

# **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II**

**CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA**

**CLÁUDIA FRANCO CORRÊA**

**ROBERTO SENISE LISBOA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Cláudia Franco Corrêa; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-068-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

---

### **Apresentação**

Os trabalhos apresentados demonstram a sensibilidade necessária a compreensão do direito civil contemporâneo. Um direito que transborda sensibilidade e realidade. Nesta perspectiva, temos robusta tendência investigativa na seara dos direitos reais através da perspectiva asseguratória da função social, bem como pela égide da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, portanto, os trabalhos com os temas sobre a usucapião de bens públicos, desjudicialização no cotejo da usucapião extrajudicial, os sentidos do direito de propriedade contemporâneo à luz da teoria Crítica do direito privado, as nuances judiciais do Direito de superfície e suas complexidades além do inovador Direito de laje com suas indagações e reflexões. Também foi possível perceber interlocuções substanciais na esfera dos direitos da personalidade em tempos de "Idade Mídia", incluindo o essencial debate na área da herança digital e as questões proeminentes no dever informação na relação médico e paciente. Para além de uma análise econômica, privilegiou-se a relevante discussão sobre instituto das diretivas antecipadas de vontade no intuito de garantir a vida e a morte digna, com a mesma índole constitucional na possibilidade de retificação do nome social e do sexo de transgêneros em sede cartorial extrajudicial. Dentro de tal contexto de cientificidade os contratos de plano de saúde e o enredo principiológico dos direitos contratuais também foram contemplados com interpretação dialogal necessária aos objetivos propostos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**VIOLAÇÃO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO: UMA ANÁLISE DA VULNERABILIDADE DO PACIENTE EM FACE DO DEVER DE INFORMAR E DA PARCERIA TERAPÊUTICA**

**VIOLATION OF THE MEDICAL SERVICE AGREEMENT: AN ANALYSIS OF THE PATIENT'S VULNERABILITY DUE TO THE DUTY TO INFORM AND THE THERAPEUTIC PARTNERSHIP**

**Cleber Sanfelici Otero  
Márcia Leopoldino do Carmo de Melo**

**Resumo**

A elaboração do contrato, entre médico e paciente, é substancial e pode transcender a relação de consumo, ante eventuais danos que podem ser gerados. Constitui vínculo no qual o paciente deposita confiança, sua saúde e sua vida ao médico. Por vezes, há falha na orientação quanto às informações imprescindíveis aos pacientes. O médico tem o dever de informar, em linguagem acessível, sobre os riscos, alternativas e procedimento a ser realizado. O escopo é demonstrar, com revisão exploratória da literatura jurídica, a vulnerabilidade do paciente diante da falta ou descumprimento do consentimento.

**Palavras-chave:** Vulnerabilidade, Médico, Paciente, Contrato, Dano

**Abstract/Resumen/Résumé**

The drafting of the contract, between physicians and patients, is substantial and can transcend the consumption relationship, given the damage that can be generated. It constitutes a bond in which the patient places trust, his health and his life to the doctor. Sometimes there is a failure to provide guidance as to the essential information to patients. The physician has the duty, in accessible language, to inform about the risks, alternatives and procedure to be performed. The scope is to demonstrate, with an exploratory review of legal literature, the patient's vulnerability in the absence or non-compliance of consent.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Vulnerability, Physician, Patient, Contract, Damage

## 1 INTRODUÇÃO

Ante o aumento das relações de consumo de bens e da prestação de serviços, houve a necessidade de assegurar maior proteção dos consumidores para lhes assegurar a dignidade, os direitos fundamentais e da personalidade, inclusive com o estabelecimento de mais direitos e deveres. Estas relações jurídicas, via de regra, deveriam se tornar mais seguras e menos oblíqua, embora nem sempre isso seja possível.

As relações de consumo, acima de tudo, possuem, em grande parte, repercussão social e jurídica, nas quais há a salvaguarda das pessoas em face da presunção da vulnerabilidade do consumidor. Mesmo assim, por vezes, ocorre a má prestação do serviço, com casos de dano direto ao consumidor, comprometendo a relação que inicialmente ressoava de boa fé e confiabilidade.

Com o desenvolvimento tecnológico e outras conquistas da atividade humana, o que também se verifica na área da saúde, maior deverão ser os cuidados nas relações contratuais e, para isso, há necessidade de os comportamentos serem éticos. Na medicina, por exemplo, é preciso verificar se as técnicas utilizadas são atuais, adequadas e a contento para a proteção dos pacientes, inclusive, quando possível, com a observância dos fins contratuais buscados pelas partes ao celebrarem um contrato ou demandarem a prestação de um serviço.

Dada a vulnerabilidade do paciente, é necessário, para a validação da relação jurídica, compreender a estrutura contratual e suas peculiaridades, também quanto ao prazo antecipatório da assinatura contratual e do consentimento para o procedimento médico. Para tanto, torna-se relevante definir quais são os deveres e direitos do médico perante o paciente, e vice-versa, principalmente quanto ao consentimento informado, em conformidade com fundamentos normativos de todo um conjunto de princípios e regras, não apenas sob um panorama legalista estrito.

No âmbito dos direitos da personalidade, torna-se necessário aprofundar os conhecimentos acrescidos e reconhecidos à pessoa humana em face da vulnerabilidade em relações negociais, porquanto, ao lado de excelentes profissionais da medicina, há muitos médicos que não honram a relação contratual e descumprem o acordo consentido na sua forma e origem, e, conseqüentemente, acarretam danos aos pacientes.

Diante de tal atitude, é imprescindível a divulgação de que o sistema pátrio garante ao paciente ora contratante termos protetivos aos danos que lhe foram causados, os quais devem ser indenizados por quem causou os prejuízos.

