raciocínio interpretativo segundo o qual a renúncia é interpretada estritamente (art. 114 do CC), que incide nos negócios gratuitos (o contrato gratuito é aquele em que não há - ao menos para uma das partes nos negócios bilaterais ou por seu emitente nos negócios unilaterais - um benefício econômico).

Completante, nesse sentido, é o texto do art. 1.371 do Código Civil italiano, o qual prevê a interpretação menos gravosa ao obrigado, no negócio gratuito⁶¹⁴, que pode ser aplicável na interpretação do consentimento ao ato médico, tendo em vista que o paciente geralmente está em situação de necessidade de cuidados e é quem está “dispondo” do que há de mais valioso, que é a sua condição de saúde.

Destarte, o consentimento ao ato médico será interpretado tendo em conta o objetivo almejado pelo paciente. Esse aspecto pode ser detectado com maior exatidão na sempre necessária correlação entre a condição de saúde do paciente, as circunstâncias do atendimento e as informações prévias necessárias (em comparação com as efetivamente repassadas) para

⁶¹⁴ Código Civil italiano. “Art. 1.371 - Regole finali. Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso”. Em tradução nossa: “Art. 1.371. Disposições finais. Se, apesar da aplicação das normas contidas neste capítulo, o contrato permanece obscuro, isso deve ser entendido no sentido menos gravoso ao obrigado, se for a título gratuito, e no sentido de que realiza a justa conciliação dos interesses das partes, se é a título oneroso.”

que esse objetivo seja especificado de modo adequado e comparado com aquele definido no consentimento.

Desse modo, se uma paciente foi diagnosticada com câncer de mama, ela deve ser informada a respeito da possibilidade da cirurgia (mastectomia total ou parcial) e da retirada da aréola e mamilo, bem como das repercussões que cada escolha ensejará. A diferença é que, na mastectomia total com extração de aréola e mamilo, fica dispensada passagem por radioterapia, porque não permanecerão células mamárias passíveis dessa anomalia ou de nova ocorrência de câncer no local, e, na parcial, a radioterapia será necessária como fase complementar de tratamento. Essa decisão necessariamente passa pela informação à paciente, permitindo-lhe a tomada de decisão quanto à forma de tratamento que deseja se submeter.

No consentimento tácito, a interpretação é mais complexa, pois sua exteriorização é comportamental, cuja vontade é inferida por atos ou comportamentos. Enquanto na declaração expressa há “maior potência representativa” a “suportar a manifestação de conteúdos mais complexos”⁶¹⁵, na tácita as manifestações são de formação mais simples e dinâmicas, embora sejam de interpretação mais complexa justamente em razão da parca consistência quanto aos seus elementos constitutivos.

Essa situação delinea um antagonismo que apresenta, de um lado, a dificuldade de pontuar “um juízo de conclusão a partir das circunstâncias concretas”, que são mais porosas, e, de outro, a simplicidade da “revelação do conteúdo da declaração, tendencialmente mais restrito”. Conforme Marino, a forma do negócio diz respeito à natureza tácita da declaração negocial (se tem forma e demais elementos, ela existe), e o seu conteúdo corresponde ao teor implícito do negócio⁶¹⁶.

Se há contradição no consentimento, como atuar? Se for impossível científica ou logicamente, ou sendo a contradição invencível, há nulidade; se puder ser apartada, a parte maculada pode ser considerada como não escrita⁶¹⁷.

O CDC incide na figura do consentimento ao ato médico, estabelecendo elementos naturais a esse negócio dos quais é possível extrair obrigações ou preceitos que o integram, e que serão considerados na atividade de interpretação e, sob a lógica do art. 46 do CDC, pode-se afirmar que o consentimento informado será anulável se o paciente não tiver condição de ter tido prévio conhecimento de seu conteúdo ou se a sua redação for tal que impeça a sua

⁶¹⁵ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 517.

⁶¹⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95 e 219.

⁶¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

compreensão por parte deste. Se a dificuldade for parcial, a atividade do intérprete será a de verificar quais partes ou em qual medida o consentimento será válido e, sendo necessário algum aporte interpretativo de conteúdo, proceder na forma integrativa antes referida.

A interpretação deve considerar a necessária proteção dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais do paciente, para: permitir que o paciente tome uma decisão que atenda aos seus legítimos interesses; assegurar que essa decisão seja respeitada na medida do possível; impedir que um consentimento seja utilizado unicamente para assegurar os interesses do médico; vetar procedimentos que tenham conteúdo ou finalidade juridicamente inadmissíveis; rejeitar consentimentos que sejam injustificadamente amplos, gerais ou que sejam utilizados fora de um prazo razoável.

Em princípio, tanto os direitos de personalidade quanto os direitos que, em razão de seu fundamento ético-social, também pautam deveres, não podem ser submetidos à condição (seja suspensiva ou resolutiva; positiva ou negativa; casual, potestativa ou mista; divisível e indivisível; expressa ou tácita; conjunta ou alternativa), assim como os direitos que, por natureza ou função, sejam incompatíveis com qualquer condição⁶¹⁸. No que isso for violado, deve ser considerado como disposição não escrita. Caso atinja o cerne do consentimento, há situação de anulabilidade.

No decorrer deste trabalho, foram apontadas diversas situações que podem ensejar anulabilidade do consentimento ao ato médico. A partir disso, é natural que se pense quais serão as consequências dessas possíveis anulabilidades, ou em qual medida elas devem atuar no plano fático, pois, por exemplo, um juiz, muitas vezes e nos casos sob seu julgamento, não se limitará a decretar uma anulabilidade. Deverá, igualmente propor uma solução a um pedido que seja formulado judicialmente em uma demanda.

Assim, nessa atividade jurisdicional, e em geral na interpretação de um consentimento informado, deve-se buscar a eficiência, sob um perfil funcional, ou seja, dela deve-se extrair o que for possível para a reconstrução da intenção do paciente ao tempo em que o consentimento foi tomado, em especial quanto às possibilidades que poderiam estar à disposição da decisão do paciente, considerando a função principal do consentimento para o ato médico, que é o de permitir ao paciente uma tomada de decisão madura e refletida sobre os rumos do atendimento médico respeitante a sua saúde, a partir de informações adequadas.

Ainda, tenha-se em mente que, mesmo quando o julgador deva ter a sua atuação circunscrita a parâmetros normativos preestabelecidos com generalidade e abstração

⁶¹⁸ RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 253.

(inclusive as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados), eles não nasceram para serem suficientemente abrangentes de modo a pautar especificamente toda a miríade de possibilidades que criativamente a vida oferece, mas, sim, para indicar caminhos a seguir na construção de uma resposta concreta.

Ademais, deve-se buscar qual foi o objetivo almejado pelos figurantes do consentimento informado, em especial pelo paciente, conforme antes referido. Se ele destinava-se mais ao atendimento de um interesse justo que não seja o do paciente (o paciente é tratado não como sujeito, mas como objeto, violando a sua condição humana⁶¹⁹), sujeita-se à anulabilidade e não poderá ter o mesmo peso que outro que tenha sido emitido com observância da obrigatoriedade de passagem por um processo material de consentimento.

Outro aspecto a considerar é que muitas vezes o consentimento é emitido por pessoa idosa, deficiente ou doente, e esses fatores (de possível fragilização) podem ensejar uma situação que exija maior cuidado na análise quanto a correção de eventuais renúncias relacionadas a direitos de personalidade do paciente⁶²⁰.

O respeito pela vulnerabilidade humana é princípio ético na Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos da Unesco⁶²¹, e o intérprete deve considerar esses aspectos na hipótese de análise do teor da declaração ou do comportamento concludente no negócio jurídico, evitando-se situações em que, por exemplo, o paciente seja levado a firmar um consentimento para um ato médico na confiança de que o médico está agindo de boa-fé (e essa situação é mais fácil de acontecer com alguém doente e que precisa de uma intervenção médica mais imediata), quando poderia ter sido atendido de outra forma mais benéfica aos seus interesses.

Assim é o caso em que o paciente emite o consentimento para um procedimento cirúrgico que apenas posterga a sua vida sem acréscimo qualitativo, pois não eliminará uma condição patológica e tampouco trará melhor qualidade de vida. Essa situação, em uma

⁶¹⁹ RENDTORFF, Jacob D. The limitations and accomplishments of autonomy as a basic principle in bioethics and biolaw. In: WEISSTUB, David N.; PINTOS, Guillermo Díaz (orgs.). *Autonomy and human rights in health care: an international perspective*. Dordrecht: Springer, 2007. p. 77.

⁶²⁰ NEVES Maria Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2, n. 2, 2006, p. 157-172, em especial na p. 169. Disponível em: <www.periodicos.unb.br>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Vide, a respeito, PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, v. 26., n. 113, p. 81-109, set./out. 2017.

⁶²¹ Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 15 ago. 2018.

“Artigo 8º. Respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal. Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa.”

análise preliminar e puramente técnica poderia ser vista como incorreta. Poderia continuar sendo incorreta se esse procedimento não tiver alguma justificativa que seja correlacionada a um justo interesse do paciente. No entanto, isso pode ser justificável se, por exemplo, ainda que haja piora na qualidade de vida deste, que se mantém vivo até o nascimento de um neto que deseja muito conhecer, por exemplo.

Por isso, a atuação do intérprete é fundamental até mesmo para auxiliar na definição do que seja justificável ou injustificável em matéria de consentimento ao ato médico.

Em todos os casos de atendimento médico exige-se do profissional um dever prévio de proteção e de correção de procedimento, de modo que não é lícita a emissão de um consentimento para ato médico tecnicamente não reconhecido (exceto na pesquisa médica, com regulamentação específica e diferenciada⁶²²). Mesmo que o paciente consinta, isso não servirá como excludente de responsabilidade médica, porque o médico deve agir de acordo com as boas práticas.

Disso surge o natural questionamento quanto ao possível “grau” da limitação voluntária do paciente que possa ser admissível. O limite de autonomia do paciente nessa seara é quanto a diferentes possibilidades de tratamento ou atendimento permitidos, a tratar ou não tratar, diagnosticar ou não diagnosticar, a assumir determinados riscos em vez de outros, a usar um tratamento mais convencional em vez de um mais avançado e vice-versa. A avaliação chegará a um resultado particular conforme o grau de limitação concreta, mas deve considerar o que cada sistema jurídico compreende como ato atentatório ou não da dignidade da pessoa humana.

Novaes sustenta que, se a titularidade de um direito (e, indo além, de uma posição jurídica, um poder, etc.) representa uma espécie de “vantagem” do indivíduo e é um “trunfo” nas suas mãos, então, é da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação que decorrem a possibilidade de dispor dessa posição de vantagem, inclusive no sentido de eventualmente enfraquecê-la sob o enfoque de uma “decisão equivocada”, exercida sob um direito de tomar uma decisão não usual, quando isso for razoavelmente justificável segundo a intenção do paciente e o que permite o direito vigente⁶²³.

