

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM NÍVEL DE MESTRADO**

LEANDRO MARCOS MAGNO SILVA

**CONSENTIMENTO INFORMADO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: ASPECTOS RELEVANTES NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE**

POUSO ALEGRE - MG

2020

LEANDRO MARCOS MAGNO SILVA

**CONSENTIMENTO INFORMADO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: ASPECTOS RELEVANTES NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito em nível de
Mestrado da Faculdade de Direito do Sul
de Minas – FDSM – Área de concentração:
Constitucionalismo e Democracia
Linha de pesquisa: Efetividade dos Direitos
Fundamentais Sociais
Orientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho

FDSM - MG

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

S558 SILVA, Leandro Marcos Magno

Consentimento Informado e efetividade dos direitos fundamentais:
Aspectos relevantes na relação médico-paciente. / Leandro Marcos
Magno Silva. Pouso Alegre: FDSM, 2020.

119p.

Orientador: Elias Kallás Filho.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. consentimento informado. 2. autonomia. 3. relação médico-
paciente. 4. bioética. I Kallás Filho, Elias . II Faculdade de Direito do Sul
de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

Leandro Marcos Magno Silva

**CONSENTIMENTO INFORMADO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: ASPECTOS RELEVANTES NA RELAÇÃO MÉDICO-
PACIENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito em nível de Mestrado da
Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM –
Área de concentração: Constitucionalismo e
Democracia

Linha de pesquisa: Efetividade dos Direitos
Fundamentais Sociais

Orientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho

Prof. Dr. Elias Kallás Filho

Orientador

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni – FDSM (Banca Examinadora)

Prof. Dra. Luciana Fernandes Berlimi – UFLA (Banca Examinadora)

Pouso Alegre, 04 de setembro de 2020

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é a demonstração efetiva que dedicação, esforço e incentivo podem-se materializar em momentos únicos e especiais.

Por isso, agradeço primeiramente à Deus e a Nossa Senhora, por terem me dado esta oportunidade, com a qual, há muito tempo havia sonhado e que muitas outras pessoas, muito mais qualificadas e merecedoras, sequer ousaram pedir.

Agradeço à minha esposa Ana Paula, que com sua visão positiva da vida, nunca me permitiu desistir, mesmo nos momentos mais difíceis.

Aos meus amados filhos Amanda, Marcos Vinícius e Júlia por terem sempre acreditado que tudo daria certo.

Aos meus pais, Alberto e Edir, por terem me ensinado o exemplo da honestidade e da humildade.

As minhas irmãs, Ju e Cris e ao meu cunhado, Pinho, pelo incentivo de sempre.

Aos caros Tiago Guida, Luiz Guilherme e Adelino Freire, que muito me ajudaram para que tudo isso se concretizasse.

À professora Luciana Fernandes Berlini, cuja contribuição foi decisiva para este trabalho.

Ao meu professor-orientador, Dr. Elias Kallás Filho, que foi quem primeiro acreditou nesta empreitada e que, com sua paciência e generosidade, tornou o caminho muito mais fácil.

Aos colegas, aos professores e à FDSM, pela excelência de sempre.

“Uma vida sem busca não é digna de ser vivida”

Sócrates

RESUMO

SILVA. Leandro Marcos Magno. Consentimento informado e efetividade dos direitos fundamentais: aspectos relevantes na relação médico-paciente. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2020.

O consentimento informado se tornou um dos principais referenciais da bioética e neste sentido, tem sido compreendido como um processo dialógico da relação médico-paciente, que através do aspecto informativo, garante a autodeterminação do paciente nos cuidados de saúde. Contudo, o que deveria ser um processo tem sido confundido com o termo de consentimento, assinado pelo paciente ou seus familiares, dando conta de terem recebido informações suficientes sobre o tratamento e seus riscos. A proposta do presente trabalho é a de investigar em que medida, a substituição do processo pelo uso dos formulários impacta a decisão de saúde e se tal fato teria alguma repercussão no direito à autonomia do paciente. Para atingir o objetivo proposto, utilizamos como metodologia a revisão bibliográfica da literatura existente. No primeiro capítulo foi feita uma abordagem histórica sobre a origem do consentimento informado, sugerindo-se um conceito e definindo-se a sua natureza jurídica. No segundo, o enfoque foi na evolução da relação médico-paciente e na autonomia em saúde, culminando na análise de validade de algumas situações especiais de menores e doentes em estado grave. Por fim, adentramos no problema que envolve o uso indiscriminado de termos e formulários em lugar do processo de obtenção do consentimento, com exemplos de como a jurisprudência tem tratado o assunto e discutindo como o baixo letramento em saúde pode impactar a decisão médica. Os resultados alcançados evidenciaram que, na prática médica, o apego ao formalismo, com suporte numa medicina defensiva, associado ao problema de que grande parte da população brasileira apresenta baixo letramento em saúde, de fato, têm dificultado a efetividade da autonomia em saúde, impossibilitando que o consentimento informado alcance sua real expressão.

Palavras-chave: consentimento informado; autonomia; relação médico-paciente.

ABSTRACT

SILVA. Leandro Marcos Magno. Informed consent and effectiveness of fundamental rights: relevant aspects in the doctor-patient relationship. Dissertation (Master in Law) - Faculty of Law of Southern Minas. Postgraduate Program in Law, Pouso Alegre, 2020.

Informed consent has become one of the main references of bioethics and in this sense, it has been understood as a dialogical process of the doctor-patient relationship, which through the informative aspect, guarantees the patient's self-determination in health care. However, what should be a process has been confused with the consent form, signed by the patient or his / her family, reporting that they have received sufficient information about the treatment and its risks. The purpose of this paper is to investigate to what extent, the substitution of the process by the use of forms impacts the health decision and whether this fact would have any repercussions on the patient's right to autonomy. To achieve the proposed objective, we used as a methodology the bibliographic review of the existing literature. In the first chapter, a historical approach was made on the origin of informed consent, suggesting a concept and defining its legal nature. In the second, the focus was on the evolution of the doctor-patient relationship and on autonomy in health, culminating in the analysis of the validity of some special situations of minors and seriously ill patients. Finally, we enter into the problem that involves the indiscriminate use of terms and forms instead of the process of obtaining consent, with examples of how jurisprudence has treated the subject and discussing how low health literacy can impact medical decisions. The results achieved showed that, in medical practice, attachment to formalism, supported by defensive medicine, associated with the problem that a large part of the Brazilian population has low health literacy, in fact, has hampered the effectiveness of health autonomy, making it impossible that informed consent reaches its real expression.

Key words: informed consent; autonomy; doctor-patient relationship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CONSENTIMENTO INFORMADO: LIGAÇÃO COM A BIOÉTICA E NATUREZA JURÍDICA.....	13
1.1. UMA BREVE NOÇÃO INTRODUTÓRIA.....	14
1.2. APROXIMAÇÃO CONCEITUAL: O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO PROCESSO DIALÓGICO.....	19
1.3. NATUREZA JURÍDICA: ETAPA DE FORMAÇÃO DO CONTRATO	24
2. DO RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA EM SAÚDE À MUDANÇA DE PERSPECTIVA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.....	45
2.1 A AUTONOMIA EM SAÚDE: PARA ALÉM DO ASPECTO NEGOCIAL.....	46
2.2 A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: SUPERANDO O PATERNALISMO	58
2.3 REQUISITOS PARA O CONSENTIMENTO E AUTONOMIA EM CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS.	65
3. DO USO INDISCRIMINADO DE FORMULÁRIOS AO PAPEL DA INFORMAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO.	77
3.1 PROCESSO E INSTRUMENTO: EVENTOS COMPLEMENTARES, MAS NÃO SINÔNIMOS.....	78
3.2. O TERMO DE CONSENTIMENTO COMO INSTRUMENTO DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE.	85
3.3. O BAIXO LETRAMENTO EM SAÚDE COMO OBSTÁCULO À AUTONOMIA DO PACIENTE.....	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	112

INTRODUÇÃO

Atualmente, o consentimento informado tornou-se referencial importantíssimo para a bioética e para o direito, com o propósito de permitir que, por meio de um processo de diálogo, médicos e pacientes interajam buscando um resultando comum a respeito de questões de saúde. O assunto passou a ganhar notoriedade, a partir de quando, se reconheceu no indivíduo, o direito de se autodeterminar para além de assuntos negociais, alcançando também o tratamento médico.

Levando-se em consideração que a medicina é praticada desde tempos remotos, e que, desde então, sempre se houve em conta, que o médico era única e exclusivamente, o detentor do conhecimento técnico, capaz de reestabelecer a cura, a ideia de um dever de informar por parte deste profissional é tema relativamente recente. Neste sentido, o médico estava autorizado a tomar as decisões que, a seu exclusivo juízo, fossem melhores para o enfermo, praticamente desprezando ou anulando a opinião do paciente (FACCHINI NETO, 2015).

Fato é, que ao final da segunda guerra mundial, quando veio à lume o cenário das atrocidades cometidas pelos nazistas com experimentos humanos, iniciou-se a percepção de que o indivíduo deveria ser tratado com autonomia e que sua manifestação de vontade necessitaria ser levada em conta, tanto em pesquisas científicas, quanto em intervenções médicas.

Aliás, por ocasião do julgamento dos médicos nazistas no Tribunal de Nuremberg, em 1947, a sentença condenatória foi introduzida por um longo artigo sobre a necessidade do consentimento voluntário do indivíduo em todas as pesquisas envolvendo seres humanos (GOLDIM; CLOTET; FRANCISCONI, 2002).

Posteriormente, com o surgimento da bioética na década de 70 (setenta) do século XX e sobretudo, a partir do princípalismo de Beauchamp e Childress (SCHRAMM; PALÁCIOS; REGO, 2008), iniciou-se, no âmbito das ciências, de modo geral, o pensamento de que o indivíduo deveria ter a capacidade de deliberar sobre as decisões que lhe dissessem respeito, de forma que a autonomia foi elevada à categoria de um dos princípios da bioética.

Tais marcos só reforçaram a necessidade de uma reconfiguração da relação médica, no sentido de que o paciente deveria ter papel ativo nas decisões de saúde, a partir do dever informativo do profissional, fazendo com que houvesse um

deslocamento do eixo central do ato médico, que deixou de ser verticalizado para então, horizontalizar-se.

A partir do momento, que a medicina tradicional abandonou o modelo hipocrático para projetar-se na ciência, ainda que fundada nos princípios da beneficência e da não maleficência, as partes envolvidas passaram a se enxergar numa relação contratual, onde a autonomia do paciente deveria ser reconhecida, o que, desde então, desperta o interesse para o assunto.

Segundo Facchini Neto (2015), a evolução foi no sentido de se ultrapassar um modelo, onde se exigia do paciente, obediência e confiança quase cegas aos preceitos estipulados pelo profissional médico, para outro modelo, mais autonomista, que passou a perceber no indivíduo a capacidade de tomar decisões que lhe digam respeito, no entanto, desde que prévia e devidamente comunicado acerca dos aspectos técnicos que envolvam o seu caso específico.

Na verdade, a conquista da autonomia em saúde e o reconhecimento da autodeterminação do paciente nas decisões médicas, só ampliou a própria ideia do fortalecimento das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais, como expressão máxima da dignidade humana.

Isto posto, partindo da concepção de que o consentimento informado é um instrumento de efetividade dos direitos fundamentais, indaga-se: o modelo procedimental da relação médico-paciente utilizado atualmente proporciona a plena proteção dos direitos fundamentais e a efetiva participação do paciente na tomada de decisão médica?

O que poderia ter ocorrido como mudança de paradigma, foi a evolução da relação médico-paciente, que deixou de ser paternalista, para consolidar-se numa parceria, tendo o contrato de serviços médicos como seu fundamento, e onde, o profissional passou a compartilhar impressões com a pessoa que pode ser diretamente afetada pelas decisões terapêuticas, cabendo a esta última, se autodeterminar no sentido de suas escolhas. A exigência do consentimento informado decorre justamente do poder de decisão do indivíduo.

Nesta vertente, o consentimento informado deve tornar-se então um processo de diálogo entre médico e paciente, e que leve em consideração algumas particularidades, como o grau de cultura, a compreensão, a experiência e as expectativas do paciente, e sobretudo, se desenvolva numa linguagem capaz de atingir seu objetivo, que é o de dotar este último, de informações tais, que possam

basicamente ajudá-lo, a discernir sobre as escolhas sensíveis a serem feitas. Trata-se de uma nova dimensão de se pensar o ato médico, que deixa de focar exclusivamente a doença voltando sua atenção para a pessoa, a saúde e o corpo (SÁ; MOUREIRA, 2017).

Acontece, contudo, que o processo em si, de informação do paciente, como expressão de sua autonomia, não raras vezes, tem sido confundido com a simples assinatura de um documento ou formulário, denominado Termo de Consentimento Informado (TCI) ou Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), firmado pelo paciente ou seus familiares, a pedido do médico ou da instituição, dando ciência de que receberam informações suficientes sobre o tratamento e seus riscos (PITHAN, 2009).

Não se pode perder de vista, que o consentimento informado está umbilicalmente ligado à ideia de autonomia do indivíduo, e que, assim, encontra guarida e mesmo se confunde com vários direitos fundamentais, como o direito à liberdade, à informação, e sobretudo, à auto-realização.

Considerando o papel de protagonismo do paciente na medicina do cenário atual, a proposta do presente trabalho é justamente, através da discussão teórica, investigar a melhor forma de obtenção do consentimento informado na relação médico-paciente, verificando em que medida, a substituição do diálogo pelo simples formulário poderia impactar a decisão de saúde.

Para atender este objetivo geral, buscaremos alcançar os seguintes objetivos específicos: identificar as origens e a natureza jurídica do consentimento informado e a sua ligação com a bioética, sugerindo uma proposta de conceito que o defina; analisar a evolução da relação médico-paciente, destacando a autonomia em saúde em situações especiais; destacar a forma de instrumentalização do consentimento, evidenciando como o formalismo pode estar a serviço de uma medicina defensiva, e por fim, verificando como o analfabetismo funcional pode influenciar na decisão de saúde.

Sucedese que o formalismo e o apego a uma medicina defensiva, onde o profissional busca evitar eventual responsabilização, parecem concorrer para o esvaziamento desse importante momento da prática médica, oportunidade, na qual busca-se um ambiente de diálogo e confiança e que não se deve esgotar num único encontro ou no preenchimento de um formulário, quase sempre na presença de funcionários da instituição de saúde e não do médico.

De outro modo, embora relativamente recente a discussão nos tribunais brasileiros acerca do consentimento informado, já que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ, a primeira decisão que utilizou a expressão, só ocorreu em 2002, num julgado em que um médico foi condenado por desrespeitar as normas éticas da profissão, não obstante, o posicionamento jurisprudencial parece repercutir o mesmo enfoque, de que o consentimento informado é sinônimo do preenchimento de um termo (GUZ, 2010).

E este fenômeno, é capaz de ter implicações relevantes na efetiva participação do indivíduo nas decisões de saúde, como garantia de sua autonomia na relação médico-paciente, que, desse modo, pode ocorrer tão-somente de maneira formal. Sobretudo, quando se percebe que número significativo de pessoas da população brasileira enquadra-se na categoria do analfabetismo funcional, o que tem repercussão direta na compreensão do quadro clínico e da terapêutica a ser seguida, e que, por sua vez, pode significar um processo de exclusão.

Portanto, o tema tem implicações importantes, tanto do ponto de vista acadêmico, quanto do ponto de vista prático, uma vez que vem crescendo o número de demandas judiciais que se esteiam não só no conceito de culpa médica, mas na falta de esclarecimento adequado ao paciente quanto à terapêutica, aos riscos e consequências de determinando tratamento ou intervenção (PEREIRA, 2000).

Neste sentido, o consentimento informado suscita especial relevância, porquanto, envolve temas como natureza jurídica, conceito, evolução da relação médico-paciente, autonomia em saúde, analfabetismo funcional, forma de instrumentalização, dentre outros, num cenário onde a medicina foi abandonando a ideia de arte para transformar-se em técnica (GOGLIANO, 2009).

Para a realização do estudo pretendido, a metodologia escolhida e que melhor atendeu aos propósitos desta pesquisa foi a de cunho exploratório, baseada na revisão bibliográfica, pois, além de oportunizar ao pesquisador uma maior familiaridade com o tema, igualmente, contribuiu para a análise do que existe, atualmente, em termos de produção acadêmica, proporcionando uma satisfatória discussão sobre o assunto.

O trabalho foi estruturado em três capítulos, cada qual, precedido por uma breve introdução dos assuntos a serem tratados, sendo que os capítulos foram divididos ainda em três subníveis distintos, nos quais, foram desenvolvidos os temas inicialmente projetados.

No primeiro capítulo, a proposta inicial foi a de se realizar uma explanação sobre as origens do consentimento informado, sua ligação com a bioética e os documentos normativos que o introduziram como instrumento fundamental na ética médica. Posteriormente, abordamos a profusão de termos existentes na literatura sobre o assunto, optando-se pela nomenclatura, ora utilizada, além de se realizar a sugestão de um conceito que incorporasse a sua extensão atual. Na sequência, ainda no primeiro capítulo, procuramos situar o consentimento informado como uma etapa de formação do contrato de prestação de serviços médicos, a partir da análise das teorias que proporcionaram a noção atual do negócio jurídico.

No segundo capítulo, buscamos incursionar no papel da autonomia privada nas relações negociais até atingir os contratos de natureza essencial, como os de saúde, especulando-se, inclusive, a partir da teoria dos direitos fundamentais, qual o porquê da autonomia do paciente em assuntos médicos, ter sido reconhecida tão tardiamente. Ainda neste capítulo, mereceu destaque a superação do paternalismo na relação médico-paciente, arrematando na análise daquelas situações especiais, envolvendo a menoridade e pacientes em estado terminal, em que a teoria das incapacidades do Código Civil mostra-se insuficiente para solução dos problemas apresentados.

Por fim, no terceiro capítulo, ganhou relevância o papel da informação e da comunicação no ato médico, culminando na questão que envolve a forma de instrumentalização do consentimento informado e a sua substituição pelos formulários, demonstrando-se como o formalismo pode estar a serviço de uma medicina defensiva. Por último, procuramos destacar, a partir deste modelo, que o analfabetismo funcional e o baixo letramento em saúde de parte da população brasileira, exigem novas habilidades comunicativas do profissional de saúde, no sentido de adaptar a linguagem técnica ao nível de compreensão do paciente.

Deste modo, através dos referidos parâmetros, ficaram destacadas as diretrizes que nortearam a produção desta pesquisa, que, de alguma forma, buscou contribuir com a atividade acadêmica, relativamente ao assunto proposto, com o intuito de suscitar outras reflexões para o leitor e o pesquisador da temática.

1. CONSENTIMENTO INFORMADO: LIGAÇÃO COM A BIOÉTICA E NATUREZA JURÍDICA

O consentimento informado tem conquistado lugar de destaque na relação entre médico e paciente, possibilitando que, por meio de um processo fundamentado no diálogo, ocorra uma interação no sentido de se buscar a cura, mas sem se desconsiderar os interesses do paciente.

O termo passou a ganhar notoriedade a partir de quando se reconheceu no indivíduo o direito de se autodeterminar, inclusive, em questões relativas ao seu tratamento médico, o que, em última análise, está atrelado à própria noção de fortalecimento das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais, como expressão máxima da dignidade humana (PITHAN, 2009).

Contudo, apesar de ter obtido alguma projeção, mormente, a partir do final da segunda guerra mundial, não se pode descartar que a expressão está intimamente ligada ao surgimento da bioética, sobretudo, a partir do advento da corrente denominada de principialismo, até se tornar um dos principais protocolos da ética médica mundial.

De outro modo, à medida que vem crescendo o interesse pelo assunto, irrompem expressões diferentes buscando apresentar ao público a complexidade de um fenômeno que está em permanente construção, conforme vem se reconfigurando a relação médico-paciente.

Noutro giro, o tópico que envolve a natureza jurídica do consentimento parece não ter recebido muito interesse da doutrina, que, simplesmente, situa o vínculo entre médico e paciente numa relação de consumo, sem de fato, se preocupar em classificar a expressão dentro daquelas categorias tradicionalmente consagradas pelo direito.

Neste sentido, o presente capítulo tem como objetivo investigar as origens do consentimento informado, sugerir um conceito que represente seu significado e por fim, investigar sua natureza jurídica, certos de que todos estes aspectos têm repercussões importantíssimas no estudo desse instituto e nos contornos que envolvem a relação médico-paciente.

1.1. UMA BREVE NOÇÃO INTRODUTÓRIA

O direito nasceu, desenvolveu-se e consolidou-se como mecanismo de resposta aos problemas que envolvem a vida em sociedade. E não raras vezes tem sido chamado a solucionar situações emergentes, cada vez mais complexas, que esbarram em questões éticas de uma coletividade multifacetada, onde os conceitos até então existentes são insuficientes para explicar alguns fenômenos sociais, remetendo o intérprete a revisitar e ressignificar paradigmas comumente aceitos.

Um exemplo do afirmado, pode-se notar no surgimento de outros ramos do direito, como, por exemplo, o direito médico, que a cada dia ganha maior projeção e que, por conseguinte, reclama novas interpretações de antigos institutos, como o contrato de prestação de serviços, até porque, atualmente, assiste-se a significativo aumento de demandas judiciais cujo fundamento é a responsabilidade civil do médico (PEREIRA, 2000).

Neste sentido, para o médico, o consentimento informado representa não só a oportunidade de cumprir seu dever ético de prestar todas as informações relativas a seu paciente, como também, forma de exonerar-se de eventual responsabilização para o caso de insucesso no tratamento.

A bem da verdade, a crescente litigiosidade fundada em possível erro médico, pode revelar dois fatos distintos e complementares: a universalização do acesso à Justiça e a conscientização por parte da população sobre a qualidade da prestação de serviço que lhe é oferecida (GODINHO, LANZIOTTI e MORAIS, 2010).

De início, cabe observar que no âmbito das ciências e sobretudo da prática médica, não há como desvincular o estudo do consentimento informado do surgimento e do desenvolvimento da bioética. A bioética tem por pressuposto se debruçar sobre aqueles dilemas morais que surgiram no campo das ciências, a partir do progresso tecnológico, oferecendo parâmetros seguros para uma tomada de decisão mais racional e consistente (GOGLIANO, 2009).

O termo passou a ganhar notoriedade com a publicação da obra “Bioética: uma ponte para o futuro” do bioquímico e oncologista americano Van Rensselaer Potter, em 1971, que foi quem primeiro o introduziu na ciência. No entanto, há quem entenda, que a expressão já teria sido utilizada anteriormente, em 1927, pelo filósofo e teólogo alemão Fritz Jahr, que em artigo científico de uma revista especializada, apregoava a

necessidade de revisão do relacionamento ético entre os seres humanos, os animais e as plantas.

Em seu livro, Potter defende a bioética como sendo uma ciência que cuidaria da vida em todas as suas espécies, em seus respectivos ambientes, e que deveria sempre levar em consideração a sobrevivência e a qualidade de vida de todas as formas existentes.

Na obra, o autor faz seguinte advertência:

o que lhes peço é que pensem a bioética com sendo uma nova ética científica que combina humildade, responsabilidade e competência, em uma perspectiva interdisciplinar e intercultural e que potencialize o sentido de humanidade (POTTER, 1971 *apud* PESSINI, 2013, p. 10).

Contudo, sua visão original de uma bioética mais comprometida com o equilíbrio global e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta, difere daquela proposta por Beauchamp e Childress, em 1979, na obra “Os princípios da Bioética”, que acabou difundindo-se no meio científico desde então (SCHRAMM; PALÁCIOS; REGO, 2008).

Os dois autores foram os precursores da corrente denominada “princípioalismo”, que defendia a bioética fundamentada em quatro princípios básicos: não maleficência, beneficência, justiça e autonomia. Desde então, estes princípios passaram a ser adotados na mediação de conflitos bioéticos (COSTA; GARRAFA; OSELKA, 1998).

De acordo com o princípioalismo, a autonomia deveria ser concebida no sentido de se possibilitar ao indivíduo a capacidade de deliberar sobre as decisões que lhe dissessem respeito; mediante a beneficência, a atuação da ciência deveria sempre se pautar no bem; e pela não maleficência, concorreria para não causar dano e por fim, a justiça seria concebida na necessidade de se tratar todas as pessoas em condições de igualdade.

Na verdade, Beauchamp e Childress procuraram dotar os estudiosos de novos instrumentos capazes de enfrentar os desafios propostos pelo progresso das ciências, sobretudo, na medicina, já que o velho enfoque característico de códigos e juramentos, próprio da tradição hipocrática, teria se tornado insuficiente para solução dos novos problemas.

Contudo, não se pode descurar, igualmente, que, como contraposição a uma bioética, que em sua origem, sempre esteve mais ligada à visão de mundo das sociedades europeia e americana, alguns autores brasileiros têm sugerido a proposta

de uma bioética mais integrativa, a que chamam bioética de intervenção e que leva em consideração os anseios civis, sociais e econômicos da América Latina, numa tentativa de trazer os direitos humanos para as discussões bioéticas (SOUZA; SOUZA, 2018)

No entanto, podemos situar que a expressão “consentimento informado” está originariamente ligada à prática da medicina, principalmente ao dever ético de informação por parte dos médicos. Um dos primeiros casos em que se tem notícia de uma situação envolvendo consentimento e informação, data de 1767. Na Inglaterra, dois médicos, Dr. Baker e Dr. Stapleton foram demandados judicialmente por terem retirado um calo ósseo da perna de um paciente, Sr. Slater, após a recuperação de uma fratura, o que ocasionou nova ruptura do osso.

Em sua defesa e como argumento determinante para o êxito da demanda, o paciente alegou, perante o tribunal, que não havia sido informado das possíveis consequências daquele tratamento. Os médicos, ao final, foram condenados por violação de contrato na relação assistencial com o paciente (GODINHO, LANZIOTTI e MORAIS, 2010).

Contudo, é certo que a violação do dever de informação, no caso citado, envolve a nuance de que naquela época era corrente por parte dos cirurgiões informar seus pacientes sobre os procedimentos que seriam realizados, justamente, porque era necessária a colaboração dos mesmos, quando não haviam ainda medidas anestésicas para alívio da dor (GOLDIM, CLOTET e FRANCISCONI, 2002).

Portanto, mesmo que ainda incipiente, a questão que envolvia o dever de informação passaria desde então a integrar o debate da relação fundamental entre médico e paciente, o que culminaria, posteriormente, no reconhecimento de certos encargos por parte destes profissionais, inclusive, no âmbito de pesquisas científicas.

Neste sentido, considerando-se que medicina é praticada desde tempos remotos, e que sempre se houve em conta que o médico era única e exclusivamente o detentor da arte de se reestabelecer a cura, a noção da existência de certos deveres éticos por parte deste profissional, é tema cujo alcance tem sido investigado relativamente há pouco tempo. Culturalmente, o médico sempre esteve autorizado a tomar as decisões que, a seu exclusivo juízo, fossem melhores para o paciente, praticamente desprezando a sua opinião (FACCHINI NETO, 2015).

O primeiro documento que se tem notícia envolvendo a tentativa de regulamentação na participação de pesquisas com seres humanos, data de 1833.

Mediante um contrato escrito, o médico Sr. Willian Beaumont e o paciente Sr. Alexis St. Martin firmaram ajuste para que este último, estivesse à disposição do pesquisador pelo prazo de um ano, mediante retribuição pecuniária e o fornecimento de alojamento e alimentação.

Este documento, a bem da verdade, estabelecia compromissos recíprocos e apresentava três diretrizes, que têm sido utilizadas até hoje no protocolo de pesquisas: necessidade de consentimento do pesquisado, adequação metodológica do projeto e liberdade de abandonar a pesquisa a qualquer tempo (GOLDIM, CLOTET e FRANCISCONI, 2002).

Nada obstante, foi notadamente a partir do término da segunda guerra mundial que o termo passou a ganhar visibilidade e notoriedade. Efetivamente, quando veio à lume o cenário de atrocidades realizadas pelo regime nazista com experiências envolvendo seres humanos, percebeu-se a necessidade de se repensar o contexto envolvendo as pesquisas científicas.

Tanto é verdade, que, por ocasião do julgamento dos médicos nazistas no Tribunal de Nuremberg, em 1947, conhecido como Código de Nuremberg, a sentença condenatória foi introduzida por um longo artigo sobre a importância do consentimento voluntário em todas as pesquisas com seres humanos (PITHAN, 2009).

Posteriormente, alguns outros documentos internacionais, como as Declarações de Helsinque I e II, respectivamente, de 1964 e 1975 e o Relatório Belmont de 1978, só trataram de reforçar esta necessidade tornando o consentimento informado figura central dentre as diretrizes de pesquisas envolvendo seres humanos.

Segundo Joaquim Clotet (1995), os fundamentos da teoria do consentimento informado estão, a bem da verdade, contidos de forma implícita na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na medida em que todos os homens são dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade.

Atualmente, o consentimento informado tem sido considerado como uma exigência ética e jurídica na prestação de serviços de saúde e para fins de pesquisa com seres humanos, passando a ser constantemente defendido pela Associação Médica Mundial¹ como um dos conceitos centrais da ética médica atual.

¹ Disponível em: <https://amb.org.br/wma/>. Acesso em: 18 dez. 2019.

No Brasil, não existe norma legal que trate expressamente do consentimento informado. A referência pode ser extraída de forma implícita, na esteira dos direitos e garantias fundamentais e no princípio da não instrumentalização do ser humano, cuja perspectiva, reflete, em último caso, a própria dignidade da pessoa humana.

No entanto, existem alguns pontos de aproximação da legislação, como no caso do artigo 15 do Código Civil e do próprio artigo 146 do Código Penal, que trata do constrangimento ilegal, que nos levam à conclusão, numa perspectiva constitucional, que toda e qualquer intervenção médica deve ser necessariamente precedida do prévio consentimento do paciente (FACCHINI NETO, 2015).

Em termos deontológicos, pode-se dizer que a Resolução 196, do Conselho Nacional de Saúde, de 10 de outubro de 1996, foi o primeiro documento brasileiro a tratar expressamente do tema da pesquisa com seres humanos, incorporando não só os quatro referenciais básicos da bioética (preâmbulo), criando os comitês de ética em pesquisa no âmbito das instituições (item VII) e, inclusive, estabelecendo a utilização do termo de consentimento livre e esclarecido como protocolo fundamental para participação do indivíduo na pesquisa (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 1996).

Contudo, após a publicação desta Resolução, o que se viu foi que, à falta de regulamentação para a atividade terapêutica, inúmeros comitês de ética foram igualmente criados em hospitais e clínicas, nos grandes centros urbanos, particularmente, em vista da utilização de tratamentos e técnicas inovadores nestes locais, o que contribuiu, significativamente, para a difusão da necessidade do consentimento informado também na medicina, além da pesquisa (GOGLIANO, 2009).