Esta pesquisa busca esclarecer como se forma a relação jurídica médico-paciente, o tipo de contrato e os elementos essenciais, a proteção contra os problemas decorrentes da inexecução contratual adequada, seja por ação ou omissão, bem como se há direito a indenização em razão da ausência de consentimento informado e da parceria terapêutica.

Para responder essas questões iniciais, utiliza-se o método de abordagem da pesquisa bibliográfica. Em termos gerais, esta pesquisa pode ser caracterizada como exploratória e descritiva, com investigação para maior familiaridade com o assunto, bem como para buscar a resolução de problemas, melhorando as práticas por meio da observação, análise e descrições objetivas.

Para tanto, o estudo foi dividido em momentos: no primeiro momento, analisar-se-á a situação de vulnerabilidade natural de pacientes na relação contratual havida com médicos, para, na sequência, compreender a necessidade de serem informados sobre os procedimentos médicos. Em seguida, ante a informação, é necessária o entendimento acerca do consentimento informado para que o contrato de prestação de serviços médicos se aperfeiçoe. Com relação bilateral formada, torna-se necessário saber quais são os direitos e deveres decorrentes da celebração contratual, bem como suas peculiaridades prestacionais. Ao final, aborda-se a consequência da ação ou omissão inadequada, como forma de descumprimento contratual, dilacerador do paciente vulnerável que, empunhado de sua autodeterminação, transparência e boa-fé, concorda com a realização do procedimento médico, mas que pode resultar numa prestação infrutífera e frustrada, porquanto a integridade física, moral, psíquica e a dignidade podem ser transgredidas.

## **2 A VULNERABILIDADE DO PACIENTE DIANTE DO NÃO CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS**

Na relação de consumo, sempre o mais vulnerável é o consumidor. Entre o médico e o paciente, não é diferente, pois o mais vulnerável é o paciente, porquanto este não domina e não tem conhecimento das técnicas da medicina. A vulnerabilidade do consumidor torna-se ainda maior se houver má conduta do médico ou com o descumprimento de contrato por parte dos profissionais da saúde, o que pode acontecer em razão de os contratos não serem bem negociados, ainda mais com a prevalência de contratos verbais.

A vulnerabilidade do consumidor revela-se ainda maior em face da dificuldade de demonstrar a culpa ou a conduta incorreta do médico, o que por vezes se revela quase

impossível, uma vez que a ofensa nem sempre é evidente, apesar de os erros serem grosseiros e com atuações absurdamente incorretas por parte de alguns profissionais da medicina.

A inexecução contratual e a existência de informações oblíquas fornecidas aos pacientes podem ferir a integridade física e psíquica, a dignidade, a imagem, a honra e até a vida. Segundo Lima e Bueno (2009, p. 274) “a vulnerabilidade individual ou biológica refere-se ao grau e à qualidade da informação que os indivíduos recebem sobre o problema, ou seja, o tipo de informação de que a pessoa dispõe e como a utiliza”.

O médico tem dever ético-profissional de cientificar pormenorizadamente o paciente sobre procedimentos e tratamentos possíveis de serem realizados, porquanto os pacientes ou não detêm a informação ou, quando as detêm, elas são insuficientes. Na prática, há disparidade nesta conduta por parte dos profissionais, de maneira que, para quem não as cumpre, caberia a imposição de observância do Código de Ética e das normas legais em face da necessidade de assegurar o direito dos pacientes por toda a comunidade médica.

Com efeito, assim defende Genival Veloso França (2013, p. 243): “[...] no âmbito do exercício da medicina, [há] um elenco de obrigações a que está sujeito o médico, e cujo não cumprimento o leva a sofrer as consequências impostas normativamente pelos diversos diplomas legais”.

É importante aclarar que a obrigação médica ocorre no início do procedimento, durante e, por vezes, após o tratamento ou cirurgia, de maneira que a responsabilidade pode surgir se o profissional de medicina não cumprir adequadamente o contrato ou realizar uma má prestação de serviço em qualquer destas fases, mas de modo a acarretar dano ao paciente.

O problema jurídico muitas vezes não está na execução do contrato, mas na sua forma inadequada ou no seu cumprimento imperfeito:

O contrato mal cumprido ou cumprimento imperfeito compreende as violações contratuais advindas da inobservância dos requisitos imprescindíveis do contrato, gerando a insatisfação do credor. O fato do cumprimento do contrato não ser perfeito, não quer dizer que não fora cumprido, e sim cumprido indevidamente ou em desconformidade. (SANTOS, 2017, p. 1)

Ressalta-se que, para todo contrato violado, pode ocorrer um dano que deve ser indenizado, consoante o dever de reparação entabulado no art. 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.  
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida

pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Se havia outras alternativas, mas o médico preferiu tratar o paciente de forma penosa e demorada, ou se não cumpriu o combinado, ele também deverá indenizar o paciente pelo péssimo atendimento e não cumprimento do contrato. Ressalta-se, nesse sentido, que o art. 389 do Código Civil assim determina: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Dessa forma, em razão de haver condenação em perdas e danos, a culpa é um elemento que agrega a indenização.

Com base no art. 927 do Código Civil, é possível traçar o viés da obrigação médica de reparar o dano, inclusive de forma objetiva se a obrigação for de resultado:

Quando o médico viola esses deveres implícitos no exercício da assistência médica, será imputada ao mesmo a responsabilidade objetiva quanto ao resultado advindo da sua conduta. O contrato que não for completamente satisfatório para o paciente, quanto ao modo, lugar e duração pactuados haverá o cumprimento imperfeito prestado pelo médico, autorizando o pedido de indenização pela parte lesada. (SANTOS, 2017, p. 2)

Na obrigação de resultado, como em uma cirurgia estética, o médico se obriga a entregar o resultado previsto, pois, mesmo que o contrato não contenha esta cláusula, o profissional deverá indenizar se não atingido o resultado esperado.