⁶²² Exceto em condição de pesquisa, a qual deve atender a preceitos éticos e jurídicos estabelecidos, como, por exemplo, nas previstas na Resolução n. 466/2012, do Conselho Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde. Disponível em: <www.saude.gov.br>. Acesso em: 29 ago. 2018.

Veja-se, a respeito do tema, CEZAR, Denise Oliveira. *Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 233-35 e PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, v. 26., n. 113, p. 81-109, set./out. 2017.

4.6 Consequências da não observância dos princípios e regras incidentes: convalidação, invalidade e responsabilidade

Neste trabalho, foram especificados os aspectos que devem ser considerados para a existência e validade do consentimento informado, bem como as possíveis consequências da não observância destes, que vão da inexistência até a sua desconstituição total ou parcial.

Adicionalmente, verificou-se que o consentimento informado é um processo, permeado por obrigações específicas e igualmente por deveres anexos, que são extraídos dos princípios delineados nos tópicos antecedentes.

Definidos os contornos dos princípios e regras aplicáveis, bem como as consequências da sua não observância concreta, e especificada a correlação necessária entre essas figuras e o consentimento informado, torna-se necessário verificar quais são as consequências decorrentes do seu não atendimento, tendo-se duas possíveis dimensões: (a) na estrutural, em que é possível falar de inexistência ou invalidade (a.1) total ou (a.2) parcial e (b) na endógena, em que se questiona se é ou não possível falar em convalidação ou mesmo em responsabilidade médica, o que será especificado neste tópico.

O sistema jurídico brasileiro permite que, na medida do possível, os atos praticados de acordo com a boa-fé possam ser aproveitados e, assim, levados ao maior grau possível de conformidade. Essa possibilidade decorre da incidência do chamado *princípio da conservação*, o qual “impõe que a atividade negocial seja preservada ao máximo, a fim de se tutelar juridicamente o resultado prático perseguido pelas partes”⁶²⁴.

A conservação é um *resultado*, um fim que deriva da incidência de institutos ou de figuras jurídicas (*meios*) e que pode ser atingido conforme as circunstâncias concretas. Por isso, suas linhas (seja na possibilidade ou impossibilidade, seja quanto a medida dessa conservação, com convalidação total ou parcial) devam ser traçadas casuisticamente, “variando de acordo com a figura jurídica que sirva de *meio* para alcançar tal conservação”⁶²⁵.

Os meios referidos de conservação são essencialmente a confirmação posterior, a invalidade parcial e a conversão substancial⁶²⁶.

Na análise dos atos anuláveis e a sua correlação com a conservação, é possível

⁶²⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 55.

⁶²⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 320.

⁶²⁶ Veja-se, a respeito, DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 352.

sustentar que, conforme as circunstâncias a serem concretamente examinadas, são passíveis de convalidação, pela confirmação das partes, salvo direito de terceiro (arts. 171 e 172 do CC). No entanto, exige-se que a confirmação, além da contemplar “a substância do negócio celebrado”, contenha a confirmação da vontade de sua manutenção (art. 173 do CC).

Na hipótese de um consentimento informado emitido por paciente relativamente incapaz, é possível que haja sua confirmação posterior. Por exemplo, o paciente não emancipado que emitiu o consentimento antes de completar 18 anos, submetido a um ato médico, e que segue confirmando-o, por estar de acordo com o procedimento adotado pelo médico.

Nesse exemplo, a confirmação expressa posterior feita pelo paciente ao tornar-se civilmente capaz, extingue a ilicitude da intervenção e a pretensão indenizatória que o paciente pudesse ter contra o médico por violação à autodeterminação do utente, porque essa confirmação é eficiente para compatibilizar o ato praticado com a ordem jurídica.

Advirta-se que, embora seja possível essa confirmação posterior, isso não torna recomendável a prática acima exemplificada, seja pela ilicitude na origem, seja porque o médico fica exposto a ocorrência ou não dessa confirmação posterior, o que traz a si um risco que pode ser eliminado com a obtenção de autorização prévia adequada, mediante assistência ou representação, ainda que seja possível que o paciente participe desse processo material na medida do possível, mesmo quando não tiver capacidade civil plena, desde que tenha capacidade para consentir.

Na hipótese de erro, essa situação de convalidação igualmente é possível e possa ser mais comum, diferentemente do dolo, pois geralmente quando o médico ou o paciente agem com dolo há uma intenção reprovável quanto a finalidade concreta do ato médico a ser praticado, o que exigirá do intérprete maior cuidado na análise do caso.

Assim, por exemplo, se o consentimento para o ato médico foi emitido com base em informação falsa e dolosamente transmitida ao paciente pelo médico, que almejava interesse ilícito com a prática do ato, não será possível a convalidação.

Na hipótese de coação do raciocínio é semelhante.

Como exercício de raciocínio, convém imaginar uma situação prática mais complexa. Imagine-se que um médico tenha convicção de que a sua indicação seja a melhor, e influencia a decisão do paciente com dolo ou mesmo com coação, com a finalidade de impor a sua decisão ao paciente. E que, nesse caso hipotético, o médico não tenha nenhum benefício econômico próprio com essa conduta, e que efetivamente haja uma melhora na condição clínica do paciente, após a realização do ato médico.

Nessa situação, é possível que o paciente, depois de praticado o ato médico, venha a agradecer ao profissional por ter executado o ato nessas circunstâncias, embora este deva estar ciente de que, se o paciente realmente não queria ser submetido a um procedimento, é possível que este ajuíze ação de natureza indenizatória contra o médico, justamente porque o procedimento foi realizado sem que tenha existido consentimento válido (sendo igualmente necessário que o paciente peça judicialmente que o consentimento seja anulado).

Por outro lado, é possível que apenas parte do consentimento seja inválida. Para essa hipótese, deve-se verificar se a exclusão da parte inválida comprometerá integralmente o consentimento ou gerar ônus ou obrigação inadmissível ao paciente ou ao médico. Sendo possível, haverá uma redução ao que for juridicamente admissível, com a sua subsistência, excluída a disposição ou a parte inquinada. Se houver a geração de um quadro juridicamente inadmissível, então a nulidade alcançará todo o consentimento.

Na invalidação parcial, a atividade interpretativa será a recognitiva e a complementar, até mesmo com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, conjugada com os demais princípios e regras incidentes, como meio de complementação e estabelecimento da sua justa composição, exercendo função integrativa e geradora de deveres jurídicos cujo atendimento é um imperativo e igualmente atuando como ferramenta de controle ou de contenção de condutas ou de disposições em desacordo com o ordenamento.

A medida dessa invalidade é que deve ser analisada em cada caso concreto, diante da possibilidade de haver uma violação que comprometa integralmente o ato, ou que o comprometa apenas parcialmente. Na primeira hipótese ter-se-á uma anulabilidade total, e na segunda, poderá ser parcial se não comprometer a sua essência, e será necessário ouvir seus figurantes para verificar em que medida um cumprimento parcial ou com prestações alteradas poderia ser de interesse destes, quando isso for possível e permanecer a licitude do ajuste.

Passando-se, por fim, à conversão substancial, nela há um negócio jurídico que contenha elementos e requisitos compatíveis com um outro determinado modelo jurídico-negocial, que é definido pela qualificação jurídica conferida⁶²⁷, e que, por conversão, passará a ser considerado concretamente. Havendo correspondência (em grau elevado a ser verificado casuisticamente) entre elementos e requisitos concretamente considerados e um determinado

⁶²⁷ O conversão adequa um negócio ao que realmente é (ou ao que mais adequadamente possa ser sob o enfoque jurídico), que é diferente daquele originalmente efetivado por seus partícipes. Não altera a finalidade, porque a finalidade desse negócio segue a mesma, mas serve para lhe dar efetividade pela adequação da qualificação jurídica atribuída. A alteração da qualificação jurídica do negócio permite a correspondência “isomórfica ou homóloga” entre determinado negócio jurídico e um específico modelo jurídico-negocial tornando-se, pela conversão, juridicamente eficaz. DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 388-390.

modelo jurídico-negocial, é possível haver a conversão.

A conversão serve para “evitar que a atividade negocial seja inócua”, permitindo que seja afastada “a categoria querida de modo inválido ou simplesmente ineficaz, em prol de outra, que exista, valha e possa produzir efeitos”⁶²⁸.

Embora não seja impossível a ocorrência de hipóteses de conversão, no consentimento informado elas são de impossível ocorrência, porque “o ingresso da declaração no mundo jurídico” ocorre somente de uma maneira e um consentimento informado não é emitido sob um modelo jurídico-negocial distinto daquele que não seja um próprio consentimento, pois a qualificação categorial é única (“sem que estejam presentes os elementos necessários à existência de ao menos dois negócios jurídicos, não há como cogitar da conversão”⁶²⁹).

Ademais, em uma possível hipótese de ocorrência de contratação escrita de prestação de serviços na área médica que seja nula ou anulável, e que contenha em seu texto disposições típicas desse negócio, contemplando igualmente disposições de consentimento do paciente ao ato médico, seria possível o “destaque” desse consentimento e não necessariamente haveria uma “conversão”, em razão das particularidades que são muito típicas do consentimento informado e que foram tratados no capítulo anterior.

Ultrapassado esse ponto, tem-se que, quando é realizado um procedimento ou tratamento não consentido, ou quando o médico deixa de informar ao paciente aquilo que seja necessário e que seja sua obrigação, está sujeito a ser demandado judicialmente, caso a sua conduta tenha sido a causa de algum dano experimentado pelo paciente.

A responsabilidade médica provém, assim, de conduta voluntária (por ação ou omissão) culposa ou dolosa, do profissional da medicina e no exercício desta, que se desvirtua do atendimento dos deveres profissionais principais ou anexos (fator subjetivo de atribuição), aliada a ocorrência de um dano patrimonial ou extrapatrimonial juridicamente qualificado ao paciente, isso enlaçado pelo designado liame causal (comportando uma relação de causa-efeito entre a conduta do causador e o dano experimentado pela vítima)⁶³⁰.

⁶²⁸ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 65.

⁶²⁹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A conservação dos contratos nulos por defeito de forma*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 71.

⁶³⁰ Conforme Frota, devem ser incluídos na causalidade jurídica “elementos de incerteza, complexidade, probabilidade e impossibilidade”, mediante a análise dos seguintes fatores: “I) subjetivo (culpa e dolo [...]); II) objetivo (equidade, risco e garantia); III) sacrifício (fatos jurídicos lícitos ensejadores de responsabilização, de prevenção, de precaução e de reparação de danos); IV) domínio ou poder fático, econômico, social, jurídico, entre outros, da atividade (habitual ou não; onerosa ou não) desenvolvida pelo agente responsável ou por outro garante da precaução, da prevenção e da reparação do dano”. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 263.

O médico responderá pelos danos decorrentes de uma conduta ilícita caso estejam presentes os pressupostos de responsabilidade acima referidos, e o principal deles para a abordagem deste trabalho é a conduta contrária ao direito no que possa ser vinculada ao consentimento informado⁶³¹.

Sabe-se que o médico é responsável não apenas por um atendimento adequado, que é a sua obrigação principal no atendimento ao usuário, mas, igualmente, também responde pelo descumprimento de deveres anexos, como o dever de informar.