Posteriormente, o instituto foi também incorporado ao Código de Ética Médica – Resolução CFM nº. 2931/2009 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009) – atualmente Resolução CFM 2217/2018 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018) – que dedicou pelo menos quatro artigos (artigos 22, 101, 102 e 110) ao dever ético por parte do profissional da medicina de, previamente, obter o consentimento de seus pacientes antes de toda e qualquer intervenção, salvo naquelas situações que emergem do privilégio terapêutico e nos casos de iminente risco de morte.

Hoje em dia, o consentimento informado, juntamente com os princípios da bioética, tornaram-se referenciais importantíssimos na relação entre médico e paciente, notadamente, porque observa-se o incremento de outras obrigações

acessórias ou instrumentais aos já consagrados preceitos da medicina hipocrática, como os deveres de informação e esclarecimento, cuidado e proteção do paciente.

Realizada, portanto, breve exposição sobre a evolução histórica do consentimento informado, devemos tratar agora de conceituar o instituto e situar o leitor, mas não sem antes fazermos um esforço de qual seria a nomenclatura mais apropriada ao nos referirmos ao objeto tratado neste estudo, vez que existe algum ruído na doutrina especializada.

1.2. APROXIMAÇÃO CONCEITUAL: O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO PROCESSO DIALÓGICO

Antes mesmo de uma sugestão de conceito, uma grande dificuldade inicial do pesquisador tem sido a de definir qual seria o termo mais correto para nominar o instituto tratado. De fato, embora somente de uns tempos para cá, o tema tenha ganhado algum interesse da comunidade acadêmica, sobretudo no âmbito do direito, inúmeras obras utilizam diversas expressões para se referir ao mesmo assunto, o que poderia redundar em alguma perplexidade para o estudioso.

Realmente, ao se pesquisar o repositório de obras e artigos nos diversos catálogos científicos autorizados, acerca do papel da informação e do consentimento na relação médico-paciente, o pesquisador se depara com diversos nomes que ora têm surgido como sinônimos. Ao lado da consagrada expressão “consentimento informado”, multiplicam-se também os termos “consentimento esclarecido”, “consentimento pós-informado”, “consentimento livre e esclarecido” e atualmente, a proposta de um “consentimento dialógico ou discursivo”.

De nossa parte, o que pudemos perceber é que todas as expressões refletem, a bem da verdade, a louvável tentativa de indicar que o contexto de alcance da expressão vem sofrendo significativas mudanças, à medida que a relação médico-paciente vem se reconfigurando.

Aliado a isso, nota-se também a orientação de se evitar que o processo em si de construção do consentimento informado, do qual trataremos adiante, seja substituído pela simples assinatura de um formulário autorizativo, denominado “termo de consentimento” ou “termo de consentimento livre e esclarecido” (PITHAN, 2009).

Importante observar quanto a este aspecto, que a questão terminológica retrata, aliás, uma preocupação da própria filosofia da linguagem, sobretudo do

filósofo Ludwig Wittgenstein (1889-1951), um dos precursores da virada linguística, no sentido de que a filosofia deveria ocupar-se fundamentalmente de esclarecer a linguagem e tornar as proposições mais claras. Para este autor, a estrutura linguística deveria expressar exatamente o significado lógico dos pensamentos, uma vez que os limites do mundo seriam os limites da própria linguagem (GLOCK, 1998).

De outro modo, podemos afirmar que a expressão “consentimento livre e esclarecido”, proposta pela citada Resolução nº. 196, do Conselho Nacional de Saúde (BRASIL, 1996), reflete a ideia de que o consentimento para pesquisa com seres humanos deveria abranger muito mais que a simples informação sobre as circunstâncias de participação na pesquisa, mas, também, integrar outros deveres conexos, como por exemplo, os de respeitar os valores culturais, sociais, morais, religiosos e éticos dos envolvidos (item III.3, I), conquanto, igualmente, expressões da autonomia do indivíduo pesquisado.

Com a mesma perspectiva de mudança, hoje em dia, fala-se na possibilidade de um consentimento dialógico ou discursivo, como resultado desta noção de uma transição do modelo de medicina hipocrática, que deixaria então de assumir o caráter exclusivamente paternalista ou meramente informativo.

De acordo com SÁ e MOUREIRA:

para definir com precisão a forma como o consentimento deve ser formado na relação médico-paciente, não usaremos designações como consentimento livre, consentimento esclarecido ou consentimento informado, pois eles podem levar a compreensões extremas de uma realidade monológica que pretendemos superar neste artigo. Para melhor definir nosso objetivo, denominaremos o consentimento como dialógico ou discursivo (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 301).

Para os autores mencionados, o que se busca no momento atual, é uma mudança atitudinal acerca do processo de formação, execução e acompanhamento do ato médico, o que significa dizer que médico e paciente devem atuar de forma compartilhada, mediante um procedimento dialógico, para a formação de uma decisão que seja mais adequada ao caso concreto. Na verdade, com a nova nomenclatura sugerida, a proposta dos autores em referência, é a de superar a realidade até então existente de se vincular o consentimento a uma postura mais passiva do médico, a qual chamam de monológica.

No entanto, apesar das citadas variantes terminológicas, optamos por adotar, no presente trabalho, a designação pela qual o instituto marcadamente foi reconhecido, que é exatamente - consentimento informado – termo este, que em

nenhum momento, do ponto de vista destacado em nosso estudo, estaria a desmerecer ou ofuscar a sua complexidade e a constante necessidade de reflexão sobre sua formação.

Ademais, pelas razões expostas, ainda que eventual apego à nomenclatura seja algo de somenos importância, porque, o que se deve levar em conta é a própria expressão do fenômeno e não o seu nome, entendemos que cabe ao caso, até mesmo um apelo simbólico.

Justamente, considerando que, a primeira vez que o instituto apareceu na ordem do dia dos tribunais, em 1957, na Califórnia, no caso Salgo contra Leland Stanford Jr e University of Trustees, o mesmo foi cunhado com a expressão *informed consent* (consentimento informado), exatamente como se tem sugerido (MUNÓZ; FORTES, 1998).

Pois bem, superada esta primeira questão terminológica, nosso enfoque volta-se então para a tentativa de se estabelecer um conceito que possa suficientemente explicar o que é o consentimento informado. De antemão, cumpre esclarecer que, muito embora, o termo tenha surgido da necessidade de se obter a anuência do indivíduo em pesquisas científicas, seu uso, como afirmado, estendeu-se indistintamente à terapêutica, quando então ganhou a importância que tem hoje.

Efetivamente, o consentimento informado tem se tornado o aspecto fundamental da relação entre médico e paciente, inclusive, no que diz respeito a própria legitimação do ato médico, na medida em que, necessariamente, externa o respeito, a consideração e a garantia de reconhecimento da autonomia do indivíduo.

Torna-se então uma condição indispensável desta relação, porquanto, é fruto de uma decisão voluntária, tomada por pessoa capaz, mediante um processo informativo e deliberativo, visando então a concordância de submissão a uma experimentação científica ou a algum tratamento médico específico (CLOTET, 1995).

Corresponde então, à oportunidade de interação entre médico e paciente, ocasião em que o profissional deverá informar a este último sobre sua condição de saúde, diagnóstico, prognóstico e a terapêutica indicada para o seu caso. E o mais importante neste processo, é que deverá ser franqueado ao paciente a possibilidade de interferir no tratamento, opinar sobre eventos futuros e realizar as escolhas sensíveis que vão definir sua qualidade de vida.

O consentimento informado passa a traduzir, portanto:

um novo modelo de tomada de decisão no contexto de saúde individual que, ao fundamentar-se no respeito a autodeterminação do paciente, traz profundas alterações à própria dinâmica da relação médico-paciente, tradicionalmente pautada no poder de decisão do médico. Isso porque, nesse novo modelo, passam a ser fundamentais para a tomada de decisão não apenas informações técnicas detidas pelo profissional médico, mas, especialmente, a consideração de valores, expectativas, desejos e crenças do próprio paciente (GUZ, 2010, p. 98-99).

O que deve ser pontuado é a própria mudança de perspectiva da atividade médica, que passa então a ser posicionada dentro de uma relação humana dialogante, capaz de eliminar atitudes arbitrárias ou prepotentes e que deve reconhecer no paciente ou sujeito de pesquisa, um ser autônomo, livre e titular de direitos, como o da própria auto-realização.

Desde então, pode-se falar que além dos já consagrados deveres de cuidado e proteção por parte do médico, somaram-se outros, como os de informação e aconselhamento e sobretudo, o mais fundamental, que é justamente reconhecer a autonomia do paciente. Assim, o médico não poderia iniciar qualquer tratamento sem antes esclarecer seu paciente e obter-lhe o consentimento (FACCHINI NETO, 2015).

Contudo, acerca desta mudança de perspectiva, verdadeira revolução copernicana da relação médico-paciente, trataremos logo mais adiante, por ora, nos cabe sugerir uma definição para o consentimento informado, muito mais com a preocupação de clareza e rigor metodológico, que, propriamente, a de reduzir ou aprisionar o assunto num mero conceito, refratário à dinâmica social, a rigor, nos mesmos moldes propostos pelos pandectistas.

No ano de 2016, o Conselho Federal de Medicina, preocupado com a necessidade de se regulamentar o consentimento informado no âmbito da assistência médica, publicou a Recomendação nº. 1/2016, que tinha por pressuposto expor de forma detalhada o processo de obtenção do consentimento.

A ideia era a de que informações mais claras e objetivas garantiriam maior segurança ao ato médico, o que, por conseguinte, também possibilitaria ao paciente consentir ou declinar da terapêutica proposta.

Em seu preâmbulo, o ato normativo mencionado, define o consentimento informado (que é designado como consentimento livre no texto) como sendo o ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante, após as necessárias informações e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe seriam indicados (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

No entanto, apesar da valorosa tentativa do documento, de apresentar um conceito que representasse o significado ideal do consentimento na relação médico-paciente, a proposição, pecou por mostrar-se extremamente reducionista, ao trazer somente o aspecto informativo desta dimensão, deixando de lado a sua perspectiva fundamental, que é, justamente, a construção dialógica ou dialética do consentimento.

Com enfoque nesta circunstância, a definição que melhor atenderia aos propósitos desta pesquisa e que, pelos seus aspectos didáticos, mais satisfatoriamente externaria o alcance do assunto, deve ser mesmo aquela adotada pelos professores Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, quando traduzem a ideia de que:

o vínculo intersubjetivo que anima a relação entre o médico e o paciente é determinado pelo processo de formação do consentimento deliberativo sobre o ato médico. Afinal de contas, o objeto desta relação é a saúde do paciente que assume, junto do médico, a coparticipação na tomada de decisões (SÁ, MOUREIRA, 2017, p. 299-300).

Portanto, o que se deve levar em conta, é que o consentimento informado deve fortalecer e garantir a autonomia do indivíduo, mormente, naquelas situações emergenciais e até mesmo únicas na vida da pessoa, quando então, os deveres éticos de esclarecimento e aconselhamento, a cargo de médicos e outros profissionais da área de saúde, numa verdadeira “decisão construída”, podem ajudar decisivamente na melhoria do bem-estar físico e mental do paciente.

Ou seja, o âmago da questão que envolve o consentimento informado deve perpassar, necessariamente, do ponto de vista da auto-realização do paciente, por uma decisão que atenda a seus interesses, mas construída através do diálogo, onde então a informação e a deliberação são aspectos importantes do processo, mas não são os mais determinantes.

Todavia, apesar de estar mais ligado à bioética e à medicina, o consentimento informado não pode ser descartado de aplicação em outras áreas da interação humana, pois seu fundamento reside justamente na importância da informação adequada para o livre exercício de escolhas, atendendo-se ao poder de autodeterminação do indivíduo, enquanto expressão máxima da autonomia privada.

Por este ângulo, o estudo do consentimento informado acaba por ter implicações importantes, tanto do ponto de vista acadêmico, quanto do ponto de vista prático (já que a ciência deve ter igualmente este compromisso), uma vez que, hoje em dia, tem-se percebido, mormente nas relações de consumo, que os litígios se

fundamentam não só no conceito de culpa, mas, inclusive, na falta de esclarecimento adequado, seja na área médica ou não (PEREIRA, 2000).

Na medida em que a legislação consumerista, destacou como um de seus pilares, o dever de informação (art. 6º, inciso III do CDC) e considerando que, via de regra, a maioria das relações contratuais, inclusive aquelas no campo da medicina, está acobertada por esta regulação, tem-se que seu descumprimento acarreta importantes consequências jurídicas no âmbito da responsabilidade civil.

Ora, normalmente, o hipossuficiente não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes, capazes de fazer com que avalie adequadamente determinada situação contratual. E neste sentido, a informação por parte do fornecedor deve ocorrer de forma clara, precisa e do modo mais didático possível, considerando o grau de discernimento, cultura e a experiência da outra parte. Conforme se verá adiante, também o exame das condições subjetivas do paciente, como sua capacidade de compreensão e análise, será determinante para a integridade do seu consentimento.

Como do ponto de vista do direito do consumidor são indenizáveis os danos causados por produto ou serviço defeituoso, a ausência do dever informação para o consciente exercício da liberdade negocial pode ser considerada defeito, inclusive, pela falta ou insuficiência de instruções sobre a correta utilização do produto ou serviço, bem como, sobre os riscos por ele apresentados, sem perder de vista, igualmente, que a falta de segurança de um produto pode decorrer logicamente da ausência de informações por parte do fornecedor, acerca da periculosidade e riscos a serem suportados pelo consumidor (SANSEVERINO, 2002).

Feitas estas considerações iniciais, importa, na sequência, investigar a natureza jurídica do consentimento informado, pois, muito embora tenha surgido no domínio da medicina e da pesquisa científica, propriamente falando, sua íntima relação com os contratos, mormente, com o de prestação de serviços na área de saúde, faz dele objeto de interesse da ciência jurídica. Deste assunto nos ocuparemos desde agora.

1.3. NATUREZA JURÍDICA: ETAPA DE FORMAÇÃO DO CONTRATO

Inicialmente, na continuidade de um trabalho que busca um ordenamento lógico, deve ser justificada a ideia de se estudar a natureza jurídica do consentimento informado. Na verdade, a possibilidade de se classificar e categorizar determinado

instituto é importante do ponto de vista científico, pois a partir daí, torna-se possível identificar seus elementos de formação, as causas de invalidez, o momento de produção de efeitos e sobretudo, sua aproximação com outras figuras do direito.

Todavia, apesar desta afirmação ser de fato um argumento contundente, pensamos que, no universo de investigação do consentimento informado, tal proposta se torna ainda mais fundamental. Com efeito, os estudiosos do assunto não dão muito importância a este aspecto igualmente relevante, pois, quase à unanimidade e às vezes, de modo até mesmo arbitrário, acentuam a base contratual do instituto, ligando-a simplesmente a uma visão autonomista do indivíduo, sobretudo, em razão da influência dos princípios bioéticos.

Dayse Gogliano (2009, p. 519), repercutindo essa impressão, observa que “do ponto de vista jurídico, o consentimento é colocado na categoria dos contratos, negócios bilaterais que surgem do encontro de duas vontades e que têm no consentimento o seu elemento constitutivo”.

Na mesma linha, acentuando também a natureza contratual do consentimento informado, Pereira (2000, p. 453), revela que: “a opção contratual tem a grande vantagem de o contrato se basear na autonomia das partes. Este é o habitat natural para os direitos do paciente tais como o direito à informação, ao consentimento e ao acesso aos registros médicos”.

Também, Souza e Fernandes advertem que:

o protagonismo assumido pelo paciente na mudança de paradigma proposta pela hospitalização da medicina na relação médico-paciente enfatiza sua natureza contratual, revelada, sobretudo, pela sequência de atos e comportamentos observados diante de uma necessidade que pode ser real ou fabricada pelo marketing e que, coordenados entre si, irão convergir para a celebração desse negócio jurídico bilateral (SOUZA; FERNANDES, 2018, p. 64).

Não obstante a essa posição majoritária, há, entretanto, outros estudiosos que advogam a tese de que o consentimento informado pertence a uma categoria distinta e, neste sentido, deve ser classificado como um ato jurídico em sentido estrito. Cordeiro participa que:

o consentimento para a realização de intervenções médico-cirúrgicas não se deve confundir com a aceitação, o momento conclusivo de um contrato. O consentimento é uma causa de exclusão da ilicitude, uma autorização para a intervenção médica. No plano da natureza jurídica trata-se de um ato jurídico em sentido estrito (CORDEIRO, 1999, p. 50).

De fato, se avaliarmos sob a ótica de que o contrato de prestação de serviços médicos pode ter sido concluído anteriormente, quer de forma tácita ou expressa, mesmo antes do exercício do dever de informação por parte do médico, seja por ocasião da marcação de uma consulta ou do ingresso do paciente na instituição hospitalar, fica difícil estabelecer se o consentimento integra o contrato ou se deve ser enquadrado de fato, numa categoria autônoma.

Na verdade, sugerir que o consentimento informado representa fundamentalmente o momento de conclusão do contrato (no caso de prestação de serviços), poderia significar uma deficiência irreconciliável, sobretudo, para aquelas situações onde não há consenso e deve ser respeitada a autonomia do indivíduo, quando, por exemplo, o paciente não concorda com o prognóstico realizado pelo médico.

Neste caso, então não haveria o contrato? Outro aspecto que deve ser levado também em consideração, seria o de analisar, se de fato, o consentimento é o evento que exatamente constitui o contrato ou se ele somente é um elemento ou etapa de sua formação.

Importante então, na sequência, definirmos qual a natureza jurídica do consentimento informado, para analisarmos, na esteira, outros aspectos relevantes de sua aplicação no direito, que perpassam as questões que envolvem a autonomia do indivíduo, a relação entre médico e paciente, a forma de instrumentalização do consentimento, pressupostos de validade e alcance, dentre outros aspectos.

De acordo com Clóvis Bevilacqua, que foi o autor do Código Civil de 1916, em preciosa lição clássica, “fatos jurídicos são os eventos mediante os quais as relações jurídicas nascem, se modificam e se extinguem” (BEVILAQUA, 1976, p. 210).

Em outras palavras, são aqueles fatos que o direito atribui relevância jurídica, capazes de alterar as situações pré-existentes e configurar novas situações, as quais, devem ser atribuídas também novas qualificações jurídicas. Todos os demais fatos, que não teriam repercussão para o direito, devem ser considerados fatos simples, comuns ou sociais.

No entanto, deve-se registrar que Gustavo Tepedino (2014), defende a superação desta tradicional distinção entre fato social e fato jurídico, e o faz, através de um argumento muito simples e lógico: não há fato indiferente ao direito, pois é o próprio direito quem define determinado fato ou circunstância como irrelevante, ou não dotado de juridicidade.

Segundo o autor:

em primeiro lugar, se é verdade que o dado social – como elemento da realidade fática – não se confunde com o dado normativo – a norma jurídica – parece arbitrário considerar alguns fatos simplesmente alheios ao direito, ou despidos de relevância ou pressupostos de eficácia, já que a experiência normativa alcança integralmente a vida social, mesmo os espaços de liberdade que o direito, valorando-os, preserva deliberadamente contra qualquer tipo de regulamentação. Diante de tal circunstância, afirma-se que todo fato social interessa ao direito, já que potencialmente interfere na convivência social e, portanto, ingressa no espectro de incidência do ordenamento jurídico (TEPEDINO, 2014, p. 13).

Logo, todo e qualquer fato social deve ser valorado pelo direito, segundo a compreensão cultural da sociedade, no qual ocorre o fenômeno. É o caso por exemplo, do interesse ao meio ambiente equilibrado, as interferências consideradas anormais no direito de propriedade, o direito à proteção da intimidade, sendo correto afirmar que, aquilo que é socialmente aceito em dado momento histórico, pode reconfigurar-se à medida que os valores importantes para a comunidade vão também se modificando.

Para João Batista Villela:

a juridicidade não é um atributo intrínseco à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade. Logo é equivocado pretender-se fundar uma tipologia dos fatos jurídicos a partir de uma angulação estática. Não há fatos jurídicos a priori. É no dinamismo da sua apropriação axiológica que os fatos adquirem ou não o atributo, eminentemente extrínseco, de serem jurídicos (VILLELA, 1982, p. 256).

Neste sentido, o direito interpreta a realidade dos fatos e o faz segundo a valoração traduzida pela ordem jurídica. Há, assim, essencialmente, uma íntima ligação entre o fato e a norma, de modo que, não se pode entender um destes atributos sem o outro.

Portanto, não há que se falar em distinção entre fato social e fato jurídico, porque todo fato é potencialmente relevante para o direito, na medida, em que deve ser analisado pelos valores sociais existentes que condicionam o elemento normativo, que, por conseguinte, é construído a partir da evolução da sociedade.

Não é de hoje, entretanto, que a doutrina subdivide os atos jurídicos em sentido amplo ou *lato sensu* – que são aqueles produzidos pela ação humana de forma lícita - nas subcategorias de atos-fatos, atos jurídicos em sentido estrito (*strictu sensu*) e negócios jurídicos.

De início, deve ser notado, que a principal distinção entre os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos reside na eficácia, uma vez que, enquanto nos primeiros, seus efeitos decorrem exclusivamente do ordenamento jurídico, nos segundos, os efeitos advêm da vontade manifestada pelas partes, mas sempre, com a regulação do direito.

Quanto à classe dos atos-fatos jurídicos, de menor interesse neste trabalho, por prescindirem do elemento vontade, seu maior defensor na doutrina brasileira foi Pontes de Miranda, que os definiu da seguinte forma: “Os atos-fatos são fatos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas” (MIRANDA, 2012, p. 158).

Em linhas gerais, nos atos jurídicos em sentido estrito, o que ocorre é uma simples atuação da vontade, mas sem qualquer conteúdo negocial, já que o comportamento do sujeito de direito é analisado objetivamente, ou seja, desprovido de qualquer designação complementar, pois as consequências do ato decorrem exclusivamente por obra da lei.

Acerca desta circunstância, concernente à produção dos efeitos dos atos jurídicos, Vicente Ráo nos adverte que:

ao lado das ações materiais voluntárias, na classificação que estamos expondo, figuram as manifestações de vontade consideradas como pressupostos, não de efeitos eleitos, dispostos e ordenados por quem tais manifestações produz, mas de efeitos prefixados e ordenados rigidamente pela lei. São fatos humanos e voluntários. Fatos voluntariamente e conscientemente produzidos. Mas, neles, a vontade só possui o valor de requisito para a sua produção, visto como, considerada do ponto de vista estrutural, é desprovida de força preceptiva e, considerada do ponto de vista funcional, privada é de força dispositiva. Pode o agente visar aos efeitos jurídicos de seu fato, e assim, normalmente, acontece; mas, os efeitos por ele visados só podem ser os determinados e disciplinados intransponivelmente por lei (RAO, 1961, p. 22).

Para Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, nos atos jurídicos em sentido estrito, o elemento vontade fica em segundo plano. Neste sentido, ensina que:

ato jurídico é um ato não negocial ou ato jurídico em sentido estrito (stricto sensu); consiste num fato voluntário, numa ação humana lícita, porque conforme ao direito, mas não é um negócio jurídico porque com seu comportamento o autor não exterioriza a vontade de se vincular a alguém ou a alguma promessa e não tem ou não é necessário que tenha em vista a produção de determinados efeitos (jurídicos ou práticos); não é preciso que queira tornar-se dono da coisa, mas o simples fato de praticar o ato, em circunstâncias tais, é suficiente para que a lei lhe empreste o valor jurídico de sua ocupação (MIRANDA, 1991, p. 20).

Já para Pontes de Miranda (2012), o ato jurídico em sentido estrito pode, eventualmente, veicular algum elemento volitivo, mas a vontade não constitui seu elemento característico, nem está disposta à produção dos seus efeitos típicos:

o conteúdo volitivo, que acaso tenha, não é suporte fático do fato jurídico e, pois, não alcança a eficácia jurídica como eficácia do que o fato jurídico manteve de tal conteúdo. (...) quem interpelou não precisa ter querido determinado efeito, e só obtém os que a lei mesma atribui à interpelação (MIRANDA, 2012, p. 159).

Em razão disso, pode-se afirmar, que se aperfeiçoa o negócio jurídico, quando os efeitos produzidos decorrem do regulamento definido pelo próprio ato, como, por exemplo na celebração de uma compra e venda. Ao revés, se a eficácia do ato independe da vontade do agente, ainda que lhe seja assegurada a escolha do meio, está-se diante do ato jurídico em sentido estrito, para qual, exige-se tão-somente a consciência da sua prática, sendo irrelevante o papel da vontade.

Assim, podemos tomar como exemplos de ato jurídico em sentido estrito, a fixação de domicílio, o reconhecimento da paternidade, o pagamento de uma obrigação ou a quitação de uma dívida, condutas cujo simples exercício deflagra as consequências atribuídas pela lei, independente, da vontade da parte de querer ou não aquilo que manifesta com sua ação.

José Carlos Moreira Alves (az), concentra sua análise da distinção entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, sob a perspectiva da qualidade da vontade emitida pelo agente. Pois, enquanto no negócio jurídico a vontade teria uma liberdade criadora de regras próprias queridas pelas partes, no ato jurídico, o comportamento da parte estaria adstrito ao regulamento imposto ao agente.

Os atos jurídicos em sentido estrito são, portanto, aqueles atos que se destinam a regulamentar, de modo autônomo, interesses privados, mas limitam-se a executar preceitos, previamente estabelecidos pela lei, ficando reduzido, conseqüentemente, o espaço de atuação da autonomia do indivíduo, no que diz respeito à liberdade negocial. No ato jurídico, quando o agente pratica o ato, submete-se, conseqüentemente, aos efeitos jurídicos previamente reservados pela lei (AZEVEDO, 2002)

Neste sentido, antecipando a análise da natureza jurídica do consentimento informado, nota-se que, sob este ponto de vista, o conceito de ato jurídico em sentido estrito, cuja vontade, encontra-se limitada e regrada por imposição da lei, vai de

encontro à característica fundamental do instituto investigado, que tem na autonomia e no poder de autodeterminação do indivíduo seus elementos preponderantes.

Em outra classificação, se encontram os negócios jurídicos, cujo elemento essencial reside na vontade do sujeito, mas entendida esta, não como simples manifestação, e sim, como declaração, apta e capaz de atingir as consequências previamente projetadas pelas partes.

No negócio jurídico, a declaração se projeta para além da esfera psíquica do indivíduo, mas não sem qualquer objetivo: na verdade, ela se destina a ser conhecida da outra parte, normalmente produzindo efeitos no plano jurídico de seu destinatário.

Segundo Miranda: “O negócio jurídico, dir-se-ia numa conceituação provisória, consiste numa declaração que exterioriza um certo conteúdo de vontade e mediante a qual seu autor se propõe a obter determinados efeitos que a lei dota de juridicidade” (MIRANDA, 1991, p. 22).

Sem vontade não existe negócio jurídico. Todo negócio em que esta for declarada, ainda que viciada, é tido por existente, só podendo se falar em inexistência, naqueles casos onde não é possível verificar sua ocorrência, como, por exemplo, nas hipóteses de violência física ou mesmo nas ações em “curto-circuito”, reproduzidas instintivamente.

O negócio jurídico representa uma oportunidade de regulação de interesses entre particulares, constituindo-se no principal instrumento criado pelo direito privado para o livre exercício da autonomia privada. Na verdade, é uma formulação teórica do final do século XVIII, que em seu bojo, traduz o esplendor do voluntarismo, procurando assegurar o melhor cenário para que os particulares pudessem regular seus interesses.

Segundo Francisco Amaral:

a categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto de uma filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial (AMARAL, 2003, p. 389).

Para Vicente Ráo (1961, p. 30), escrevendo ainda na vigência do Código Civil de 1916, o negócio jurídico poderia ser definido como “a declaração dispositiva e preceptiva da vontade autônoma do agente, dirigida direta e imediatamente à

consecução dos resultados práticos individuais e sociais, produzidos pelos efeitos que ordenamento lhe confere”.

O autor prossegue dizendo que:

o ato jurídico, quer crie, quer modifique, quer extinga direitos, sempre tende, em virtude da autonomia da vontade do agente, a afetar, substancialmente, no sentido de sua disposição, a situação sobre a qual incide (função dispositiva) e seu conteúdo possui caráter preceptivo (estrutura preceptiva), assim valendo como auto-regulamentação de interesses. (RÁO, 1961, p. 30).

Contudo, cabe observar que no Código Civil de 1916, o negócio jurídico não dispunha de tratamento específico, diferentemente do que o faz o Código de 2002, que dedicou, nada mais, nada menos, que oitenta artigos – do artigo 104 ao artigo 184 – para tratar do assunto.

Na verdade, o artigo 81 da antiga codificação, definia tão-somente a figura do ato jurídico, que entendia como sendo “todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, ou extinguir direitos” (CÓDIGO CIVIL DE 1916).

Não havia, portanto, a diferenciação legislativa entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, muito embora, conceitualmente, sobretudo por obra dos estudiosos alemães, a doutrina realizasse tal distinção, defendendo o negócio jurídico como uma categoria autônoma.

Mais uma vez, Ráo adverte que:

a noção de ato jurídico, que acabamos de expor, coincide, em substância, com a de negócio jurídico formulada pela doutrina alemã. Mas dessa doutrina nosso código se afasta seja quanto à classificação dos fatos jurídicos, entre os quais os atos jurídicos inclui, seja quanto à nomenclatura, adotando conceitos e denominações que, poderíamos dizer, são tradicionais no direito latino (RÁO, 1961, p. 33-34).

Entrementes, não podemos perder de vista, que a noção de negócio jurídico floresceu juntamente com a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, momento histórico em que ganhou destaque o reconhecimento de que o indivíduo possuía alguns direitos naturais e inalienáveis, como aqueles relacionados à vida, à liberdade religiosa, à manifestação do pensamento e também à propriedade.

Neste sentido, a valorização do individualismo e do voluntarismo era uma consequência óbvia deste modelo de Estado, de modo que, no direito privado, houve o fortalecimento do princípio da autonomia da vontade, notadamente, em razão do

ideário da Revolução Francesa, que objetivava excluir do âmbito dos contratos, a intervenção estatal, garantindo-se a maior liberdade de contratar.

A par desta visão voluntarista, a autonomia da vontade podia praticamente tudo, significava o poder de determinar livremente todos os interesses que melhor conviessem às partes. Caio Mário da Silva Pereira, ao abordar o voluntarismo jurídico observava que: “o contrato se origina da declaração de vontade, tem força obrigatória e forma-se, em princípio, pelo só consentimento das partes” (PEREIRA, 1978, p. 21).

Evidenciava-se, portanto, significativa mudança cultural, onde seriam doravante entronizados como valores socialmente relevantes, o dogma da vontade, o princípio do *pacta sunt servanda* e o intervencionismo estatal mínimo nos contratos.

Contudo, à toda evidência, conferia-se aos negócios jurídicos um caráter exclusivamente patrimonial, pois buscava-se tão-somente a circulação de bens e o resultado lucrativo, relegando-se as condições do indivíduo a um segundo plano, ou seja, o sujeito de direitos era considerado abstratamente (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017).