Por sua vez, urge esclarecer que, se a obrigação é de meio, não se garante o resultado no tratamento contratado, em especial se o médico houver empregado as técnicas adequadas no tratamento ou procedimento. A propósito:

[...] em se tratando de obrigação de meio, é que o médico não tem como afirmar o sucesso do que fora proposto, eis que cada indivíduo se comporta de maneira diversa diante dos tratamentos, procedimento e cirurgias propostas. O médico não pode ser constrangido a alcançar o êxito, pois isso é impossível. (SANTOS, 2017, p. 3)

Uma determinada condição clínica do paciente, por outro lado, pode ser utilizada como justificativa para o médico não indenizar, ao lado de diversas outras exceções que o profissional pode alegar a seu favor. Assim, mesmo não cumprindo o contrato e ocasionando dano ao paciente, o profissional pode alegar diversas excludentes para evitar uma indenização. Essas excludentes possuem o objetivo principal de impedir a caracterização do nexo causal, um dos pressupostos que configura a responsabilidade civil. Segundo Scaletsky



(2017, p. 22): “As excludentes que ensejam o rompimento do nexo causal são: a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiro, o caso fortuito e a força maior”.

Quanto à culpa exclusiva da vítima, se esta não seguiu as ordens recomendadas para o pós-cirúrgico ou se o paciente não realizou o devido repouso orientado, enfim, se o comportamento do consumidor gerou dano a ele mesmo, tem-se que estes comportamentos fazem distanciar o profissional do dever de indenizar. Seja como for, o médico não pode ter colaborado para acarretar o evento danoso:

[...] para que se caracterize essa causa excludente, é indispensável a prova do nexo causal entre a conduta da vítima (como causa direta e determinante) e o dano, bem como da não concorrência do médico para o evento danoso, sob pena de configurar a responsabilidade do profissional, em razão da sua colaboração, ainda que mínima, para a ocorrência do prejuízo. Nessa última hipótese, estaria caracterizada a culpa concorrente da vítima, caso em que há o concurso de responsabilidade. (SCALETSCKY, 2017, p. 23)

Já a culpa exclusiva de terceiro pode ocorrer nas hipóteses em que nem o fornecedor do serviço nem o consumidor colaboraram para o resultado, algo que se aproxima de caso fortuito ou força maior, como na situação em

[...] que um paciente esteja internado em determinado hospital e seus desafetos o estejam procurando em busca de vingança. Na hipótese de invasão de hospital pelos delinquentes com eventuais consequências danosas para os demais pacientes, poderemos qualificar tal ilícito como fato de terceiro, pois inteiramente imprevisível e estranho ao objeto do contrato de prestação de serviços que foi entabulado entre os pacientes e a entidade hospitalar. (MELO, 2014, p. 139)

O caso fortuito e a força maior, como um acontecimento natural inesperado, também podem ser excludentes da responsabilidade, conforme assim dispõe o Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.  
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2002)

Devido a tais circunstâncias, que se verificam em cada caso concreto, pode haver ou não o dever de indenizar, consoante pontos a serem rebatidos, mas jamais sem olvidar que o paciente é a parte vulnerável na relação. De início, em se tratando o médico de um profissional liberal, sem que a responsabilidade seja objetiva, recai sobre o paciente a missão de demonstrar uma falha, a má conduta profissional ética ou a falta de perícia.

Surgem indagações. Como o paciente há de se munir? Deve ele arquivar documentos? Ante a confiança na relação médico-paciente, não seria demasiada abstrata a ponto de se deixarem oblíquas informações imprescindíveis, então como prová-las? Por não ter o paciente a perícia da profissão, há como ele saber se os documentos a ele entregues pelo médico estão "blindados" e se outros ficaram à mercê do profissional? Ante tais perguntas, conveniente seria a inversão do ônus da prova a ser estabelecida pelo magistrado consoante o direito do consumidor previsto no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC): "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (BRASIL, 1990). Ao contrário de doutrina diversa (KFOURI NETO, 2019, p. 63-64), concordamos com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre hospitais ou médicos e os pacientes ante a ampla abrangência das relações de consumo no direito brasileiro (arts. 2º e 3º do CDC), mas, ainda que não fosse possível, a inversão do ônus da prova é agora plenamente permitida pelo art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015).

É relevante esclarecer que há casos em que o médico não conseguirá afastar sua responsabilidade, como nos casos em que ocorre a iatrogenia e o erro de diagnóstico.

[...] consiste em uma alteração patológica provocada no paciente, por um tratamento, causando uma lesão. Isto é, o dano é provocado por ato do próprio médico em pessoas doentes ou sadias, cujos transtornos são inesperados ou imprevisíveis. São termos excludentes e inconciliáveis, já que a iatrogenia consiste em uma imperfeição de conhecimentos científicos. (SCALETSKY, 2017, p.26)

O erro de diagnóstico consiste na atitude errônea do médico, seja na hora na cirurgia, no pós-cirúrgico ou na recuperação, no entanto, para o paciente conseguir comprovar o erro, este deve ter uma característica grosseira, v.g, o esquecimento de uma tesoura dentro do paciente. Do contrário, quando constatado um erro mínimo, será difícil o consumidor conseguir provar:

Nem sempre as circunstâncias e o estado do paciente favorecem concluir um diagnóstico exato e preciso. Ademais, a medicina ainda não tem a resposta a todas as sintomatologias. Os erros evitáveis derivados de diagnósticos afoitos, descuidados, sem o respaldo de exames laboratoriais ou por imagens, incondizentes com princípios patogênicos elementares, estes sim, são entendidos como produtos da negligência. (POLICASTRO, 2010, p. 49)