Conforme visto no capítulo 3, o consentimento informado depende de elementos de existência jurídica, bem como de requisitos de validade e fatores de eficácia.

Se não houver consentimento (se não forem constatados seus elementos formativos jurídicos no plano da existência) ou mesmo se o consentimento for inválido, estar-se-á diante de um ato ilícito que, conforme as circunstâncias identificáveis, pode compor o suporte fático vinculado à responsabilidade por danos.

Quanto a eventuais problemas decorrentes de ocorrências previsíveis e esperadas pelo contexto do tratamento (por exemplo, uma insuficiência renal que deixe a pessoa com apenas um rim porque o rim comprometido teve que ser retirado cirurgicamente e o paciente sabia e consentiu com esse procedimento), estes são considerados como uma lesão juridicamente justificada, desde que o paciente tenham consentido com o tratamento, conhecendo e aceitando esses efeitos.

É possível a ocorrência de dano se o paciente não tiver passado previamente pelo processo material de consentimento (que é um dano à autodeterminação, correspondente à perda da chance de não se submeter a um tratamento; a de submeter-se a ele ou mesmo a de buscar alternativas); o dano decorrente de lesões advindas das intercorrências médicas, que são inesperadas, não obstante previsíveis, porque são inerentes a toda intervenção (v.g., o paciente que tem uma composição e disposição de veias distinta da usual, que ensejará um modo de agir médico diferente do procedimento comum intra-operatório, para superar esse imprevisto, o qual igualmente pode ocasionar consequências mais graves na própria intervenção, como maiores sangramentos); e, por fim, dos erros médicos propriamente ditos,

⁶³¹ O papel da culpa na responsabilidade por danos vem sendo questionado, sendo cada vez maior casos de imputação da responsabilidade com fundamento em outras bases (risco, garantia, confiança, boa-fé), que não a culposa. Vejam-se, a respeito: CATALAN, Marcos. *A morte da culpa da responsabilidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. [s.l.], v. 31, n. 1, p. 33-59, out. 2010. E, para um percurso da culpa na responsabilidade por danos, veja-se: FACCHINI NETO, Eugênio. A responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 177-178.

que são as ações ou omissões equivocadas do profissional, no atendimento médico.

A perda da chance na responsabilidade médica por falta ou falha no consentimento não é apenas a de cura, ou de melhora do paciente. É também a perda da possibilidade de tomada de decisão de acordo com a livre conformação da vida do paciente (na dimensão prática e efetiva do livre desenvolvimento da sua personalidade), como representação da sua autonomia pessoal. Isso significa que a perda da chance pode também decorrer de um obstáculo omissivo gerado pelo médico, que impossibilita ao paciente uma deliberação no atendimento de um interesse legítimo próprio (sem que necessariamente seja dirigido à cura ou a uma melhora clínica)⁶³².

Imagine-se a situação de um paciente que tenha uma doença para a qual a cura possível esteja unicamente na realização de uma cirurgia. Essa cirurgia, porém, é muito arriscada, e pode tanto ensejar essa almejada cura, como igualmente pode representar uma piora substancial na condição clínica do paciente, deixando-o em estado vegetativo ou causando a sua morte.

Nessa situação, o médico não pode simplesmente diagnosticar o problema, dizer ao paciente que ele necessita de uma cirurgia e encaminhá-lo ao procedimento, da mesma forma que não deve decidir por si que o risco não compensa e que não operará o doente.

Cabe ao paciente decidir se assumirá o risco do resultado dessa decisão, que pode ser bom ou ruim. Pode o paciente decidir que assumirá esse risco, e, assim, se o resultado for o pior e o procedimento tiver sido realizado com adequação técnica, o médico não responderá pelo resultado (sua obrigação é de meio), do mesmo modo que o doente pode entender que prefere não se arriscar, mantendo-se vivo em uma situação de condição de vida precária (limitada) sob o aspecto qualitativo. O médico, ao não fazer o procedimento por escolha consciente e adequada do paciente, também não responderá por eventual piora no estado clínico do paciente ou mesmo pela morte do doente em face do desenvolvimento da doença.

Na responsabilidade decorrente de ausência de consentimento, consentimento juridicamente inexistente, inválido ou ineficaz, a responsabilidade do médico ocorre por

⁶³² “Assim, cabe pesquisar se as chances de cura perdidas estão localizadas antes ou depois da consolidação do acidente. No primeiro caso, se estaria diante de uma causalidade clássica, do contrário, se estaria utilizando uma causalidade parcial para determinar o dano”. PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 85.

Na p. 164 da mesma obra, o autor refere especificamente a responsabilidade médica por falha no dever de informar, com base em exemplo colhido da jurisprudência francesa: “O Tribunal de Bourdeaux, em 1965, condenara um médico pela quebra do dever de informar, argumentando que a obrigação médica é normalmente uma obrigação de meios, na qual o médico não é responsabilizado se agir de acordo com as normas técnicas consagradas. Contudo, se não informa ao paciente os riscos inerentes a determinada terapêutica, impossibilitando que ele livremente declare que concorda em se submeter aos riscos da terapêutica, o médico passa a responder pelos riscos para os quais não foi dada autorização”.

omissão.

Defende-se, aqui, que somente há prejuízo ao paciente na divisão da responsabilidade em contratual ou extracontratual, pois gera uma situação de diferenciação injusta no cômputo de juros na composição da indenização e distribuição da carga probatória, injustificável porque tanto em uma hipótese quanto na outra há danos cuja formatação dos requisitos de responsabilidade são os mesmos sob o enfoque estrutural. De toda forma, na conduta ilícita do médico, “pode emergir responsabilidade contratual, quer de contrato válido, concluído entre o responsável e a vítima, quer de contrato nulo ou ineficaz”, ou mesmo por responsabilidade extracontratual⁶³³.

Na seara do consentimento informado, a diferenciação entre a obrigação do médico ser de meio ou de resultado somente repercute quanto ao teor das informações a serem repassadas ao paciente, uma vez que a responsabilidade do profissional, conforme dito, será aferida pela ocorrência ou não de omissão nas informações e concessão de real oportunidade de decisão ao paciente⁶³⁴.

⁶³³ Sendo desatendido o propósito da função social como justificativa do limite de contratar e ultrapassado o limite da função social do contrato, Fachin entende que há descumprimento desse dever que se tornou obrigação nesse processo contratual, e que enseja responsabilidade objetiva do ofensor. FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 124-125. Veja-se adicionalmente a respeito do tema: NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído (estudos completos). *RJLB*. Lisboa. Ano 2 (2013) n. 12, p. 13.983-14.024, em especial na p.14.009. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁶³⁴ Por isso, entende-se que o TJRJ quis referir a um dever de informar (e não propriamente de conselho) ao imputar ao médico e ao hospital responsabilidade pela perda da visão de uma paciente, como intercorrência possível de uma cirurgia neurológica para tratamento de macroadenoma hipofisário, complicação essa que não lhe fora previamente alertada (a literatura médica indica a cegueira como possível decorrência da cirurgia para macroadenoma hipofisário, mas isso não foi dito à paciente, que não teve a oportunidade de recusar o procedimento). A ementa do acórdão é a seguinte: “Direito do Consumidor. Fato do serviço. Direito Civil. Fato de terceiro. Erro médico. Indenização. 1) A relação jurídica existente entre as partes é de consumo e, portanto, regida pela Lei n. 8078/90. 1.1) A apelada, antes de submeter-se à intervenção cirúrgica, tinha o direito à informação adequada, clara e precisa de todas as circunstâncias que envolviam o ato cirúrgico, inclusive, aos riscos da operação (consentimento esclarecido) Assim não agindo os réus, caracterizado estão fato do serviço, na forma da parte final do artigo 14, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 1.2) A pessoa jurídica apelante responde, objetivamente, nos termos do prefalado artigo 14. 2) *ad argumentandum tantum*, ainda que se pretendesse fazer incidir à espécie o Código Civil, inafastável seria a aplicação do artigo 1.521, III, eis que, provada a culpa do médico, solidariamente responde a apelante. 3) O erro médico não consiste, apenas, na falha do profissional no que respeita ao ato cirúrgico em si mas, certamente, pode ocorrer tanto na fase pré-operatória, quanto na do pós-operatório. No caso, houve violação do dever de conselho, bem assim da regra que assegura ao paciente o direito à informação completa, adequada, clara e precisa sobre o serviço contratado, questão já coberta pelo manto da coisa julgada, à falta de recurso do profissional. 4) Presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, nítido exsurge o dever de indenizar, sendo que a indenização arbitrada pelo juízo monocrático encontra-se prudente e adequadamente arbitrada, respeitando o princípio da razoabilidade. Recurso da 1ª ré não provido”. TJRJ. 15ª Câmara Cível. Apelação cível n. 0108311-30.1993.8.19.0001. Rel. Des. Werson Franco Pereira Rêgo. J. em 29/08/2001. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/>. Acesso em 30 nov. 2018.

Esse processo teve Recurso Especial posteriormente julgado pelo STJ, que manteve a decisão (STJ. 4ª Turma. REsp n. 467.878. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. J. em 05/12/2002. Publ. em 10/02/2003. Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser

Assim, basta ao utente comprovar a relação que o fez se vincular a um médico, a omissão do profissional na passagem pelas fases componentes do processo informativo e decisório (quanto maior a omissão e o conseqüente risco de dano, maior será a possibilidade de imputação de responsabilidade), o dano decorrente dessa conduta omissiva, bem como o liame entre a omissão e o referido dano.

O médico, caso queira liberar-se da responsabilidade, deve comprovar eventual legítimo impedimento de tomada do consentimento do paciente ou mesmo de proporcionar ao paciente a oportunidade de passagem pelo referido processo informativo e decisório. Ainda, dentre outros, pode comprovar outros aspectos abordados no decorrer deste trabalho, como, por exemplo, a demonstração de que o paciente quis ser atendido e havia apenas um procedimento recomendado para o caso do paciente (sem riscos qualitativos ou quantitativos médios ou graves), ou que as informações repassadas foram suficientes para a decisão.

Adicionalmente, permite-se que comprove a inoportunidade de prejuízo ao paciente em razão do ocorrido, e essa prova não é apenas a de demonstrar que houve boa técnica, mas que o paciente que aceitou o atendimento não tinha opção diante das circunstâncias, a não ser aceitar a técnica utilizada ou conduzir-se do modo efetivado, ou, havendo mais de uma técnica, que qualquer uma traria iguais efeitos, riscos, etc.

Pode, ademais, demonstrar que o paciente tinha conhecimento dos efeitos, riscos, prescrições e cuidados envolvidos, por exemplo, por já ter passado pelo mesmo procedimento no passado ou que o paciente não tinha condições psicológicas de receber as informações – situação de privilégio terapêutico⁶³⁵.

A regra de ouro numa situação em que há uma circunstância nova que exige outra conduta médica é verificar se o atendimento pode aguardar até que seja possível ter a decisão do paciente. Sendo a resposta positiva, o médico não pode tomar a decisão por si.