No entanto, é de se perceber que, atualmente, houve o distanciamento desta ideia de negócio jurídico, concebida ainda no século XVIII, notadamente de seu caráter patrimonialista, para uma visão mais preocupada com a tutela do sujeito em concreto, que em nada deve divorciar-se da realidade na qual está inserido.

Neste sentido, Luiz Edson Fachin conclui que:

a tendência contemporânea é o abandono dessas concepções abstratas e genéricas, e isso também se mostra não apenas em relação aos que são titulares de direito, como também em relação àquilo que pode ser objeto dessa titularidade. Há situações em que a noção clássica, tanto de pessoa quanto de coisa, não mais responde ao sentido que o Código Civil imprime a este tipo de realidade (FACHIN, 2012, p. 106).

É importante observar, igualmente, que esta nova perspectiva de se conceber o negócio jurídico, mais atenta às necessidades das partes, concorre para uma aproximação da própria noção de consentimento informado, pois, nota-se, que houve uma inovação do conceito de sujeito, que evoluiu da qualidade de mero indivíduo – abstratamente considerado – para o de pessoa humana – concretamente considerada, cujas características e especificidades devem ser balizadas dentro da própria relação jurídica.

Contudo, por ter sido engendrado como instrumento do exercício da autonomia privada e, por conseguinte, como fator de desenvolvimento da vontade individual, a

noção de negócio jurídico sempre provocou acirradas disputas ideológicas a partir do século XIX e ao longo de todo o século XX, na medida em que se seguiram diversas fases e graus de intervenção do Estado, na economia dos países de tradição romano-germânica (TEPEDINO, 2014).

E os efeitos dessas controvérsias, até os dias de hoje, têm, entre nós, significativa influência na interpretação e sobretudo, na análise do papel da vontade quanto ao tema da validade dos negócios jurídicos. Na verdade, em termos ontológicos, sempre existiu um ponto de tensão entre o livre exercício da vontade privada e o papel da declaração que veicula esta vontade.

E o estudo deste fenômeno, na teoria geral do negócio jurídico, interessa, inclusive, ao consentimento informado, na medida em que, pelos bens envolvidos, como a vida e a integridade física, deve-se velar, para que o conteúdo da declaração externada corresponda exatamente à vontade livre e esclarecida do paciente.

Num breve estudo, podemos dividir essas diversas posições doutrinárias, que povoaram o desenvolvimento da ciência jurídica, em dois grupos distintos, que difundiram as chamadas teorias subjetivistas e objetivistas, que, em última análise, se distanciavam pela maior ou menor preponderância que atribuíam ao papel da vontade ou ao papel da declaração.

Vicente Ráo, percebendo muito bem que não poderia haver um distanciamento entre estes elementos de constituição do negócio jurídico, bem anota que:

segundo nosso modo de entender , quando vemos na vontade autônoma, que na ordem privada se exerce, um elemento essencial dos atos produtores de efeitos jurídicos, não excluimos o valor, nem a necessidade da declaração, nem deixamos de considerar que, em princípio, a força produtora de tais efeitos se encontra na vontade real efetivamente corporificada na declaração, pois é esta que torna a vontade eficaz e atuante, de conformidade com o ordenamento jurídico (RÁO, 1961, p. 45)

A bem da verdade, Savigny foi o principal representante da teoria subjetivista da vontade, que encarnava, o que ficou conhecido como o célebre dogma da vontade, devendo-se a ele, a formulação do conceito de negócio jurídico, como declaração de vontade com o fim imediato de constituição ou extinção de determinada relação jurídica (PEREIRA, 1978).

O papel da vontade, nesta construção, desponta como elemento essencial, funcionando a declaração como simples meio de exteriorização ou revelação dessa vontade, gozando de um nítido caráter instrumental. Neste sentido, sempre que

houvesse divergência entre a vontade efetivamente querida e a declaração externada deveria prevalecer a vontade, enquanto elemento psíquico, invalidando-se, via de consequência, o negócio jurídico (SCOGNAMIGLIO, 1969).

Nesta teoria, competia então ao intérprete, sempre buscar a real intenção do agente, para, na sequência, verificar a validade do negócio, mas sempre levando em consideração que a declaração tinha um lugar subalterno, pois nem sempre sua construção era efetivamente formulada no sentido de captar o elemento essencial dessa formulação jurídica, que era o vetor volitivo, o elemento anímico do indivíduo.

Contudo, como era de se esperar, essa teoria sofreu duras críticas, sobretudo, ao proteger exclusivamente os interesses de uma das partes, que era aquela que fazia a declaração em manifesta desconformidade com sua real intenção, deixando ao limbo, na outra ponta, o destinatário da manifestação de vontade.

Anotando muito bem essa incoerência, Miranda adverte que:

levada as suas últimas consequências, produziria resultados iníquos, porque considerando decisiva a verdadeira intenção do agente, em caso de divergência entre a vontade e a declaração, determinaria a nulidade do negócio, sacrificando sempre o aceitante da declaração, cujas expectativas seriam traídas até por eventual má-fé ou culpa do declarante (MIRANDA, 1991, p. 24).

Por conseguinte, procurando atenuar as injustiças que eram consequentemente ocasionadas da aplicação dessa teoria, no âmbito ainda de uma proposta subjetivista, surgiram outras formulações, como a teoria da declaração e as teorias intermediárias – da *culpa in contrahendo* e da garantia tácita – formuladas respectivamente, por Ihering e Windscheid, que buscaram equacionar os problemas da teoria da vontade, mas que, entretanto, não lograram maior êxito em solucionar o seu problema básico (TEPEDINO, 2014).

Partindo de um fundamento frontalmente oposto ao da teoria da vontade, a teoria da declaração, formulada por Röver, defendia que as declarações não surgiriam como simples meio de provas, mas como autênticos elementos de ligação, que vinculavam o declarante às obrigações assumidas por meio dela, independentemente de se investigar, posteriormente, se a declaração foi realmente querida ou não.

Explicando essa formulação, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda (1991, p. 25) ensina que: “quem emite uma declaração jurídica, aceita estar vinculado, face àquele a quem se dirige, pelo sentido normal das expressões que emprega, senão não poderia haver segurança alguma nas relações privadas”.

Não é difícil constatar, entretanto, que, mesmo essa formulação conduzia ao extremo de se prestigiar mais a declaração, que a própria vontade, deixando de proteger os interesses do declarante ao desconsiderar o elemento anímico do agente.

Ao desenvolver a teoria da *culpa in contrahendo*, Ihering, por sua vez, sustentava que o contratante deveria observar a máxima diligência possível, tanto nas relações jurídicas já estabelecidas, quanto naquelas que estivessem se formando, em face do interesse contratual negativo do outro contraente.

Assim, todo aquele que viesse a externar declaração manifestamente divergente da vontade real, deveria responder pelos prejuízos causados ao contraente de boa-fé, em razão da invalidade do negócio.

Discorrendo sobre essa teoria, Ráo ensina que:

incumbe, a quem contrata, empregar a sua maior diligência, quer nas relações pré-contratuais, quer na prática dos atos constitutivos do contrato. Se assim não proceder e, por sua culpa, obstar a formação de um contrato preparado ou ajustado, ou provocar a conclusão de um contrato nulo ou anulável, incorrerá na obrigação de ressarcir os danos que causar à outra parte, privando-a das vantagens que ela perceberia se o contrato houvesse sido concluído, ou concluído validamente (responsabilidade por interesse contratual negativo) (RÁO, 1961, p. 190).

Muito embora tal proposta tivesse por escopo corrigir as distorções suscitadas pela teoria subjetiva da vontade, também ela foi insuficiente para resolver definitivamente o impasse entre vontade e declaração, servindo muito mais ao propósito de ressarcir civilmente ao prejudicado, em razão da invalidade do negócio jurídico por vício na vontade.

Sem, contudo, abandonar o delineamento da teoria clássica, Windscheid veio propor uma formulação, que imaginava tratar-se de uma solução para os seus excessos, a qual, denominou teoria da garantia tácita. Segundo este autor: “todo o contraente, tacitamente assume a obrigação de responder pelos danos causados por sua declaração de vontade se trair a confiança da outra parte, - assim se constituindo garante da confiança que nela houver infundido” (RÁO, 1961, p. 191).

Mas apesar de divergirem quantos aos fundamentos, tanto esta teoria, como aquela proposta por Ihering, acabavam por conduzir a um mesmo resultado: o ressarcimento do prejudicado pela invalidade do negócio jurídico. Mais tarde, no entanto, Windscheid reformulou sua teoria estabelecendo que deveria haver uma conjugação ou equivalência entre os elementos internos e externos do negócio

jurídico, de forma a evidenciar que não só a declaração ou a vontade, mas a declaração de vontade é que seria juridicamente eficaz.

De acordo com esta nova formulação:

a declaração sem vontade é tão nula como a vontade sem declaração. A declaração não é assim simples modo de manifestação de uma vontade preexistente, mas o movimento da vontade em ação, visando não só os sinais exteriores de comunicação, mas os próprios efeitos jurídicos. Tão digno de proteção como os interesses do comércio jurídico e do destinatário da declaração, é o interesse do declarante que contrata sem dolo ou culpa. (MIRANDA, 1991, p. 26).

Em contraposição às concepções subjetivistas, surgiram outras propostas designadas como teorias objetivistas, cuja ideia principal era a superação do dogma da vontade, partindo da fundamentação de que a essência do negócio jurídico residia na declaração, como tal percebida, reconhecida e considerada pelo ordenamento jurídico, independentemente, da real intenção de seu emissor.

Ambas posições doutrinárias refletiam, a bem da verdade, a concepção ideológica de períodos históricos distintos, que iam desde a consagração do voluntarismo (dos séculos XVIII ao XIX) à sua rejeição, com o surgimento de um Estado Social, mais intervencionista (entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX). Efetivamente, tais posições extremistas não lograram resolver o problema de se conciliar o respeito à liberdade individual, manifestada pela vontade, com a segurança que deveria ser atribuída a sua manifestação, tal como declarada (TEPEDINO, 2014).

Neste novo cenário, a vontade seria tão-somente o elemento causal, pois embora o negócio jurídico resultasse da manifestação da vontade, dela se desprenderia, tornando-se então, irrelevante investigar a real intenção do agente emissor. Assim, as teorias objetivistas se constituíram na própria antítese das teorias subjetivistas.

A primeira delas, formulada por Bülow, sugeria que a declaração negocial não manifestava um querer, mas, senão um dever, no sentido de que a vontade é a simples causa do negócio, sendo que, contudo, seu conteúdo é preenchido pela obrigação contratual.

Conforme Scognamiglio: “o negócio constitui um comando concreto ao qual o ordenamento reconhece eficácia vinculante e, nesta medida, um meio concedido às partes para a produção dos efeitos jurídicos conforme aos próprios interesses” (SCOGNAMIGLIO, 1969, p. 65).

Notadamente, ainda no âmago das teorias objetivistas, merece destaque a doutrina normativista, desenvolvida na Itália por Luigi Ferri (1969), que apontava que os efeitos jurídicos do negócio decorriam do próprio negócio e não da lei. De acordo com tal concepção, as partes do negócio, emitem a si mesmas, as regras a que decidem voluntariamente se submeter, possuindo tais regras a mesma natureza das normas jurídicas.

Neste sentido, destaca Ferri que:

o negócio jurídico tem um conteúdo normativo próprio, isto é, contém normas que entram em vigor e que permanecem, por um período mais ou menos longo de tempo, mas, por outro lado, o direito, as normas jurídicas criadas ou postas em vigor por um negócio jurídico, têm de estar em conformidade com as normas legais, com as regras jurídicas que proveem para a sua formação, para que possam criar direito válido (FERRI, 1969, p. 19).

É de se ressaltar que Ferri sofreu forte inspiração da doutrina de Kelsen (2003), pois estabeleceu um sistema gradual de normas jurídicas, em que umas estariam em grau de dependência para com as outras, numa posição de hierarquia, de tal modo que, como a lei ordinária está subordinada à norma constitucional, assim também o negócio jurídico estaria subordinado à lei ordinária.

A teoria normativa baseava-se na existência de duas vontades distintas no negócio jurídico: uma vontade subjetiva, de cunho psicológico, que se esgota no momento da prática do ato e outra vontade, de natureza objetiva, externada pela declaração, que tem início logo após o processo volitivo, acompanhando o negócio em sua existência concreta (AMARAL, 2003)

Para além da proposta inicial desenvolvida por Bülow, que concebia o negócio jurídico como um dever ser, o jurista italiano Emílio Betti desenvolveu sua teoria preceptiva que, essencialmente, fundava-se no reconhecimento social da vontade, mas não a partir de referências psicológicas, internas ao agente, mas senão, com base na declaração, na forma exteriorizada, que se constituía, assim, em preceito vinculativo (TEPEDINO, 2014).

Tal formulação engendrava a ideia, de que, antes mesmo de qualquer ordem jurídica estatal, regularmente constituída, os particulares sempre estabeleceram entre si relações de troca e de circulação de riquezas, relações estas a que tinham plena consciência da sua obrigatoriedade, ou seja, de seu valor vinculativo.

De acordo com Custódio Miranda:

não há dúvida que o negócio jurídico é também para Betti um fato jurídico; mas ao contrário de outros fatos jurídicos, o negócio jurídico contém já, ele próprio, a enunciação de um preceito a ser observado pelas partes para a auto-regulamentação de seus interesses, preceito que a ordem jurídica valoriza, segundo seu soberano critério de apreciação e traduz em relação jurídica, com as restrições e modificações que considera oportunas (MIRANDA, 1991, p. 32).

O interessante, é que para Betti, existe uma consciência social acerca da obrigatoriedade e dos efeitos plenamente vinculativos do negócio jurídico, como acontece como qualquer outra regra de conduta exigida pela vida em sociedade. O que o direito faz é tão-somente transformar um fato comum em fato jurídico, através do fenômeno que ele denomina de recepção, fazendo com que o regulamento prescrito pelas partes se torne então um preceito jurídico (BETTI, 2008).

Antônio Junqueira de Azevedo, um dos principais defensores da teoria de Betti no Brasil, revela que:

o negócio jurídico é uma criação do povo. Ele é, antes de mais nada, um fato social. Não é ele nem uma criação do legislador, nem uma construção doutrinária de certos juristas, realizada através de progressiva abstração de conceitos: o máximo que se pode dizer é que em determinado momento histórico os estudiosos tomaram consciência de sua existência e a partir daí passaram a teorizar sobre ele (AZEVEDO, 1986, p. 3).

Prossegue dizendo o autor, que:

cada povo, de acordo com as circunstâncias históricas e concretas de sua existência, vai encontrando modos de comportamento que os membros do grupo reconhecem como aptos a produzir efeitos jurídicos. São os seus negócios jurídicos (AZEVEDO, 1986, p. 3).

Portanto, para Betti, o negócio jurídico corresponde a um fato social, resultado e expressão do desenvolvimento da natureza interativa do ser humano com outros membros do mesmo grupo social, como acontece com a convivência e a linguagem, não havendo sequer a necessidade da exata compreensão de seus efeitos, mas tão-somente, a consciência generalizada de que determinados comportamentos vinculam quem os pratica.

Em que pesem as variações e o refinamento de algumas teorias, na verdade, a diferença fundamental entre todas elas sempre residiu na circunstância de que, enquanto para algumas, a fonte dos efeitos do negócio jurídico se fundamentava na vontade balizada pela lei, para outras, os efeitos jurídicos do negócio decorriam do

próprio negócio, em que as partes veiculavam regras a que decidiam se submeter ou tinham consciência da sua obrigatoriedade, tornando-as regras jurídicas.

Nada obstante, cabe acentuar que, na realidade, tais teorias refletiam a famosa discussão doutrinária que envolvia os adeptos da chamada jurisprudência dos conceitos e os partidários da jurisprudência dos interesses. Proposta inicialmente por Savigny e desenvolvida, posteriormente, por Puchta, a jurisprudência dos conceitos tinha por fundamento deduzir a norma e a decisão jurídica a partir do conceito.

Rafael Simioni, adverte que:

a jurisprudência dos conceitos trabalhava sob uma racionalidade lógico-dedutiva. Ela partia da sistematização analítica dos conceitos jurídicos para deduzir deles as proposições jurídicas. Substituiu a história, as instituições, a lei, pelo conceito. O conceito passou a constituir a própria realidade do direito. Isso foi importante para a teoria do processo, especialmente porque nós vemos na jurisprudência dos conceitos o início do direito processual moderno, especialmente diante do conceito (abstrato) de pretensão em Windscheid, como uma mediação analítica-formal entre o direito material e processual (SIMIONI, 2014, p. 98).

Tal proposta, foi criticada severamente por Philip Heck, que a caracterizava como um método de inversão, justamente, por deduzir a norma do conceito, ao invés de produzir o sistema e os conceitos, através da indução, a partir das normas jurídicas, das decisões jurisprudenciais e dos valores sociais. Heck propõe então a substituição dos conceitos pelos interesses, criando a jurisprudência dos interesses.

Novamente, Simioni revela que:

os conceitos são relações abstratas de significação. Referem-se a relações entre outros conceitos. Os conceitos criam e organizam uma espécie de intertextualidade que não tem nenhuma saída para o mundo prático-social. Toda a análise conceitual ficava restrita ao mundo teórico, às relações formais e às deduções lógicas entre conceitos sistematizados. Por outro lado, ao contrário dos conceitos, a referência aos interesses joga a observação do jurista no mundo prático-social. Enquanto o jurista só analisa conceitos, ele fica somente no plano teórico. Mas no momento em que ele substitui o seu objeto de investigação, os conceitos, pelos interesses, ele sai do plano teórico para caminhar sobre os elementos realmente constitutivos do direito, que são, segundo a Jurisprudência dos Interesses, os interesses (SIMIONI, 2014, p. 99).

No entanto, levando-se em consideração os pontos de vista mencionados, poderia incorrer em erro de análise, tanto a formulação de uma teoria do negócio jurídico, a partir de um plano simplesmente teórico e lógico-formal, desconsiderando-se a realidade em que está envolvido e tendo como elemento essencial a vontade ou sua declaração; quanto a perspectiva, de se definir o instituto como único produto da

experiência social, pois, neste caso, estar-se-ia renunciando à prescrição normativa que cabe exclusivamente ao direito.

Nesta linha de princípio, mister ressaltar que as teorias expostas acabaram pecando pelo unilateralismo, pois, enquanto nas teorias subjetivistas não se considera o poder vinculante traduzido pela consciência da obrigatoriedade do conteúdo negocial, nas teorias objetivistas, há a completa abstração do elemento vontade, que de certo modo é decisivo para a formação do negócio jurídico.

Parece, portanto, que somente a concepção que convergisse essas duas noções, é que seria capaz de explicar adequadamente a realidade do negócio jurídico. Não só a vontade, nem simplesmente a declaração, mas a declaração da vontade é que deveria servir de parâmetro para interpretar e compreender, ontologicamente, a complexidade do negócio jurídico.

Muito embora tenha sofrido forte influência da teoria preceptiva, Antônio Junqueira de Azevedo, revela que:

a nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração (AZEVEDO, 2002, p. 82).

Arremata o autor, dizendo que negócio jurídico seria então:

um ato cercado de circunstâncias que fazem com que socialmente ele seja visto como destinado a produzir efeitos jurídicos (...) a correspondência, entre os efeitos atribuídos pelo direito (efeitos jurídicos) e os efeitos manifestados como queridos (efeitos manifestados), existe, porque a regra jurídica de atribuição procura seguir a visão social e liga efeitos ao negócio em virtude da existência de manifestação de vontade sobre eles (AZEVEDO, 2002, p. 19).

Nesta quadra, a vontade, embora ainda importante, senão, em virtude de sua natureza psíquica e de difícil apreensão, passa a ser interpretada como um momento anterior ao próprio negócio, ou seja, como seu elemento causal, atribuindo-se maior projeção à declaração da vontade, conforme manifestada e percebida no meio social.

Sob esta nova perspectiva, a declaração da vontade passa a exprimir então a ideia de elemento fundamental de formação do negócio jurídico, e, por conseguinte, quando de sua constituição, deverá ser manifestada de forma livre e consciente, independentemente da capacidade e legitimação das partes para o negócio.

Nada obstante, um outro aspecto da realidade negocial deve representar o valor vinculativo dos ajustes, na medida em que as partes contratantes devem sujeitar-

se às regras de condutas por elas mesmas estabelecidas, a que o ordenamento jurídico passa a conferir validade e eficácia (MIRANDA, 1991).

Neste sentido, percebe-se que a ideia de consentimento informado está muito mais próxima da própria noção de negócio jurídico, particularmente, porque é neste ambiente que valores fundamentais do indivíduo, como a autonomia, a regulação de interesses próprios e a liberdade individual encontram o cenário mais adequado para se desenvolverem em toda a sua plenitude.

Por via de consequência, e pelas razões expostas, parece que se mostra como equivocado, o entendimento de que o consentimento informado deve ser classificado como ato jurídico em sentido estrito ou como qualquer outra categoria autônoma dos atos lícitos praticados pelo homem e que tenham alguma repercussão jurídica imediata.

Num panorama que se fundamenta na visão de que o consentimento informado é um instrumento de realização pessoal, concebido a partir de etapas, que levem em consideração o valor informativo e deliberativo da relação médico-paciente, dentro de uma perspectiva de construção conjunta, o poder de auto regulação do indivíduo passa a ser extremamente valorizado.

Decorre justamente deste aspecto, sua íntima ligação com o negócio jurídico, que, por sua vez, tem no contrato sua expressão mais pujante. Na verdade, desde tempos remotos, o contrato sempre notabilizou o fenômeno da relação negocial, espécie onde o indivíduo poderia atender seus desejos e alcançar os bens da vida e os serviços que melhor socorressem aos seus interesses pessoais.

A bem da verdade, o contrato até se confunde com a própria noção de negócio jurídico. Segundo Nelson Nery e Rosa Nery (2005, p. 374): “o contrato é, sempre, um negócio jurídico bilateral (ou plurilateral) cuja finalidade é criar, regular, modificar ou extinguir um vínculo patrimonial entre as pessoas que o celebram”. Note-se que o consagrado autor, assim como o faz a maioria, ressalta, fundamentalmente, a característica patrimonial dos contratos, muito em decorrência de nossa tradição românico-germânica.

Contudo, a própria concepção de contrato mudou significativamente ao longo dos tempos, assim, como a forma de interpretá-lo à luz de preceitos constitucionais, que consagram o valor fundamental da pessoa humana. Neste sentido, Amaral ressalta que:

pode-se acrescentar que nos dias atuais, em se tratando do regime democrático, priorizar o caráter patrimonial em detrimento do caráter pessoal do ser humano não atende aos ditames éticos, razão pela qual a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo é fundada, também, na tese de “despatrimonialização do Direito”, consistente em colocar a pessoa, o seu valor, no primeiro plano, afastando-se toda a prioridade que se concedia ao caráter extremamente patrimonialista das relações civis (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 281-282).

Não há dúvidas de que, atualmente, a visão clássica de contrato é incapaz de explicar outras realidades obrigacionais, que, necessariamente, não têm no aspecto patrimonial, sua principal característica. Uma delas, é a própria relação médico-paciente, que, em razão dos aspectos éticos, morais e jurídicos envolvidos e sobretudo, pelo protagonismo atribuído atualmente ao paciente, revela particularidade toda própria.

Destacando a natureza particular do contrato médico, Sérgio Cavalieri Filho ressalta que:

o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares, parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de contrato *sui generis*, e não de mera locação de serviços, consoante a orientação adotada pelos Códigos da Suíça e da Alemanha (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 285).

Por outro lado, parece também não haver hesitação em incluir o vínculo entre médico e paciente, como inserido numa relação de consumo. Nesta perspectiva, Amorim menciona que:

necessário que se deixe espeque de dúvida a natureza consumerista da relação médico-paciente. A relação médico-paciente é de consumo, enquadrando-se o paciente no conceito de consumidor, insculpido no art. 2º, do CDC, sendo destinatário final do serviço prestado, e o médico no conceito de fornecedor, previsto no art. 3º, do mesmo Diploma, sendo prestador de serviços mediante contraprestação. Nesse sentido, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 731.078, reiterou o entendimento de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor à relação médico-paciente, mantendo a decisão do TJSP que condenou um médico a indenizar seu paciente com base na legislação consumerista (AMORIM, 2018, p. 38)

Na esteira dessas considerações e definida sua base contratual, importante, na sequência, identificar aonde exatamente deve situar-se o consentimento informado na relação negocial ou no contrato *sui generis* estabelecido entre médico e paciente, pois é certo, que existem diversas fases pelas quais os contratos se formam.

A formação dos contratos é assunto de grande relevância, pois a partir do momento que ocorre a constatação de que a manifestação de vontades das partes se

aperfeiçoou, normalmente, após um prévio período de negociações preliminares, é que pode se dizer, exatamente, que a obrigação contratual se encontra definitivamente constituída (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017).

Neste sentido, aparenta que não se pode afirmar que o consentimento informado representa exatamente o momento de conclusão ou finalização do contrato de prestação de serviços médicos, como sugerem alguns. Ou seja, o consentimento informado não é o contrato propriamente falando, na medida em que, aquele, na verdade, o integra, e pode ocorrer muito antes do consenso entre médico e paciente para fins, por exemplo, de determinada intervenção cirúrgica ou do início de um tratamento experimental.

Haverá casos, inclusive, que o contrato sequer se formalizará futuramente, na hipótese, por exemplo, do paciente não concordar com o tratamento proposto, buscar a opinião de outro profissional, ou simplesmente, abandonar o tratamento, o que não retira do consentimento informado a sua característica pré-contratual.

O que se busca acentuar é que o consentimento parece representar muito mais uma etapa, na qual serão revelados e esclarecidos todos os aspectos possíveis do diagnóstico e prognóstico, relativos ao estado clínico do paciente e, justamente, por assumir este nítido aspecto informativo, é que melhor se coaduna com o momento de negociação ou pontuação, enquanto fase preliminar do contrato.

Gustavo Tepedino (2018), acentua que existem atividades que são anteriores e também posteriores ao contrato, que dessa forma, vai sendo construído em etapas, o que ele chama de formação progressiva do contrato. Neste sentido, menciona que:

a atividade contratual precede, por vezes, a celebração do negócio, quando nas tratativas, minutas ou acordos preliminares se desenvolvem vínculos com propósitos definitivos, parciais embora inteiramente aperfeiçoados, a despeito da inexistência ainda do negócio jurídico, cuja celebração se encontra pendente, na dependência da consecução de elementos essenciais, naturais ou acidentais, pretendidos pelas partes (formação contratual progressiva) (TEPEDINO, 2018, p. 186).

Em termos atuais, aparenta que o consentimento informado, regra geral, deve ser interpretado como um ato integrante, preliminar e cujos efeitos são independentes ao negócio principal, normalmente, um contrato de prestação de serviços médicos, que se formaliza pelo concurso da vontade dos contratantes, e, que, por conseguinte, está albergado numa relação de consumo.

Desse modo, parece que deve haver um indicativo de que o consentimento informado deve ser situado ainda na fase das tratativas contratuais, onde ocorre

propriamente a policitação ou proposta e onde as partes têm a disponibilidade de refletir e avaliar acerca de suas necessidades e reais interesses no livre exercício da autonomia. Trata-se, conseqüentemente, de um ato preliminar ao contrato.

Sem perder de vista, igualmente, que amparados por uma visão constitucionalista do direito privado, que tem na função social do contrato um de seus pilares, devem ser rechaçados comportamentos atípicos nesta fase, que se divorciam do dever objetivo de agir com boa-fé e, sobretudo, se desviam das obrigações conexas de proteção e informação, podendo, inclusive, ser reclamada a responsabilidade civil por violação contratual.

Superado, conseqüentemente, o estudo da questão que envolve a natureza jurídica do consentimento informado, importa seguir mais adiante, no sentido de localizar e estudar o papel da autonomia privada no desenvolvimento e na compreensão do seu significado atual, sem perder de vista que, em última análise, ela representa a expressão da liberdade do ser humano em dispor sobre sua auto-realização.

2. DO RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA EM SAÚDE À MUDANÇA DE PERSPECTIVA DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE.

A percepção de que o consentimento informado assumiu, atualmente, uma posição de destaque no vínculo entre médico e paciente, configurou-se a partir do desenvolvimento e do reconhecimento da ideia de autonomia do indivíduo. Desde o século XVIII, o individualismo e o consensualismo influenciaram essa noção, culminando na liberdade contratual que marcou fortemente o liberalismo e o capitalismo.

Contudo, se desde os primórdios da revolução industrial e do iluminismo, a autonomia sempre representou a base jurídica dos negócios entre particulares, o mesmo não ocorreu com a relação médico-paciente, que somente dois séculos mais tarde buscou estabelecer uma visão mais centrada no sujeito do tratamento. E os fatores que motivaram tal circunstância envolvem aspectos culturais e até mesmo jurídicos.

Nada obstante, esse relacionamento sempre foi assinalado por uma projeção muito decisiva da figura do médico, que, praticamente, exercia o poder decisório sobre a saúde do paciente. Neste modelo de atuação paternalista, o médico era reverencialmente temido e suas opiniões naturalmente incontestadas. No entanto, a partir do século XX, o significativo progresso das ciências, a hospitalização da medicina e o desenvolvimento da bioética fizeram com que a visão tradicional fosse remodelada, de modo a se reconhecer a autodeterminação do paciente sobre os cuidados médicos.

Entretanto, para que possa exercer o consentimento, o paciente deve gozar do discernimento necessário para entender e querer as condições do tratamento médico. O advento do Estatuto das Pessoas com Deficiência representou verdadeira revolução na teoria das capacidades, de modo que a antiga concepção se tornou insuficiente para resolver os problemas atuais que envolvem, por exemplo, a possibilidade de pessoas gravemente enfermas terem que decidir sobre questões de saúde.

Nessa seara, a solução desse dilema passa fatalmente por um debate sério e reflexivo sobre as consequências da alteração legislativa e mesmo pela introdução de outros parâmetros que poderiam ajudar as pessoas em condição de vulnerabilidade e

até mesmo os menores, a realizarem escolhas sensíveis nesses assuntos ligados à vida e à saúde.

2.1 A AUTONOMIA EM SAÚDE: PARA ALÉM DO ASPECTO NEGOCIAL

O respeito à liberdade das pessoas de atribuir a si mesmas determinadas escolhas é uma questão profundamente arraigada em nossa moral comum, no entanto, ainda hoje, nota-se a importância de estudar as circunstâncias que envolvem a sua natureza e a extensão dos direitos que esta liberdade representa.

Etimologicamente, a palavra autonomia incorporou-se ao nosso vocabulário a partir de duas palavras gregas: *autos*, que significa próprio e *nomos*, que representa regra, governo ou lei, e neste sentido, foi primeiramente empregada como referência à autogestão ou autogoverno das cidades-estados independentes da Grécia antiga (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Não se pode deixar de tributar ao gênio dos povos helênicos a primazia em construir instituições políticas livres. Entre os séculos VII e VI a.C., a Grécia notabilizou-se por engendrar cidades culturalmente desenvolvidas e com fortes instrumentos de participação popular. Notoriamente, o culto à liberdade do homem favoreceu o fortalecimento das instituições republicanas e também o crescimento do interesse e do ardor pela ciência, o que sedimentou as bases para o pensamento filosófico.