Por outro lado, nos casos em que a responsabilidade médica não é evidente, o paciente, dada a sua vulnerabilidade, precisa de proteção, acesso à informação, bem como a

extensão da divulgação dos direitos que antecedem uma cirurgia, um procedimento ou orientação, independente do grau, de maneira a assegurar uma prevenção suficiente. Esta proteção deve ser ainda maior para as pessoas de grupos não inseridos, sempre com o intuito de buscar a igualdade social:

[...] para que haja igualdade social há que se reconhecer uma proteção especial a aqueles que estão no corpo social, mas que sofrem opressões; não são inseridos (grupos vulneráveis) ou reconhecidos (minorias), em decorrência de algum traço que não é identificado como típico da sociedade. (SIQUEIRA; CASTRO, 2017, p. 5)

Nota-se que o direito do consumidor, principalmente no que tange à relação médico-paciente, tem muito ainda que avançar, pois a vulnerabilidade do paciente é pré-existente, já que ele não se torna vulnerável com maus procedimentos ou má conduta ética, moral e técnica do médico. O paciente é vulnerável pelo simples fato de ser paciente e isso toma intensidade maior no percurso penoso, pós condutas arbitrárias do profissional, que, por vezes, conta com a morosidade da solução do caso e com sinistros pagos por seguradoras.

Judicializada a questão, em contraposição à vulnerabilidade dos pacientes, há alguns médicos que se sentem acobertados por prazos processuais que não maculam sua atividade profissional, ao passo que os paciente respectivos passam a penar com a demora, a dor e o prejuízo financeiro.

O descumprimento ou a execução inadequada do contrato evidenciam a vulnerabilidade do paciente, com a sensação de que ele “pagará a conta”, ora pela demora penosa da solução, ora pela insegurança jurídica do sistema, muitas vezes com o lamentável resultado de impunidade a beneficiar alguns profissionais.

### **3 DEVER DE INFORMAR E DIREITO DE RECEBER A INFORMAÇÃO**

Dizer a verdade sobre todo o procedimento, dando ciência ao paciente sobre o que será feito, é um dever médico muito importante, provavelmente um dos mais relevantes, até porque se o médico omitir informação estará infringindo o disposto no art. 186 e 187 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Informação insuficiente ou inexistente leva, por si só, à responsabilidade civil. O consentimento é dependente da informação, de maneira que, se ela for corrompida, restará prejudicada a autonomia do paciente para decidir.

O Termo Consentimento Informado (TCI) abrange a comunicação que deve existir entre o médico e o paciente antes de ser realizado qualquer procedimento, documento no qual o profissional presta informações e o paciente, ciente das mesmas, expressa sua concordância e vontade em realizar o procedimento proposto.

O consentimento informado ocorre em uma relação médico-paciente que possibilita ao paciente tomar conhecimento de sua situação clínica, saber os riscos e as alternativas possíveis para o seu tratamento e, ao final, posicionar-se sobre o tratamento que deseja receber. Trata-se, portanto, de uma mudança na relação que anteriormente era pautada, na maioria das vezes, em uma decisão apenas do profissional:

O consentimento livre e esclarecido corresponde, essencialmente, a um novo modelo de tomada de decisão no contexto da saúde individual que, ao fundamentar-se no respeito à autodeterminação do paciente, traz profundas alterações à própria dinâmica da relação médico-paciente, tradicionalmente pautada no poder de decisão do médico. (GUZ, 2010, p. 95)

Ressalta-se que, mesmo utilizando o documento escrito, é imprescindível a comunicação verbal com o paciente. Entretanto, não pode haver a ausência de documento escrito, como, por vezes, acontece nos contatos médicos que ocorrem somente entre médico e paciente, sem qualquer prova para o caso de um eventual conflito.

Ressalta-se que, em conformidade com o princípio da informação, deve prevalecer a boa-fé subjetiva a reger os contratos: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL, 2002).

Neste contexto, com a informação adequada, o paciente poderá escolher o método que desejar para realizar o procedimento médico, ou seja, ele terá o direito de escolha, consoante o Princípio da Autonomia do paciente. Assim, ele deve ser informado para ter ciência dos fatos e escolher se fará ou não o procedimento, e também a forma que será feito, tendo em suas mãos o poder de decidir sobre seu próprio corpo:

[...] o princípio da autonomia é talvez o mais discutido na literatura ética, especialmente na literatura referente à relação médico-paciente e à obtenção de consentimento informado. Segundo este conceito, ao paciente deve ser dado o poder de tomar as decisões relacionadas ao seu tratamento. O termo autonomia significa capacidade de se autogovernar. Para que um indivíduo seja autônomo, ou seja, capaz

de realizar escolhas autônomas, é necessário que este indivíduo seja capaz de agir intencionalmente e que tenha liberdade para agir intencionalmente (UGARTE; ACIOLY, 2014, p. 2)

Além do Princípio da Autonomia, há também o Princípio da Transparência que rege a relação médico-paciente em conformidade com o disposto no art. 6º do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...].