Tendo em vista que a falta de passagem pelo processo informativo e decisório é prova negativa, cabe ao paciente, em juízo, fazer a alegação nesse sentido e demonstrar em que medida essa ocorrência lhe trouxe prejuízos e ao profissional, cabe comprovar que houve a passagem por esse processo ou a justificativa legítima para a sua não ocorrência, por meio de documentos, testemunhas, registros do atendimento e do paciente (até mesmo o prontuário médico).

instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.” Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2018).

⁶³⁵ O privilégio terapêutico está previsto no art. 34 do CEM: “É vedado ao médico: Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”

O hospital (a pessoa jurídica) responde pelos danos causados pelo médico que tenha contratado como prestador de serviços ou como empregado e que nas suas dependências tenha prestado o atendimento, mas não é responsável pelos atos médicos dos profissionais que apenas fazem uso das suas instalações.

No atendimento por equipe médica, a responsabilidade pela passagem pelo processo informativo e de tomada de decisão é do médico envolvido em cada especialidade. No entanto, se a equipe é chefiada por um médico, este passa a ser solidário com o médico diretamente omissor, porque o chefe da equipe deve sempre conferir se o paciente foi devidamente informado pelo colega diretamente responsável.

O médico que solicita exame que envolva riscos qualitativos ou quantitativos considerando as condições pessoais do paciente deve informar esses riscos ao paciente, respondendo por sua omissão ou incorreção. Essa responsabilidade é compartilhada com o médico a quem compete a realização do exame, “pois este, mais do que ninguém, sabe ou deve saber da perigosidade dos aparelhos, substâncias e técnicas que utiliza, incumbindo-lhe não apenas zelar pela segurança do paciente, como o dever de especialmente informá-lo dos riscos.”⁶³⁶,

O atendimento efetivado através do sistema público de saúde está sujeito ao regime da responsabilidade objetiva (art. 37, §6º, da CF), sendo o Estado responsável quando comprovada a ocorrência do fato ensejador do dano, a conduta omissiva culposa ou dolosa do médico (agente do serviço público) pela falta de informação e de consentimento no exercício da função, assegurado o direito de regresso dirigido contra o médico que agiu ilicitamente.

A responsabilidade do Estado é excluída ou atenuada, conforme o caso, se houver comprovação de ocorrência de fatores causais desvinculados da atividade Estatal específica, como força maior, caso fortuito, conduta da vítima, fato exclusivo de terceiro, etc. (incluindo a condição juridicamente impossível para fornecimento de informações e tomada do consentimento).

No atendimento realizado por meio de seguro-saúde, no qual a escolha do profissional cabe ao usuário (com posterior reembolso de despesas), a responsabilidade referida neste tópico a ser aferida é unicamente a do médico, ao passo que, nos planos de saúde nos quais a operadora (pessoa jurídica autorizada) apresenta rede credenciada (com médicos associados livremente escolhidos pela operadora), há responsabilidade solidária

⁶³⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180. p. 158.

desta, caso o profissional credenciado haja culposa ou dolosamente e cause dano ao usuário.

Apresentados os principais aspectos da responsabilidade médica decorrente da ausência ou de vício em um consentimento informado, e finalizados os pontos que pertinem a esse consentimento como negócio jurídico, passa-se à apresentação das conclusões desse trabalho.

5 CONCLUSÃO

A relação médico-paciente é desafiadora e exigente, em especial quando a tecnologia permite o acesso a recursos de manutenção de vida nas mais diversas circunstâncias e por longo tempo. Na contemporaneidade, as pessoas vivem mais e, conseqüentemente, recorrem mais vezes ao atendimento médico, ou permanecem mais tempo sob atendimento. Aliás, os vínculos obrigacionais relacionados aos cuidados na área da saúde compõem aqueles mais numerosos e extensos sob o fator *tempo de vida* de um ser humano.

Na esfera do ato médico, paciente e médico inter-relacionam-se continuamente enquanto presente a *situação de atendimento* (início, meio e fim, ou, muitas vezes, início e permanente atendimento). O consentimento informado tem, nesse campo, amplo espaço de atuação.

Nesse trabalho, constatou-se que o consentimento informado historicamente se desenvolveu na necessidade de respeito à autodeterminação do paciente e na correlata defesa do médico, e tem sua gênese tanto na liberdade pessoal, quanto na dignidade da pessoa humana, constitucionalmente albergadas no sistema jurídico brasileiro: ultrapassa-se o modelo paternalista e verticalizado, no qual o paciente é objetificado, atingindo-se o patamar da relação dialética, empática e (na medida do possível) horizontal, desenhando-se como uma aliança terapêutica na qual a dignidade do paciente tem preponderância.

Asseverou-se que o consentimento informado não apenas é uma das formas de concretização da autodeterminação e da dignidade do paciente, mas, igualmente, serve como meio de pré-exclusão de ilicitude na prática do ato médico (legitimando a atuação do profissional) sob o aspecto da intervenção sobre o corpo ou a psique alheia, e como ferramenta para delimitar os contornos da atuação médica especificamente considerada, além de configurar um direito subjetivo do paciente.

A partir do estudo realizado, constatou-se que há necessidade de atualização dos conceitos de ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, embora não seja conveniente criar novas categorias. Adotou-se a teoria do negócio jurídico que comporta uma subdivisão em *existencial e de lucro* e demonstrou-se que o consentimento informado é um negócio jurídico existencial e bilateral, seja por conta do seu encadeamento e execução, seja por ter em seu núcleo uma permissão que também é decisão proveniente de processo delineado, percorrido e experimentado conjuntamente por médico e paciente.

O consentimento informado só é válido ao ser precedido de um processo material informativo com vistas à deliberação do paciente, a qual vincula o médico, que participa

ativamente desse processo porque esse é um dever que lhe compete e, ao fazê-lo, o médico o cumpre.

Embora a decisão seja do paciente, esse consentimento contém uma combinação para o futuro, quanto ao modo pelo qual será desenvolvido o atendimento, conquanto tenha sido descrito que não há mera sujeição do médico, fatores esses que reforçam a sua exclusão do âmbito dos atos jurídicos *stricto sensu*.

A participação do médico no processo material informativo e a aceitação do seu conteúdo como pauta da sua conduta no atendimento do paciente emissor, torna o consentimento informado vinculativo ao profissional, enquanto não for revogado pelo paciente ou extinto o vínculo com o médico, e ambos prendem-se aos seus termos (cada um à sua maneira) e experimentam os efeitos produzidos enquanto vigente, e que possam ser sentidos no que isso for compatível, após a sua revogação ou a realização do ato que tenha sido autorizado.

O consentimento informado não se confunde com o contrato de prestação de serviços de assistência médica, pois ele pode existir independentemente desse contrato, embora o contrato somente se complemente e permita a sua execução prática com esse consentimento.

Afirmou-se que consentimento para o ato médico, em apertada síntese, no plano da *existência*, reclama o (a) agente (paciente), (b) em um lugar e época determinados ou determináveis, que (c) emite declaração ou externo comportamento concludente (sério sob uma análise por verossimilhança) e permissivo de um determinado ato ou procedimento, podendo ser mais minucioso ou mais genérico quanto ao modo de execução permitido.

No plano da *validade*, deve-se considerar que: (a) tenha sido emitido por paciente capaz e com *aptidão para consentir*; (b) que o seu conteúdo seja lícito (atendendo ao que é permitido ao paciente autorizar), independentemente da forma utilizada (pois não há forma especial especificada em lei); que seja (c) declaração ou comportamento concludente voluntário e desprovido de defeito e (d) orientado pela dialeticidade e prévio processo informativo-assimilativo-decisório.

Ser voluntário significa que seja livre de ingerências indevidas, espontâneo, embora possa ser fruto de uma prévia reflexão da qual outras pessoas possam participar, desde que isso ocorra sem interferências indevidas (familiares, amigos ou médicos com quem o paciente tenha se aconselhado), além de ser orientado pela dialeticidade e prévio processo informativo, que representa a passagem prévia por um encadeamento com o propósito formativo da deliberação, em relação contínua, movida e mantida pela empatia e pelo diálogo produtivo e eficiente cabível em cada caso, precedido do repasse de informações, assimilação, reflexão e

decisão do paciente. Ser emitido por pessoa com *aptidão para exprimir vontade* significa que o paciente deve ter capacidade civil, capacidade para consentir e condições de exprimir a sua decisão, embora toda pessoa com algum nível de consciência e possibilidade fática de decidir deva ser ouvida nesse contexto, considerando as peculiaridades das circunstâncias concretas.

Com isso, é possível e necessário afirmar que só haverá consentimento válido para o ato médico se ele observar o processo de emissão prévia e adequada (correta e completa) de informações, se elas forem compreendidas pelo paciente, e se a deliberação for legítima (considerando a aptidão do paciente).

O consentimento informado depende de capacidade civil do paciente, e, adicionalmente, como critério concomitante, da capacidade para consentir. A primeira tem como marco a idade de dezoito anos para a capacidade civil plena, e entre dezesseis e dezoito anos incompletos a relativa, na qual o consentimento pode ser emitido sob assistência. Abaixo dos dezesseis anos, há autorização por representação.

A segunda é a aptidão especial para a passagem pelo processo de consentimento, em especial nas suas etapas informativa e decisória, que exige do paciente a competência para receber as informações, memorizar, assimilar, deliberar e exprimir a decisão, o que pode ser feito mediante o uso de questionários específicos (por exemplo, o MACCAT-T e a CAT), que são úteis, embora não devam ser utilizados isoladamente como meio de aferição da capacidade para consentir. Essa verificação mais detalhada, por um critério de eficiência, não precisa ser utilizada para pacientes que tenham que tomar decisões de baixa complexidade e que não envolvam riscos altos sob aspectos qualitativos ou quantitativos.

Ademais, esse procedimento deve ser descrito nos registros do paciente, para servir como memória desse histórico; como meio de análise do percurso utilizado para definição da capacidade para consentir concretamente considerada, e para servir como comprovação caso haja questionamento a respeito desse aspecto.

A pessoa que tenha uma condição clínica que dificulte ou impeça o decidir e o exprimir vontade de modo permanente (que não possa ser dissipada por meios auxiliares), poderá ser beneficiada pela tomada de decisão apoiada (na hipótese de dificuldade para decisão) ou mesmo submeter-se à aplicação da curatela, para os casos de impedimento mais severo, embora exista a dúvida quanto à possibilidade de que o curador autorize um ato médico sem ordem judicial permissiva específica, pois o EPD refere a impossibilidade de “terceirização” ao apoiador ou ao curador das decisões quanto a aspectos existenciais, o que ainda é um ponto sobre o qual pairam dúvidas quando a solução a ser adotada, embora o mais

prático seja efetivamente permitir que apoiador e curador possam exercer suas atribuições, em matéria de cuidados médicos dirigidos ao apoiado ou ao curatelado.

O paciente que for civilmente incapaz, será representado e o relativamente capaz será assistido, embora ambos devam ser ouvidos e suas opiniões devam ser consideradas, na medida do possível.