Giovanni Reale e Dário Antiseri, lembram que:

com a constituição e a consolidação da polis, isto é, da Cidade-Estado, os gregos deixaram de sentir qualquer antítese e qualquer vínculo para a sua liberdade; ao contrário, foram levados a verem-se essencialmente como cidadãos. Para os gregos, o homem coincide com o cidadão. Assim, o Estado tornou-se o horizonte ético do homem grego, assim permanecendo até a era helenística: os cidadãos sentiam os fins do Estado como seus próprios fins, o bem do Estado como o seu próprio bem, a grandeza do Estado como a sua própria grandeza e a liberdade do Estado como a sua própria liberdade (REALE; ANTISERI, 1990, p. 21).

Ainda que estivesse mais ligada à própria noção de liberdade, desde então, a ideia de autonomia passou a estar presente entre nós, estendendo-se aos indivíduos e adquirindo diversos contornos como autogoverno, direito à disponibilidade, à soberania da vontade, à felicidade, à privacidade, à realização pessoal, e, ultimamente, ao consentimento informado.

Atualmente, a autonomia tem-se traduzido no princípio fundamental da ordem jurídica privada, inclusive, para além dos aspectos nitidamente patrimoniais que marcaram o advento do individualismo e do consensualismo nos negócios entre os particulares, espalhando suas raízes para questões de ordem existencial, ligadas à saúde e à integridade físico-psíquica dos indivíduos.

Para Godinho, em consonância a esta nova perspectiva:

a autonomia privada tem um nobre papel a cumprir: o de facultar a cada pessoa, em respeito à sua individualidade, modelar o sentido da sua existência, ancorada nos seus valores, suas crenças, sua cultura e seus anseios. Há, pois que conceber a autonomia não apenas como meio de se obrigar pecuniariamente, mas também de se desenvolver e realizar a própria personalidade humana (GODINHO, 2018, p. 480).

Entretanto, a construção dessa ideia, de que a pessoa deve, de forma livre e consciente, tomar todas as decisões a respeito de sua pessoa ou de seus bens, nem sempre foi muito pacífica na doutrina, ganhando uma pluralidade de sentidos ao longo do desenvolvimento da ciência jurídica, de modo que se torna necessário o conhecimento das condições históricas e econômicas que possibilitaram esta posição.

Francisco dos Santos Amaral Neto, ao falar das origens históricas da autonomia privada, revela que:

pode-se considerar, de maneira geralmente aceita, que seu antecedente imediato é o individualismo, doutrina segundo a qual se concede à pessoa humana um primado, uma supervalorização relativamente à sociedade. O indivíduo como fonte e causa final de todo o direito (AMARAL NETO, 1989, p. 217).

Durante a Idade Média, no contexto de um sistema fortemente marcado pelas características feudais, a autonomia confundia-se com a perspectiva da soberania da vontade. Neste cenário, a vontade tinha um poder criador, onde as partes deveriam solenemente se prender ao que fora pactuado, cumprindo fielmente as obrigações assumidas. Mas a vontade não era percebida como uma manifestação plena da individualidade, já que encontrava seus limites na fé, na moral, nos interesses da família e da comunidade religiosa (GILISSEN, 2001).

A partir do fim da Idade Média, notadamente com o declínio do sistema de estratificação social e do surgimento de outras classes de novos atores econômicos, o individualismo passou à pauta das realizações humanas e principalmente da vida

dos negócios, reconhecendo-se a capacidade do indivíduo de dispor livremente de seus bens. De acordo com Custódio da Piedade Ubaldino Miranda:

o direito, nesta nova concepção, deveria limitar-se a servir a vontade individual, complementando-a ou suprimindo-a, com fundamento na vontade presumida: “voluntas facit legem”. Estes princípios ficariam inicialmente consagrados nos textos constitucionais, concernentes aos contratos e à propriedade e, em seguida, passariam para os Códigos, do mesmo passo que seriam aproveitados pelo pandectismo para as suas grandiosas construções científicas (MIRANDA, 1991, p. 39).

No século XVIII, o livre arbítrio mereceu posição de destaque na vida social e, por conseguinte, a autonomia floresceu como o princípio e o fim de todo o sistema jurídico. O ideário iluminista da Revolução Francesa, aliás, teve forte influência sobre o consensualismo que dominou desde então os vínculos negociais, que dessa forma, passaram à condição de lei entre as partes.

Segundo a lição de Cabral:

o estado não podia intervir nas relações privadas formadas livremente pelas partes. E assim, o voluntarismo e o liberalismo como instrumentos de equilíbrio e prosperidade se tornaram símbolos de igualdade e justiça social, e influenciaram profundamente as primeiras experiências de codificação no início do século XIX (CABRAL, 2004. p. 88).

O papel da vontade foi reformulado deixando de lado o aspecto marcadamente interno, psicológico, para exteriorizar-se, a ponto de ter a mesma força criadora da lei, levando ao surgimento e desenvolvimento de novas relações jurídicas. Essa nova concepção, serviu com muita eficácia à classe burguesa durante a Revolução Industrial, pois a autonomia da vontade, instituída com base na igualdade formal dos indivíduos, trazia segurança e eliminava os riscos inerentes aos negócios (STRENGER, 2000).

Neste ponto é importante estabelecer que, muito embora quase sempre tomadas como sinônimos - autonomia da vontade e autonomia privada – revelam aspectos nitidamente contrapostos do mesmo fenômeno, levando-se em consideração a evolução do conceito de negócio jurídico e a superação do dogma da vontade.

Pontuando muito bem essa circunstância, Amaral Neto ensina ao falar da disciplina jurídica da autonomia privada que:

sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica,

enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real, como já referido (AMARAL NETO, 1989, p. 213).

Pontes de Miranda (1983), entretanto, não via distinção entre tais expressões. Ao contrário, acreditando ser imprecisa a expressão autonomia privada, preferia a designação “auto regramento da vontade”. Contudo, temos que levar em consideração, que o mencionado autor parece ter sido fortemente influenciado pela corrente subjetivista, pois naquela época, ainda estavam em pauta as discussões sobre o papel da vontade na formação do negócio jurídico. Com esse ponto de vista, para ele, a expressão autonomia privada:

se elidiria desde a base, qualquer regramento da vontade, em direito público, o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto regramento da vontade é poder-se com êle, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito (MIRANDA, 1983, p. 56).

Outrossim, a noção de autonomia privada e a ideia de liberdade contratual formaram a base do sistema capitalista e serviram com grande propósito ao liberalismo econômico, uma vez que o negócio jurídico passou a ser entendido como ato humano, cuja declaração de vontade era capaz de estabelecer o seu conteúdo e também seus efeitos (BRAGA, 2007).

No entanto, nesse ponto, cabe se fazer uma observação. Muito embora, a ideia de liberdade e autonomia do indivíduo tenham sido paulatinamente construídas desde o século XV, para alcançar essa atual extensão, de que o homem é capaz de, livremente, dispor sobre suas necessidades, o mesmo não ocorreu na relação médico-paciente.

Como já tivemos oportunidade de ressaltar, de modo efetivo, somente a partir do fim do primeiro quartel do século XX, é que se passou a cogitar essa possibilidade do paciente, em relação de igualdade com o médico, ter sua autonomia reconhecida para decidir sobre seu tratamento e cuidados de saúde.

E a razão desta distorção entre a tutela da autonomia nos planos concretamente negocial ou patrimonial e noutro, existencial, como é a área de saúde, conjectura-se, num primeiro argumento, só pode ter ocorrido ao longo de todos esses séculos, de maneira inconsciente ou natural, por razões culturais, pois sempre existiu alguma espécie de reverenciamento quando o assunto é a vida das pessoas.

Durante séculos, fomos condicionados a aceitar que o médico representava alguém a quem se deveria confiar plenamente, porque detentor da técnica e da

ciência, e ao qual, o paciente, em sua impotência, deveria obedecer cegamente. Isto nos induz refletir que, por essa razão, essa mudança de perspectiva para um papel mais autonomista do paciente tenha ocorrido assim, de forma tão gradual e conservadora.

Contudo, o que nos parece, é que também um outro argumento, de base constitucional, não pode ser descartado. Mas para tanto, ainda que brevemente, é necessário incursionarmos na teoria geral dos direitos fundamentais, especialmente, no aspecto atinente à existência de uma dimensão objetiva destes mesmos direitos, para além de uma perspectiva única e exclusivamente subjetiva.

A cada dia, consolida-se ainda mais, a ideia de que os deveres de proteção e concretização dos direitos fundamentais não se dirigem unicamente ao Estado, vez que, na condição de objetivos fundamentais da comunidade devem se estender inclusive aos particulares, quando então se estaria sustentando a existência de uma eficácia horizontal destes mesmos direitos.

Por conseguinte, enquanto os efeitos vinculantes verticais dos direitos fundamentais estão ligados à sua dimensão jurídico-subjetiva, seus efeitos vinculantes horizontais estão ligados à sua dimensão jurídico-objetiva. Acerca desta dupla perspectiva, Paulo Bonavides, revela que:

resultaram já da dimensão jurídico-objetiva inovações constitucionais de extrema importância e alcance, tais como: a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; em rigor, a todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicistas; b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição (BONAVIDES, 2010, p. 603).

Entretanto, apesar de, atualmente, existir consenso sobre a existência dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na realidade, seu conteúdo e implicações ainda carecem de uma análise mais aprofundada. Para Ingo Sarlet (2015), o reconhecimento de uma perspectiva objetiva, não necessariamente pressupõe a existência de uma dimensão subjetiva que a preveja, como o simples reverso de uma medalha, porque aquela goza de um valor autônomo. De acordo com o nominado constitucionalista:

os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob o ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. Com

base nesta premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode estar dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos (SARLET, 2015, p. 151-152).

Nesta teorização, o que fica evidenciado são os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais, o que significa dizer que os valores neles veiculados, devem irrigar todo o ordenamento jurídico, não só nas relações envolvendo o Estado e os particulares, mas, inclusive, nas relações entre particulares, regidas pelo direito privado.

Como consagram os valores mais relevantes de determinada comunidade política, o zelo e a defesa desses mesmos direitos deixam de ser função exclusiva do Estado e passam a ser de toda a comunidade. Ampliando, inclusive, o alcance dos direitos fundamentais para os direitos humanos, Daniel Sarmento adverte que:

é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção dos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda a sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária de direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação de ONG's e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto. (SARMENTO, 2006, p. 106-107).

Muito embora, possa se projetar alguma referência na doutrina constitucional no primeiro pós-guerra, acerca dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, fato é que, somente após a segunda grande guerra, notadamente, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que se pode falar no seu reconhecimento, sobretudo, a partir de 1958, com o famoso caso *Lüth*, quando ficou destacada a existência de diretrizes dessa natureza (SARLET, 2015).

Ora, liberdade e autonomia, sempre foram valores fundamentais para todas as sociedades ao longo de nossa história. No entanto, no âmbito da relação médico-paciente, o reconhecimento de maior autonomia ao paciente, só ocorreu posteriormente e parece corresponder justamente ao estabelecimento e ao desenvolvimento da teoria objetiva, que desde então, reconheceu a existência de princípios superiores, que correspondem à componentes estruturais básicos da ordem jurídica, aos quais, todos, indistintamente, devem se obrigar.

Portanto, na falta de algum outro referencial que possa explicar o fenômeno, o que se percebe, é que, para além do argumento exclusivamente cultural, segundo o qual, o paciente encontrava-se em posição inferior e numa atitude estoica deveria se

submeter às ordenações de seu médico; deve somar-se também este outro, de natureza jurídica, que situa o desenvolvimento da autonomia do paciente concomitantemente à difusão da teoria objetiva dos direitos fundamentais. Outrossim, somente a partir de tais impressões é que poderíamos entender o porquê dessa dinâmica tão tardia, neste importante recorte do relacionamento humano, como é o vínculo entre médico e paciente.

Nada obstante, desde suas origens, a autonomia a privada sempre foi marcada pela feição marcadamente patrimonialista, onde a propriedade era considerada como um direito absoluto e reconhecida como o direito por excelência, e assim, o voluntarismo ditava a regra de que não cabia ao Estado interferir nos negócios privados, senão com o intuito de proteger a propriedade particular.

Nesta quadra, os negócios jurídicos visavam tão-somente a circulação de bens e a obtenção do lucro, relegando os interesses e as necessidades do sujeito de direitos a um segundo plano. Assim, o sujeito de direitos era abstratamente considerado, ou seja, não interessavam ao negócio suas condições concretas.

De acordo com Ana Cláudia Corrêa Zuin Amaral:

não eram considerados, portanto, aspectos relevantes dos negócios jurídicos, como o equilíbrio econômico-financeiro das tratativas e a ausência de vícios de consentimento, que, atualmente, poderiam implicar na inexistência ou na invalidade dos contratos. Não por outra razão a doutrina critica a abstração excessiva e genérica, que coloca o indivíduo em segundo plano (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 268).

Logicamente, uma autonomia negocial quase sem limites deu lugar à diversos abusos por parte do contratante com maior poder econômico, o que culminou numa postura mais proativa por parte do Estado, buscando reprimir a disparidade contratual. Já no século XX, a consciência social das desigualdades e o desequilíbrio entre as partes levou à crise do voluntarismo, o que culminou na limitação da liberdade individual frente ao Estado (CABRAL, 2004).

O Estado passou então a controlar a liberdade negocial e a interferir nos contratos particulares, sobretudo, a partir do momento que se entronizou a ideia de que a violência e opressão podem ocorrer também nas relações entre particulares, e neste sentido, não bastava apenas garantir as liberdades clássicas, mas também outros direitos, reconhecidamente de caráter social (MASCARENHAS, 2009).

Sob a perspectiva de um Estado nitidamente mais preocupado com valores sociais (*Welfare State*), e não só com os direitos fundamentais já consagrados,

haveria de serem assegurados novos direitos como saúde, educação, trabalho, dentre outros, que desta forma, tinham por escopo propiciar ao indivíduo um estado de bem-estar social. Sobre esta significativa mudança, Ingo Sarlet assinala que:

o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2015, p. 47).

A liberdade de contratar, desde então, vai encontrar os limites de seu auto regramento no catálogo de direitos fundamentais, sendo que este marco, não sinaliza somente o Estado, no exercício do seu poder, mas, inclusive, os particulares, nas suas relações negociais, de modo a se buscar sempre que possível a igualdade.

Nesta visão, para Sampaio:

o fenômeno do poder, como manifestação de uma situação de desigualdade, não é prerrogativa do Estado, mas inerente a toda organização social. Neste contexto é que se torna importante a proteção dos direitos fundamentais em todas as relações de poder (SAMPAIO, 2006, p. 100).

Pode-se dizer então, que a autonomia privada se encontra agora limitada por valores constitucionais e infraconstitucionais que indicam a igualdade de direitos e obrigações entre as partes, sem perder de vista, do mesmo modo, de que a ideia tradicional da força obrigatória dos contratos teve sua abrangência reduzida pela boa-fé, pela sua função social e pela equidade entre as partes.

De modo particular, com a promulgação da Constituição de 1988, deve-se ressaltar o fenômeno da constitucionalização do direito privado, o que de fato, aconteceu com a migração de diversos institutos, até então restritos ao direito civil, para o texto constitucional, indicando que este deixara tão-somente de representar um limite ao poder político para projetar seus efeitos sobre as relações privadas. De acordo com Francisco Amaral:

os valores fundamentais do Direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a propriedade, o contrato, o direito de herança, etc., saem do seu habitat natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio do Texto Constitucional que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político administrativa do Estado (AMARAL, 2003, p. 52).

Contudo, Cláudia Toledo, ao falar do advento desta relativização entre o direito público e o direito privado e de uma orientação unificadora da Constituição, revela outra visão deste mesmo fenômeno, destacando, de maneira oposta, uma civilização da constituição. Neste sentido, adverte que:

ao contrário, há uma pretensão de condução ao diálogo inversamente construído, pois a origem do tema nos parece não ter sido exatamente a constitucionalização do direito privado em busca do asfixiamento dos institutos de direito civil ou do próprio direito privado, mas sim, o que ocorreu foi uma espécie de alocação destes institutos no âmbito constitucional, o que promoveu uma verdadeira civilização da constituição (TOLEDO, 2017, p. 49).

Assim, desde a crise do liberalismo, a autonomia privada foi contida no sentido de preservar alguns interesses relevantes para o grupo social, dentre os quais, o equilíbrio das relações contratuais. E, por conseguinte, na condição de um dos pilares do direito privado encontrou seus limites na proteção aos direitos fundamentais, no ordenamento jurídico, nos bons costumes e na ordem pública.

De acordo com Sílvio Rodrigues:

o princípio da autonomia da vontade esbarra sempre na limitação criada por lei de ordem pública. Esbarra, igualmente, na noção de bons costumes, ou seja, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico. A noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem, por conseguinte, barreiras limitadoras da liberdade individual em matéria de contrato". (RODRIGUES, 1990, p. 17).

Segue-se, igualmente, que em alguns recortes de relações entre particulares, a intervenção do ordenamento jurídico se verifica de forma mais cogente, como, por exemplo, no direito de família, onde a lei impõe a observância de certas prescrições para validade dos negócios jurídicos ali tabulados. Da mesma forma, no âmbito do direito sucessório, o testamento está sujeito à pormenorizada regulamentação legal, cuja inobservância, redundando em sua invalidade.

Inobstante, no domínio exclusivo das relações obrigacionais e contratuais de caráter exclusivamente patrimonial, o controle estatal verifica-se de forma mais branda, vez que parte da regulamentação estabelecida pelo ordenamento pode ser, inclusive, derogada supletivamente por livre convenção entre as partes. Neste compasso, Miranda adverte que:

as restrições à liberdade negocial, no âmbito das relações jurídicas obrigacionais, condensam-se, fundamentalmente, na ordem pública e nos bons costumes e são impostas, em maior ou menor medida, em quase todas as legislações, condicionando-se à organização à organização política e a infraestrutura ideológica de cada comunidade (MIRANDA, 1991, p. 43).

Embora, atualmente, seja notório reconhecer que a autonomia negocial encontra suas fronteiras na proteção dos direitos fundamentais, cujo catálogo, em maior ou menor medida, encontra-se positivado, o mesmo não ocorre com as expressões “bons costumes” e “ordem pública”, consideradas, igualmente, vetores de regulação da liberdade do indivíduo de dispor sobre seus interesses.

Miguel Maria de Serpa Lopes, ainda por ocasião da vigência do Código Civil de 1916, mas já antevendo a operabilidade, que juntamente com a sociabilidade e eticidade, seriam os princípios norteadores do Código Civil de 2002, ressalta a existência de alguns conceitos abertos no ordenamento jurídico, como no caso de bons costumes, destacando a importância do papel da interpretação. Segundo o autor:

nossa lei como a germânica, não ministrou uma noção do que deva entender por bons costumes, implicando essa atitude em dar liberdade à ciência jurídica e à jurisprudência para determiná-la em conformidade com as exigências e as necessidades da vida social e a evolução das ideias morais (LOPES, 1953, p. 352).

Na mesma linha, Vicente Ráo também acentua que: “em nossa lei civil não se encontra qualquer regra geral que permita definir os bons costumes, nem regra geral e expressa se encontra que afirme sua inviolabilidade” (RÁO, 1961, p. 160). Por fim, o autor, arremata dizendo que: “entendemos por bons costumes, o modo constante e comum de se proceder de acordo com os ditames da moral social, segundo cada povo a concebe” (RÁO, 1961, p. 160).

No entanto, Orlando Gomes, utiliza-se do expediente de enumerar fatos, que a seu juízo, confrontariam a cláusula proibitiva e, assim, por exclusão, chegaria à definição da expressão. Segundo ele, violam os bons costumes e, por conseguinte, seriam nulos de pleno direito, contratos que tivessem por base a exploração de casas de tolerância, a corretagem matrimonial, que dissessem respeito ao jogo, que tivessem por objeto o tráfico de influência e por fim, os que consagrassem a usura (GOMES, 1973).

A noção de bons costumes exprime, portanto, a ideia, do aspecto moral da ordem pública, no sentido de que as liberdades individuais devem ser reprimidas no interesse maior da coletividade, visto que, existem valores sociais, sobretudo, àqueles ligados à sexualidade, ao casamento e à família que são mais ou menos estáveis e unânimes entre a comunidade e cuja violação representa um fator de inquietação social.

Por outro lado, podemos dizer que, enquanto nos bons costumes os limites da liberdade negocial esbarram no conteúdo ético de alguns valores sociais, relativamente, à ordem pública, a regulação é necessariamente imposta pela lei. Segundo Orlando Gomes, a ordem pública:

é aquela que se entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no direito privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade (GOMES, 1973, p. 32).

Porém, conceituar o que seja ordem pública não é das tarefas mais fáceis. Na maioria das vezes, este trabalho fica relegado a juízes e tribunais, que neste sentido, deverão estabelecer os princípios mais importantes para determinada sociedade em determinada época. Custódio Miranda, ressaltando essa atividade hermenêutica dos juízes assevera que:

a fonte primordial dos princípios da ordem pública é a lei. Cabendo aos tribunais, no exercício do seu poder de interpretação, determinar, na falta de previsão na lei, se esta é ou não imperativa, a jurisprudência passa, assim, a ser uma outra fonte de que podem emanar princípios de ordem pública; na ausência de texto expresse, poderá ela anular um negócio jurídico com fundamento em violação de um princípio de ordem pública. Pode, destarte, dizer-se que ao lado de uma ordem pública textual, há uma ordem pública virtual (MIRANDA, 1991, p. 44).

Contudo, discorrendo sobre esse aspecto, Irineu Strenger (2003) revela a preocupação de que a construção do conceito, nestes moldes, não se distancia da carga de subjetividade do juiz, o que, em maior ou menor grau, pode influenciar na decisão, muito embora, seja essa uma característica do nosso sistema. Assim, diz o autor:

a determinação deles [princípios considerados intocáveis] quase sempre cai nas mãos do juiz. Este não deve arbitrariamente construir noções de ordem pública, mas há certa latitude na apreciação, que fica sem arbítrio. E não raro a discriminação desses princípios, em casos concretos, pode sofrer influência dos próprios preconceitos do juiz. Tal inconveniente, de certa maneira, todos os direitos sofrem. Essa determinação nos princípios que excluem a aplicação do direito estrangeiro em última análise repousa no entendimento reiterado dos tribunais, na jurisprudência. No direito brasileiro, a jurisprudência é rara e flutuante. Rara devido à escassez de verdadeiros conflitos; flutuante, devido ao quase total desconhecimento da matéria, por todo o País (STRENGER, 2003, p. 432).

Para Vicente Ráo (1961), a formulação do que seja ordem pública está necessariamente associada a dois diferentes aspectos, em planos distintos. Assim, a ordem pública se traduziria num aspecto interno e noutra externo. Referindo-se à ordem pública interna, diz ele:

a primeira ordem, traduzindo-se em normas necessariamente cogentes, imperativas, inalteráveis pela vontade das partes, é constituída pelos princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito (RÃO, 1961, p. 316).

Sobre o aspecto externo, revela o autor:

a segunda, isto é, a ordem pública externa, ou internacional, traduz-se em uma série de normas aplicáveis, ao mesmo tempo, a nacionais e estrangeiros, normas que, constituindo regras comuns aos povos civilizados, formam obstáculos ao reconhecimento do direito estrangeiro, que, porventura, admite instituições que as contrariem (RÃO, 1961, p. 316).

A verdade, é que num primeiro momento, estes limites foram estabelecidos com o objetivo de equilibrar as relações entre os indivíduos, funcionando como autênticas cláusulas gerais, capazes de, no caso concreto, adequar a autonomia privada sempre que a mesma se manifestasse de forma desproporcional a uma das partes.

Segundo Cabral pode-se falar inclusive numa função social da autonomia privada, que consagra “o não individual, o bem comum e o bem-estar de toda a coletividade, na realização dos interesses sociais sem desconsiderar ou eliminar os interesses do indivíduo” (CABRAL, 2004, p. 119).

Exemplo bem claro de limitação da autonomia privada feita pela ordem pública encontramos no Código de Defesa do Consumidor, na medida em que, a regulação, proíbe determinadas condutas, qualificando-as como abusivas, inclusive na cobrança de dívidas, que visam proteger a parte mais vulnerável da relação contratual contra os excessos do poder econômico.

O objetivo da norma é justamente proteger a parte economicamente mais fraca, “estabelecendo mecanismos, que garantam um certo equilíbrio das partes nas concretas relações jurídicas de natureza contratual, por forma a alcançar-se uma relativa justiça comutativa” (MIRANDA, 1991, p. 45).

Tomando por base o estudo do consentimento informado, parece importante evidenciar, que os citados limites à autonomia privada, com enfoque nessa visão tradicional, de cunho patrimonial, revelam-se, atualmente, incapazes de responder aos novos problemas que se impõem à sociedade de modo geral, mormente, quando os atuais vínculos jurídicos também veiculam questões de ordem necessariamente existencial, como a saúde.

Assuntos como eutanásia e anencefalia, por exemplo, que há alguns anos passaram a figurar na pauta das discussões doutrinárias e jurisprudenciais, atualmente, têm competido com outros temas, igualmente relevantes, como a

vulnerabilidade dos pacientes em estado terminal, o consentimento de menores e deficientes e as diretivas antecipadas de vontade, que deste modo, têm forçado a reinterpretção destes limites à luz de valores mais humanistas e centrados na autonomia do indivíduo.

2.2 A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: SUPERANDO O PATERNALISMO

“A vida é breve, a arte é longa, a ocasião fugaz, o experimento arriscado, o juízo difícil”. Este aforismo, que integra o *Corpus Hippocraticum* e que foi imortalizado pelo poeta romano Sêneca, é atribuído à Hipócrates, que viveu em Atenas entre os anos de 460 a 370 a.C., na mesma época em que em suas praças, Sócrates e Platão desenvolviam a filosofia, sendo, portanto, considerado o fundador da medicina científica.

Muito embora existam relatos de que a medicina foi praticada em todos os tempos e em todas as sociedades, inclusive, tendo atingido um estágio bastante avançado em alguns lugares, como por exemplo, no antigo Egito, fato é, que a contribuição de Hipócrates foi bastante significativa no sentido de desvencilhar a arte médica de sua concepção original, ligada a rituais mágicos e práticas religiosas, tendo como ponto de partida a mitologia.

Na época de Hipócrates, ao lado dos templos erigidos em honra ao Deus Esculápio, locais onde os sacerdotes do seu culto praticavam a arte de curar os doentes, começaram também a florescer escolas de médicos livres, para onde acorriam uma grande quantidade de pessoas com uma diversidade de casos patológicos, sendo que este contato foi determinante para que a medicina alcançasse a estatura de ciência, ou seja, “de conhecimento perseguido com um método preciso” (REALE; ANTISERI, 1990, p. 111).

A racionalidade que marcou esse estágio da medicina antiga, contribuiu não só para estabelecer a impossibilidade de se misturar aspectos próprios da crença religiosa com a causa das doenças, mas também para proclamar a autonomia da arte médica e do poder do médico sobre o paciente.

Contudo, segundo Dayse Gogliano, nesse momento, a noção de autonomia não está ainda relacionada ao sujeito submetido ao tratamento, no caso, ao paciente. A grandeza de Hipócrates foi de livrar a medicina das credices, da magia, do misticismo

e da mitologia. De acordo com a autora: “o que deve ser autônoma é a medicina, pois se trata da arte que tem sua metodologia e teorias próprias, avessa ao empirismo, notadamente por ser etiológica” (GOGLIANO, 2009, p. 521).

De fato, a introdução do pensamento científico na arte médica, se por um lado contribuiu para que se rompesse com o modelo de medicina religiosa, o que levou à criação de sua própria identidade como ciência, por outro, parece não ter logrado êxito em desassociar a figura do médico ao papel do sacerdote, como alguém que está em permanente contato com a divindade, com o etéreo.

A moral médica, que marcou o apogeu do período clássico da cultura grega, ainda era permeada por traços de misticismo e do ocultismo, enquanto heranças da medicina sacerdotal. Nesse início, a atividade médica era concebida como uma verdadeira irmandade por parte de seus membros, que nesse sentido, tinham a obrigação solene de guardar segredo da doutrina.

Tratava-se, portanto, de uma ciência oculta e acessível somente para alguns. E essa distinção entre o profissional e o leigo, o iniciado e o não-iniciado, está inclusive presente no *nomos* hipocrático, que advertia que as coisas consagradas só deviam ser reveladas aos homens consagrados, sendo vedado revela-las aos profanos, que não estavam iniciados nos mistérios do saber (MUNÓZ; FORTES, 1998).

Talvez seja essa a explicação para que desde os primórdios, essa personagem tivesse posição tão destacada e de forma tão decisiva, praticamente dominasse, durante muito tempo, a relação médico-paciente. Efetivamente, ao longo da história da medicina, a relação entre médico e paciente quase sempre foi assinalada pelo poder decisório do médico sobre a saúde do paciente, ocasião que a opinião deste não era considerada no sentido de direcionar escolhas e influenciar no tratamento. De acordo com Eugênio Facchini Neto:

no curso da história multimilenar da medicina, reconheceu-se, no médico, o detentor exclusivo do conhecimento técnico e, portanto, autorizado a tomar as decisões que, a seu exclusivo juízo, representassem o que era melhor para seu paciente. Este era tido como objeto de atenção e cuidado por parte do médico. Não era visto propriamente como um sujeito autônomo de direitos, cuja opinião devesse ser seriamente levada em consideração (FACCHINI NETO, 2015, p. 224).

Nesse cenário, o médico sempre foi havido como o “dono do corpo do paciente”, pois era considerado como alguém suficientemente treinado para lidar com o problema da doença e a tomar as decisões que, pelo estágio da técnica e do

progresso da ciência, de fato, melhor possibilitariam a recuperação da saúde e o combate às enfermidades.

Ao longo dos anos, consolidou-se a percepção de que o médico sempre deveria direcionar suas habilidades com o propósito de estancar a dor e o sofrimento, e, por conseguinte, também deveria limitar-se a não piorar o estado clínico dos seus pacientes. Aliás, o vocábulo “paciente”, deriva do latim *patiens*, cujo significado é aquele que sofre, agoniza, padece.

Isso leva à constatação, de que o indivíduo doente, encontrando-se numa situação de vulnerabilidade, deveria então entregar-se de forma resiliente às prescrições de seu médico, que tinha como missão a grandeza de praticar o bem e evitar o mal. Assim, desenhava-se, de início, a ideia de um paternalismo na relação médico paciente, calçada nos princípios da beneficência e não maleficência, próprios da medicina hipocrática.

De acordo com Paula Lemos Pereira:

no paternalismo hipocrático, o médico decidia sozinho, não havia uma relação de parceria terapêutica, em que o profissional compartilha decisões com aquele que é diretamente afetado por elas. Apenas o médico, detentor dos conhecimentos de medicina, tinha condições de decidir; o paciente era considerado incapaz de entender as peculiaridades do tratamento médico, seu diagnóstico, até pela sua condição débil em razão da doença (PEREIRA, 2010, p. 16).