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

[...]. (BRASIL, 1990)

Em adição, ligado ao direito de informação, tem-se o princípio da autodeterminação, que confere ao paciente o direito de decidir de maneira livre o que será feito com ele mesmo:

O uso do termo de consentimento informado com um enfoque bioético o considera como a materialização documental do respeito à autodeterminação do paciente e uma oportunidade pedagógica de ensino e aprendizagem sobre sua saúde. (PITHAN, 2009, p. 37)

Assim, o princípio da autodeterminação está diretamente ligado ao direito do consentimento informado, pois, ao respeitar o princípio da autodeterminação, o médico passa a ter uma relação de parceria terapêutica:

Esta transformação ocorre, prioritariamente, com o reconhecimento da autodeterminação do paciente, na esteira de um crescimento no âmbito dos Direitos de Personalidade reconhecidos à pessoa humana. Tendencialmente, se passa de uma perspectiva paternalista da relação - em que o médico decide sozinho - para uma relação cujo objetivo é a chamada “parceria terapêutica”, em que o profissional compartilha decisões com aquele que é diretamente afetado por elas. A exigência do consentimento informado surge justamente como expressão desta mudança. (PITHAN, 2009, p. 12)

No Brasil, valora-se o documento físico, com a exposição do procedimento, mas não se descarta a comunicação oral, porquanto é pertinente e fundamental usar de todos os meios que antecedem o procedimento para que o paciente se sinta seguro, acolhido e bem informado sobre o assunto. O consentimento informado não constitui mero documento desqualificador de responsabilidade do contrato prestacional, pois não se deve utilizá-lo para a isenção de responsabilidade ou mero instrumento defensivo e distorcido de estratégia banalizada.

Repudia-se esse tipo de conduta profissional, uma vez que distancia e degrada uma relação que deveria estar baseada na mútua confiança. No caso, de inconsciência do paciente,

deve-se seguir o protocolo médico, qual seja, informar a família, porém, em caso de impossibilidade de comunicação, deve prevalecer a vida. No caso de uma possível comunicação, mesmo que curta de expressão de vontade nos casos de pacientes capazes e adultos, deve prevalecer a vontade.

#### **4 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO: RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE**

Antes do médico realizar um procedimento no paciente, é preciso que este tenha ciência do que será feito, bem como a celebração de um contrato entre as partes, seja verbal ou escrito. É importante frisar que o contrato escrito dá segurança jurídica, até mesmo porque se torna uma prova material sobre o acordo inicial entre médico e paciente.

Quanto às partes do contrato, necessitam ser capazes. A capacidade, sabe-se, comporta duas espécies: a) a capacidade de direito ou de gozo, que é a aptidão de todo ser humano, por ser pessoa, para ser titular de direitos e obrigações; b) a capacidade de fato, de agir ou de exercício, referente à aptidão da pessoa para exercer por si própria os atos da vida civil. No referente à capacidade de fato, se a pessoa for absoluta ou relativamente incapaz deverá ser devidamente representada ou assistida, respectivamente, no negócio jurídico. Logo, quem deve ser informado é o paciente, ou as pessoas que possuem autorização em seu nome.

Fabbro (1998, p. 8-9) adverte que, “para que o paciente possa validamente, do ponto de vista legal, receber a informação e, sobretudo, consentir, ele deverá ter capacidade nos termos da legislação civil vigente”, mas, independentemente da idade do paciente, há o direito de ser informado.

Tem-se entendido que a capacidade é requisito essencial de validade do consentimento, porém, nas relações que envolvam médicos e pacientes, a capacidade de fato pode não representar o mesmo que discernimento, ainda mais agora que a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) alterou o Código Civil de 2002 para estabelecer que apenas os menores de 16 anos são absolutamente incapazes:

Assim, no caso concreto, quando o médico esteja diante de um paciente civilmente capaz, mas constate que o mesmo não possui condições de, autonomamente, tomar decisões sobre sua saúde, deve-se questionar se este terá capacidade para consentir e, se for o caso, buscar suprimento judicial para esse consentimento. Em verdade, capacidade civil e capacidade para consentir são institutos diferentes que, portanto, necessitam de tratamento jurídico diferente - que não ocorre no Brasil. O que se questiona na capacidade para consentir é a condição do paciente de tomar uma decisão e de entender as informações que serão prestadas pelo médico, e não a capacidade deste moldada ao Código Civil de 2002. (DADALTO, 2020, p. 27)

Ressalta-se que o contrato realizado entre médico e paciente é o de prestação de serviço, no qual está inserido o consentimento informado, ainda que haja o suprimento judicial para tanto:

[...] o termo de consentimento na assistência médica formaliza o cumprimento e a reciprocidade de deveres instrumentais inseridos em um contrato de prestação de serviços médicos, dentre os quais se destacam os deveres informativos do médico e deveres de cooperação do paciente. (PITHAN, 2009, p. 35)

O art. 594 do Código Civil define a prestação de serviço como: "Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição" (BRASIL, 2002).

Em definição doutrinária mais clara e precisa: "O contrato de prestação de serviços é o negócio jurídico por meio do qual uma das partes, chamada prestador, se obriga a realizar uma atividade em benefício de outra, denominada tomador, mediante remuneração" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 279-280).

A finalidade do contrato de prestação de serviços médicos, é buscar uma melhoria da saúde do paciente por meio do ato médico, e a finalidade dos deveres informativos, que são considerados independentes ou autônomos, no processo do consentimento informado, é criar condições e possibilidades, por intermédio das informações, para que o paciente decida de maneira autônoma o que é melhor para si em termos de procedimentos médicos disponíveis (PITHAN, 2009).

Uma característica importante que deve prevalecer no contrato de prestação de serviço entre médico e paciente é o princípio da boa-fé objetiva disposto no art. 4º, inciso III, da Lei 8.078/90:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...].

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (BRASIL, 1990)

A leitura deste dispositivo deve ser realizada de forma associada ao disposto no art. 422 do Código Civil de 2002: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na

conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé" (BRASIL, 2002).

A boa-fé objetiva tem eficácia produtiva de deveres, gerando como fonte normativa deveres jurídicos instrumentais ou anexos à obrigação principal do tratamento e, entre eles, o dever de informar.