Deve-se tentar, conforme o que seja possível, que o próprio paciente decida, até mesmo com o uso de meios auxiliares (tradutores, intérpretes, recursos audiovisuais, etc.). Uma pessoa só pode ser considerada como inapta para consentir se não houver resultado positivo na prévia aplicação de medidas práticas aptas a auxiliá-la a esse fim.

A pessoa com capacidade civil e que dependa de auxílio de emergência deve ser atendida independentemente de consentimento. Na situação de urgência pode-se (se for faticamente possível) ouvir o doente, de forma abreviada ou, nas condições transitórias por debilidade física ou psíquica do paciente, esse pode ser representado, conforme o caso, desde que isso seja documentado e comprovado, e, em todas as hipóteses, o médico deve atuar segundo os princípios aplicáveis, referidos no capítulo 4.

De toda forma, havendo entendimentos dissonantes envolvendo representante, assistente, médico, apoiador ou paciente não capaz (total ou parcialmente), isso ensejará a aplicação do “procedimento especial de validação”, permitindo que o caso seja analisado pelo Comitê de Ética do hospital em busca de um entendimento consensual, ou, não havendo solução, a saída será a definição mediante suprimento pela via judicial (no atendimento eletivo). De toda forma, o médico seguirá atuando de acordo com os princípios descritos no capítulo 4.

Na tese, foi demonstrado que nem sempre será possível um processo de consentimento *ideal*. Há variações quanto ao nível informativo, que estão vinculadas ao tipo de risco que envolve o ato médico, o tempo existente (ou inexistente) para a passagem por esse processo ou a natureza do procedimento ou tratamento a ser realizado, bem como as condições psicofísicas e circunstâncias envolvidas no atendimento. Quanto maior o risco qualitativo e quantitativo envolvido, maior deve ser o cuidado e mais eficiente deve ser o processo informativo e mais complexo será o procedimento de tomada de decisão.

Da mesma forma, no atendimento de baixa complexidade, que não exija grande nível de compreensão para uma decisão relativa a tratamento com pequeno risco, o médico e o paciente podem resolver isso diretamente, no momento do atendimento, sem maiores minúcias quanto às informações, e o médico tem maior liberdade quanto à definição da condução técnica cabível, enquanto que, no atendimento de que reclame um maior grau de

compreensão técnica e com riscos altos ao paciente, o processo informativo e decisório do consentimento deverá ser mais completo, cauteloso e, na medida do possível, registrado em pormenores. Para atendimentos que envolvam riscos médios, o padrão de exigência será mitigado em comparação com a situação de risco elevado, devendo o médico ter o cuidado de apresentar as explicações necessárias cabíveis, sem minúcias, possibilitando a deliberação do paciente.

Assim, o consentimento pode ser mais genérico quanto a atendimentos que tratem de riscos baixos qualitativa e quantitativamente considerados, ou nos casos em que o tratamento seja basicamente único. E, na intervenção cirúrgica, nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos invasivos e em geral, no atendimento que envolva riscos ou inconveniências de impacto negativo relevante e previsível na saúde do paciente, é recomendável o consentimento escrito e um processo material informativo e de tomada de decisão mais amplo.

Há necessidade de verificação individualizada quanto ao grau de decisão que o paciente tem condições de tomar, considerado o contexto do momento da tomada de decisão, a existência ou não de procuração para cuidados em saúde ou mesmo de diretivas antecipadas de vontade. Constatando-se que o paciente não tem condições de decidir, ou naquilo que exceda ao que o paciente tem condições de decidir, é possível enviar a questão ao comitê de ética da entidade que está realizando o atendimento ou, sucessivamente, ao Poder Judiciário.

O *quadro clínico* do paciente envolvido no atendimento; o *tempo* necessário ou disponível ao atendimento, e o *tipo* de atendimento a ser prestado, também são fatores relevantes ao consentimento para o ato médico. Porque os dois primeiros justificam um atendimento independente dele, ou, contrariamente, podem ser decisivos ao impor uma necessária passagem pelo processo material de informação e de decisão, e o terceiro aspecto pode determinar que o processo informativo e de tomada de decisão seja mais simplificado ou mais completo, conforme os maiores ou menores riscos envolvidos.

No texto, indicou-se que o paciente pode querer ou não querer ser atendido ou prosseguir em atendimento; ser informado ou prosseguir sendo informado no decorrer da sua vinculação ao serviço de saúde; decidir ou não decidir quanto ao atendimento, intervenção ou tratamento, na sua medida e extensão técnica ou temporal, ou mesmo delegar a decisão. Todos os elementos são variáveis e devem ter em vista as vicissitudes de cada caso.

Afirmou-se, adicionalmente, que um consentimento absolutamente “não informado” é inválido, embora, conforme mencionado, o paciente possa delegar a terceiro o recebimento de informações e as sucessivas decisões e autorizações, ou admitir - depois de ser informado -

uma intervenção, tratamento ou atendimento, da forma que o médico entender mais eficiente, hipótese na qual o médico deverá agir de acordo com os princípios de ética médica e com as boas práticas, e não responderá por violação à autodeterminação do paciente, apenas estará sujeito a responder por eventual erro ou dolo na sua conduta profissional, que cause dano ao paciente.

O consentimento informado, como visto, comporta um processo material informativo e decisório.

Ao primeiro, importa a qualidade da informação. Ao segundo, a formação da declaração negocial ou do comportamento concludente, e, nisso, apontaram-se inúmeros desafios que se relacionam com a vontade do paciente, a qual, embora não esteja na concepção do negócio jurídico, está contida, ainda que indiretamente, na sua causa e que é diretamente vinculada à disciplina dos defeitos dos negócios jurídicos.

No consentimento informado, a informação é um direito do paciente e um dever do médico, e este deve oferecê-la ao tempo devido, de forma correta, completa e compreensível, eficiente e em linguagem acessível, sob os princípios da transparência, exatidão, finalidade, livre acesso, precaução e prevenção, confidencialidade e cooperação.

Há pacientes que demandam o recebimento de informação vertical e horizontalmente considerada. Em outros casos, a informação vertical deve ser amplamente respeitada, e a horizontal parcialmente atendida, ou, ainda, admite-se o contrário, uma informação vertical restrita e horizontal aprofundada. E, ainda, há a hipótese de um atendimento que seja correto com um processo decisório com menor abrangência informativa horizontal e verticalmente considerada, definição que segue associada ao grau de risco envolvido, ao quadro do paciente e ao tempo disponível para tanto.

O médico deve atuar corretamente tanto na condução do ato para o qual se dispôs a realizar, quanto para o fornecimento de informações ou esclarecimentos necessários à tomada de decisão do paciente, com eficiência, de modo que ela seja adequada (o atendimento de acordo com os meios disponíveis para otimizar o resultado almejado e considerando os custos envolvidos) e proporcional (entre os meios de atendimento utilizados e os fins desejados, rejeitando-se o excesso no emprego de meios dirigidos ao alcance de um objetivo desejado).

Cabe ao médico emitir opinião e apresentar recomendação ao paciente, além de atendê-lo. Não haverá responsabilidade se elas atenderem às boas práticas médicas.

Quanto ao processo decisório, os desafios existentes estão na assimetria informativa, nos vieses comportamentais e nos lapsos associados a processos racionais automáticos, que podem ser tidos como obstáculos ou fatores de interferência à deliberação do paciente,

embora tenha-se demonstrado a impossibilidade de exigência de uma condição ideal, porque desvios cognitivos existem e nem toda decisão é racional, ou ao menos totalmente racional, sendo igualmente certo que também há subjetividade na própria avaliação dos resultados da decisão, e que cada pessoa atribui pesos distintos aos aspectos que entendem que compõem os benefícios e custos em uma decisão racional.

Conquanto esses percalços existam, e ciente que tanto os critérios racionais quanto os subjetivos são ferramentas importantes e complementares no processo de tomada de decisão, deve-se evitar que predisposições ou armadilhas mentais possam comprometer prejudicialmente uma decisão, e é importante que os profissionais de saúde estejam atentos para circunstâncias que possam ser prejudiciais ao paciente, com o objetivo de criar um ambiente mais favorável à decisão, superando-se, no que for possível, obstáculos não admissíveis e que possam ser ultrapassados.

O médico, assim, deve atuar no sentido de evitar que desvios relevantes em matéria de saúde do paciente, que tenham ou possam ter repercussão de grande dimensão qualitativa ou quantitativa, sejam prejudiciais ao planejamento e justas expectativas desse utente, assim como deve permanentemente vigiar-se para não ser vítima de vieses internos ou externos ou, quanto a interferências externas, deve avisar ao paciente para que este possa agir para alcançar os seus desideratos.

A tomada de decisão, como visto, é um processo difícil, carregado de entraves, subjetividades e de circunstâncias desafiadoras, conquanto seja necessária e essencial no decorrer da vida, sendo emanção da personalidade humana.

A relação médico-paciente e, conseqüentemente, o consentimento informado, estão sujeitos à incidência dos princípios da boa-fé objetiva (e da inclusa teoria da confiança), princípios de ética médica, além das boas práticas médicas, que se tornam deveres jurídicos porque se tratam de condutas admissíveis e que fazem parte do conteúdo da conduta do médico no atendimento.

O consentimento para o ato médico trata de interesses individuais da pessoa humana, sem alcançar a coletividade de forma direta, motivo que torna desnecessária a menção ou aplicação da função social do contrato a ele.

Sob a dinâmica interpretativa, afirmou-se que o consentimento informado demanda um modo de interpretação próprio, que considera tanto a sua natureza de negócio jurídico quanto as suas particularidades concernentes à sua bilateralidade, existencialidade e sua constituição como um processo de ordem material que envolve os importantes direitos à integridade psicofísica e à autodeterminação.

Sustentou-se a possibilidade de aproveitamento das disposições interpretativas apresentadas nos *Unidroit Principles* e nos *Principles of European Contract Law 2002*. Defendeu-se na tese que a renúncia, no consentimento informado, deve ser interpretada estritamente, e que a interpretação deve ser feita da forma menos gravosa ao paciente e segundo os objetivos legítimos que ele almeja, porque é ele quem está *dispondo* do que há de mais valioso, que é a sua condição de saúde e a correlata integridade psicofísica.

A medida de uma eventual invalidade deve ser analisada em cada caso concreto, diante da possibilidade de haver uma violação que comprometa integralmente o ato, ou que o comprometa apenas parcialmente. Há casos em que a nulidade parcial enseja o aproveitamento da parte comprometida e em outros, nos quais atinjam-se pontos essenciais do consentimento, que não poderão ser aproveitados. Porém, a utilidade prática e o interesse jurídico dessa anulabilidade total ou parcial somente surge na hipótese de demanda que envolva responsabilidade profissional ou de procedimento administrativo com o objetivo de avaliar a conduta médica.