De fato, apesar de não podermos reconhecer a autonomia do paciente nessa fase de desenvolvimento da medicina, parece, no entanto, que já havia alguma preocupação por parte desses novos médicos, no sentido de comunicar seus conhecimentos por meio de discursos ou conferências para pessoas estranhas à profissão. E certamente, o melhor momento para transmitir esses conhecimentos era durante a relação médico-paciente.

Platão, na sua obra *As Leis*, já advertia sobre a existência de dois tipos de médicos: o médico dos escravos e o médico dedicado à medicina-ciência, encarregada de tratar dos homens livres. E observava que o primeiro modelo de profissional era parecido com a figura de um tirano, que tratava seus pacientes sem mencionar qualquer palavra, ao passo, que o segundo, tinha o cuidado de expor detalhadamente ao paciente a enfermidade e suas impressões, apoiado no que sabia sobre a natureza dos corpos (REALE; ANTISERI, 1990).

Deve-se sublinhar, contudo, que essa postura do médico não era regra geral, pois se dirigia somente aos homens livres, que compunham a parcela social com

maior grau de cultura e poder econômico, todavia, nos revela que já existia alguma preocupação em estabelecer uma relação mais harmoniosa com o paciente, apesar de não haver qualquer tipo de direito à informação e da ética hipocrática ainda não ter-se libertado da influência do autoritarismo da medicina sacerdotal (MUNÕZ; FORTES, 1998)

No Brasil (malgrado não fosse essa a realidade da maioria das pessoas), a ideia do médico, nessa concepção paternalista, era a do médico de família, aquele profissional generalista que visitava regularmente seus pacientes, até mesmo em suas residências, desenvolvendo laços de afeição, confiança e amizade com os membros de várias gerações de determinado núcleo familiar, sendo considerado exclusivamente como a pessoa responsável por tomar as decisões médicas. De acordo com Diego Gracia: “o médico era reverenciado e considerado um benfeitor público e, por essa razão, ostentava uma posição social de poder, prestígio e privilégio que o permitia usufruir de tratamento jurídico diferenciado” (GRACIA, 2010, p. 91).

No entanto, a medicina familiar era exclusividade das famílias com relevante posição social e economicamente mais abastadas. Os pacientes pobres eram encaminhados aos sanatórios públicos, de modo geral, instituições sem recursos e precarizadas. E essa realidade, escancarava ainda mais a noção do modelo paternalista de medicina, já que a vulnerabilidade social do enfermo tornava o médico “portador de verdades que tinham a solução para a cura das doenças” (TEIXEIRA, 2010, p. 243).

Não obstante, o significativo progresso da ciência médica, a partir do início do século XX, iria definitivamente remodelar a relação médico-paciente. A medicina se hospitalizou e os hospitais se tornaram centros de ciência, com grande aparato profissional e instrumental. Os médicos procuravam se especializar em alguma área e empregavam esforços na busca pela melhoria da qualidade de vida e autoestima de seus pacientes.

De acordo com Eugênio Facchini Neto:

em síntese, a evolução foi no sentido de se ultrapassar o chamado modelo paternalista (fundado no princípio da beneficência), em que se exigia do paciente obediência e confiança no seu médico e deste se esperava que usasse seu saber científico para o melhor bem-estar do paciente, na sua perspectiva, em direção ao modelo autonomista (fundado no princípio da autonomia do paciente), em que se reconhece no paciente um sujeito autônomo e capaz de tomar as decisões que lhe dizem respeito, desde que previamente esclarecido pelo seu médico sobre aspectos relacionados ao

seu caso. Sob outro viés, pode-se dizer que se passou de uma relação vertical para uma relação horizontal (FACCHINI NETO, 2015, p. 228).

A relação médico-paciente foi então alçada a uma nova perspectiva jurídica, sobretudo a partir do Código de Nuremberg e do desenvolvimento da bioética, como já tivemos a oportunidade de apontar, onde a autodeterminação do paciente passou a estar no centro das atenções, praticamente encerrando o protagonismo de um modelo de atuação médica, em que o profissional era reverencialmente temido e suas decisões naturalmente incontestadas.

Constituiu-se a partir daí uma nova dinâmica, em que o médico não deveria agir somente pelo impulso de suas convicções, mas em respeito aos interesses e necessidades do paciente. Nesse contexto, a dialeticidade assume uma configuração própria e o consentimento informado surge então, como máxima expressão dessa autonomia atribuída ao paciente de aceitar ou recusar determinados procedimentos, completamente ciente da natureza da intervenção, dos riscos, contraindicações e vantagens e desvantagens do tratamento (GODINHO, 2018).

Contudo, os modelos de medicina apresentados – paternalista ou autonomista – revelam também outros aspectos que não devem ser negligenciados. É que os referidos padrões apontam para duas tendências históricas importantes que podem afetar, inclusive, a própria responsabilidade civil do prestador de serviços médicos. Pois, enquanto no modelo paternalista, a visão é de se estabelecer a medicina mais como missão, própria de uma tradição europeia; no modelo autonomista, a ideia é de uma concepção contratualista, de forte influência norte-americana.

De acordo com Dayse Gogliano:

no sistema contratualista, a ideia de autonomia está ligada à propriedade de si-mesmo (*property in*), que constitui um dever fundado sobre o direito natural e a propriedade sobre as coisas (*property on*), que permite ao homem tornar-se proprietário. Portanto, na medicina, o recurso ao contrato, por intermédio do qual cada um se engaja em relação ao outro, limita o seu poder de gestão que tem sobre si mesmo, submetendo-se à gestão do outro, no caso o médico (GOGLIANO, 2009, p. 521).

A questão que envolve essa transição, se por um lado, é positiva no sentido de possibilitar ao indivíduo exercer o auto regramento de sua vida, sobretudo nas questões ligadas à sua saúde, por outro lado, pode-se mostrar preocupante quando simplesmente transforma a prestação médica em obrigação, sem levar em consideração os aspectos atinentes à especificidade desta relação de cunho existencial.

É dizer que, ao se alterar a natureza do vínculo médico-paciente, dantes marcadamente paternalista, para outra posição nitidamente mais contratual, corre-se o risco de enxergar o paciente unicamente como consumidor de serviços, banalizando-se a relação de confiança que deveria existir como cerne dessa relação.

Outra questão que deve ser colocada, é a de que uma perspectiva mais autonomista e contratualista nesse modelo, estaria a indicar, inclusive, a superação da tradicional natureza do contrato de prestação de serviços médicos, outrora consagrada como sendo uma obrigação de meio, para uma obrigação de resultado.

Um exemplo claro do que estamos afirmando, pode ser dimensionado com maior clareza nas cirurgias estéticas. O contrato celebrado entre médico e paciente, nesse caso, impõe ao profissional o dever de realizar as intervenções cirúrgicas visando à melhoria da aparência e autoestima do paciente, que tem a legítima expectativa que isto de fato ocorra.

Pode-se dizer que, nesse contexto, ocorre o abandono da ideia de que o compromisso do médico é apenas o de aplicar todo o seu conhecimento e empenho, utilizando-se dos meios científicos disponíveis, para assegurar o pleno reestabelecimento do bem-estar físico e psíquico do paciente, sem qualquer obrigação com a cura ou com o resultado proposto. Neste sentido, ao tratar das cirurgias estéticas, Rui Stoco, analisa que:

o que importa considerar é que o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é sua atividade-fim), prevendo, inclusive, com detalhes esse novo resultado estético procurado. Alguns se utilizam mesmo de programas de computador que projetam a simulação da nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. Estabelece-se, sem dúvida, entre médico e paciente relação contratual de resultado que deve ser honrada (STOCO, 2011, p. 645-646).

Na verdade, atualmente, o contratualismo e o progresso da ciência médica, tendem a dessacralizar a relação médico-paciente esvaziando suas particularidades pelo mero sentido da técnica. As especialidades médicas a cada dia afunilam-se ainda mais, o paciente hoje em dia sequer é tocado e o diagnóstico passa a ser uma exigência igualmente prática.

O prognóstico, só ocorre após uma gama de exames laboratoriais, radiografias, ultrassons, tomografias, ressonâncias, etc., numa verdadeira medicina tecnológica. Logicamente, o aprimoramento do diagnóstico, através de uma parafernália de

equipamentos, faz com que a doença não possa permanecer sob a dúvida e o resultado deva ser determinável e previsível. De acordo com Dayse Gogliano:

a pesquisa científico-natural tende ao exato, ao maior grau de certeza, sem comportar dúvidas. E aí que a obrigação de resultado toma o lugar da obrigação de meios, principalmente quanto ao diagnóstico, já que os meios são instrumentos técnicos sem qualquer necessidade de um ethos na habilidade dos meios, como propõe Aristóteles (GOGLIANO, 2009, p. 535).

Nesse cenário, o médico parece deixar de ser exercer a medicina no sentido de missão, para entregar-se ao papel de investigador, de cientista, e justamente, a partir dessa aproximação tão decisiva da técnica é que pode se falar que cabe, na atualidade, uma reflexão sincera da natureza da obrigação médica, não só no âmbito das cirurgias estéticas, mas em maior ou menor grau em todas as áreas da medicina.

Mas postas de lado essas preocupações, que comportam uma análise mais cuidadosa em outra pesquisa, devemos retomar à questão que trata da autonomia do paciente. Neste sentido, podemos destacar que a entronização da ideia de autonomia também na relação médico-paciente, ainda que, evidentemente, em momento tardio, quando comparada à evolução do negócio jurídico, representou, na verdade, a elevação do paciente ao status de pessoa, capaz de autodeterminar-se e estabelecer para si um projeto de vida, mesmo na iminência da doença.

Maria de Fátima Freire de Sá, observa neste ponto de vista que:

assumir a existência do corpo como algo pessoal implica, necessariamente, no reconhecimento da autonomia privada como forma de autodeterminação da pessoa humana, e evidentemente da sua identidade. O corpo é, portanto, a expressão da própria pessoa neste processo de autodeterminação, sobretudo para atribuir conteúdo à sua definição de saúde (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 304)

Vimos, portanto, que ocorreu uma mudança de perspectiva na relação médico-paciente, que passou de um modelo notadamente paternalista, para outro autonomista, em que a figura do consentimento informado assume um papel de significativa importância, porquanto, representa o ambiente apropriado para que a autonomia do paciente possa plenamente ser exercida. Nesse cenário, não deve estar em pauta somente a busca pela beneficência, mas, sobretudo, pela auto-realização do paciente.

Contudo, o exercício da autonomia na relação médico-paciente, através do consentimento informado, espaço que, como referido, deve ter como propósito atender ao melhor interesse do paciente, por meio de um processo, onde aspectos

como o diálogo, o respeito, a informação e o aconselhamento assumem posições de destaque, há que levar em conta alguns pressupostos que antecedem qualquer ato decisório sobre o tratamento de saúde. No mesmo passo, torna-se importante analisar se a noção de autonomia cessa em algumas condições especiais e em que medida isso ocorre. Sobre estes aspectos passaremos a tratar agora.

2.3 REQUISITOS PARA O CONSENTIMENTO E AUTONOMIA EM CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS.

Atualmente, prevalece o entendimento de que o consentimento do paciente para o ato médico é obrigatório, qualquer que seja a natureza da intervenção e os riscos que comporta, pena de violação de dever ético da profissão. Nesse estágio, busca-se superar uma visão notadamente paternalista da medicina tradicional, de acordo com a qual o médico decidia unilateralmente, sem levar em consideração os desejos, receios e interesses do paciente no tratamento.

No entanto, para que o consentimento informado, numa perspectiva de construção dialógica, de fato, possa alcançar seu objetivo, que é o de dotar o paciente, de todas as informações bastantes, para escolhas sensíveis na área de saúde, é necessário que, efetivamente, esteja assentado no poder de autodeterminação do indivíduo, no qual a capacidade de compreensão e de agir conforme esse entendimento são elementos fundamentais.

De acordo com Brunello Souza Stancioli:

a autonomia do paciente só será possível segundo o agir voltado ao entendimento, guiado por normas que garantam ao paciente a capacidade de entender o discurso técnico-biomédico e dialogar com o corpo clínico que o atende, e mesmo intervir no próprio tratamento (STANCIOLI, 2005, p. 177).

Tomando como suporte a formulação proposta por André Gonçalo Dias Pereira (2004), pode-se afirmar que a validade do consentimento prestado pelo paciente no exercício de sua autonomia no âmbito de saúde, está condicionada aos seguintes elementos mínimos: que ele tenha capacidade para consentir, que tenha recebido informações suficientes sobre o tratamento proposto e por fim, que seja possível manifestar sua vontade sem qualquer vício que a prejudique.

Em outras palavras, pressupõe-se que o paciente tenha a capacidade e autonomia para entender as informações recebidas sobre sua saúde e deliberar livremente. O problema, no entanto, reside na circunstância de que o conceito de

capacidade do Código Civil pode mostrar-se insuficiente para resolver os problemas que hoje se apresentam no universo da relação médico-paciente.

De acordo com a doutrina civilista, a capacidade representa a medida jurídica da personalidade, ou seja, a aptidão necessária para que uma pessoa exerça pessoalmente os atos da vida civil. De outro modo, havendo qualquer restrição a essa aptidão genérica à realização da individualidade, seja em razão da menoridade ou qualquer outra contingência, ocorre a necessidade da representação ou assistência (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017).

A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e que entrou em vigor em 2 de janeiro de 2016, realizou significativa alteração no Código Civil e no conceito de capacidade até então existente, de forma que, atualmente, a incapacidade absoluta restringe-se somente aos menores de 16 anos. Neste sentido Alvarenga, Torres e Azevedo observam que:

como se sabe, após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, somente os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes. Assim, nesta perspectiva jurídica, todos são civilmente capazes e, até mesmo aqueles que não conseguem expressar sua vontade e são curatelados, a curatela ficou restrita apenas aos atos de natureza patrimonial, não cabendo ao curador intervir em qualquer tipo de ato existencial, como, por exemplo, as intervenções médicas a que a pessoa queira ou não se submeter (ALVARENGA; TORRES; AZEVEDO, 2018, p. 135)

Nessa interpretação, todas as pessoas, não só as deficientes, mas mesmo aquelas acometidas por enfermidade grave, tornaram-se aptas a prestar o consentimento para a realização de procedimentos médicos, uma vez que a interdição não alcança mais os atos estranhos aos tópicos patrimoniais da curatela, competindo à pessoa interdita manifestar-se validamente sobre todas as situações existenciais que tangenciam sua vida e sua saúde.

O que ocorre, é que se o paciente consegue compreender razoavelmente os detalhes do procedimento a que será submetido e expressa de forma clara e precisa quais são seus desejos, o consentimento é plenamente válido. No entanto, há situações especiais, em que a pessoa, em razão de alguma deficiência ou fragilidade causada pela doença, torna-se incapaz de apresentar o necessário discernimento para compreender os aspectos de seu quadro clínico e tomar as decisões relacionadas ao seu tratamento.

Pacientes acometidos de esquizofrenia, por exemplo, na fase aguda da enfermidade, apresentam quadros psicóticos que, comprovadamente, impossibilitam

a capacidade de discernimento, sem prejuízo, de que os frequentes déficits cognitivos apresentados, dificultam a tomada de decisões (POZÓN, 2015). Nessa perspectiva, será que pessoas condicionadas a algum distúrbio psiquiátrico ou debilidade mental incapacitante, como o Alzheimer, de fato podem exercer sua autonomia para questões relacionadas a sua saúde e auto-realização?

A mudança legislativa, a pretexto de incluir e possibilitar igualdade de tratamento a todos esses indivíduos, até então tidos como incapazes, na verdade, trouxe alguns problemas que merecem uma reflexão. Nesse novo cenário, surgiram então duas correntes que têm impulsionado as discussões sobre o tema. Para a primeira, que é crítica da mudança, e que defende a dignidade-vulnerabilidade, a condição de vulnerabilidade dos doentes mentais deve ser protegida, ao passo, que a segunda, sustentada na dignidade-liberdade, entende que a autonomia de todos os doentes e deficientes mentais deve ser legitimamente resguardada (BOMTEMPO, 2018).

De acordo com Alvarenga, Torres e Azevedo, enquanto não houver uma mudança legislativa reconhecendo a impossibilidade de discernimento de algumas pessoas submetidas à curatela, será necessário que o Judiciário resolva os casos específicos de acordo com as peculiaridades que os envolvam e não apenas aplicando a norma positivada. Nesse sentido, advertem que:

não é possível que pessoas sem o mínimo de discernimento, que não têm consciência do que desejam e do que estão expressando, possam autorizar procedimentos médicos. É necessário considerar que não basta que a pessoa expresse uma vontade, pois tal ato pode não coincidir com sua real intenção. É preciso que ela tenha discernimento. Em sua falta necessita-se que alguém possa auxiliá-la na tomada de decisões, a fim de que o melhor lhe seja provido. Tal consideração não se trata de discriminação, mas apenas de reconhecer que as diferenças de fato existem e precisam ser consideradas, pela própria proteção dos deficientes (ALVARENGA; TORRES; AZEVEDO, 2018, p. 136)

No entanto, esse posicionamento, parece indicar um manifesta contrariedade à mencionada alteração legislativa e ao propósito de se resguardar a autonomia do indivíduo em condição de vulnerabilidade para questões de ordem existencial, como as intervenções de saúde. Ademais, em tempos de medidas que apontam para a desjudicialização de procedimentos, o expediente de socorrer-se ao Judiciário para essas questões particulares, nem sempre de caráter urgente, denota um descompasso e pode ter como consequência, a não obtenção do bem da vida de forma imediata, em razão da notória demora da prestação judicial.

O que pode ser cogitado, é que o caminho então, pelo menos para os casos menos graves, passaria pela introdução do conceito médico de competência, de modo a mensurar o discernimento dos pacientes nessas condições, uma vez que a teoria das incapacidades do código civil reputa-se extremamente vaga para solucionar essas imprecisões.

Nesse sentido, a noção de competência decisória na área médica afasta-se de quaisquer critérios arbitrários pré-estabelecidos, como a idade, enfermidade, dependência química, etc., e alcança a pessoa em sua conjunção existencial, ou seja, levando em consideração suas condições bio-psíquicas.

Segundo Bruno Torquato de Oliveira Naves, o conceito médico de competência, apesar de não ser muito conhecido no Brasil, é extremamente utilizado nos Estados Unidos. Por meio dele, uma pessoa considerada incapaz pela legislação: “pode ter suas decisões respeitadas a partir do reconhecimento de sua autonomia discursiva, ou seja, da aferição, em concreto, de sua competência para elaborar consentimento ou dissentimento esclarecido” (NAVES, 2017, p. 123).

Para Rui Nunes:

o conceito de “competência” refere-se à capacidade para decidir autonomamente. Isto é competência decisional. Pressupõe que o doente não apenas compreenda a informação transmitida, mas seja também capaz de efetuar um juízo independente de acordo com o seu sistema de valores. A competência na esfera da decisão deve ser considerada, como veremos, mais como um pressuposto do que, verdadeiramente, como um elemento do consentimento (NUNES, 2014, p. 19)

Assim, independentemente das condições incapacitantes, questões médicas poderiam ser resolvidas através do critério da competência, que não se confunde com capacidade. O ponto central seria a constatação de que a pessoa é capaz de compreender em que consiste o tratamento, seus fins e sua natureza; entender seus principais benefícios, riscos e alternativas; perceber as consequências de não receber o tratamento; possuir a capacidade de tomar decisões livres e conservar a informação o tempo suficiente para tomar uma decisão (PEREIRA, 2004).

Aliás, a ideia de competência poderia ser muito bem aplicada à questão envolvendo as crianças e adolescentes, já que estes não podem simplesmente ser alijados de manifestar opinião acerca de seus problemas de saúde, a partir de critérios etários, que não fornecem elementos seguros sobre a maturidade do paciente menor, de entender e querer os aspectos de seu tratamento.

Assim, o que deve se levar em consideração é o desenvolvimento da personalidade para o exercício pleno da autonomia e não o fator da idade, abstratamente considerado. Para Maria de Fátima Freire de Sá:

crianças e adolescentes são pessoas em formação, em processo de construção da autonomia, o que implica no desenvolvimento gradual de uma pessoa dotada de discernimento, apta, autônoma e responsável para assumir consequências advindas de seus próprios atos no contexto intersubjetivo da convivência (...) Nesse sentido, há que se reconhecer o exercício de uma autonomia discursiva da criança e do adolescente quando titulares de direitos nas situações jurídicas subjetivas (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 7).

Essa nova compreensão, rompe com a visão tradicional, de que para intervenções médicas envolvendo menores, o consentimento deva, necessariamente, ser prestado por seus representantes legais. Contudo, a questão está longe de ser pacífica, pois, ainda hoje, no âmbito da terapêutica, segue-se a exigência da autorização de pelo menos um dos genitores para intervenções simples, a de ambos, para situações mais complexas e noutras especiais, requer-se mesmo a validação por uma junta médica (FACCHINI NETO, 2015).

No direito comparado, não há unanimidade em se determinar a partir de qual idade a pessoa goza de maturidade suficiente para decidir sobre as prestações de saúde que lhe digam respeito. Não obstante, há uma tendência em se considerar que a partir dos doze anos, o menor pode ir adquirindo maior autonomia sobre este aspecto, sendo que aos dezesseis anos, goza de plena liberdade de autodeterminação (PEREIRA, 2000).

De com Ricardo Lorenzetti:

na Argentina, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pela Lei 23.849, regula o tema, estatuinto (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 (LORENZENTTI, 1997, p. 214).

No Brasil, não existe previsão normativa a respeito de qual é a idade inicial para que o menor possa receber diretamente as informações relativas ao seu quadro de saúde e validamente manifestar sua opinião sobre o diagnóstico e o tratamento, dando formalmente seu consentimento. Como afirmado, em consonância às regras de capacidade civil vigentes, os menores de 16 anos são considerados inaptos a se expressarem e neste sentido, devem ser representados, e os maiores de 16 e menores de 18 anos, devem tomar conjuntamente essas decisões, devidamente assistidos por seus pais.

Nessa perspectiva, como ocorre em outros países, a noção de competência pode mostrar-se extremamente oportuna e adequada, visto que alicerçada no discernimento do menor de entender e alcançar as consequências do ato médico, sem qualquer risco para a sua saúde, o que, em maior grau, representa mesmo a salvaguarda de seu direito constitucional de expressão.

De acordo com Facchini Neto, existem normas em nossa legislação, que garantem as liberdades de expressão e opinião dos menores, inclusive, a respeito de prestações de saúde, ao afirmar que:

mesmo em se tratando de menores considerados absolutamente incapazes de acordo com a lei civil, têm eles o direito de expressar sua opinião e manifestar sua vontade a respeito dos procedimentos médicos que lhe digam respeito. E isso não só de *lege ferenda*, a fim de que se escolha a mesma postura já adotada por outros países integrantes de nossa mesma tradição jurídica e do mesmo nível de desenvolvimento cultural do nosso. Também de *lege data* tal solução se impõe. E não somente a partir da aplicação de vagos princípios constitucionais, mas com base na legislação posta (FACCHINI NETO, 2015, p. 239).

Efetivamente, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, no capítulo II, que trata dos direitos fundamentais das crianças e jovens à liberdade, ao respeito e à dignidade, há previsões no art. 15 e no art. 16, que parecem garantir expressamente esse direito, quando, respectivamente, afirmam: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” e “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: II – opinião e expressão” (BRASIL, 1990).

Portanto, há subsídios normativos bastantes para que seja acolhida também a manifestação do menor considerado absolutamente incapaz no âmbito do direito à saúde. Além disso, o Conselho Federal de Medicina (CFM) por meio da Recomendação nº. 1/2016, de 21 de janeiro de 2016, tem estimulado o exercício da autonomia por parte dos pacientes menores, ao estabelecer que:

a participação do menor na obtenção do assentimento livre e esclarecido deve ser incentivada: o Estatuto da Criança e do Adolescente garante-lhe a liberdade de opinião e expressão e o direito de sua autonomia, sendo que, durante o processo, serão levadas em consideração sua idade e maturidade intelectual e emocional (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

Todavia, se a introdução do critério da competência representa um parâmetro a ser seguido na construção do consentimento informado de crianças e adolescentes, relativamente aos doentes em situação terminal e em estado grave, sem qualquer

capacidade de discernimento, de fato, pode não significar um apoio relativamente seguro.

Há situações causadas pela doença que o comprometimento do indivíduo se torna tão grave, que ele é mesmo incapaz de governar-se, apesar de sentir sensações, desejos e prazeres; e segue ali, praticamente em estado vegetativo, completamente inábil para refletir sobre seus projetos e perspectivas e atribuir-se a si, um sentido de vida, quase sempre acamado e dependente de terceiros.

Mas pode ser também que estes mesmos pacientes, em algum momento, possuam ainda algum discernimento, mas sejam incapazes de externar a sua vontade, e o contrário também é verdadeiro, quando a manifestação de vontade é algo impulsivo, irracional, totalmente desconectada de um nexo de reflexão e consciência, prejudicando assim o consentimento. Logicamente, nosso senso comum de dignidade recomenda que encontremos as soluções mais adequadas para esses casos mais complexos.

Devemos lembrar que sob o ponto de vista do Estatuto da Pessoa com Deficiência, qualquer pessoa acima de 16 anos, desde a mais competente possível, até aquela no mais avançado estágio degenerativo, está apta a decidir sobre aspectos extrapatrimoniais que lhe digam respeito, dentre os quais, as prestações de saúde, muito embora, todos saibamos que para o indivíduo neste último quadro, isto se torne praticamente impossível.

Uma alternativa que tem se mostrado razoavelmente adequada para esses casos, seria a de estender os efeitos da curatela às questões existenciais. Como para certos níveis de incapacidade a curatela tornou-se um instrumento essencial, dentro da perspectiva de se resguardar a dignidade-vulnerabilidade do indivíduo, nada obsta que, para além do patrimônio, outros aspectos sejam contemplados na medida protetiva, como o de realizar escolhas sensíveis em favor do curatelado em situações médicas.

Para Alvarenga, Torres e Azevedo:

caso não seja possível a solução através da competência, sendo verificada a total falta de discernimento do paciente, temos a possibilidade de a tomada de decisão ser estendida aos curadores, para que alcance também os atos existenciais (ALVARENGA; TORRES; AZEVEDO, 2018, p. 143).

Contudo, assim como a própria curatela, tal providência deve gozar de um caráter excepcional e o curador, sempre que possível, deve primar por respeitar e

preservar a biografia construída pelo enfermo (NAVES; GOIATÁ, 2017). Neste sentido, é importante destacar que também a família e os amigos podem auxiliar na construção da vontade presumida do paciente, sem deixar de lado seus gostos e preferências.

Nos Estados Unidos, uma medida que tem sido largamente utilizada, já há algum tempo, para esse tipo de situação envolvendo doentes numa fase aguda, é a adoção das diretivas antecipadas de vontade (DAV) ou os chamados “testamentos vitais” (*living will*). Por meio de um documento escrito, o paciente em estado lúcido pode antecipar os cuidados médicos e os tratamentos os quais, deseja ou não se submeter, quando não estiver mais em condições de exprimir validamente sua vontade (FACCHINI NETO, 2015).

Luciana Dadalto esclarece que:

as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) são um gênero de documentos de manifestação de vontade do paciente legalizado nos Estados Unidos da América em 1991, com a *Patient Self Determination Act* (PSDA) (...) as diretivas antecipadas de vontade são instruções escritas que o paciente prepara para guiar o cuidado médico e que se aplica em certas situações, como doenças terminais ou graves e incuráveis, surtindo efeito sempre que o médico determinar que o paciente está incapaz de tomar decisões (DADALTO, 2018, p. 224)

Na verdade, essas diretivas, são documentos que comportam uma manifestação de vontade do indivíduo, quando ainda em pleno gozo de suas faculdades e cujos efeitos, são pós-determinados para aquelas ocasiões futuras, em que lhe vier a faltar o discernimento necessário para assumir as rédeas de sua vida, sobretudo, nas questões essenciais ligadas à saúde e aos tratamentos médicos, e que, representam, acima de tudo, o exercício do direito fundamental à realização pessoal.

No Brasil, a utilização desse instrumento parece estar num estágio bastante incipiente. Aliás, estudos têm revelado que o assunto é desconhecido, inclusive no meio acadêmico. Márcia Moreira realizou revisão integrativa dos artigos científicos sobre as DAV, publicados entre 2009 e 2013, e concluiu em seu estudo que: “os anos de 2012 e 2013 correspondem ao período em que houve um número maior de artigos científicos publicados sobre a temática investigada” (MOREIRA; *et. al*, 2013, p. 82).

Deveras, o aumento de estudos nestes anos, coincidiu exatamente com a publicação, em agosto de 2012, da Resolução nº. 1995 do Conselho Federal de Medicina (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012), que foi o primeiro ato normativo no país a tratar especificamente do tema das diretivas de vontade e sobre

a possibilidade de se registrar a autodeterminação do paciente no prontuário médico. O artigo 2º da mencionada Resolução destaca que:

nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade (BRASIL, 2012).

Contudo, sem mencionar o senso comum de repelir questões relativas à doença e à aproximação da morte, o que pode indicar certa preferência, por parte do doente, de que as escolhas em situações difíceis, no ocaso da vida, sejam tomadas mesmo por parentes e pessoas próximas, o que aliás, encontra previsão na citada resolução (§ 5º do art. 2º), outro fator vem desestimulando a difusão das DAV.

É que muitas vezes, existe ainda por parte da classe médica, grande dificuldade em respeitar a vontade do paciente expressa nessas diretivas, mesmo quando escritas, exatamente, quando a família do doente se mostra contrária a essa vontade. E, é justamente aí, nesse momento, que entra em cena mais uma vez aquele modelo de relação paternalista de outrora, quando o médico assume então um compromisso persistente com o prolongamento da vida de seu paciente (DADALTO, 2018).

Para Mario Bobbio, o avanço tecnológico na medicina, tem nos inculcido a ideia de que a ciência é capaz de resolver todos os problemas do paciente e mesmo os casos mais complexos e prolongar a vida humana para além de toda a expectativa. Segundo o autor, parece existir na medicina uma visão que procura centrar mais a atenção na doença, que no próprio doente, já que se parte de um ponto de vista, em que a continuação da vida humana deve ser buscada de forma obstinada, mesmo que custe o sofrimento do paciente e de seus familiares (BOBBIO, 2016).