O contrato de prestação de serviço, segundo Márcia Vilic, possui algumas características únicas: a) possui natureza jurídica de contrato bilateral sinalagmático, pois as partes são credoras e devedoras entre si; b) é oneroso, tendo em vista que não admite a modalidade gratuita; c) é consensual, pois se aperfeiçoa com a vontade dos contratantes; d) é comutativo, pois as partes já têm conhecimento de quais são as suas prestações; e) é informal, já que não é solene, dessa forma, não é exigida nem mesmo a forma escrita para sua configuração; f) é individual; e g) em regra, personalíssimo. Trata-se de um serviço especializado, com objeto lícito e realizado com liberdade técnica e sem subordinação. Pode ser celebrado na modalidade paritária ou por adesão. Pela função econômica, consiste em um contrato de atividade, porquanto se conseguirá uma utilidade econômica. Por não depender de outra avença, é um contrato principal e definitivo (VILIC, 2020).

Há outra característica importante no contrato de relação médico e paciente, pois essa relação é diferente das demais, tendo em vista os casos de urgência que podem existir:

O contrato médico envolve características *sui generis* que o diferenciam das demais modalidades de contratos. Para ele, seria incomum exigir como regra, que o liame obrigacional fosse elaborado por escrito, tendo em vista a considerável rotatividade de pacientes e as evidentes dificuldades de, em situações de urgência ou de emergência, pensar noutra coisa que não a salvação da vida do paciente (VIEIRA, 2005, p. 1)

O médico pode agir em alguns casos sem o consentimento do paciente, mas, segundo o próprio Código de Ética Médica, apenas em casos de risco iminente ou morte, do contrário o processo de informar o paciente deverá ser respeitado, sendo vedado ao médico agir de maneira contrária.

Para situações como estas, pode-se mostrar relevante, por contrato de mandato, a nomeação de um procurador para cuidados de saúde (conhecido como "mandato duradouro"), ou seja, um procurador para ser consultado pelos médicos na situação de incapacidade de discernimento da pessoa por ocasião da necessidade de tratamento médico:

A coexistência da procuração para cuidados de saúde e do testamento vital em um único documento é salutar para o paciente, contudo, como a aplicabilidade dessa



procuração não se restringe a situações do fim de vida, é interessante que se faça um testamento vital contendo a nomeação de um procurador para cuidados de saúde, nomeando o mesmo procurador - para que não haja conflito entre os documentos - a fim de que este possa agir em situações que não envolvam fim da vida. (DADALTO, 2020, p. 54)

Diante das situações do dia a dia, podem ser encontrados outros tipos de negócios jurídicos na relação médico-paciente, de maneira que é relevante demonstrar quais as outras possíveis formas de contrato envolvidas:

- a. *Contrato sui generis*, ou inominado, é aquele não disciplinado expressamente pela lei, mas que, em virtude das crescentes relações humanas, tem sido permitido, se lícito seu objeto, produzir efeito jurídico, amparando-se, dessa forma, na iniciativa da autonomia privada.
- b. *Contrato intuitu personae*, é um ato de confiança para as duas partes e, em especial, em relação à escolha do médico pelo paciente, o que nem sempre é possível, por tratar-se de uma relação extracontratual, ou pelo fato da relação contratual ser com o plano de saúde, que permite a escolha do médico pelo paciente diante das escolhas dos profissionais associados.
- c. *Contrato rescindível entre as partes*. É o contrato que o médico pode desistir, desde que sua atitude não gere dano ao paciente, e que o mesmo tenha continuidade dos cuidados que lhe são devidos. Essa faculdade ocorrerá quando a obrigação se encontrar em curso, no entanto não pode ter um resultado pré-fixado com data prevista.
- d. *Contrato contínuo*, já que a maioria dos casos se realiza num espaço de tempo contínuo. Para a elaboração do diagnóstico, e o posterior tratamento, é necessário um determinado espaço de tempo, que será mais ou menos longo, conforme a maior ou menor gravidade específica de cada caso.
- e. *Contrato sinalagmático* e a título oneroso, em que o facultativo se compromete a atuar com todos os cuidados que estiverem ao seu alcance, enquanto ao paciente incumbe remunerá-lo. Assim, quando as condições por eles estabelecidas forem totalmente cumpridas, extinguir-se-á o contrato. (DINELLI, 2013, p. 163)

Independentemente do tipo e forma do contrato, a boa fé é pressuposto basilar:

A boa-fé objetiva significa uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes. (MARQUES, 2011, p. 107)

O princípio da autodeterminação concede ao paciente o direito de decidir de maneira livre o que será feito com ele mesmo, logo este está ligado ao direito de informação:

O uso do termo de consentimento informado com um enfoque bioético o considera como a materialização documental do respeito à autodeterminação do paciente e uma oportunidade pedagógica de ensino e aprendizagem sobre sua saúde. (PITHAN, 2009, p. 37)

O princípio da autodeterminação está diretamente ligado ao direito do consentimento informado, uma vez que consentimento sobre o contrato que está sendo estabelecido entre médico-paciente é uma prova material que houve o devido respeito à autodeterminação do paciente.

Ao respeitar o princípio da autodeterminação, o médico passa a ter uma relação de parceria terapêutica:

Esta transformação ocorre, prioritariamente, com o reconhecimento da autodeterminação do paciente, na esteira de um crescimento no âmbito dos Direitos de Personalidade reconhecidos à pessoa humana. Tendencialmente, se passa de uma perspectiva paternalista da relação - em que o médico decide sozinho - para uma relação cujo objetivo é a chamada "parceria terapêutica", em que o profissional compartilha decisões com aquele que é diretamente afetado por elas. A exigência do consentimento informado surge justamente como expressão desta mudança. (PITHAN, 2009, p. 12)

Toda e qualquer ação do médico deve estar escrita e detalhada de maneira que o paciente possa compreender todo o procedimento, mas também um eventual descumprimento que possa implicar imprudência, negligência ou imperícia a gerar dano ao paciente, seja ele material ou moral.