O encerramento da conclusão dá-se com a percepção de que todo ser humano tem que lidar com o direito, em maior ou menor medida, em vários momentos de sua vida. E, assim, na justa pretensão de obtenção de uma resposta aos seus questionamentos ou mesmo às suas necessidades manifestadas e passíveis de solução jurídica, anseia em seu íntimo que os caminhos possíveis sejam construídos fundamentadamente e em conformidade com o sistema jurídico sob o qual está jungido, tudo sustentado na tábua axiológica constitucional, a partir de uma interpretação sistemática, sem desconsiderar que, conforme demonstrado, conquanto o direito não deixe de ser uma prática, os aportes teóricos são fundamentais para a construção de uma base fundante sólida e coesa apta a auxiliar na solução de casos concretos.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro. Padma. v. 12, n. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.
- AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e informação: efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- AGUIRRE, Juan Luis Beltrán. Autonomía del paciente: límites derivados de la cartera de servicios, de la organización y funcionamiento de los centros sanitarios y de otros derechos y bienes enfrentados. In: VIEIRA, María Luisa Arcos (Coord.). *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016, p. 74-130.
- ALBUQUERQUE, Aline. *Direitos humanos dos pacientes*. Curitiba: Juruá, 2016.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. V. 1. Coimbra: Almedina, 1992.
- ALPA, Guido. *La cultura dele regole*. Storia del diritto civile italiano. Roma: Editori Laterza, 2000.
- ALVES, José Carlos Moreira. Distinção entre os atos jurídicos negociais e os atos jurídicos não-negociais. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro. v. 10, n. 10, p. 170-189, jul./dez., 1996.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ALVES, Wagner Antônio. *Princípios da precaução e da prevenção no Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista derecho del estado*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. n. 30, ene./jun. 2013. p. 93-124.
- ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra, Almedina, 2010.
- APPELBAUM, Paul S.; GRISSO Thomas. The MacArthur Study I. Treatment competence mental illness and competence to consent to treatment. *Law and Human Behavior*. v. 19, n. 2, 1995, p. 105-126.

APPELBAUM, Paul S. Assessment of patients' competence to consent to treatment. *New England Journal of Medicine*. Waltham. v. 357. n. 18, nov. 2007, p. 1834-1840. Disponível em: <<https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmcp074045>>. Acesso em: 3 out. 2018.

APPELBAUM, Paul S. Consent in impaired populations. *Current neurology and neuroscience reports*. Sep. 2010. v. 10. Issue 5. p. 367-373. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11910-010-0123-5>>. Acesso em: 4 out. 2018.

ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003.

ARAÚJO, Fernando. O contrato Ulisses – I: o pacto anti-psicótico. *Revista jurídica luso-brasileira*. Ano 3 (2017) n. 2, p. 165-217. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0165_0217.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARNOUX, Irma. *Les droits de l'être humain sur son corps*. Talence: Presses Universitaires de Bordeaux. 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BAÚ, Marilise K.; PITHAN, Livia H. Aproximações entre bioética e direito: a exigência ética e jurídica do consentimento informado. In: KIPPER, Délio José (Org.). *Ética: teoria e prática. Uma visão multidisciplinar*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006. p. 133-150.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. por Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 31. n. 1. 2011. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/398/380>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

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

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa della II edizione. Napoli:

Edizoini Scientifiche italiane, 1994.

BIANCA, Cesare Massimo. Buona fede e diritto privato europeo. In: GAROFALO, Luigi (org.). *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporânea*. Padova: Cedam, 2003. p. 201-205.

BICHENO, Elisabeth; *et al.* *Storia della medicina*. (Parte prima: Dall'antichità al rinascimento). Milano: Editoriale Jaca Book. 1993.

BIZELLI, Rafael. *Contrato existencial: evolução dos modelos contratuais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993. Tradução de: Pedro Aragón Rincón.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107-149.

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

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 369-388.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. In: MELGARÉ, Plínio (org.). *O direito das obrigações na contemporaneidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 331-350.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*. Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014.

BOWMAN, Deborah. Who decides who decides? Ethical perspectives on capacity and decision-making. In: STOPPE, Gabriela (Ed.) *Competence assessment in dementia*. Viena: Springer, 2008. p. 51-59.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. In: NARCISO, Baez; CASSEL, Douglas. (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais - Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Unoesc, 2011, v. 1, p. 219-237.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípio da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 257-290.

BRASIL. Brasil no PISA 2015: análises e reflexões sobre o desempenho dos estudantes brasileiros / OCDE-Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. São Paulo: Fundação Santillana, 2016. Disponível em: http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/pisa/resultados/2015/pisa2015_completo_final_baixa.pdf. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 2 jun. 2018.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 3 jun. 2018.

BRASIL. *Decreto n. 592*, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 6 out. 2018.

BRASIL. *Lei n. 3.268*, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 6 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.146*, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 4 jun. 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.205*, de 21 de março de 2001. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110205.htm. Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5559/2016*. Dispõe sobre os direitos dos

pacientes. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087978>.
 Acesso em: 6 nov. 2018.

BRUNING, Maria Cecília Ribeiro; MOSEGUI, Gabriela Bittencourt Gonzalez; VIANNA, Cid Manso de Melo. A utilização da fitoterapia e de plantas medicinais em unidades básicas de saúde nos municípios de Cascavel e Foz do Iguaçu - Paraná: a visão dos profissionais de saúde. *Revista Ciência & saúde coletiva*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 10, p. 2675-2685, Out. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012001000017&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 23 set. 2018.

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia no Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais. v. 5. n. 19, julho/setembro, 2004, p. 83-129.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Por A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CANAVACCI, Laura. *I confini del consenso: Un'indagine sui limiti e l'efficacia del consenso informato*. Torino: Edizioni Medico Scientifiche, 1999.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations* (contrats, engagements unilatéraux, legs). 3. ed. Paris: Librairie Dalloz. 1927.

CARBONELL, Miguel. Libertad y derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Derecho constitucional: memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 273-293.

CARNEY, Maria T.; NEUGROSCHL, Judith; MORRISON, R. Sean; MARIN, Deborah; SIU, Albert L. The development and piloting of a capacity assessment tool. *The journal of clinical ethics*. v. 12. n. 1. 2001. p. 17-23.

CASCIARO, Giuseppe; SANTESE, Piero. *Il consenso informato*. Milano: Giuffrè, 2012.

CASTELLETTA, Angelo. *Responsabilité médicale*. Droit des malades. 2. ed. Paris: Dalloz, 2004.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a teoria tríplice da autonomia, paternalismo e direito de não saber na legalidade constitucional. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Direito civil: estudos*. São Paulo: Blucher, 2018. p. 143-172.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. 1. ed. 3a. reimpr. Curitiba: Juruá Editora.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa da responsabilidade contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CATÃO, Adrualdo de Lima. Uma visão pragmática na noção de fato no direito: o caráter interpretativo do fato jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. *Revisitando a teoria do fato jurídico: estudos em homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CATÃO, Adrualdo de Lima. *Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

CEZAR, Denise Oliveira. *Pesquisa com medicamentos: aspectos bioéticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CLARK, Matthew. Rational relationship to what? How Lawrence v. Texas destroyed our understanding of what constitutes a legitimate State interest. *Liberty University Law Review*. dez./2012. v. 6. Issue 2, article 9. p. 415-452.

CLERMONT Bernard; YACCARINI, Benoît. *Initiation au droit des affaires du Québec*. 4a ed. Québec: Les Presses de l'Université Laval. 1986.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*. T. 1. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

Code of ethics of the American Medical Association. May, 1847. Philadelphia: Turner Hamilton, Assembly buildings. Disponível em: <https://books.google.com.br/>, acesso em 2 nov 2018.

COSTA JÚNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). *Revista de Processo*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. v. 37. p. 238-270. jan./mar.1985.

CRETELLA JÚNIOR, José. As categorias jurídicas e o direito público. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 62. n. 2, 1967, p. 213-222 (a parte mencionada consta na p. 214). Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66520>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. Profissão liberal (verbete). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 62.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Elementos para uma ética constitucional: valores políticos e virtudes de cidadania. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*. São Paulo, ESDC, n. 09, p. 411-432, jan./jun. 2007.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DALLA-VORGIA, Panagiota; *et al.* Is consent in medicine a concept only of modern times? *Journal of medical ethics*. Feb. 2001. v. 27. N. 1. p. 59-61. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11233382>. Acesso em: 31 out. 2018.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil I*. Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. por Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961.

DE TILLA, Maurizio, *et al.* *La parola al paziente: il consenso informato e il rifiuto delle cure*. Milano: Sperling & Kupfer, 2008.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEUTSCHLAND. *Bürgerliches Gezetzbuch*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em 28 jul. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DOYA, Kenji. Modulators of decision making. *Nature neuroscience*. v. 11, n. 4. p. 410-416. Apr 2008. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nn2077.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

DOBELLI, Rolf. *A arte de pensar claramente: como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz*. Trad. por Karina Janini. Rio de Janeiro: Objetiva. 2013.

DONEDA, Danilo; MONTEIRO, Marília de Aguiar. Proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental e o direito fundamental à saúde - privacidade e *e-Health*. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo et. al (org.). *Proteção à privacidade e acesso às informações em saúde: tecnologias, direitos e ética*. São Paulo: Instituto da Saúde. 2015, p. 160-161.

DORAN, Evan; ROBERTSON, Jane; HENRY, David. Moral hazard and prescription medicine use in Australia - the patient perspective. *Social Science & Medicine*. v. 60, Issue 7, April 2005, p. 1437-1443.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. Tradução de: Marcelo B. Cipolla.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Nelson Boeira.

DUNN, Laura B.; NOWRANGI, Milap A.; PALMER, Barton W.; JESTE, Dilip V.; SAKS, Elin R. Assessing decisional capacity for clinical research or treatment: a review of instruments. *American journal of psychiatry*. Alington, v. 163. n. 8. Aug 2006. p. 1323-1334.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Coleção: a obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2009. Tradução de: Márcio Pugliesi.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*. Colección juristas perennes. v. 8. Valparaíso: EDEVAL, 1987. p. 32 e 35.

DUGUIT, Léon. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: Félix Alcan, Éditeur: 1908.

DUPUY, Pierre-Marie. Soft law and the international law of the environment. *Michigan Journal of international law*. n. 12. 1991. p. 420-435.

EHRHARDT JR., Marcos. *Direito civil*. LINDB e parte geral. v. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

ELIAS JR., Jorge, et al. Complicações do uso intravenoso de agentes de contraste à base de gadolínio para ressonância magnética. *Radiologia Brasileira*. Vol. 41. n. 4. São Paulo Jul/Ago 2008. P. 263-267. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-39842008000400013. Acesso em: 23 out. 2018.

ESPAÑA. *Código Civil*. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (legislación consolidada y actualizada). Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 6 set. 2018.

ESPAÑA. *Ley 41/2002*, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>. Acesso em: 12 out. 2018.

ESTARQUE, Marina. Para 94% dos obstetras e ginecologistas, plano atrapalha conduta médica. *Folhapress*, 5 jul. 2018. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/para-94-dos-obstetras-e-165200249.html>. Acesso em: 15 set. 2018.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas*. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988.