De acordo com Luciana Dadalto, dentre os inúmeros fatores que levam à dificuldade em se cumprir as diretivas antecipadas, com efeito, a esperança dos familiares no milagre da cura, mesmo nas situações mais delicadas, de longe, representa o principal entrave em se efetivar a vontade do paciente, sobretudo, quando implica na recusa de tratamento. Aponta a autora que:

diante desse cenário, vive-se a era da obstinação terapêutica; da luta contra a mortalidade, luta esta que, por mais tempo que se leva para terminar, todos já sabem quem será vitorioso. Nessa perspectiva, a dificuldade social em aceitar a morte provoca efeitos nefastos para todos os envolvidos: para pacientes, porque, mesmo contra suas vontades são submetidos a um infindável número de procedimentos e tratamentos que não lhes proporciona qualidade de vida; para os profissionais, porque são instados a lutarem contra a morte, mesmo diante da incurabilidade da doença e se submetem a isso

porque eles próprios vêem a morte como derrota e porque têm medo das repercussões legais; para os familiares, porque não utilizar todo o aparato técnico-científico gera a sensação de terem desistido de seu ente querido (DADALTO, 2018, p. 230).

Entretanto, uma outra situação ainda possível, e que, decerto, é reveladora da maioria dos casos de pacientes nesse extremo da linha da vida, é aquela representada por pacientes terminais, que, por qualquer motivo, não foram submetidos à curatela ou que também não deixaram nenhum documento escrito expressando os cuidados de saúde desejados para quando lhes faltar a competência. Nesse caso, como deve ser resguardada a autonomia desses pacientes?

Fora as situações emergenciais que impõem medidas de caráter excepcional, a evolução da relação médico-paciente assumiu atualmente uma dimensão tão profunda com enfoque no sujeito da cura, que o respeito a sua autodeterminação, mesmo nos casos de inconsciência e vulnerabilidade, deve ser perseguido a todo custo, sob pena de refletir discurso meramente programático.

E para esses casos complexos, que confrontam valores morais, éticos, jurídicos e religiosos, talvez uma grande contribuição para a reflexão e o debate possa ser dada pela obra de Ronald Dworkin. O mencionado jusfilósofo, sobretudo, a partir da década de sessenta do século passado, ofereceu significativa contribuição para a hermenêutica jurídica e para a filosofia do direito: “com várias publicações demonstrando a insuficiência prática do positivismo jurídico e sustentando que, mesmo nos casos difíceis, há um direito a respostas corretas” (SIMIONI, 2014, p. 321).

Dentre suas obras mais lembradas encontram-se “Levando os Direitos à Sério”, de 1977 e “O Império das Leis”, de 1986, que representam coletâneas de ensaios e artigos. Mas sem dúvida, uma das suas principais colaborações para a discussão dos problemas filosóficos que cercam a finitude da vida humana e as questões metafísicas que envolvem o aborto e a eutanásia, ocorreu com a publicação de seu livro “Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais”, em 1993.

Na citada obra, o autor nos faz a séria revelação, de que todas as discussões, sempre tão acirradas e apaixonadas, entre os defensores e os opositores dessas questões tão determinantes, ligadas ao início ou ao fim da vida, e que, se apoiam em argumentos conservadores ou progressistas, como, por exemplo, se o embrião constitui uma vida humana que merece proteção ou se a mulher tem a livre disposição sobre o seu corpo, na verdade, encerram uma questão de fundo, muito mais decisiva: que é o respeito ao caráter sagrado da vida humana.

Segundo Dworkin:

divergimos tão profundamente porque todos levamos muito à sério um valor que nos une como seres humanos – a santidade ou a inviolabilidade de cada etapa de toda e qualquer vida humana. Nossas violentas divisões demonstram a complexidade do valor e do modo acentuadamente distinto como culturas, grupos e pessoas diferentes – todos igualmente comprometidos com tal valor – interpretam seu significado (DWORKIN, 2003, p. 341).

E para entendermos, em que medida, seu pensamento poderia afetar diretamente a proposta de se resguardar a liberdade e o autogoverno das pessoas enfermas, no termo de suas vidas, é importante perceber a noção de autonomia centrada na integridade, que é uma ideia fundamental para ele.

Isto significa dizer, por exemplo, que o fato em si de uma pessoa com mal de alzheimer, em estágio avançado, demonstrar ainda algumas sensações e prazeres, como gostar de determinado alimento, rir, assistir televisão e folhear gravuras de um livro, que ele denomina de interesses experienciais, não representa, de *per si*, um apelo obstinado para continuar vivendo num estado de degeneração, quando o doente não é mais competente para atribuir-se a si mesmo qualquer outro projeto ou perspectiva de uma vida melhor, que ele nomeia como interesses críticos (DWORKIN, 2003).

E nesse sentido, a concepção de autonomia centrada na integridade, está a sugerir que os interesses críticos são aqueles que estão mais diretamente ligados à dignidade do indivíduo, à sua capacidade de amor-próprio e assim, projetam e estimulam a aptidão geral das pessoas de conduzir suas vidas, como uma percepção individual de seu próprio caráter, daquilo que é mesmo importante para elas.

Para Dworkin:

o reconhecimento de um direito individual de autonomia torna possível a autocriação. Permite que cada um de nós seja responsável pela configuração de nossas vidas de acordo com nossa própria personalidade – coerente ou não, mas de qualquer forma distintiva. Permite que cada um conduza a própria vida, em vez de deixar conduzir ao longo desta, de modo que cada qual possa ser, na medida em que um esquema de direitos possa tornar isso possível, aquilo que fez de si próprio. Permitimos que um indivíduo prefira a morte a uma amputação radical ou a uma transfusão de sangue, desde que tenha havido uma informação prévia de tal desejo, porque reconhecemos o direito de estruturar sua vida de conformidade com seus próprios valores (DWORKIN, 2003, p. 319).

Parece chocar à primeira vista, mas segundo ele, não nos deveria causar perplexidade, a posição de se preferir o perecimento de uma forma natural e justa,

como consequência lógica de nossas limitações à contingência da morte, do que uma desmedida obstinação por uma sobrevivência artificial. A persistência pelo prolongamento da vida, quando não há a menor viabilidade de melhora, apesar de, a princípio, representar respeito ao doente, na verdade, pode indicar algum apego e egoísmo mal resolvidos na esteira de nossas convicções morais e religiosas.

Longe de desmerecer, efetivamente, implica no prestígio e no reconhecimento da trajetória de vida do enfermo. Pessoas que, notoriamente, gozaram de uma vida ativa, viveram seus melhores dias cheias de si, em pleno exercício de sua liberdade individual, de modo autônomo e independente, podem não desejar para o desfecho de sua existência, estarem permanentemente atadas a uma cama de hospital, mantidas vivas por meio de hidratação parenteral, sem a menor perspectiva de melhora e da retomada de consciência do próprio existir.

Para Dworkin (2003), o fato de vivermos de acordo com a liberdade é tão importante quanto possuí-la. E nesse sentido, a representação de vida do indivíduo, também serve para o momento da doença e retrata o respeito a sua autonomia. De forma que, com a ajuda de parentes e amigos, tanto quanto possível, devem ser suficientes descartados os valores, crenças e preferências do doente em estágio terminal, de modo que fiquem justificados seus desejos presumidos para um momento tão decisivo de sua vida, dentre os quais, o de não receber determinados tratamentos.

É dizer, a ideia de uma relação médico-paciente centrada na autonomia do indivíduo passa necessariamente pelo respeito às suas convicções prévias, mesmo que, contrariamente, às próprias indicações médicas para o quadro, pois ninguém melhor que a própria pessoa é capaz de indicar qual o modo que gostaria de ser tratada no final de sua vida. E isto, decisivamente, parece ser uma visão centrada na integridade do indivíduo.

3. DO USO INDISCRIMINADO DE FORMULÁRIOS AO PAPEL DA INFORMAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O longo caminho percorrido pela ciência médica no sentido de perceber que, além da doença, o indivíduo também deveria receber atenção, não só como alguém que se entregaria nas mãos do outro, mas como sujeito ativo de seu tratamento, tem no consentimento informado um dos seus marcos principais.

Nessa nova perspectiva, a ideia é fazer com que a pessoa assuma as rédeas de questões importantes relativas ao seu estado de saúde afastando a visão tradicional que enxergava no indivíduo a figura passiva de alguém “paciente”, ou seja, de um sujeito fragilizado pela doença que deveria conduzir-se pelas determinações do médico.

Portanto, o consentimento informado, enquanto etapa fundamental do ato médico, deve traduzir-se num tempo de diálogo e abertura entre o profissional e a pessoa a ser cuidada, quando várias dúvidas e questões poderão ser dissipadas e oportunidade onde deverão imperar sentimentos como confiança, respeito e consideração pelo outro.

No entanto, o que deveria ser um processo legitimamente construído pela comunicação verbal e pela interação através do diálogo, sistematicamente tem sido substituído pela utilização indiscriminada de termos e formulários, fato que tem esvaziado este importante momento da relação médico-paciente, evidenciando um aspecto da medicina defensiva, em que o profissional pretende ver excluída eventual responsabilização por violação ao dever ético de informação.

Ademais, a própria visão dos tribunais tem repercutido essa noção de que o consentimento informado se instrumentaliza propriamente no termo de consentimento, tomando-os como sinônimos, o que dá lugar a um formalismo, que a pretexto de garantir, na verdade, reforça a exclusão do paciente da decisão médica.

Outro ponto, é que a substituição do processo pelo formulário, cria outro obstáculo à plena efetivação do consentimento informado, na medida, em que se percebe, que o baixo índice de letramento em saúde da população brasileira tem implicação direta na compreensão do estado clínico pelo paciente, o que exige maior dedicação do profissional e a adoção de estratégias diferenciadas de comunicação.

3.1 PROCESSO E INSTRUMENTO: EVENTOS COMPLEMENTARES, MAS NÃO SINÔNIMOS.

Como vimos, ao longo dos últimos anos ocorreu uma profunda mudança da relação médico-paciente. Nesse sentido, o que se percebe, é que no âmbito de uma sociedade democrática e pluralista, cada vez há menor espaço para decisões autoritárias e singulares, o que torna a medicina paternalista tradicional uma postura dificilmente aceitável, quando confrontada com a valorização da autonomia do indivíduo.

A autonomia enquanto valor fundamental da sociedade contemporânea assegura que a decisão clínica deve ser progressivamente compartilhada com o doente e com sua família. Em matéria de cuidados de saúde, o paciente, portanto, encontra-se apto a realizar escolhas livres e esclarecidas que, marcadamente, irão representar seu poder de auto-realização pessoal.

E nesse cenário, o consentimento informado representa o respeito à individualidade e a garantia de participação do indivíduo no seu tratamento de saúde, pois cabe ao profissional médico esclarecer ao paciente todos os aspectos relacionados à doença, aos tratamentos possíveis, benefícios, riscos e prováveis efeitos colaterais da intervenção, aspectos que irão subsidiar o consentimento ou a recusa às propostas oferecidas.

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira, o reconhecimento da autonomia do paciente representa sob essa perspectiva:

a passagem da concepção objetivada do corpo para uma outra subjetivada, pois no contexto democrático pressupõe o respeito de cada um governar livremente seu próprio corpo, o que inclui tanto a perspectiva da disposição quanto a da privacidade. Nesse sentido, só se pode permitir intervenção sobre o corpo que emane da própria vontade de seu titular, nem terceiro, nem o próprio Estado poderão intervir no corpo sem o consentimento do indivíduo sob pena de ser este um ato ilegítimo no ordenamento jurídico (TEIXEIRA, 2010, p. 65-66).

Contudo, para além do aspecto exclusivamente informativo, cuja baliza essencial encontra-se no dever ético da profissão, a proposta fundamental, no momento atual, configura-se numa mudança de atitude no processo de formação, execução e acompanhamento do ato médico, de forma que médico e paciente possam atuar de forma compartilhada por meio de um processo de diálogo para a construção comum da decisão mais adequada ao caso concreto.

O que se busca acentuar é a própria mudança de posicionamento da medicina, que, desde então, passa a inserir-se numa relação humana dialogante, que tem por objetivo afastar atitudes solipsistas e que deve reconhecer no paciente um ser autônomo, livre e capaz de realizar escolhas próprias.

Nessa perspectiva, Maria de Fátima Freire de Sá adverte que:

a dinâmica dialógica da relação jurídica médico-paciente é uma exigência do Estado Democrático de Direito. Isto porque o objeto da referida relação é a saúde, não compreendida como um bem ou interesse público, mas como a expressão de um direito cujo titular é o paciente e é por ele exercido (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 301).

E essa nova dimensão de se pensar o ato médico passa necessariamente também pela substituição da doença como centro da atenção da medicina tradicional, colocando em seu lugar a pessoa, o corpo e a saúde. O corpo se torna então a base sensível da individualidade, pois ser pessoa não é só ser um corpo, mas possuir um corpo. Assim, pessoa, saúde e corpo são conceitos que se definem num só movimento de liberdade (SÁ; MOUREIRA, 2017).

De acordo com Bruno Torquato de Oliveira Naves:

o princípio da autonomia exige liberdade e informação para a expressão do consentimento. De posse das informações prestadas pelo profissional da saúde acerca do seu estado clínico, o paciente, se dotado de autonomia, poderá fazer uma escolha consciente, livre e em concordância com seus valores éticos e morais. A autonomia confere ao paciente o direito de decidir qual tratamento seguir ou mesmo optar pela escolha de não se tratar. O respeito ao paciente decorre da possibilidade de dotá-lo de escolha (NAVES; RAWICZ; MORAES, 2018, p. 82).

Nesse contexto, como referido, o consentimento informado é um processo de comunicação entre médico e paciente que contraria a ideia de um evento único e anterior à efetiva prestação dos serviços médicos. Na verdade, dentro da dinamicidade própria da ligação entre médico e paciente, representa um vínculo permanentemente construído, alimentado pelo diálogo, que começa a partir do primeiro encontro e se estende por todo o relacionamento.

Consoante Gabriela Guz, deve-se ressaltar que:

o consentimento livre e esclarecido, enquanto um processo compartilhado de tomada de decisão, pode apresentar diversos resultados. Assim, o consentimento a uma das propostas apresentadas pelo médico constitui uma entre as várias possibilidades de decisão pelo paciente. Isso porque o paciente poderá ainda recusar a realização de determinado procedimento, como também consentir na realização de tratamento alternativo proposto pelo médico. Poderá, ainda, recusar todas as alternativas propostas, ou, ainda,

recusar-se a tomar uma decisão, requerendo que o profissional decida por ele. (GUZ, 2010, p. 99)

Nessa relação, em que o paciente se torna sujeito ativo do processo de tratamento, a ideia fundamental reside na confiança e na transparência, de modo a se permitir que o indivíduo se aproprie do máximo de informações antes de decidir. Entretanto, a questão que se coloca é que não existe uma forma determinada para a instrumentalização do consentimento informado.

Não obstante, a Resolução 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 1996), que trata especialmente da pesquisa com seres humanos, concebe o consentimento do sujeito participante, como um ato que, necessariamente, deve ser documentado e formalizado em momento anterior à realização da pesquisa, pressupondo, nesse sentido, uma manifestação escrita.

Tal instrumento “deve ser elaborado pelo próprio pesquisador, assinado pelos sujeitos de pesquisa e confeccionado em duas vias, sendo que uma fica em posse do pesquisador e outra é entregue para o sujeito de pesquisa” (PITHAN, 2009, p. 30).

No âmbito terapêutico, e considerando o Código de Ética Médica, não existe nenhuma imposição da forma como o consentimento informado deve ser obtido, podendo este materializar-se verbalmente, de forma tácita ou mediante documento escrito, muito embora, para fins de conservação e prova, este último formato seja mesmo o mais recomendável.

Segundo André Gonçalo Dias Pereira:

embora não exista qualquer exigência legal de uma forma determinada para a eficácia do consentimento, a sua formalização afigura-se, contudo, como único meio de concretizar este direito (o direito ao esclarecimento), em especial quando estejam em causa intervenções médicas, de diagnóstico ou cirúrgicas que impliquem um risco sério para a vida ou saúde do doente. A existência de um formulário parece constituir a forma mais simples, clara e facilitadora para o fornecimento e obtenção do consentimento (PEREIRA, 2000, p. 453).

Efetivamente, a forma escrita, de longe, é a mais indicada, pois a fixação de seu conteúdo em documento, permite a constatação posterior de que o dever ético de informação foi suficientemente cumprindo, servindo, inclusive, ao propósito de ilidir eventual responsabilidade civil do profissional de saúde. De acordo com Neri Tadeu Câmara Souza:

a forma escrita de fato é muito mais segura e eficaz, uma vez que conterá detalhes da informação ao paciente e a manifestação de sua vontade no

sentido de permitir a intervenção, tornando inequívocos o cumprimento do dever de informação e a anuência do paciente (SOUZA, 2008, p. 96).

Contudo, a pretexto de se firmar a obtenção da anuência do paciente e de se registrar as informações relevantes no prontuário médico, o que parece ocorrer é que o consentimento informado tem sistematicamente se esgotado no simples preenchimento de um formulário ou de um termo de consentimento.

E nesse sentido, torna-se relevante frisar que parece existir diferenciação entre o consentimento informado, que deveria ser encarado como um processo, da mera formalização de um termo ou questionário, pois, enquanto aquele, resulta de uma desejável assistência médica, fruto de uma comunicação assertiva e eficaz com o enfermo, este, representa uma formalidade importante, mas não insubstituível.

Para Alberto Ferreres:

não se deve assemelhar o formulário do consentimento informado com o consentimento informado propriamente dito, já que se confunde o que deve ser um processo de troca, evolução e análise mútua de informação com a obtenção de uma assinatura de um documento (FERRERES, 2006, p. 98).

No mesmo sentido, Livia Haygert Pithan, esclarece que:

alguns autores apontam diversas razões para que o consentimento informado seja considerado, equivocadamente, um mero evento ocorrido num momento particular na relação entre médicos e paciente ao invés de um processo que é (ou deveria ser) parte integrante desta relação. Eles supõem que, provavelmente, a razão mais comum deste erro seja o fato de que os formulários escritos de consentimento se tornaram símbolo do consentimento informado, razão pela qual alguns médicos, de fato, equiparam o consentimento informado com a assinatura do paciente em um formulário. Em reação a este equívoco, afirmam que o consentimento informado é um processo, não um formulário – sem o processo, o formulário é somente um pedaço de papel (PITHAN, 2009, p. 25).

Portanto, o que se busca demonstrar, é que parece existir uma distinção entre a noção de consentimento informado, como referido, que se traduz num processo dialético entre médico e paciente, no que poderia se convencionar de uma relação gradual e duradoura, do simples preenchimento de um termo de consentimento, denominado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) ou Termo de Consentimento Informado (TCI).

Consoante Brunello Souza Stancioli:

o termo de consentimento informado não deve ser meramente formal, mas material, em trazer o entendimento para o paciente. Não se trata de somente colher o consentimento do paciente como uma obrigação legal, mas de trazer o real significado na relação médico-paciente, de forma a respeitar a autonomia e a dignidade do cliente (STANCIOLI, 2005, p. 184).

E assim, é importante perceber o consentimento informado como um processo contínuo e interativo, cujos atos se renovam permanentemente durante o ato médico, até porque, muitas das informações fornecidas previamente ao tratamento lograrão ser esquecidas, poderão surgir situações imprevistas, objeto de novos questionamentos e novas opções terapêuticas deverão ser consideradas durante o relacionamento.

Aliás, cabe considerar que as informações adicionais, posteriores ao eventual cumprimento da obrigação principal do contrato de serviços médicos, como uma cirurgia, por exemplo, deverão também integrar o processo de consentimento informado, carecendo de serem registradas no prontuário do paciente, pois tornar-se-ia inviável elaborar um novo documento para cada esclarecimento ou aconselhamento médico.

Nesse sentido, Leonardo Fabbro, ressalta que:

podemos verificar diversas decisões ao longo da relação terapêutica, por conta da fragmentação do ato médico, o que exige esclarecimentos contínuos que merecem registro documental. Neste sentido, o prontuário é um documento de segurança tanto do paciente (evitando decisões unilaterais dos médicos) quanto do médico (para fins de comprovação de sua conduta adequada) (FABBRO, 1998, p. 8-9).

Portanto, não se descarta, que a comprovação do consentimento informado, normalmente possa ocorrer mediante a assinatura do TCLE, que passa a representar então, a declaração de vontade emitida pelo paciente, dando conta de que compreendeu suficientemente as informações oferecidas pelo médico, concordou com o tratamento proposto e assumiu os riscos de uma intervenção. O que não pode ocorrer é a mera substituição do processo pelo termo.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) acentua acertadamente em seu parecer 124.460/2011², que o TCLE constitui atualmente uma exigência ética e jurídica da assistência médica. O caráter jurídico, se revela numa postura conhecida como medicina defensiva, que tem por objetivo principal dotar o profissional de prova futura para o caso de eventual processo judicial ou ético.

A segunda ideia, numa linha mais filosófica e prática, é de que o termo deve ser considerado um referencial bioético, sob a perspectiva de que o consentimento

² Disponível em:

<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=10121&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=124460&situacao=&data=12-07-2011>. Acesso em: 13 jul. 2020.

informado é um processo continuado na relação médico-paciente “com informações e esclarecimentos que visam primordialmente a proteger e estimular a autodeterminação do paciente no sentido mais amplo do respeito à dignidade da pessoa enferma” (CREMESP, 2011).

Contudo, como ressaltado, a simples assinatura de um formulário não pode se sobrepor à complexidade existente no vínculo entre médico e paciente. Na verdade, os termos e formulários devem encaminhar o diálogo, mas não podem substituí-lo. A exigência do preenchimento de um formulário em substituição à entrevista, praticamente pode esvaziar a recomendável interação neste recorte tão fundamental de relação humana.

Atualmente, hospitais e clínicas, passaram a adotar a prática de se exigir o preenchimento do termo de consentimento não só para as intervenções médico-cirúrgicas, mas, inclusive, para todo e qualquer tipo de exame. E estes termos de consentimento, trazem toda a sorte de arbitrariedades: alerta sobre a medicina não ser uma ciência exata; descrição dos efeitos colaterais, como hematomas, perda de sentido e função e por fim, quase sempre finalizando com o risco de morte.

Neste sentido, Daisy Gogliano, destaca que:

alguns hospitais passaram a exibir filmes, em DVD, em sala privativa, na exibição de todos os detalhes da terapêutica médica, como endoscopia, antes da realização do ato médico, transformando o temor do paciente em nítido terror, aquilo que denominamos falcatruas no consentimento-informado, que nada tem de abusivo, dada a ilicitude flagrante do ato, a violar as regras hipocráticas da medicina (GOGLIANO, 2009, p. 541).

Não é incomum também, que estes formulários sejam entregues ao paciente por funcionários administrativos, completamente alheios ao ato médico, sem que aquele possa sequer obter qualquer esclarecimento sobre o seu conteúdo.

O que se nota, é praticamente a imposição de um formalismo, onde “com a assinatura de um formulário os médicos e os hospitais pretendem afastar qualquer problema de responsabilidade por violação do direito ao consentimento esclarecido” (PEREIRA, 2000, p. 454).

Na verdade, contrariamente à própria ideia fundamental do instituto e das diretrizes que orientam a sua interpretação, atualmente, é a feição compreendida como meio de exclusão da responsabilidade do profissional, próprio de uma medicina defensiva, que sobreleva de interesse, praticamente, ofuscando sua natureza de instrumento de realização da liberdade individual do paciente.

É exatamente este, o posicionamento de Dayse Gogliano, quando ressalta que: “é nesse momento, que o sistema contratualista norte-americano, transforma o consentimento informado, com fundamento na autonomia, em tácito termo de exclusão da responsabilidade” (GOGLIANO, 2009, p. 541).

Com efeito, estudos realizados em alguns países, têm apontado a fragilidade de estabelecer o uso do TCLE, como único meio de se garantir o consentimento informado do paciente. Por exemplo, em um ensaio realizado com dois grupos de pacientes sobre os riscos da anestesia antes de intervenções cirúrgicas, constatou-se que o primeiro grupo, o qual foi submetido à explicação verbal, reteve maiores informações que o segundo grupo, o qual, oportunizou-se o preenchimento de um formulário, com a explanação dos efeitos do anestésico (FACCHINI NETO, 2015).

Eliana Guimarães Pacheco, também ressalta, que em uma pesquisa realizada junto ao Hospital Escola Padre Albino, em Catanduva, interior do Estado de São Paulo, concluiu-se que:

apesar dos pacientes declararem que foram bem informados pela equipe de saúde, a realidade demonstrou que eles não compreenderam de forma efetiva o que os médicos e enfermeiros lhes informaram e que assinaram os papéis do termo de consentimento informado, sem o devido esclarecimento. Ou seja, houve o procedimento de informação apenas de modo formal (PACHECO; VIEIRA; SILLMANN, 2018, p. 128).

De outro modo, também André Gonçalo Dias Pereira, revela que:

num outro estudo, realizado na Austrália, envolvendo 100 pacientes que realizavam quimioterapia aos quais era dada informação escrita e um formulário de consentimento, apurou-se que apenas 34 perceberam a finalidade do formulário e apenas 1 considerou o formulário a sua maior fonte de informação; 75 pacientes não conseguiam indicar nenhuma das drogas que tomavam; 26 não sabiam qual o objetivo da terapia e apenas 15 recordavam todos os 4 efeitos laterais. Os autores deste estudo concluíram que os formulários podem não satisfazer as exigências do consentimento informado (PEREIRA, 2000, p. 457).

Tais estudos, estão a demonstrar que parece ser bastante duvidosa a suposição de que o consentimento informado possa ser obtido pelo simples preenchimento e assinatura de um formulário. Pois, uma coisa é incentivar, como medida ideal, que os médicos devem respeitar a autonomia do paciente e aconselhá-lo sobre decisões em questões médicas importantes, mas outra, é simplesmente estabelecer que o preenchimento de um formulário é capaz de suprir a entrevista e o acompanhamento médico.

Não se trata, entretanto, de abolir a utilização desses termos ou formulários, até porque, além do prontuário e da documentação do paciente, o TCLE também integra todo o portfólio no qual se formaliza o processo de consentimento.

Nesse sentido, como afirmado, o preenchimento e assinatura do documento podem servir de um estágio inicial do diálogo entre médico e paciente visando a autorreflexão e a conscientização sobre a autonomia e respeito ao indivíduo, que não raras vezes, encontra-se em uma situação de fragilidade.

3.2. O TERMO DE CONSENTIMENTO COMO INSTRUMENTO DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Acontece, entretanto, que o uso sistemático desses termos e questionários, parece indicar sério entrave à plena obtenção do consentimento, pois, normalmente, são utilizados formulários-padrão, que não foram pensados para o caso concreto e assim, a ausência de informação clara, acessível e segura configura nítida violência ao exercício da autonomia do paciente, tornando-o mais vulnerável à ação do médico.

De acordo com José Roberto Goldim:

o documento escrito pode não ser autoexplicativo, necessitando de esclarecimentos adicionais. Um outro elemento complicador para essa situação é o de que nem sempre quem explica e busca obter o termo de consentimento é a pessoa que o redigiu. A intenção do uso das palavras pode não ter sido compartilhada, permitindo diferentes significados, dependendo de quem fornece as explicações. A ambiguidade, presente em inúmeras palavras utilizadas na linguagem médica, pode fazer com que diferentes significados sejam utilizados para uma mesma expressão (GOLDIM, 2006, p. 118-119).

Enquanto elemento essencial de formação do contrato de prestação de serviços médicos, o consentimento informado obtido de forma tacanha ou falha, invariavelmente, é capaz de macular toda a relação jurídica, tornando-a defeituosa, podendo acarretar a invalidade de cláusula ou mesmo da obrigação contratual por inteiro (NAVES; RAWICZ; MORAES, 2018).

De acordo com André Gonçalo Dias Pereira, a assinatura em formulários reflete, na verdade, um método dos médicos abreviarem o dever de informação para obtenção do consentimento, o que pode ter suas repercussões no âmbito da responsabilidade. Adverte o autor que, nos Estados Unidos, por exemplo:

a doutrina entende que o importante é o verdadeiro processo de esclarecimento de quem vai decidir e não a assinatura do formulário (*consent form*). O formulário constitui prova do processo de consentimento, não é um substituto do esclarecimento. Deve ser admitida a prova do consentimento mesmo que o formulário se tenha perdido ou inadvertidamente não haja sido assinado antes de o paciente ser anestesiado ou quando dadas as circunstâncias seja difícil obter a necessária assinatura. Por outro lado, o paciente pode provar que o formulário deve ser ignorado devido às circunstâncias concretas que rodearam o processo de esclarecimento (PEREIRA, 2000, p. 455).

A verdade, é que a utilização de formulários, a pretexto de se obter o consentimento do paciente, pode configurar falha na prestação de serviços, o que tem implicação direta na responsabilidade civil de médicos e de instituições de saúde. Embora não seja propriamente o propósito do presente trabalho, algumas noções básicas acerca da responsabilidade civil são importantes para se entender como o tema tem sido enfrentado.

Nosso ordenamento jurídico tutela a vida humana em toda a sua complexidade, o que engloba o direito à integridade física e psíquica, fazendo com que o direito reaja tanto nas esferas cível e penal, mediante a responsabilização do agente causador de dano.

No âmbito da ciência médica, também o médico está sujeito às regras que determinam o dever de reparar os prejuízos causados ao paciente por violação das regras da profissão. Consoante Judith Martins Costa, a responsabilidade civil do médico: “é efeito de um ato ilícito e culposo, praticado no exercício de suas atividades profissionais do qual, por uma relação de causalidade, resulta um dano injusto ao paciente” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 107).

Com efeito, não há unanimidade na doutrina nacional acerca de quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil ou os pressupostos do dever de indenizar (LOUREIRO, 2010). No entanto, podemos apontar três requisitos que aparecem tradicionalmente entre os autores mais renomados sobre o assunto: a conduta voluntária dolosa ou culposa, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

O primeiro elemento essencial da responsabilidade civil é a conduta voluntária. Para que surja a obrigação de indenizar, não basta que o agente realize uma conduta contrária ao direito e cause dano a outrem. É preciso ainda que sua ação seja faltosa, vale dizer, que tenha agido com culpa. (PINTO, 2011).

O direito exige de todos nós uma conduta séria, proba, cuidadosa, a exemplo do *bonus pater família*, “que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo”

(GONÇALVES, 2011, p. 475). Aquele que viola esse dever de cuidado age com culpa. A culpa *lato sensu*, engloba o dolo e a culpa *stricto sensu*.

No primeiro caso há a intenção de causar dano, o agente quer a conduta e quer o resultado, no segundo, quer voluntariamente o ato praticado, sem pretender o resultado, que, no entanto, dá causa, por negligência, imperícia ou imprudência.

É bom informar que o Código Civil não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, tampouco, entre os graus de culpa para fins de reparação de danos, salvo, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Mesmo que o agente tenha agido com culpa levíssima, a indenização deve abranger todo o prejuízo causado, isto é, deve ser calculada segundo a extensão do dano. (TARTUCE, 2011).

O segundo elemento apontado pela doutrina é o dano. De fato, não há um dever de reparação, se o ofendido não provar efetivo prejuízo, decorrente do comportamento do agente. Os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém e envolvem os danos emergentes e os lucros cessantes: aqueles correspondem ao que efetivamente se perdeu, estes, o que a vítima, razoavelmente deixou de lucrar.

Segundo Flávio Tartuce:

para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta é necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém. Em regra, não há responsabilidade civil sem dano, cabendo o ônus de sua prova ao autor da demanda (TARTUCE, 2011. p. 424).