## **5 DIREITOS E OBRIGAÇÕES NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE**

Na confecção do contrato entre médico e paciente, há duas "rotas", uma na qual surgem os direitos e outra em que se observam os deveres/obrigações. As partes envolvidas no contrato devem cumprir cada qual com sua parte e, não havendo efetivação do objetivo central do contrato, o sistema jurídico disponibiliza mecanismos garantidores à reparação do dano, como a indenização.

No que tange aos deveres dos médicos, ressalta-se o princípio da liberdade no exercício da profissão é um direito essencial para os profissionais, pois o médico deve ter condições para diagnosticar e tratar o paciente, mas seguindo e obedecendo os critérios constitucionais e personalíssimos, da autonomia privada do contratante/paciente, com a anuência ou não do que é proposto e consoante a legalidade. Também existe o direito de atender ou não paciente, exceto em casos que possa ocorrer omissão de socorro (DINELLI, 2013).

Em relação os direitos dos médicos, os mesmos estão estabelecidos no Código de Ética Médica, nos seguintes dispositivos:

- I- Exercer a medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, cor, sexo, orientação sexual, nacionalidade, idade, condição social, opinião política, deficiência ou de qualquer outra natureza.
- II- Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.
- III- Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo comunicá-las ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.
- IV- Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará com justificativa e maior brevidade sua decisão ao diretor técnico, ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.
- V- Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.
- VI- Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.
- VII- Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.
- VIII- Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente sem permitir que o acúmulo de encargos ou de consultas venha prejudicar seu trabalho.
- IX- Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.
- X- Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.
- XI- É direito do médico com deficiência ou com doença, nos limites de suas capacidades e da segurança dos pacientes, exercer a profissão sem ser discriminado. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019, p. 19-20)

Da aceitação do médico e sua assinatura no contrato surge o dever e a obrigação de cumprir, com afínco, todo o estabelecido no contrato, utilizando-se de todos os seus conhecimentos e técnica, com respeito ao dever de informar o paciente, inclusive quanto ao procedimento que será realizado.

São deveres dos médicos:

[...] dever de informação ao paciente, dever de informação sobre as condições precárias de trabalho, dever de informações registradas no prontuário, dever de cooperação, dever de vigilância, dever de atualização, dever de abstenção de abuso. Faz-se constar que esses são alguns dos principais deveres do médico, embora não sejam os únicos. (DINELLI, 2013, p. 170)

A principal função do dever de informar é a anuência do consentimento da parte contratante (paciente), necessário para que o contratado (médico) passe a atuar e a realizar o serviço negociado. “O dever de informar é um dever básico do fornecedor para com o

consumidor, seu descumprimento fará com que o fornecedor assuma os eventuais prejuízos, sendo preenchidos esses requisitos, tais contratos não obrigam os consumidores” (FARIA, 2015, p. 10).

Para que a relação jurídica entre médico e paciente siga com todas as fases incólumes, a prestação do serviço deve ser efetuada de maneira íntegra, com precisão, clareza, dando ciência ao consumidor do resultado satisfatório e insatisfatório, abordar sobre os riscos, de modo que o paciente compreenda todos prós e contras da sua ação.

Estabelece o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor:

A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, 1990)

Nesse sentido, é preciso que o médico obtenha a assinatura do paciente em documento que tenha orientações e informações peculiares ao seu caso, conscientizando-o sobre todos os possíveis riscos presentes no seu tratamento, dessa forma o mesmo estará de posse da boa-fé, que é um elemento essencial a ser cumprido na relação de contrato. Nos casos em que o paciente não possui consciência, mesmo que temporariamente, ou até mesmo em casos em que o paciente não possa receber informações a respeito do seu estado, protegendo-o assim “paternalmente”, o sujeito dele próprio, e visando a garantir à integridade física e moral do mesmo, o médico nestes casos deve cumprir com seu dever de informar, a quem possa ser o responsável, qual seja, os familiares ou acompanhantes do paciente, transmitindo sempre a verdade. Em situações extremas, se não houver procurador para cuidados de saúde com poder de decisão, pode ser necessário lograr um suprimento judicial antes da realização ou não de um procedimento.

Convém acentuar a seguinte pontuação:

O certo é que o direito de saber a verdade começa a ser mais e mais requestado, de forma insistente, por doentes e familiares. Sabe-se que, não muito raro, os médicos mentem, ou contam meia verdade, como forma de não perturbar emocionalmente o paciente, ou por lesar os ditames ético-morais que exigem a conveniência profissional. O fato é que dificilmente alguém tem uma receita de conduta nesse particular. Porém, uma coisa é certa: dizer a verdade não é sinônimo de relato frio e brutal. Ela pode ser dita com sinceridade e compaixão, entremeada de bondade e temperada de otimismo, como quem tenta fazer renascer uma esperança, porque quem ouve uma palavra de esperança é como quem escuta a voz de Deus. (FRANÇA, 1994, p. 37-38)

Neste diapasão, o consentimento informado possui um papel fundamental, pois, por intermédio dele, o médico irá clarificar, ponto a ponto do que poderá ser realizado, em linguagem que o paciente ou familiares dele tenham condições de entender.