FACCHINI NETO, Eugênio. A responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento informado - limites e questões polêmicas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. v. 102/2015. nov./dez. 2015. p. 223-256.

FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível – o consentimento informado sob o prisma do direito comparado. *RJLB*, Lisboa, Ano 2, 2016, n. 1, p. 953-1024.

FACCHINI NETO, Eugênio; EICK, Luciana G. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre. V. 42, n. 138, jun./2015. p. 51-86.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press. 1986.

FARAH, Elias. Contrato profissional médico-paciente. Reflexões sobre obrigações básicas. *Doutrinas essenciais de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out. 2011. V. 5. p. 349-388.

FELICI, Alessandro. *Consenso informato*. Riflessioni di un medico paziente. Roma: Librati. 2008.

FERRER, Rebecca; KLEIN, William M. Risk perceptions and health behavior. *Current opinion in psychology*. v. 5. Oct. 2015. p. 85-89.

FEUILLET, Brigitte. Les directives anticipées en France, un indice de consentement à effets limités. In: NEGRI, Stefania (org.). *Self-Determination, dignity and end-of-life care*. Regulating advance directives in international and comparative perspective. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 195-207.

FERNANDES, Márcia Santana. *Bioética, medicina e direito de propriedade intelectual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLORIDI, Luciano. *La rivoluzione dell'informazione*. Trad. Por Massimo Durante. Torino: Codice Edizioni. 2012.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del Derecho Civil*. T. II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. Tradução de: José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle.

FOERDE, Karin, et al. Dopamine modulation of intertemporal decision-making: evidence from parkinson disease. *Journal of cognitive neuroscience*. May 2016. v. 28 n. 5, p. 657-667.

FOREMAN, David M. The family rule: a framework for obtaining ethical consent for medical

interventions from children. *Journal of medical ethics*. dec./1999. v. 25. I. 6. p. 491-500.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Ética, direitos dos usuários e políticas de humanização da atenção à saúde. *Revista Saúde e Sociedade*. v. 13. n. 3. São Paulo. Set.-dez. 2004.

FRADA, Manuel Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Os contratos autônomos de garantia. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 53. nov./1991. p. 238-251.

FRANCE. *Code Civil*. Version consolidée au 1 octobre 2018. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 1 out. 2018

FRANCE. *Code de la santé publique*. Version consolidée au 2 novembre 2018. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>. Acesso em: 16 nov. 2018.

FREITAS, Juarez. A Hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, v. 40, n. 130, jun. 2013, p. 223-244. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/297>. Acesso em: 14 set. 2018.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats. *Revue trimestrielle de droit civil*. n. 3. Paris. Dalloz Revues. jul./sept. 1995, p. 573-578.

FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá. 2008.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

FUNDUDIS, Trian. Consent issues in medico-legal procedures: how competent are children to make their own decision? *Child and Adolescent Mental Health*. Jan. 2003. v. 8. n. 1. p. 18-22.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. Tradução de: Enio Paulo Giachini.

GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. Tradução de Francisco Gascó e Lorenzo Albentosa.

GALGANO, Francesco. Verbete: Negozio giuridico. *Enciclopedia del diritto*. T. XXVII. Milano: Giuffrè Editore. 1977. p. 932-949.

GANZINI, Linda; VOLICER, Ladislav; NELSON, William; FOX, Ellen; DERSE, Arthur. Ten myths about decision-making capacity. *Journal of the american medical directors association*. Saint Louis, v. 5, n. 4, 2004, p. 263-267.

GHOOL, Ravindra B. The Nuremberg Code – A critique. *Perspectives in Clinical Research*. Apr-jun 2011. v. 2, n. 2. p. 72-76.

GIBERT, Sabine. *Guide de responsabilité médicale et hospitalière*. Quelle indemnisation du risque médical aujourd'hui? Paris: Berger-Levrault, 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRANLUND, David. Are private physicians more likely to veto generic substitution of prescribed pharmaceuticals? *Social Science & Medicine*. v. 69, Issue 11, December 2009, p. 1643-1650.

GRASSINI, Ennio; PACIFICO, Rodolfo. *Il consenso informato*. Le basi, la pratica e la difesa del medico. Torino: Seed. 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo. v. 77. 1982. p. 177-183.

GRAZIADEI, Michele. Il consenso informato e i suoi limiti. In: LENTI, Leonardo, *et. al.* (org). *I diritti in medicina*. Milano: Giuffrè Editore. 2011. p. 191-288.

GRIBAUDI, Maria Nefeli. *Consenso e dissenso informati nella prestazione medica*. Milano: Giuffrè Editore. 2012.

GRISSE, Thomas; APPELBAUM, Paul S. *Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals*. New York: Oxford University Press, 1998.

GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Dalloz, v. 93, n. 2, p. 275–285, avril./juin. 1994.

GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. *Constitutional Law*. 13th ed. New York: The Foundation Press, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. V. II. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HARMON, Louise. The doctor's trial at Nuremberg. In: RAFUL, Lawrence (org.). *The Nuremberg Trials: International Criminal Law Since 1945*. München: K.G. Saur Verlag. 2006. p. 164-174.

HARTOGH, Govert den. Do we need a threshold conception of competence? *Medicine, health care and philosophy*. V. 19, May. 2015. p. 71-83.

HEIN, Irma M., *et al.* Informed consent instead of assent is appropriate in children from the age of twelve: Policy implications of new findings on children's competence to consent to clinical research. *BMC Medical Ethics*. nov./2015. v. 16. n. 76. p. 2-7.

HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de derecho Constitucional*. Trad. por Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. [s.l.], v. 31, n. 1, p. 33-59, out. 2010.

HOBSON, Clarck. No (,) More Bolam Please: Montgomery v. Lanarkshire Health Board. *Modern Law Review*. V. 79. Issue 3. May 2016. p. 488-503.

HOGG, Christine. *Patients, power et politics: from patients to citizens*. London: Sage Publications, 1999.

IGUAL, María Clara Blasco. El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria. *Revista de Bioética y Derecho*. N. 35. Barcelona. 2015, p. 32-42.

ITALIA. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

ITALIA. Legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/1/16/18G00006/sg>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 1978.

IRVING, Greg, *et al.* International variations in primary care physician consultation time: a systematic review of 67 countries. *British Medical Journal Open* (BMJ Open). BMJ Publishing Group. London. Nov. 2017. p. 1-15.

JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

JHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Trad. por Rafael Benaion. T. IV. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JOHNSON, Sara B., *et al.* Adolescent maturity and the brain: the promise and pitfalls of neuroscience research in adolescent health policy. *Journal of adolescent health: official publication of the Society for Adolescent Medicine*. V. 45. I. 3. Sep. 2009. p. 216-221.

JONSEN. Albert R. *The birth of bioethics*. New York: Oxford University Press, 1998.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 53, p. 90-101, março/maio 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 304-305, abr./jun. 2008.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012. Tradução de: Cássio de Arantes Leite.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. On the reality of cognitive illusions. *Psychological Review*, v. 103, n. 3, 1996, p. 582-591.

KATZ, Jay. Informed Consent - A Fairy Tale? Law's Vision. *University of Pittsburgh Law Review*. V. 39. N. 2. Winter 1977. p. 137-149.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. Por João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

KENNEDY, Jamie. The right to receive information: the current state of the doctrine and the best application for the future. *Seton Hall Law Review*. v. 35. Issue 2, 2005, p. 789-821.

KEYNES, John Maynard. *The collected writings of John Maynard Keynes: the general theory and after*. V. XIV. P. II. Defence and development. Some economic consequences of a declining population. London: Macmillan, 1971.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KOHN, Linda T.; CORRIGAN, Janet M.; DONALDSON, Molla S. (edits.). *To err is human: building a safer health system*. Institute of Medicine (US) Committee on Quality of Health Care in America. Washington: National Academies Press, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017.

KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Revista Pensar*. Fortaleza. v. 18. n. 2, p. 354-400, maio./ago. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2696/pdf>. Acesso em 17 de julho de 2018.

KUTHER, Tara L. Medical decision-making and minors: issues of consent and assent. *Adolescence*. Summer 2003. v. 38 n. 150. p. 343-358.

LAGASTRA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LAMONT, Scott; JEON, Yun-Hee; CHIARELLA, Mary. Assessing patient capacity to consent to treatment: an integrative review of instruments and tools. *Journal of clinical nursing*. V. 22, Issue 17-18. Sept. 2013. p. 2387-2403.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Fundamentos de ética jurídica. Trad. por Luiz Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Revista Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n.1, 2017. p. 1-22.

LERA, Silvia Gaspar. Límites a la autonomía privada en el derecho de la persona. In: LUCÁN, María Ángeles Parra (Coord.). *La autonomía privada en el derecho civil*. Navarra: Editorial Aranzadi. 2016. p. 133-172.

LILLO, Pasquale. *Diritti fondamentali e libertà della persona*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.

LIMBACH, Francis. *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats*. Paris: LGDJ, 2004.

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

LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los medicos*. T. 1. Buenos Aires: Rubinzal, 1997.

LUCRÉCIO. *Da natureza das coisas*. Lisboa: Relógio d'Água, 2015. Tradução de: Luís Manuel Gaspar Cerqueira.

LUDWIG, Wittgenstein. *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. Tradução de: José Carlos Bruni.

LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.

LUZ, Madel Therezinha. *Novos saberes e práticas em saúde coletiva: estudos sobre racionalidades médicas e atividades corporais*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2007.

MAACK, Charles. "Medical Advice" or "Opinion" – the important difference. *Acta Scientific medical sciences*. V. 2. Issue 1. Jan. 2018. Disponível em: <<https://actascientific.com/ASMS/pdf/ASMS-02-0019.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. *Revista eletrônica do curso de direito – PUC Minas Serro*. Serro. n. 3. 2011. p. 11-20. Disponível em:

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/viewFile/1995/2178>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MAINE, Henry James Sumner. *Ancient Law, its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*. Tucson, Arizona: The University of Arizona Press, 1986.

MALUF, Adriana C. R. F. D. *Curso de bioética e biodireito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÁRTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín oficial del Estado, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). *Bioética e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 5. T. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 408-446.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo. s. ed. V. 1, Maio-2005. p. 41-66, trecho da p. 47.

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

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2004.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausula patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 87-114.

MEJURE, Maria Manuel Borges. Consentimento informado radiológico: processo de comunicação dos riscos ao paciente. *Lex medicinae - Revista Portuguesa de direito da saúde*. Coimbra (Coimbra Editora). Ano 6. n. 12. Jul-dez. 2009. p. 109-128.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marco Bernardes de. Sobre a classificação do fato jurídico da união estável. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR., Marcos, ALMEIDA DE OLIVEIRA, Catarina (Coord.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 143-163.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. T. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOLINARO, Carlos Alberto. Têm os animais direitos? Um breve percurso sobre a proteção dos animais no direito alemão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, v. 1, p. 155-172.

MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, Direitos Humanos e fundamentais: uma nova tecnologia disruptiva. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 39, p. 103-119, 2017.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Pensare il diritto civile*. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORÓN, Maria José Santos. Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid. n.15, 2011, p. 63-93.

MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: RIBEIRO, Antônio de Pádua *et al.* Portugal-Brasil ano 2000. *Boletim da Faculdade de Direito*. Studia Iuridica 40. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 149-246.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MURRAY, Peter M. The history of informed consent. *The Iowa Orthopaedic Journal*. 1990. v. 10. p. 104-109.

NALIN, Paulo. *Do contrato - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído (estudos completos). *RJLB*. Lisboa. Ano 2 (2013) n. 12, p. 13.983-13.024.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saiva, 2012.

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

NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

NEUNER, Jörg. O direito a não ser informado (a proteção privada da liberdade de informação negativa). *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, V. 9, n. 33, out-dez. 2015. p. 15-51.

NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. T. I. Coimbra: Coimbra Editora e Wolters Kluwer, 2010.

NEVES, Maria Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2, n. 2, 2006, p. 157-172. Disponível em: <www.periodicos.unb.br>. Acesso em: 15 ago. 2018.

NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Tradução de: Paulo César de Souza.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUSSBAUM, Martha C. Beyond “Compassion and Humanity”: Justice for Nonhuman Animals. In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. *Animal rights: current debates and new directions*. New York: Oxford University Press. 2005.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade pertencimento à espécie*. Trad. por Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

OBELLIANEE, Stéphane. *Les sources des obligations*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 2009.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

PALMER, Michael. *Problemas morais em medicina: curso prático*. Trad. por Bárbara Theoto

Lambert. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, v. 26., n. 113, p. 81-109, set./out. 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PELLEGRINO, Giulio. *Il consenso informato all'attività del medico: fondamenti, struttura e responsabilità*. Vicalvi: Key Editore, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 11. ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais orientadores do direito de família*. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1975*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, V. II.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, André Dias. Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. *Revista portuguesa do dano corporal*. Coimbra. APADAC. Ano XXV. n. 27. dez./2016. p. 25-38.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: RENovar, 2008. Tradução de: Maria Cristina de Cicco.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PLATÃO. *As leis, incluindo Epinomis*. 2. ed. Trad. por Edson Bini. São Paulo: Edirpo, 2010.

PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.

Principles of European Tort Law – Text and Commentary, Springer, 2005.

Principles of consent. Guidance for nursing staff. Royal College of Nursing. London: 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento*

informado. Curitiba: Juruá: 2008.

RAMASUBRAMANIAN, Lakshmiprabha, *et al.* Evaluation of a structured assessment framework to enable adherence to the requirements of Mental Capacity Act 2005. *British Journal of Learning Disabilities*. v. 39. Issue 4. dec./2011. p. 314-320.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2016.

RENDTORFF, Jacob D. The limitations and accomplishments of autonomy as a basic principle in bioethics and biolaw. In: WEISSTUB, David N.; PINTOS, Guillermo Díaz (orgs.). *Autonomy and human rights in health care: an international perspective*. Dordrecht: Springer, 2007.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000. Tradução de: Dinah de Abreu Azevedo.

REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 74, p. 195-210, jan./1979.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos no direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Vivian e STOCHERO, Tahiane. 96% dos pacientes relatam problemas com plano de saúde; 90% dos médicos reclamam de interferência, diz Datafolha. *GI SP*. 19 jul. 2018 Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/07/19/96-dos-pacientes-de-sp-relatam-problemas-com-plano-de-saude-diz-datafolha.ghtml>>. Acesso em: 15 set. 2018.

RBII, Jamal. L'acte unilatéral réceptive. In: NICOD, Marc (Dir.). *Métamorphoses de l'Acte Juridique*. v. 12. Paris: LGDJ, 2011.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 733-760.

RIDGWAY, Derry. Court-mediated disputes between physicians and families over the medical care of children. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*. Sep. 2004. V. 158. N. 9. p. 891-896.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado*. 2. ed. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

RODOTÀ, Stefano. Editoriale. *Rivista Salute e Società*. Consenso Informato in medicina: aspetti etici e giuridici. Bologna. Franco Angeli Editore. A. IX, n. 3, 2012. p. 9-12.

RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Trad. por Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta. 2010.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 25-51, quanto às teorias mistas, vide p. 33-34.

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

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. *Revista de informação legislativa*. Brasília. a. 41, n. 163, jul./set. 2004. p. 113-130.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Pessoa, personalidade, conceito filosófico e conceito jurídico de pessoa: espécies de pessoas no direito em geral. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 118/2018, p. 281-291, jul./ago. 2018.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. Tradução de: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

ROPPO, Vincenzo. *Diritto privato*. Turim: Giapichelli, 2010.

ROSS, William David. *The right and the good*. New York: Oxford University Press, 2007.

ROSEVALD, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ROSEVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 81-111.

ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.

RUARO, Regina Linden. Direito fundamental à liberdade de pesquisa genética e à proteção de dados pessoais: os princípios da prevenção e da precaução como garantia do direito à vida privada. *Revista do Direito Público*, Londrina, v.10, n.2, p.9-38, maio/ago.2015.

SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*. Paris: Pichon, 1901.

SALDANHA, Leonardo Tricot. *Legitimação política democrática e autonomia*. Porto Alegre: Uniritter Editora, 2008.

SANTOS, Raquel Luiza *et al.* MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment in

Alzheimer disease: cross-cultural adaptation. *Arquivos de Neuro-psiquiatria*. v. 75, n. 1. São Paulo, jan. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X2017000100036>. Acesso em: 4 out. 2018.

SÃO PAULO. *Lei n. 10.241*, de 17 de março de 1999. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/alesp/pesquisa-legislacao/?status=G&tipo=9&numero=10241&ano=1999&texto=>>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista brasileira de direito animal*. Ano 2, n. 3, jul.-dez. 2007. p. 69-94. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10358/7420>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Revista civilistica.com*. v. a.1. n. 1. 2012, p. 1-30. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit roman*. T. 1. Trad. por M. CH. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, 1840.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCAZUFCA, Márcia, et al. Investigações epidemiológicas sobre demência nos países em desenvolvimento. *Revista saúde pública*. 2002. v. 36, n. 6, p. 773-778.

SCHMIDT NETO, André Perin; FACCHINI NETO, Eugênio. Ensaio jurídico sobre a racionalidade humana: maiores, capazes e irracionais. *Revista brasileira de políticas públicas*. Brasília. Uniceub. V. 8. N. 2. Ago. 2018. p. 65-88.

- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SCOTLAND. Age of legal capacity Act 1991. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/50/contents>>. Acesso em: 26 out. 2018.
- SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 1999.
- SERRANO ALONSO, Eduardo. *La confirmacion de los negocios juridicos*. Madrid: Tecnos, 1976.
- SHAROT, Tali. *The optimism bias: a tour of the irrationally positive brain*. New York: Pantheon Books, 2011.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo W. (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 127-150.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. Consentimento informado: panorama e desafios. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2a. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018. p. 491-501.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. Interesse legítimo e potestà: al di là della comprensione del diritto soggettivo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro. V. a. 4. n. 2. 2015. p. 1- 22. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sombra-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro. a.2. n. 2. abr./jun 2013. p. 1-27. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Souza-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017, p. 1-48.

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

SPRIGGS, Merle. *Autonomy and patients' decisions*. Lanham: Lexington Books, 2005.

STEFANELLI, Stefania. *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*. Roma: Istituto per gli Studi Economici e Giuridici, 2011.

STERNBERG, Robert J. *Psicologia cognitiva*. Trad. por Roberto Cataldo Costa. 4. ed. Porto Alegre, Artmed, 2008. p. 409-410 e 445.

STRAUT, Charles B. Due process disestablishment: why *Lawrence v. Texas* is a first Amendment case. *New York University Law Review*. v. 91. n. 6., dez./2016. p. 1794-1820.

STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN Ivar. A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Struchiner-e-Hannikainen-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

STURMAN, Edward D. The capacity to consent to treatment and research: a review of standardized assessment tools. *Clinical Psychology Review*. v. 25, issue 7, nov./2005, 954-974.

SUNSTEIN, Cass R. On preferring A to B, while also preferring B to A. Forthcoming, rationality and society. *Harvard public law working paper* n. 18-13. March 21, 2018. p. 1-25, trechos da p. 1. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3132428>>. Acesso em: 13 set. 2018.

SULLIVAN, E. Thomas; MASSARO, Toni M. *The arc of due process in American Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2013.

TAYLOR, Brian J. *Professional decision making and risk in social work*. 2. ed. London: Sage, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Procurador para cuidados de saúde do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista brasileira de direito civil*. Rio de Janeiro. V. 1. jul./set. 2014. p. 8-37.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 227-247.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista jurídica*. Porto Alegre, v. 51, n. 311, set. 2003. p. 18-43.

TERRÉ, François. Note bibliographique de RIEG, Alfred. Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. *Revue Internationale de droit comparé*, Paris: LGDJ, vol. 14, n. 1, p. 240-242, Janvier-Mars 1962.

TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. por José Engracia Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Trad. por Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TILLET, Jackie. Adolescents and informed consent: ethical and legal issues. *The Journal of Perinatal & Neonatal Nursing*. Apr.-Jun. 2005. V. 19. N. 2. p. 112-121.

TOLSTOI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Trad. por Boris Schnaiderman. São Paulo: Editora 34, 2006. p. 38-39.

TONETTO, Leandro Miletto, *et al.* O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *Estudos de Psicologia*. Campinas, v. 23, n. 2, p. 181-189 (em especial na p. 184), abr./jun. 2006.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

TUHR, Andreas Von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. por W. Roces. Tomo I. Madrid: Reus, 1934.

UNIDROIT. *Principles of international commercial contracts*, Rome, 2016. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>. acesso em 30 set. 2018.

UNITED KINGDOM. *Children Act 2004*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/31/contents>>. Acesso em: 27 out. 2018.

UNITED KINGDOM. *Mental Capacity Act, 2005*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/section/3>>. Acesso em: 25 out. 2018.

URZÚA, Alberto Lecaros. Hacia una autonomía encarnada: consideraciones desde un ethos de la finitud y la vulnerabilidad. *Revista Latinoamericana de Bioética*, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, n. 2, p. 162-187, jul.-dez. 2016.

USTÁRROZ, Daniel. *Contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2015.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VILLELA, João Baptista. *Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual*. In: DIAS, Adahyl Lourenço *et al.* Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 251-266.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

VIMERCATI, Benedetta. *Consenso informato e incapacità*. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica. Milano: Giuffrè, 2014.

WEITHORN, Lois A., CAMPBELL, Susan B. The competency of children and adolescents to make informed consent about treatment decisions. *Child Development*. Dec. 1982. V. 53. p. 1589-1598.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. V. I. Parte prima. Trad. por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1902.

YAARI, Michel; ROMAN, Angelmar C. Práticas integrativas. In: GUSSO, Gustavo; LOPES, José. *Tratado de medicina de família e comunidade*. Porto Alegre: Artmed, 2012. p.707-721.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good faith in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br