O ordenamento jurídico não prevê a reparação de dano hipotético ou eventual, fazendo-se necessária a prova efetiva e atual da lesão (DIAS, 2004). Noutra giro, os danos extrapatrimoniais ou morais consistem em constrangimentos que alguém experimenta, em consequência de lesão à direito personalíssimo, como a honra, a boa fama, a saúde, a integridade física, etc., ilicitamente produzidos por outrem.

Durante muito tempo discutiu-se na doutrina se o dano moral seria indenizável, justamente, porque não importava em diminuição do patrimônio do lesado, divergência que acabou superada com o advento na nova ordem constitucional, especialmente, pela sua previsão expressa nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal (FIÚZA, 2011).

Muito embora o dano moral não possa ser indenizado, no sentido de tornar a vítima indene, ou fazê-la retornar ao estado anterior, fala-se em compensação, com o

propósito de se atenuar, pelo menos em parte, os efeitos danosos do mal ocasionado à vítima (CAHALI, 1998).

Quanto ao valor da indenização, não existe uma regra de tarifação, no entanto, parece que a jurisprudência houve consagrar que a reparação está revestida de um caráter principal reparatório e, acessoriamente, de um caráter pedagógico, de forma a coibir novas condutas da mesma espécie (TARTUCE, 2011).

O último elemento que aperfeiçoa o tripé da responsabilidade é o nexo causal: entendido como o liame imaterial que liga a conduta ao resultado. Na responsabilidade subjetiva, o nexo causal é formado pelo dano e pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa em sentido estrito (art. 186 do Código Civil). Na responsabilidade objetiva, o nexo de causalidade é formado pela conduta somada ao dano, cumulado com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pelo exercício de uma atividade de risco.

No entanto, algumas circunstâncias são capazes de “romper” o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, ilidindo a obrigação de indenizar por parte do causador do dano. Com efeito, nem sempre, em todas as situações em que se verifica a existência de um dano, seu pretense causador fica obrigado a reparar a vítima, pois a obrigação indenizatória pressupõe a relação de causa e efeito entre comportamento e resultado.

De forma que, comumente, se aceita que há exclusão dessa responsabilidade em razão de eventos imprevisíveis ou imponderáveis, como o caso fortuito e força maior e também nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima (DIAS, 2004).

No direito comparado, no âmbito da responsabilidade civil, o que se observa é que, enquanto nos países da *common law*, os problemas de erro médico são resolvidos tendo por fundamento a responsabilidade aquiliana, modalidade de culpa extracontratual, na Europa Continental, prevalece uma visão mais contratualista.

De acordo com André Gonçalo Dias Pereira:

no direito português afigura-se claro que, no domínio da medicina privada (num consultório ou numa clínica), se estabelece um contrato de prestação de serviços *sui generis*, de caráter oneroso, sinalagmático e *intuitus personae* (PEREIRA, 2000, p. 435).

Contudo, a questão suscita grandes dúvidas quando analisada sob o aspecto do serviço prestado em hospitais e postos de saúde públicos. Justamente, porque a

liberdade de escolha do paciente fica limitada àqueles médicos oferecidos pelo sistema público.

A bem da verdade, nem os médicos escolhem seus pacientes, nem estes escolhem os profissionais, e neste caso, a relação fica condicionada às circunstâncias que envolvem a prestação, como a própria disponibilidade orçamentária do órgão em prestar um serviço razoavelmente digno.

Nada obsta, entretanto, em categorizar tal situação como ainda sendo de natureza contratual, pois, muito embora o serviço público prestado nestes casos envolva diversas nuances, próprias do direito administrativo, a relação estabelecida entre o usuário do serviço e a instituição pública, continua a ter no caráter sinalagmático, o principal de seus atributos.

Ou seja, o médico, enquanto servidor público, tem o dever de envidar todos os esforços de forma a garantir que seus conhecimentos sejam aplicados ao estado de saúde do usuário, enquanto, este, em maior ou menor grau, é responsável pelo pagamento dos impostos, cujo dever incumbe ao grupo social.

Segundo Pereira:

neste caso, não podemos abstrair que pela parte do hospital há um conjunto de deveres de prestação que lhe são impostos por lei. O seu não cumprimento, a acarretar danos para o paciente, não deve ser equiparado à mera violação de direitos absolutos de outrem, há um contexto de relação, os direitos do paciente a que correspondem obrigações especiais do lado passivo, que melhor têm lugar na figura do contrato (PEREIRA, 2000, p. 440).

Ademais, levando-se em consideração, que também as entidades e os órgãos públicos, estão vinculados ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), que em seu art. 22, *caput*, assevera que o serviço público deve ser oferecido de forma adequada, eficiente e segura, verifica-se que, no universo de uma relação de consumo, o dever de informação do médico, origina-se diretamente das exigências da boa-fé, que deve estar presente em todo o desenrolar da relação médico-paciente, também no sistema público.

Retornando ao assunto tratado, pode-se afirmar que a jurisprudência nacional, envolvendo o consentimento informado, é bem recente, quando comparada a outros países, como os Estados Unidos, por exemplo, uma vez que, somente em 2002, surgiu o primeiro acórdão no Superior Tribunal de Justiça (STJ) utilizando a referida expressão. Tratava-se de uma cirurgia oftalmológica, em que a paciente não foi devidamente informada sobre os riscos de ficar cega (PITHAN, 2009).

E o interessante dessa primeira decisão sobre o consentimento informado, é que o fundamento para afirmar a responsabilidade civil do médico e da instituição por violação do dever de informação, ocorreu não em virtude de aplicação do CDC, mas das normas éticas que dizem respeito à relação médico-paciente.

Referido acórdão, no caso o Resp. 467.878-RJ³, de relatoria do ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior, tornou-se extremamente emblemático ao consignar que:

a obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacando entre elas o consentimento informado (STJ, 2002).

Neste sentido, importa observar que, no direito brasileiro, a má atuação do profissional da medicina, tradicionalmente, sempre esteve associada à noção de falta técnica. E assim, a decisão sublinhada, com a construção jurisprudencial que se seguiu a partir daí, ressalta a tendência atual dos tribunais brasileiros de reconhecer a responsabilidade civil do médico por ausência ou insuficiência de informação ao paciente ou da falta de obtenção de seu consentimento, independentemente de qualquer erro técnico.

Segundo Gabriel Schulman:

entre as novas perspectivas, pode-se afirmar que a falta ou insuficiência de informações ao paciente é fonte autônoma do dever de reparar, assim como a falta de consentimento informado. Portanto, a falha na intervenção corporal não é indispensável para que haja a imposição do dever de reparar na esfera dos atos da saúde. Na medida em que a informação é pressuposto para o consentimento, que por sua vez é indispensável para atender à autodeterminação do paciente. A *contrario sensu*, a falta de informação adequada atinge o consentimento e, por sua vez, impõe o dever de reparar (SCHULMAN; ALMEIDA, 2020, p. 32-33).

Não obstante, ainda que isso revele uma humanização da jurisprudência, no sentido de se perceber que o ato médico envolve singularidades, para além dos aspectos próprios das normas de consumo, e que, o paciente faz jus a uma atenção individualizada, o que calha constatar, é que, apesar do significativo avanço, para o Judiciário, não raras vezes, o cumprimento do dever de informação por parte do profissional, também parece se confundir com a assinatura de um termo ou formulário.

É exatamente o que constata Gabriela Guz, quando destaca o seguinte:

³ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7520479/recurso-especial-resp-467878-rj-2002-0127403-7/inteiro-teor-13136640>.

dessa forma, o foco dos tribunais parece estar mais no cumprimento do dever de informar pelo médico, enquanto prestação das informações padronizadas ao consumidor, e menos na troca de informações entre médico e paciente e na compreensão de tais informações pelo paciente. Assim, a despeito de entendermos como positivo o reconhecimento, pelos tribunais, do direito do paciente à informação, temos que a forma com que o cumprimento do correspondente 'dever de informar' do médico é exigido afasta-se da ideia de processo de decisão livre e esclarecida (GUZ, 2010, p. 117-118)

Ao final, arremata a autora dizendo que:

(...) verifica-se, pois, que a abordagem do consentimento livre e esclarecido enquanto mera assinatura em formulário padrão cria obstáculos ao desenvolvimento do consentimento livre e esclarecido enquanto um processo de decisão livre e esclarecida (GUZ, 2010, p. 117-118).

Sob o mesmo enfoque, também Livia Haygert Pithan assevera que:

nosso Poder Judiciário ainda demonstra algumas confusões entre o significado do consentimento informado como processo e sua forma escrita documental. Embora uma decisão que encontramos cite uma série de fundamentos da Bioética, acaba por considerar que o consentimento informado é sinônimo de termo de consentimento (PITHAN, 2009, p. 182).

Nessa medida, considerando o incipiente estágio de desenvolvimento da abordagem jurisprudencial do consentimento informado, como um novo aspecto a ser considerado na relação médica, invariavelmente, o que se pode enxergar é que a jurisprudência aparenta por continuar o processo de limitação da participação do paciente na tomada de decisão de saúde.

Assim, a atmosfera desejável é que, de fato, houvesse uma significativa aproximação do direito e dos princípios da bioética, no sentido da visão que o desenvolvimento desta área de estudo estabelece quanto à autonomia do indivíduo acerca de suas questões de saúde.

Para Maria Celina Bodin de Moraes:

o direito da responsabilidade civil é antes de tudo jurisprudencial. Os magistrados, com efeito, são os primeiros a sentirem as mudanças sociais e, bem antes de se poder colocar em movimento qualquer alteração legislativa, estão aptos a atribuir-lhes, através de suas decisões, respostas normativas (MORAES, 2006, p. 238).

E nesse contexto, a jurisprudência tem um papel fundamental no sentido de colaborar para a interpretação e o alcance do consentimento informado, enquanto processo de auto-regulamentação e auto-realização do paciente, que deve focar muito mais na participação ativa, na troca de informações e na qualidade da relação, que, propriamente, no mero formalismo, próprio de uma medicina defensiva.

3.3. O BAIXO LETRAMENTO EM SAÚDE COMO OBSTÁCULO À AUTONOMIA DO PACIENTE

Um outro aspecto que tem importância fundamental na construção do consentimento informado diz respeito ao papel da comunicação entre médico e paciente. Neste sentido, a conscientização sobre o valor da linguagem torna-se essencial para superar eventual barreira do saber científico relativamente ao paciente, de forma que este possa compreender satisfatoriamente sua condição de saúde.

A informação realizada de forma clara e acessível é capaz de igualar o nível do debate na relação médica, permitindo que o enfermo tenha mais confiança para argumentar sobre as opções oferecidas, esclarecer pontos controversos, aprofundar questões e deliberar com maior autonomia e segurança, tornando-se plenamente responsável por suas escolhas.

No entanto, se a informação consiste num dever da prática médica, há que se ponderar também que, no âmbito de proteção ao princípio da autonomia da pessoa humana, assiste ao paciente o direito de simplesmente não saber sobre sua doença e seus riscos. Como lhe socorre o direito à informação, compete-lhe, igualmente, o direito à desinformação, o direito de renunciar a toda e qualquer informação.

Aliás, tal situação de recusa ao esclarecimento, pode ser enquadrada naqueles casos de utilização por parte do médico do chamado “privilégio terapêutico”, sempre que a comunicação de circunstâncias gravosas sobre a saúde do paciente, possa implicar num agravamento de suas condições físicas e psíquicas.

A este respeito, de acordo com Pereira:

o paciente tem ainda o direito de renunciar à informação. Não tem de haver o esclarecimento quando o paciente declara ao médico que aceitará tudo o que ele venha a decidir ou que, simplesmente, prefere não tomar conhecimento da gravidade da sua situação. A este propósito, vem-se afirmando o direito a não saber, como dimensão do princípio da autonomia da pessoa humana. (PEREIRA, 2000, p. 449).

Efetivamente, as próprias incertezas que afligem o paciente sobre aspectos relacionados à evolução da doença, cura e tratamentos disponíveis, associadas à falta de domínio da informação e a outros fatores externos, como o próprio ambiente hospitalar, só concorrem para acirrar a condição de vulnerabilidade do paciente.

Acerca deste último ponto, Bruno Torquato de Oliveira Naves aponta que, simbolicamente, a estrutura tradicional dos hospitais representa um obstáculo ao

diálogo inter-relacional, dada a austeridade que reina nesses lugares. Mencionado autor, observa que:

mesmo com a alteração dos hospitais para espaço de tratamento do paciente, a arquitetura do local contribui para o sentimento de impotência do paciente, para a sua submissão. O branco asséptico, os longos corredores e os móveis sóbrios transportam o paciente para um imaginário lugar de respeito e magia, cujo silêncio não pode ser quebrado pelo diálogo. A sisudez do local colabora para o sentimento de fraqueza do paciente (NAVES; RAWICZ; MORAES, 2018, p. 89).

Prossegue o autor dizendo que:

o paciente, com frequência, não conhece a fundo seu quadro clínico e nem tem conhecimento para promover debates acerca das técnicas e procedimentos que com ele serão empregados. A doença e o ambiente físico, território do outro, com máquinas e processos distantes de sua realidade, o constroem e debilitam. E o medo e o sentimento de impotência lutam para governá-lo. Enfim, o hospital é um ambiente em que muitas vulnerabilidades convivem (NAVES; RAWICZ; MORAES, 2018, p. 84).

No entanto, se de um lado fica evidente a fragilidade emocional do paciente, de outro, não se pode descartar que os profissionais de saúde, sobretudo, da rede pública, também enfrentam situações desgastantes, como condições precárias de trabalho, falta de instrumentos, insumos básicos, jornada excessiva, superlotação, dentre outras, que também estão a indicar um quadro de vulnerabilidade médica.

De acordo com Bruno de Almeida Lewer Amorim:

há situações específicas em que também o profissional médico é vulnerável. E não são poucas e nem isoladas. A vulnerabilidade do médico poderá ser de várias ordens, advindo com frequência de situações relacionadas ao caso concreto e à posição de fragilidade emocional que usualmente marca relações dessa natureza, bem como da natural inexatidão das ciências biológicas. (...) a fragilidade do paciente e de seus familiares pode levar à manutenção de expectativas irreais em relação ao médico, as quais, caso não trabalhadas, podem conduzir a graves problemas (AMORIM, 2018, p. 39).

Contudo, no atual cenário em que o ato médico deve centrar-se no reconhecimento e na efetivação da autonomia do indivíduo, tendo como pressuposto uma relação dialógico-discursiva e que se traduz no consentimento informado, a busca por uma comunicação coerente, sólida e compreensível passa então a ser um problema a ser enfrentado.

Na verdade, não há como dissociar o consentimento informado da efetividade da informação, sob pena de retrocesso. Como vimos, no modelo de medicina paternalista, o médico sempre foi o detentor de todas as informações e o principal responsável pela tomada de decisões.

E assim, sequer mostrava-se relevante, do ponto de vista prático, que o paciente tivesse acesso às informações de seu quadro de saúde, pois não saberia lidar com elas e mesmo não as entenderia, perpetuando então, o aspecto de dominação do médico, que sempre marcou a medicina tradicional.

Nessa perspectiva, a comunicação médica, além dos aspectos meramente informativos, também apresenta características próprias de tornar-se um momento de esclarecimento e de aconselhamento do paciente para questões importantes de saúde.

Segundo Livia Pithan:

os esclarecimentos dizem respeito à descrição e explicação: (I) do diagnóstico e prognóstico do paciente, (II) das opções diagnósticas e terapêuticas disponíveis pertinentes ao caso e (III) dos riscos inerentes aos procedimentos. O aconselhamento abrange a prescrição de condutas médicas reputadas como mais adequadas cientificamente, bem como a prescrição de condutas que cabem ao paciente para cooperar com a melhoria de seu estado de saúde (PITHAN, 2009, p. 39).

Contudo, numa relação dialética e pontuada pela boa-fé, há que se observar também o mesmo dever correlato de informação por parte do enfermo sobre suas condições pessoais, histórico de doenças, hábitos e sintomas que possam esclarecer e ajudar a prática médica. E isto se torna importante, porque o profissional não dispõe do controle total sobre o prognóstico e o desenvolvimento do tratamento, havendo sempre incertezas e riscos.

Acerca da imprevisibilidade no ato médico, José Roberto Goldim adverte que: “considerar o risco desconhecido como sendo nulo é um equívoco infelizmente utilizado. Se o risco é desconhecido é porque ainda não foi relatado. Isto não quer dizer que não venha a ocorrer” (GOLDIM, 2002, p. 112). Logo, presume-se que compartilhar com o enfermo a possibilidade da ocorrência de situações inesperadas, é também uma responsabilidade ética do médico.

Como mencionado, a Resolução 196/96 do CNS (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 1996), ao criar os comitês de ética e pesquisa e introduzir o consentimento informado como protocolo fundamental de pesquisa, a bem da verdade, pretendeu que o “consentimento livre e esclarecido” (expressão utilizada pela norma), tivesse uma maior abrangência que a simples informação. Deste modo, pretendia que a colaboração do participante se desse de forma inequívoca, a par das consequências e riscos da pesquisa projetada.

Dayse Gogliano, destaca ainda, que o ato normativo antecipava que o consentimento dos sujeitos de pesquisa se fizesse em linguagem acessível, tendo como objetivo fundamental consignar:

(...) informação básica, de modo que o sujeito da pesquisa possa facilmente compreender como leigo a natureza do consentimento, porque não se trata de aula sobre biotecnologia ou biomedicina, muito embora a Resolução n. 196/96 imponha a observância de requisitos quanto a sua justificativa, metodologia, e procedimentos a serem utilizados (GOGLIANO, 2009, p. 515).

No mesmo sentido, assinala José Roberto Goldim que:

desde que a autonomia virou um dogma na ética biomédica, muitos pesquisadores consideram que basta o sujeito ser autônomo para poder consentir. Porém, para que o consentimento seja realmente livre e informado, o sujeito deve entender claramente com o que ele está consentindo (GOLDIM, 2006, p. 121)

Certamente, no âmbito da medicina hospitalar, o dever de informação não significa que o médico deve fazer de seu mister, nos moldes de uma apresentação acadêmica, um elaborado seminário ou *workshop* sobre o estado clínico do paciente e sobre as alternativas terapêuticas disponíveis.

Na verdade, o que se exige é uma comunicação honesta, clara e objetiva e que de forma satisfatória, obtenha o consentimento informado do paciente, mediante declaração de vontade, onde se perceba que este razoavelmente compreendeu as informações passadas, concordou com o tratamento proposto e assumiu eventuais riscos.

De acordo Eugênio Facchini Neto, existem diversas maneiras de atuação do médico no sentido de comunicar as informações necessárias ao paciente. O autor cita três modelos básicos de comportamento – o modelo do engenheiro, o modelo sacerdotal e o modelo contratual - que, na verdade, levam em consideração, em maior ou em menor grau, a autonomia do paciente e seu poder decisório em questões de saúde.

De acordo com Facchini Neto:

o modelo do engenheiro: refere-se ao modelo de médico que acredita que o seu dever se resume a apresentar todos os dados técnicos e deixar ao paciente tomar as decisões pertinentes, atuando como um engenheiro ou encanador fazendo reparos, conectando tubos ou desobstruindo encanamentos, sem envolver-se em discussões sobre aspectos éticos; o modelo sacerdotal: trata-se daquele médico que atua guiado pelo princípio da beneficência, mas com alto grau de paternalismo (FACCHINI NETO, 2015, p. 231).

Contudo, para o autor, o último modelo, no caso o contratual, seria a forma de atuação médica mais indicada, refletindo como parâmetros seguros os valores da medicina contemporânea. Segundo ele:

o modelo contratual: refere-se à hipótese de indivíduos que interagem de forma que o relacionamento seja vantajoso para ambas as partes: sabem os contratantes que há obrigações de parte a parte, mas igualmente esperam benefícios para ambos. Os valores básicos de liberdade, transparência, veracidade, boa-fé, manutenção de promessas, respeito à dignidade e justiça são essenciais para uma relação contratual saudável (FACCHINI NETO, 2015, p. 232).

Neste sentido, os mesmos comportamentos reclamados dos contratantes em qualquer espécie de negócio jurídico que tenha a boa-fé como um dos seus pilares e os deveres conexos de transparência, confiança, proteção, equidade e autonomia, com maior razão, devem ser esperados nesta espécie de interação, dada a importância do conteúdo do objeto de direito.

A atual relação médico-paciente deve buscar a efetivação dos valores bioéticos e para além de, simplesmente, representar um liame albergado pela lei, deve encerrar uma relação de respeito e consideração mútuos, onde os conhecimentos técnicos devem estar a serviço do bem-estar daquele que se encontra fragilizado pela doença.

Para Eliana Guimarães Pacheco, além da forma paternalista de relacionamento entre médico e paciente, existem outros modelos igualmente possíveis, como o informativo, o interpretativo e o deliberativo, que se mostram mais abertos à participação do paciente e que buscam adequar o profissional de saúde à realidade de seu paciente e não o contrário.

Segundo Pacheco:

o modelo informativo se mostra como o extremo oposto ao modelo paternalista, pois é conferida autonomia decisória plena ao paciente. A relação seria pautada no fornecimento das informações técnicas pelo profissional da saúde ao enfermo e a partir disso este efetuará suas escolhas (PACHECO, VIEIRA, SILLMANN, 2018, p. 126).

Entretanto, nos parece que os dois últimos modelos apontados pela autora são aqueles que melhor se coadunam com a proposta de construção de um consentimento informado fundamentado num processo de interação, como sugerido neste trabalho, pois segundo ela:

os modelos interpretativo e deliberativo partem de um compartilhamento de informações para que, em conjunto, médico e paciente decidam os rumos do tratamento. Por meio de tais modelos, o médico forneceria o conhecimento técnico e o paciente apresentaria seu conjunto de valores pessoais. Tais

modelos se mostram mais compatíveis com que o se busca pela medicina moderna: uma relação pautada pelo diálogo, na troca de conhecimentos e na autonomia do paciente (PACHECO, VIEIRA, SILLMANN, 2018, p. 126).

O ideal, é que o consentimento informado seja de fato um momento de diálogo, e que leve em consideração algumas particularidades, como o grau de cultura, a compreensão, a experiência e as expectativas do paciente, e sobretudo, se desenvolva numa linguagem capaz de atingir seu objetivo, que é a de dotar este último, de todas as informações necessárias para discernir sobre escolhas sensíveis a serem feitas.

Num primeiro momento, exige-se que o médico selecione os dados mais importantes sobre o quadro clínico do enfermo, tendo como parâmetro as informações que o padrão médio ou razoável de um paciente, naquelas condições, deveria receber. Não se exige um minicurso de medicina, mas que a informação seja suficiente, no sentido de esclarecer sobre o procedimento a ser adotado, os riscos mais comuns, eventuais complicações, tratamentos alternativos e as consequências de não se realizar nenhum tratamento.

No entanto, um modelo de atenção médica mais personalizado, centrado no paciente e na noção de que cada pessoa é única em suas particularidades e individualidades, busca se afastar da exigência da informação ser passada considerando um padrão razoável e mediano, para alcançar a dimensão de um *standard* subjetivo do paciente.

Segundo Facchini Neto:

no modelo *standard* subjetivo do paciente, espera-se do médico que se coloque no lugar de cada paciente em concreto, com o fim de proporcionar-lhe uma satisfatória informação individualizada, consoante suas características psicofísicas, culturais, sociais, econômicas, etc. (FACCHINI NETO, 2015, p. 232).

Nesta visão, parte-se do pressuposto do que deve ser comumente informado ao paciente mediano e, em seguida, devem ser feitas as adaptações necessárias às condições e exigências individuais do paciente em concreto, inclusive, com propostas alternativas ao tratamento, mesmo que isso signifique a opção por outro especialista ou outro centro médico.

Contudo, esse processo de comunicação mais humanista, que desfoca a doença como o principal ponto de atenção, para encontrar a pessoa, com todas as suas condicionantes, não raras vezes, tem no aspecto cultural, o maior entrave para a promoção de um diálogo efetivamente proficiente.

Com efeito, uma questão que deve ser levantada, é a de que em nosso país, apesar dos significativos esforços nas últimas décadas para redução das desigualdades sociais e no sentido da universalização da educação, há ainda entre a população brasileira, um considerável número de analfabetos funcionais, algo em torno de 27% (vinte e sete por cento), sobretudo nas camadas socialmente inferiores (LIMA; RIBEIRO; CATELLI JUNIOR, 2016).

De acordo com a definição apresentada pela UNESCO⁴, em relatório sobre a educação mundial, o analfabetismo consistiria numa condição, na qual, a pessoa não se mostraria capaz de ler ou escrever um enunciado simples, relacionado às tarefas básicas do cotidiano.

Por outro lado, o analfabetismo funcional se resumiria naquela pessoa que tem a capacidade de identificar letras e números, mas não consegue fazer uso da leitura e da escrita nas demandas do dia-a-dia, nem de utilizar estas habilidades para continuar aprendendo e se desenvolvendo ao longo da vida (RIBEIRO, 1997).

Os índices de analfabetismo funcional em uma população, podem ser mensurados de duas maneiras distintas. A primeira delas, denominada indireta, considera analfabeto funcional o indivíduo com quinze anos ou mais de idade e que não concluiu quatro anos de estudos. A segunda, chamada direta, determina os índices de analfabetismo de uma população por meio de testes específicos de competências na leitura, escrita e cálculo.

Contudo, de acordo com Eliana Pacheco:

o segundo método seria mais preciso, uma vez que, a realidade educacional brasileira leva à conclusão de que algumas pessoas, mesmo com mais de quatro anos de estudos formal ainda se enquadrariam no conceito de analfabeto funcional (PACHECO, VIEIRA, SILLMANN, 2018, p. 123)

A bem da verdade, o analfabetismo funcional não representa somente um obstáculo à efetiva socialização do indivíduo, mas expõe, igualmente, sua vulnerabilidade, pois a pessoa enfrenta dificuldades em compreender e assimilar as informações mais básicas da vida cotidiana, notadamente as textuais, o que por consequência, pode ter repercussão direta no exercício de direitos e deveres.

⁴ Disponível em:

http://portal.unesco.org/en/files/48361/12994842743UNESCO_AR_Portuguese.pdf/UNESCO%2BAR%2BPortuguese.pdf. Acesso em: 20/07/2020.

Consoante um estudo realizado pelo Instituto Ayrton Senna em 2016⁵, que tinha por objetivo investigar as relações entre o analfabetismo e as competências socioemocionais, apontou-se que o nível de escolaridade, tem implicação direta nas habilidades necessárias para a solução de problemas sociais e emocionais do dia-a-dia.

A conclusão do estudo realizado foi no sentido de que a escolaridade afeta tais habilidades e estas habilidades também afetam a escolaridade, numa espécie de relação simbiótica. Deste modo, uma pessoa considerada analfabeta funcional, muito possivelmente terá uma habilidade menor para lidar com questões emocionais, como, de modo particular, as que envolvem a sua saúde.

O grande problema, como vimos, é que a prática médica tende a concretizar o consentimento informado a partir de um termo ou formulário escrito, quase sempre, sem o necessário aporte de informações construídas mediante o diálogo.

E assim, pode ocorrer que o paciente simplesmente assine um termo de consentimento, sem de fato, compreender quais ações médicas foram propostas. E não raras vezes isso acontece, não só pela relutância dos profissionais em traduzirem a linguagem técnica para a linguagem coloquial, mas, particularmente, em virtude da baixa escolaridade da população, que se reflete na dificuldade de compreensão e interpretação de textos.

Cláudio Lorenzo adverte também para o fato de que:

os textos que compõem os termos de consentimento livre e esclarecido em pesquisa, mesmo quando usam linguagem acessível ao leigo, costumam ser extensos e envolvem grande número de relações e associações entre as informações presentes. Dessa forma, a rigor, sua compreensão exigiria nível pleno de alfabetização (...) Mas essa afirmação apesar de teoricamente sustentável, só poderia ser cientificamente confirmada a partir de teste específico utilizando esse tipo de texto (LORENZO, 2007, p. 274).

No âmbito da medicina, o analfabetismo funcional tem relação umbilical com o letramento funcional em saúde (LFS). O LFS consiste no conjunto de conhecimentos, motivações e competências para acessar, compreender, avaliar e aplicar informações, a fim de julgar e tomar decisões cotidianas na prevenção de doenças e nos cuidados e promoção da saúde, mantendo ou melhorando a qualidade de vida (CORDEIRO; SAMPAIO, 2019).

⁵ Disponível em:

<https://institutoayrtonsenna.org.br/content/dam/institutoayrtonsenna/atua%C3%A7%C3%A3o/centros/edulab21/INAF-Relatorio.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Para Eliana Guimarães Pacheco:

o letramento funcional em saúde (LFS) é a capacidade cognitiva de entender, interpretar e aplicar informações escritas ou faladas sobre saúde, de forma que, em termos práticos, uma pessoa com nível de letramento satisfatório teria melhor condição de saúde do que um indivíduo com nível de letramento limitado, que teria menos noção da importância de medidas preventivas, por exemplo, ou maior dificuldade de entender instruções sobre medicação (PACHECO, VIEIRA, SILLMANN, 2018, p. 123).

Por conseguinte, o baixo nível de letramento funcional em saúde, estaria igualmente associado à piora da qualidade de vida, uma vez que, em razão das dificuldades na leitura, entendimento e aplicação das orientações de saúde, como, por exemplo, de ler e compreender uma bula de um medicamento, haveria uma limitação da autonomia do indivíduo, que passaria então a demandar a ajuda de terceiros, sobretudo, para compreender as instruções médicas e os documentos do consentimento informado.

Assim, portanto, a questão que se coloca é que o baixo letramento em saúde da população pode repercutir diretamente na falta de compreensão dos documentos médicos, daí a necessidade de se perceber o papel fundamental do consentimento informado, enquanto oportunidade onde as barreiras intelectuais possam ser superadas.

Não se trata de assumir uma postura indulgente, a ponto de enxergar no outro, alguém que clama por compaixão, mas, de se adotar estratégias que permitam minorar a dificuldade de compreensão do ato médico, através de posturas que incentivem o questionamento por parte do paciente, com o uso de linguagem clara e simples, utilização de imagens e desenhos ou simplesmente, solicitando que este repita as informações que recebeu.

Para Eliana Pacheco:

o melhor modo de se cumprir o dever de esclarecimento seria por meio do diálogo. Um diálogo é efetivado quando os interlocutores compreendem de forma clara e precisa as informações trocadas. É importante ressaltar que esse esclarecimento é parte das obrigações do médico, as quais não se resumem a esclarecer. Esse é apenas um dos passos a ser seguido pelo profissional rumo ao atendimento dos aspectos da relação bioética, que envolve também a discussão (PACHECO, VIEIRA, SILLMANN, 2018, p. 130).

Por essa razão, o consentimento informado assume relevância fundamental, pois configura-se como o momento oportuno de avaliar o nível cultural do paciente, sua capacidade de compreensão e assimilação do contexto e outras condicionantes que podem ter implicação direta na questão de saúde.