O dever informativo do consentimento, associado à liberdade contratual, é proteção tanto para o contratante como para o contratado, uma vez que, formalizado o contrato, há o estabelecimento de deveres e obrigações. Seja com infração contratual ou inexistente o consentimento informado, surge a responsabilidade e, na maioria das vezes, o dever de indenizar.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a pesquisa bibliográfica executada, demonstrou-se que os pacientes, mesmo com a proteção do Código de Defesa do Consumidor, ainda são muito vulneráveis se comparados aos médicos, ante a notoriedade destes e também por haver um estereótipo conceitual demasiadamente antropológico, social e porque não religioso, visto que, por anos, equipararam-se esses profissionais a enviados para cumprir uma missão celeste, com imagem endeusada. Essa situação pode refletir, por vezes, uma atuação à margem da lei por parte de alguns profissionais diante das excludentes e alegações que possam eximi-los da responsabilidade pelo dano causado.

São diversas as alegações do médico para se eximir da responsabilidade, desde a forma do contrato, por ser na maioria das vezes um contrato de obrigação de meio, sem a necessidade de atingir um resultado. Neste tipo de contrato, para um leigo, estes termos passam despercebidos e, diante de um resultado insatisfatório, avultará a vulnerabilidade do paciente de provar o próprio dano, muitas vezes permanecendo sem a possibilidade de defender o seu direito.

Grande parte da população, no referente a conhecer os seus direitos, é leiga, não há divulgação das informações antecipatórias do contrato e nem o consentimento informado, ficando uma parte dos pacientes à mercê do profissional da saúde, com sua linguagem técnica e embaraçosa. Portanto, mesmo que muitos façam uma análise sobre o contrato que será firmado entre as partes, pacientes não conseguirão entender vários termos, restando em situação de vulnerabilidade.

Assim, fica claro que, na relação médico-paciente, o direito de informação e a proteção do paciente como consumidor não são suficientes para protegê-los, pois necessitam

de um prazo para esclarecimento maior quanto ao contrato estipulado, em especial se constituído de termos técnicos a demandar um necessário saneamento de dúvidas.

O direito ainda precisa avançar neste quesito, seja por políticas públicas e ou com a divulgação ampla das informações necessárias desta relação contratual, com o devido respeito que merecem médicos e pacientes, a parceria terapêutica, os princípios da boa fé, autodeterminação e transparência, com atenção maior para não segregar grupos sociais, dando a estes a justiça restaurativa ou mesmo a prevenção do dano.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República. [1990]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República. [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF, Presidência da República. [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 02 maio de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica.** Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital.** 5. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

DINELLI, Giovana Bovo. O contrato médico e os deveres advindos da relação médico-paciente. **Revista Jurídica.** Faculdade Integradas Claretianas. Rio Claro, SP, ano 8, v.13, p. 160-176, 2013. Disponível em: <https://claretiano.edu.br/revista/131/revista-juridica>. Acesso em: 24 nov. 2019.

FARIA, Mateus Puerto. O dever de informar segundo o Código Civil de 2002. **Jus Navegandi.** Teresina, PI, nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44273/o-dever-de-informar-segundo-o-codigo-civil-de-2002>. Acesso em: 05 dez. 2019.

FABBRO, Leonardo. Prontuários médicos: aspectos éticos e jurídicos. **Jornal do Conselho Federal de Medicina.** Ano XII, n. 91, mar. 1998.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico.** 6. ed. São Paulo: BYK, 1994.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 4, t. II.

GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, SP, v. 11, n. 1, p. 95-122, mar./jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13197/15008>. Acesso em: 02 maio 2020.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LIMA, Lara Carvalho Vilela de; BUENO, Cléria Maria Lobo Bittar. Envelhecimento e gênero: a vulnerabilidade de idosas no Brasil. **Revista Saúde e Pesquisa**. UNICESUMAR. Maringá, PR, v.2, n. 2, p. 273-280, maio/ago. 2009. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/saudpesq/article/view/1173/792>. Acesso em: 28 nov. 2019.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e 24 jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética**. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em: 02 maio 2020.

POLICASTRO, Décio. **Erro médico e suas consequências jurídicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Vanessa Carvalho. A assistência médica: obrigação de indenizar decorrente da violação positiva do contrato. **Caderno Jurídico**. São Paulo, SP, 2017. Disponível em: <https://cadernojuridico.com.br/artigo/27/Assistencia-medica-obrigacao-de-indenizar-decorrente-da-violacao-positiva-do-contrato>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SCALETSCKY, Carolina Litvin. **Da Responsabilidade civil do cirurgião plástico reparador e estético, tipos de obrigação e ônus da prova**. Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, RS, v.26, n.53, p. 1-5, out/nov. 2017. Disponível em: [http://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/03/carolina\\_scaletsky\\_20172.pdf](http://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/03/carolina_scaletsky_20172.pdf). Acesso em: 26 nov. 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupo vulneráveis: A questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Direitos sociais e políticas públicas**. UNIFAFIBE. São Paulo, v.5, n.1, p. 105-122, out/nov. 2017. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/219>. Acesso em 27 nov. 2019.

UGARTE, Odille Nogueira; ACIOLY, Marcus André. O princípio da autonomia no Brasil: discutir é preciso... **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**. Rio de Janeiro, RJ, v. 41, n. 5, p. 274-277. set./out. 2014. Disponível

em: [http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v41n5/pt\\_0100-6991-rcbc-41-05-00374.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rcbc/v41n5/pt_0100-6991-rcbc-41-05-00374.pdf). Acesso em: 22 nov. 2019.

VIEIRA, Márcio. Objeto do Contrato Médico. **Direito Net**. [Sem local], abr. 2005. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1984/Objeto-do-contrato-medico>. Acesso em: 02 maio 2020.

VILIC, Márcia Regina Franulovic. Contrato de Prestação de Serviço. **Lex Magister**. Porto Alegre, RS, 2020. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_27303175\\_CONTRATO\\_DE\\_PRESTACAO\\_DE\\_SERVICO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27303175_CONTRATO_DE_PRESTACAO_DE_SERVICO.aspx). Acesso em: 02 maio. 2020.