Há que se levar em conta, portanto, que o processo ideal envolve uma troca de informações contínua e eficaz, que exige, irremediavelmente, significativos esforços para o treinamento de habilidades comunicativas, com foco muito menor em documentos impressos e maior atenção ao diálogo.

Segundo Mariana Dantas Cordeiro;

várias alternativas têm sido testadas para estimular a assimilação do termo, incluindo modificações nos formulários, apresentações multimídias, incentivos monetários, desenvolvimento de habilidades comunicativas e programas de treinamentos para profissionais. (...) as evidências sugerem que aplicar os princípios do letramento melhora a compreensão. As estratégias incluem diálogo mais amplo entre os envolvidos e formulários mais simples e curtos (CORDEIRO; SAMPAIO, 2019, p. 410).

Uma outra questão que deve ser apontada também, é que documentos longos e complexos, cheios de jargões técnicos, podem parecer maçantes ao interlocutor, desestimulando a leitura atenta e a conseqüente, absorção das informações, fora dizer que as incompreensões de certos pontos do questionário, podem deixar informações importantes sem serem respondidas.

De acordo José Roberto Goldim:

a adequação vocabular é uma das características mais fundamentais do processo de consentimento. Sempre que forem utilizadas palavras técnicas na elaboração de termos de consentimento, devem ser dados esclarecimentos sobre o seu significado. O pesquisador deve ter cuidado na seleção dessas palavras e expressões, pois o significado das mesmas pode representar o seu próprio sentido ou a expressão de um propósito (GOLDIM, 2006, p. 118).

No processo de construção do consentimento informado, o propósito é tornar as decisões mais conscientes e nesta perspectiva a comunicação verbal e escrita tem papel fundamental. Recomenda-se, portanto, uma linguagem clara e simples, sem termos científicos, com vocabulário espelhado no indivíduo, através de uma comunicação pausada e se possível, com as informações divididas em partes, como forma de assegurar a compreensão do paciente.

Um dos meios que servem para verificar se o paciente compreendeu satisfatoriamente as informações, é a utilização do método *teach-back*, que tem sido utilizado no âmbito da pesquisa científica. Este método busca eliminar as tradicionais perguntas se o paciente compreendeu a explicação ou se tem alguma dúvida sobre aspectos do tratamento, evitando um diálogo monossilábico, com respostas como sim ou não.

A proposta é solicitar um retorno por parte do paciente, a partir de um pedido do médico, que, então, solicita que este reproduza com suas próprias palavras todo o conteúdo que foi explanado, permitindo que o médico avalie a sua capacidade de compreensão e, se for o caso, faça as adaptações necessárias, considerando o *standard* subjetivo do paciente.

De acordo com Mariana Cordeiro:

se for necessário, o pesquisador pode explicar tudo novamente e repetir o processo até considerar que as informações foram compreendidas. O *teach-back* seria, portanto, recurso para avaliar a eficácia da comunicação do pesquisador e melhorar a efetividade das informações no consentimento informado (CORDEIRO; SAMPAIO, 2019, p. 413)

No entanto, aprioristicamente, o analfabetismo funcional ou o baixo letramento em saúde, não configuram um obstáculo imediato à obtenção do consentimento informado, mas representam uma circunstância a mais, que exige maior dedicação e criatividade por parte dos profissionais envolvidos.

Traduzir aspectos clínicos e científicos para a linguagem simples do leigo pode, de fato, representar algo desafiador, sobretudo, porque o médico não é instruído na academia a realizar tais compensações. Ademais, poderia haver alguma resistência à mudança, algum apego à medicina tradicional e outras questões, como por exemplo, a carga adicional de trabalho que demandaria tais adaptações.

No atual cenário, contudo, tais mudanças devem exigir o esforço conjunto e a adoção de todas as medidas necessárias, visando a remoção desses entraves, pois a medicina se renovou e incorporou os princípios bioéticos como balizas fundamentais de atuação, de modo que, parece não haver mais espaço para retrocessos. A direção é única e deve ser permanentemente buscada: garantir a autonomia no consentimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode descartar que, nos últimos anos, a bioética, cada vez mais tem recebido a atenção dos estudiosos de um modo geral, sobretudo, em virtude da ampla utilização de seus princípios para a solução dos problemas morais que surgiram em decorrência do progresso das ciências.

Na área do direito, a impressão também é a mesma, considerando-se o grande número de trabalhos científicos que, de alguma forma, tem algum ponto de contato com suas disposições, que desde então, se tornaram parâmetros seguros para a tomada de decisões racionais e consistentes, notadamente, no âmbito da medicina e da pesquisa com seres humanos.

Neste cenário, o consentimento informado surgiu então como o principal referencial bioético, com o escopo de se garantir a participação do indivíduo no ato médico e que buscou então, assegurar o protagonismo da decisão do paciente na questão de saúde, o que, decerto, deveria ocorrer mediante um processo de diálogo permanentemente construído.

Em que pese, ter-se difundido com o advento da bioética, mormente, a partir do princípalismo, o que se observa, é que o consentimento informado sempre esteve ligado ao dever ético, por parte dos profissionais da medicina, de informar seus pacientes sobre possibilidades e riscos de determinado tratamento.

Há notícia, por exemplo, que no século XVIII, na Inglaterra, dois médicos foram condenados por violação de contrato em relação a um paciente que sofria de fratura óssea, por não o terem participado das possíveis consequências de um tratamento experimental, o que acabou por agravar suas condições de saúde.

Entretanto, vale ressaltar, que neste primeiro momento, não havia propriamente uma preocupação em informar, no sentido de se respeitar a autonomia do paciente e sua possível opinião acerca da terapêutica empregada. Num cenário onde ainda não existia anestesia, o que se conclui, é que a cooperação do paciente era fundamental para o bom êxito da intervenção.

Contudo, somente no século XX, a partir de quando foram reveladas as experiências nazistas com grupos minoritários, percebeu-se, definitivamente, a importância da autonomia do indivíduo em pesquisas com seres humanos. Desde então, uma série de documentos internacionais trataram de reforçar esta necessidade,

de modo que, a figura do consentimento projetou-se como um protocolo ético essencial.

No Brasil, somente no ano de 1996, através de uma resolução do Conselho Nacional de Saúde, ocorreu a primeira regulamentação sobre o assunto, oportunidade em que foram incorporados os princípios bioéticos ao protocolo de pesquisas, estimulando-se, previamente ao início, a utilização de um documento por parte do participante, denominado termo de consentimento livre e esclarecido.

O que se constatou, foi que a partir dessa normativa, houve a criação de comitês de ética, também no âmbito de hospitais e clínicas, sobretudo, nos grandes centros urbanos, em razão da utilização de técnicas e procedimentos inovadores, o que contribuiu decisivamente para a difusão da necessidade do consentimento na medicina. Atualmente, o Código de Ética Médica, dedica pelo menos quatro artigos sobre este importante referencial ético.

O que se notou, é que a falta de uma regulamentação inicial para o campo da medicina e da terapêutica, concorreu para que houvesse uma simplificação do dever ético, quanto à obtenção do consentimento na atividade médica, onde então, a medicina defensiva tomou as rédeas e o processo interpretativo e comunicativo foi simplesmente substituído pelo formalismo.

Todavia, se preocupou a simplificação do processo pelo formulário, um outro problema que deveria ser enfrentado foi justamente dimensionar o real significado da expressão, uma vez que a multiplicidade de trabalhos que se utilizam de diversas denominações como - “consentimento esclarecido”, “consentimento pós-informado”, “consentimento livre e esclarecido” e atualmente, “consentimento dialógico ou discursivo” – para, necessariamente, representarem o mesmo fenômeno, poderiam não estar ligados a um conceito unívoco.

Na definição de um conceito que represente verdadeiramente sua magnitude, o que se verifica, é que não se deve perder de vista a superação do protótipo da medicina tradicional, onde as decisões são tomadas exclusivamente pelo médico sem participação do paciente, para um outro modelo, onde a formação, execução e acompanhamento do ato médico ocorre de forma compartilhada, mediante um processo de abertura e diálogo.

Contudo, a percepção da importância e da complexidade do consentimento informado não pode estar divorciada do estudo de sua natureza jurídica, pois do ponto de vista científico, a classificação e categorização de um instituto, informa seus pontos

fundamentais, como elementos de formação, causas de invalidade, momento de produção de efeitos e a aproximação com outras figuras do direito.

E tal análise, no presente caso, tornou-se fundamental, porquanto as obras existentes não trataram de especular a esse respeito, simplesmente, reduzindo-o ao âmbito de uma relação consumerista, sem, contudo, destacar onde propriamente se enquadrava e em qual momento do contrato o mesmo se aperfeiçoava.

Como consequência, refutou-se, de início, sua classificação como uma categoria ou figura autônoma ou mesmo *sui generis* do direito, tomando como fundamento a definição clássica da doutrina, que divide os atos jurídicos em sentido amplo, nas subcategorias de atos-fato, atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos.

Com efeito, a opção pela natureza contratual revelou a grande vantagem de se reconhecer a autonomia do indivíduo também nos contratos de natureza essencial, mas sem perder de vista, que o contrato, representa o habitat natural para se efetivar os direitos do paciente, como à informação, à auto-realização e ao acesso aos registros médicos.

Noutra vertente, enquanto os atos-fatos jurídicos prescindem do elemento vontade para sua formação, o que os tornou irrelevantes do ponto de vista de nossa análise, relativamente aos atos jurídicos em sentido estrito, o que concluímos, é que nestes casos, há uma limitação da autonomia do indivíduo e, conseqüentemente, do caráter essencial dos contratos, que é a liberdade negocial, uma vez que os efeitos da declaração de vontade são previamente projetados pela lei.

De fato, a natureza essencial dos atos jurídicos em sentido estrito, representa uma deficiência irreconciliável com o elemento fundamental do consentimento informado, que é a autonomia do paciente, de modo que é verdadeiramente na esteira dos negócios jurídicos e de sua expressão máxima, que é o contrato, que devemos mesmo focar seu estudo.

E neste sentido, cabe ilustrar que o consentimento informado, enquanto momento informativo e deliberativo da relação médico-paciente, deve ser situado como etapa de formação do contrato de prestação de serviços médicos, propriamente, na fase de negociação ou pontuação, vez que reside no aspecto informativo sua principal característica.

Nesta esteira, cabe concluir, igualmente, que mesmo o contrato médico não se realizando futuramente, como quando o paciente não aceita o prognóstico ou não se adapta ao tratamento e o abandona, tais circunstâncias, de *per si*, não lhe retiram a

natureza jurídica pré-contratual, enquanto etapa de formação, uma vez que os efeitos da manifestação de vontade tornaram-se independentes do negócio principal.

E, conseqüentemente, reconhecendo-se sua natureza de elemento formador do contrato médico, vale destacar, de igual modo, que a violação dos preceitos negociais que têm a boa-fé como um de seus pilares como os de confiança, cuidado e proteção, definitivamente, poderão dar azo à eventual responsabilização por violação contratual.

Fatalmente, não há como se falar em autodeterminação e realização pessoal em saúde, sem adentrar na questão que toca a autonomia do indivíduo. Já no século XVIII, por influência do individualismo e do consensualismo, a autonomia passou a representar a base jurídica dos negócios entre particulares, alcançando sua expressão atual.

Contudo, se autonomia privada sempre mereceu destaque nos vínculos entre particulares e seu papel, influenciou o liberalismo e o capitalismo, o mesmo não ocorreu na relação médico-paciente, que sempre esteve fortemente marcada pelo protagonismo da pessoa do médico, num modelo de medicina, onde suas decisões eram naturalmente incontestadas.

O médico era praticamente o dono do corpo do paciente, projetando-se nele a expressão de um pai, o que o tornava uma figura a ser temida e também reverenciada. E o fato em si, de terem decorridos mais de dois séculos para que se procurasse estabelecer uma visão de medicina mais centrada no sujeito do tratamento, só pode ser tributado a fatores culturais e até mesmo jurídicos.

O respeito do ser humano pelo caráter sagrado da vida, a percepção de sua finitude ante a contingência da doença e da morte e uma visão mística da cura, fizeram com que o médico povoasse o imaginário popular, como uma personagem quase divinizada, a quem o paciente deveria obedecer cegamente, uma vez que vocacionado a enfrentar a enfermidade e restabelecer a saúde.

Todavia, a impressão a que se tem, é que a mudança de perspectiva da medicina tradicional, a partir do surgimento da bioética, também foi impulsionada pelo reconhecimento de que, para além de uma dimensão subjetiva, dirigida ao Estado, existia igualmente uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais da pessoa humana, teorização que foi desenvolvida desde o advento da Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

O que ficou evidenciado, é que os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais, a partir, de uma dimensão comunitária, que obrigava seu reconhecimento por parte

de todos, não só por parte do Estado, ajudou na reflexão de que valores como a liberdade, igualdade e autonomia, deveriam projetar-se e serem respeitados em todos os espaços de relacionamento entre particulares, inclusive, na relação médico-paciente, remodelando-a para o desenho atual.

Noutro giro, numa sociedade complexa como a nossa e num panorama jurídico onde se fala de constitucionalização do direito privado ou civilização da constituição, as limitações clássicas à autonomia privada, desde sempre consagradas pela doutrina como ordem pública, moral e bons costumes, hoje cedem espaço à eventos muito mais desafiadores e que exigem maior reflexão por parte do intérprete.

No âmbito de análise do consentimento informado, o que se verifica, é a discussão de temas relevantes, do ponto de vista de se garantir a autonomia em saúde, como as questões que envolvem a vulnerabilidade de pacientes em estado terminal, consentimento de deficientes e menores, vulnerabilidade em ambiente hospitalar e letramento em saúde, que neste sentido, têm provocado uma reinterpretação desses limites, à luz de valores mais humanistas.

Destarte, se com a hospitalização da medicina, do ponto de vista da autonomia do paciente, a evolução de um modelo de medicina paternalista para o padrão contratualista de hoje, foi de certa forma benéfica, por outro, pareceu que o abandono da medicina exclusivamente como missão, representou a superação da visão que se tinha acerca do contrato de prestação de serviços médicos.

Com efeito, se outrora, a atividade médica era considerada uma obrigação de meio, muita mais próxima de um ofício, atualmente, com o avanço da medicina diagnóstica e o progresso tecnológico, onde o paciente sequer é tocado e o prognóstico só acontece após uma bateria de exames, em complexos equipamentos, não se pode falar, que o estado clínico do paciente, tende a permanecer sob razoável dúvida.

Há toda uma sorte de especialidades, a medicina se afunilou e se especializou e a ideia de arte foi substituída pela noção de técnica. Hoje, em alguns segmentos, o médico assume o papel de um cientista e de investigador, de forma que, essa aproximação tão decisiva da técnica, definitivamente, serviu para abalar as bases da medicina como missão, de forma que cabe uma reflexão muito sincera, se de modo geral, a tão propalada obrigação de meio transformou-se numa obrigação de resultado, pelo menos no âmbito da medicina diagnóstica.

De outro modo, se a remodelagem do vínculo, garantiu a autonomia do paciente em saúde, há que se ponderar que, para a efetiva materialização desta conquista, exige-se a capacidade do indivíduo para entender e querer as disposições de seu tratamento, a partir das informações suficientemente recebidas do profissional de saúde.

Acontece, que com a vigência do Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/15), a partir de 2 de janeiro de 2016, ocorreu uma profunda alteração no conceito de capacidade, nos termos da legislação vigente, fazendo com que, somente os menores de dezesseis anos passassem a ser considerados absolutamente incapazes para os atos da vida civil.

Desde então, todas as pessoas maiores de dezesseis anos, mesmo aquelas acometidas por enfermidade grave ou interditadas, tornaram-se aptas, a prestar o consentimento informado para a realização de procedimentos e exames médicos, uma vez que, a curatela, alcança tão-somente atos de cunho patrimonial e não outros, de natureza essencial, como a saúde, a integridade física, filiação e casamento, como exemplos.

O que ocorreu, é que a pretexto de se reconhecer a autonomia do indivíduo, a inovação normativa trouxe uma série de conflitos, num cenário, onde a teoria das incapacidades do código civil, tende a se mostrar como insuficiente para a solução dos problemas propostos.

Inicialmente, para a superação deste obstáculo, o que se sugere é a incorporação do conceito médico de competência, que pode vir a representar uma legitimação do ato de consentimento, sobretudo, para aquelas pessoas que estão na condição de pacientes em estado clínico delicado.

A ideia é afastar condicionantes pré-estabelecidas, como a senilidade, a idade, o tipo de enfermidade, a dependência química, etc., para encontrar a pessoa na sua condição existencial, mediante a avaliação de sua autonomia discursiva de compreensão, realidade onde então, os aspectos bio-psíquicos são os mais importantes.

Aliás, é de se concluir, igualmente, que o critério da competência pode, inclusive, ser aplicado no sentido de se garantir o consentimento informado de crianças e adolescentes, já que não se pode, simplesmente, afastar essa população de indivíduos das decisões de saúde, a partir de um parâmetro etário, que, fundamentalmente, não se relaciona com a maturidade e o entendimento.

Noutro giro, pensando naquelas pessoas em estado grave ou naquelas situações causadas pela doença que, praticamente, conduzem o enfermo a um estado vegetativo, quando não se pode mais falar na perspectiva de uma vida boa futura, com aspirações e projetos, mas onde o indivíduo é reduzido a um corpo, capaz tão-somente de sentir sensações, a saída poderia ser a introdução do conceito de autonomia centrada na integridade de Ronald Dworkin.

Neste sentido, tanto quanto possível, devem ser descortinados todos os valores, crenças e preferências que o paciente, em sua vida ativa, esboçava acerca desses momentos de aproximação da morte e contingência da vida, de forma que fiquem justificados certos comportamentos, como a não opção pela obstinação terapêutica ou a recusa a determinados tratamentos.

Sob um outro aspecto, cabe ressaltar que a informação e a comunicação no processo de formação do consentimento informado devem merecer um papel de destaque. Com efeito, o consentimento informado exige uma mudança de postura no processo composição e realização do ato médico, que passa então a buscar no diálogo e na abertura, suas características mais marcantes, num panorama que deve focar a pessoa e não só a doença.

Tal dimensão dialógica do consentimento informado, se torna, portanto, uma exigência do Estado Democrático de Direito, uma vez que o direito à saúde deve ser reconhecido e garantido como máxima expressão da autonomia da pessoa humana, quando o corpo se torna a base sensível da individualidade.

Contudo, o que se nota, é que o processo de sua formação, que deveria se tornar um momento de trocas mútuas de informação e análise, invariavelmente, tem sido substituído na prática médica pelo uso de termos, questionários e formulários escritos, escancarando a faceta de uma medicina muito mais preocupada com o formalismo, do que com uma comunicação bem-sucedida.

O que se pode concluir, é que a medicina defensiva vem ditando os rumos da relação médica e que, atualmente, o profissional encontra-se muito mais preocupado em se desvencilhar do dever ético de obter o consentimento informado do paciente, por meio da obtenção de um papel, que se torna então troféu para o caso de eventual responsabilização por falha na prestação do serviço.

Os termos de consentimento se multiplicaram e passaram a ser exigidos até para simples exames, apostando numa maneira de abreviar a exigência ética do dever de informação, até porque, constantemente, são preenchidos na presença de

funcionários da instituição de saúde e não do médico, fato que, praticamente sepulta o ideal processo comunicativo que deveria ocorrer.

Os termos e formulários, inicialmente, podem ajudar a encaminhar o diálogo, mas não devem substituir o processo por completo. Aliás, sobre este ponto, importantes estudos revelaram que a comunicação verbal entre médico e paciente tem se mostrado muito mais eficaz, que a simples entrega de um formulário, mesmo porque, o analfabetismo funcional e o baixo letramento em saúde revelam importantes obstáculos para uma refletida decisão em saúde.

Outro fato igualmente relevante, que tem repercutido esse formalismo, é o posicionamento dos tribunais brasileiros sobre o assunto, que, embora tenham avançado, no sentido de incorporar às suas decisões, aspectos próprios da ética médica, inadvertidamente, ainda consideram os termos e formulários como sinônimos do consentimento informado.

Num sistema jurídico-processual, onde a responsabilidade civil é construída, sobretudo, de forma jurisprudencial, tal circunstância se torna um entrave, pois, antes mesmo de qualquer alteração legislativa, os juizes são os primeiros a perceberem as mudanças sociais. E neste sentido, o que se conclui, é que a jurisprudência, irremediavelmente, deveria interpretar os princípios bioéticos e conseqüentemente, incorporar a atual expressão do instituto, de forma a oferecer a melhor resposta jurídica aos administrados.

À guisa de conclusão, o que se observa, é que o consentimento informado está muito longe de expressar verdadeiramente a dimensão projetada pela bioética, no sentido de, efetivamente, salvaguardar a autonomia em saúde, através de um processo continuamente construído ao longo de todo o ato médico e que encontra na comunicação verbal e no diálogo suas principais virtudes.

Na verdade, a postura tradicional e o enfoque em uma medicina defensiva têm dificultado a revelação de sua natureza como etapa de formação do contrato médico, onde deve haver um ambiente de diálogo, respeito e cooperação e momento em que as principais dúvidas e impressões deverão ser sanadas.

Como conseqüência, o exagerado apego ao formalismo, acaba por violar, ao invés de garantir, a autonomia do paciente, já que uma considerável parcela da população brasileira se destaca como tendo um baixo letramento em saúde, mostrando-se incapaz de interpretar e compreender aspectos mais básicos de seu quadro clínico e do tratamento indicado, obrigando então ao médico, tomar as

decisões em saúde, o que coloca em cena novamente, a medicina paternalista, que se imaginava superada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. *O negócio jurídico no anteprojeto de Código Civil brasileiro (análise comparativa com o código civil português de 1967)*. Arquivos do Ministério da Justiça, v. 31, n. 131, p. 1-22, jul./set., 1974. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000350053. Acesso em: 13 de fev. 2020.

ALVARENGA, Juliana Mendonça; TORRES, Carolina Tavares Bezzerá; AZEVEDO, Débora Cunha. *Consentimento informado em ambiente hospitalar para pessoas desprovidas de discernimento, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Lara Antunes de. *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O paradigma pós-moderno do negócio jurídico e a necessidade de uma nova concepção na contemporaneidade. *Revista Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/28454/21307>. Acesso em: 15 de mar. 2020

AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Revista de informação legislativa*, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496834>. Acesso em: 16 de jun. 2020.

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. *Vulnerabilidade médica no ambiente hospitalar*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Lara Antunes de. *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 27, p. 279-292, jul./set. 2006.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. *Manual de Direito Civil*. 6. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. *Negócio Jurídico e declaração negocial*. São Paulo: Saraiva, 1986.

BEAUCHAMP, Tom Lamar, CHILDRESS, James Franklin. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 210.

BOBBIO, Mario. *O doente imaginado: os riscos de uma medicina sem limite*. São Paulo: Bamboo Editorial, 2016.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *O termo de consentimento informado dos doentes mentais à luz do estatuto da pessoa com deficiência*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações particulares*. 234 p. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Bahia. 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/9073>. Acesso em: 13 mai. 2020.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no Direito Privado. *Revista do Direito Privado*. São Paulo, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. *Revista Bioética*. v. 3. n. 1. 1995. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/430. Acesso em 18 jan. 2020.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

CORDEIRO, Maria Dantas; SAMPAIO, Helena Alves Carvalho. Aplicação dos fundamentos do letramento em saúde no consentimento informado. *Revista Bioética*. Brasília/DF, v. 27, nº 3, p. 410-419, 2019.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel Wolf. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DADALTO, Luciana. *Os desafios ético-jurídicos para o cumprimento das diretivas antecipadas de vontade no âmbito hospitalar*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. *Direito e Medicina:*

Autonomia e Vulnerabilidade em ambiente hospitalar. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fortes, 2003.

FABBRO, Leonardo. *Prontuários médicos: aspectos éticos e jurídicos*. Jornal do Conselho Federal de Medicina. Ano XII, n. 91, março /1998. p. 8-9.

FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento Informado: limites e questões polêmicas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 102, n. 24, p. 223-256, nov/dez. 2015. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/download/457/401>. Acesso em: 14 mai. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERRERES, Alberto Raul. *El consentimiento informado em la práctica quirúrgica*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

FERRI, Luigi. La Autonomia Privada. Tradução para o espanhol Luis Sancho Mendizabal. *Revista de Derecho Privado*, Madri: 1969.

FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de A.M. Hespanha e L. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2001.

GLOCK, Hans-Johan. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

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

GODINHO, Adriano Marteleto. *A responsabilidade civil dos profissionais da saúde por violação da autonomia dos pacientes*. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. Responsabilidade Civil: Novas Tendências. 2. ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2018.

GODINHO, Adriano Marteleto; LANZIOTTI, Lívia Hallack, MORAIS, Bruno Salome de. Termo de consentimento informado: a visão dos advogados e tribunais. *Revista Brasileira de Anestesiologia*, v.60, n.2, p.207-211, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-70942010000200014&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso: 16 mai. 2020.

GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104 p. 509 - 547 jan./dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67868>. Acesso em: 26 mai.2020.

GOLDIM, José Roberto. Consentimento e informação: a importância da qualidade do texto utilizado. *Revista do Hospital de Clínicas de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 26, n. 3, p. 117-122, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/164736>. Acesso em: 23 jun. 2020.

GOLDIM, José Roberto; CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Um breve histórico do consentimento informado*. v.26. São Paulo, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11 n. 1, p. 95-122, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v11i1p95-122>. Acesso em: 20 jan. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fortes, 2003.

LIMA, Ana; RIBEIRO, Vera Masagão; CATELLI JUNIOR, Roberto. *Indicador de analfabetismo funcional –INAF: Estudo especial sobre analfabetismo e mundo do trabalho*. Instituto Paulo Montenegro, Ação Social do IBOPE, 2016. Disponível em http://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2016/09/INAFEstudosEspeciais_2016_Letramento_e_Mundo_do_Trabalho.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires: Culzoni Editores, 1997.

LORENZO, Cláudio O consentimento livre e esclarecido e a realidade do analfabetismo funcional no Brasil: uma abordagem para a norma e para além da norma. *Revista Bioética*. Brasília, v. 15, n.2, p. 268-282, 2007. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/47. Acesso em: 15 mai. 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. 3. ed. volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. *Revista dos Tribunais*: RT, Brasília, v. 94, n. 831, p. 106-131, jan. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/88304>. Acesso em: 16 jun. 2020.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *Autonomia privada e autocomposição extrajudicial dos litígios*. 175 p. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de

Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10785>. Acesso em: 13 jun. 2020.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo I: Pessoas Físicas e Jurídicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2012.

_____. Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo III. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 55-56, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29, p 233-258, jul/dez, 2006. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295>. Acesso em: 29 jun. 2020.

MOREIRA, Márcia Adriana Dias Meireles, *et. al.* Testamento Vital: revisão integrativa. *Revista de Enfermagem UFPE*, 7 (esp): 62-72-82, out, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaenfermagem/article/view/12266>. Acesso em: 15 mar. 2020.

MUNÕZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido*. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; GOIATÁ, Sarah Rêgo. *O pendular da autonomia e da vulnerabilidade do idoso diante da terminalidade da vida*. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e Vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; RAWICZ, Luciana Araújo; MORAES, Vivian Lacerda. *A influência do ambiente hospitalar sobre as autonomias de pacientes e de profissionais da saúde*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

NERY JÚNIOR, Néilson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Rui. *Consentimento informado*. Arquivos da Academia Nacional de Medicina de Portugal, 2014.

PACHECO, Eliana Guimarães; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. *Analfabetismo funcional e relação médico-paciente: Reflexões sobre seus impactos no consentimento informado*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento para intervenções médicas prestado em formulário: uma proposta para o seu controlo jurídico*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, v.76, p. 433-471, 2000.

_____. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 129-130.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil*. 4. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. 2010. 267 p. Dissertação de Mestrado - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_bde0d53242392ec7a0b8a9392933320b. Acesso em: 19 de mai. 2020.

PESSINI, Léo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. *Revista Bioética*, 2013, 21 (1): 9-19.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PITHAN, Livia Hayger. *O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética*. 2009. 213 p. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/137774>. Acesso em: 16 mai. 2020.

POZÓN, Sergio Ramos. Las decisiones sub-rogadas em pacientes com esquizofrenia. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 33, jan. 2015. Disponível em: <http://revistes.ub.edu./index.php/RDB/article/view/11565/14434>. Acesso em 28 mar. 2020.

RÁO, Vicente. *Ato Jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Max Limonad, 1961.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do humanismo a Kant*. Coleção filosófica. São Paulo: Paulus, 1990.

RIBEIRO, Vera Masagão. Analfabetismo funcional: referências conceituais e metodológicas para a pesquisa. *Revista Educação e Sociedade*, ano XVIII, n. 60, dezembro, 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v18n60/v18n60a8.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 23. ed. v.3. São Paulo: Saraiva, 1990.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia Privada e Vulnerabilidade: O Direito Civil e a Diversidade Democrática*. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e Vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SAMPAIO, Maria de Ávila e Silva. *Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SCHRAMM, Fermin Roland; PALÁCIOS, Marisa; REGO, Sergio. O modelo bioético principialista para a análise da moralidade da pesquisa científica envolvendo seres humanos ainda é satisfatório?. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, v.13. n.2. Rio de Janeiro Mar./Abr. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000200011. Acesso em: 05 jun. 2020.

SCHULMAN, Gabriel; ALMEIDA, Vitor. *Novos olhares sobre a responsabilidade civil na saúde: autonomia, informação e desafios do consentimento na relação médico-paciente* in: *Responsabilidade Civil e Medicina*. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana. *Responsabilidade civil e medicina*. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2020.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo ala teoria del negozio giuridico*. Nápoles: Eugênio Jovene, 1969.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Iara Antunes; FERNANDES, Rafaela Leite. *Cirurgias plásticas estéticas: obrigação de meio ou de resultado x responsabilidade civil médica*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

SOUZA, Iara Antunes; SOUZA, Josiane Aparecida de. *Comitês de (bio)ética em pesquisa e institucionais (de hospitais ou estabelecimentos de saúde): campos de atuação diante de conflitos éticos*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. *Direito e Medicina: Autonomia e Vulnerabilidade em ambiente hospitalar*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. 3ª ed. Campinas: Servanda, 2008.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente*. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 173-189, 2005.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2011.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 1, jul/set, 2014. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>. Acesso em: 28 jan. 2020

_____. O papel da vontade na interpretação dos negócios jurídicos. *Revista Interdisciplinar de Direito*. Faculdade de Direito de Valença. Valença, v. 16, n. 1, p. 173-189. jan./jun, 2018. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6jsxdxEzlkJ:revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/download/492/369/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 12 de fev. 20.

TOLEDO, Cláudia Mansini Queda de. *A constitucionalização do direito e a construção do conhecimento*. In: *Constitucionalismo e Democracia 2017: Reflexões do Programa de Pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Max Limonad, 2017.

VILLELA, João Baptista. *Do fato ao negócio jurídico: em busca da precisão conceitual*. São Paulo: Saraiva, 1982.