

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 9, N. 1
JAN/JUN 2022

QUALIS
B2

A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NO BRASIL HISTORICIDADE E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima

Doutor (sobresaliente cum laude) em Direito Privado pela Universidade de Salamanca, Espanha (2016). Grau de Salamanca (sobresaliente cum laude) em Direito Privado, Espanha (2011). Diploma de Estudos Avançados em Direito Privado pela Universidade de Salamanca, Espanha (2011). Professor de Direito Civil na graduação e no mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Brasil.

Álison Santos Rocha

Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí na linha de pesquisa em Mudanças Institucionais na Ordem Privada. Advogado.

Resumo: Este artigo tem como escopo apresentar a mudança institucional da relação médico-paciente no Brasil através da historicidade e percurso da autonomia do paciente pela teoria do consentimento informado cunhada no Ocidente, marcadamente nos Estados Unidos e na Europa. Parte-se de um estudo teórico a partir das vias da perspectiva da teoria moral do consentimento informado e do direito à privacidade construídas através de decisões das cortes dos Estados Unidos e da dogmática do consentimento informado da Espanha para demonstrar a influência que tiveram na sua adoção no Brasil, através da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito Civil, Mudanças Institucionais na Ordem Privada, Teoria do consentimento informado, Jurisprudência brasileira.

Aprovado em maio de 2023.

INTRODUÇÃO

Os estudos e reflexões sobre a saúde tem alcançado, no âmbito do Direito, especial evolução no tocante à proteção do paciente. Ao longo do tempo estas digressões acompanharam os diferentes paradigmas que buscaram definir a relação entre médico e paciente, ou, de maneira mais abrangente, entre profissionais de saúde e paciente. Se antes esta relação era marcada por um aspecto paternalista onde o profissional detinha o poder, a arte e a técnica em sua posição jurídica, hoje o tratamento é no sentido de uma relação equilibrada entre direitos e deveres entre ambas as partes com especial soerguimento dos direitos e poderes de decisão dos pacientes (LIMA, 2016, p. 4). Dentro desse processo de mudança institucional, surgiu a teoria do consentimento informado, novo paradigma a impulsionar a tradicional relação médico-paciente.

Situando espacialmente esta mudança, discute-se os institutos da maneira como foram construídos na trajetória jurídica do Ocidente. Nesse sentido, o foco da análise parte da forma como a ideia de consentimento informado foi cunhada nos Estados Unidos e na Europa e como se deu o processo de inserção desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro. E, ainda que as tradições jurídicas nos Estados Unidos e no Brasil difiram no tocante à construção da dogmática, isto é, para àquele através do *commom law*, onde as decisões judiciais e a jurisprudência são a principal fonte da dogmática, e neste centrada no *civil law*, cuja legislação escrita tem proeminência, foi através do desenvolvimento da teoria do consentimento informado na jurisprudência estadunidense que possibilitou a incorporação da doutrina no Brasil, sobretudo através de julgados nos tribunais superiores brasileiros.

Em termos jurídicos, dois foram os caminhos mediante os quais a mudança institucional rumo à autonomia do paciente se ergueu: um relacionando o direito de informação e de decisão do paciente à uma teoria moral do consentimento informado e outro extraindo a autonomia informativa do paciente do direito à proteção da privacidade. Dessa forma, cuidar-se-á, primeiro capítulo deste trabalho, de um histórico descritivo do processo nos Estados Unidos e na Espanha. Para a análise dessas duas vertentes utilizar-se-á como referenciais teóricos Ruth R. Faden, Tom L. Beauchamp e Nancy King nos escritos sobre as decisões das cortes estadunidenses sobre proteção do paciente e consentimento informado no livro *A History and Theory of Informed Consent*, González León, que traz a perspectiva europeia do consentimento informado a partir da sua construção na Espanha, Antonio Seoane, que discute as diferenças e confluências da construção jurídica da autonomia do paciente nos Estados Unidos e na Espanha e Davinia

Cadenas Osuna que apresenta a teoria do consentimento informado através de um estudo comparativo entre diversos ordenamentos de proteção ao paciente.

Pari passu à digressão sobre a historicidade e construção da teoria do consentimento informado buscar-se-á apresentar, no segundo capítulo, a maneira como a teoria do consentimento informado foi recepcionada no Brasil através da análise dos diplomas legais que passaram a regular a relação médico-paciente e no terceiro capítulo, a forma como a teoria vem se inserindo no ordenamento jurídico brasileiro através da sua utilização na jurisprudência pátria através da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. O objetivo principal deste trabalho, portanto, é demonstrar o percurso teórico da teoria do consentimento informado que levou à uma mudança institucional da relação médico-paciente no Brasil.

Para os objetivos deste trabalho utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica sobre o tema do consentimento informado nos Estados Unidos, na Espanha e no Brasil, a análise do Direito dos três países sobre uma perspectiva comparada de normas sobre o consentimento informado e de jurisprudência sobre o tema nos ordenamentos dos três países com o objetivo de identificar de forma dedutiva as semelhanças, origens comuns e diferenças entre as três trajetórias jurídicas. A pesquisa utilizou-se de ferramentas digitais de pesquisa de legislação, de artigos em revistas publicados na internet e do portal oficial de divulgação de julgados dos STJ. Para a exposição das ideias utilizou-se o método histórico e sistemático.

1 HISTORICIDADE DA EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA DO PACIENTE À LUZ DA TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO E DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE

Para iniciar a discussão sobre a historicidade da evolução da autonomia do paciente é preciso identificar a maneira como ela foi construída na tradição jurídica dos Estados Unidos. Nesta tradição, importante remarcar a construção de uma teoria do consentimento informado, que ao lado do desenvolvimento do direito à privacidade, representou ascensão da autonomia do paciente na sua relação com o profissional de saúde. E, de fato, foi através das decisões das cortes estadunidenses que o consentimento informado se alçou como categoria jurídica a ser valorada pelo ordenamento civil (LIMA, 2016, p. 39).

O seu estabelecimento, como é possível supor, foi gradual, de modo que o caminhar jurisprudencial pôde, com o tempo, delinear os requisitos e características da teoria tal qual é apresentada no Século XXI. Ao mesmo tempo, a construção da ideia de consentimento informado também teve desenvolvimento na Europa através de outros movimentos, com origem, sobretudo,

em diretrizes deontológicas médicas e consensos teóricos produzidos em escala internacional. Em ambos os casos, a ideia do consentimento informado se erigiu a partir de duas vertentes distintas de fundamentação, a teoria moral e a proteção à privacidade.

1.1 A evolução da autonomia do paciente nos Estados Unidos: a perspectiva do consentimento informado e do direito à privacidade

Ruth R. Faden, Tom L. Beauchamp e Nancy King apresentam o percurso jurisprudencial norte-americano de decisões que promoveram a construção da teoria. Os autores partem da decisão no caso britânico *Slater v. Baker and Stapleton* de 1767 como antecedente remoto da temática, que apesar de não ter sido proferida nos Estados Unidos e de ter tido pouca influência nas decisões norte-americanas do Século XIX é tida como o referencial mais remoto de uma decisão judicial em que a vontade do paciente foi considerada na resposta para o mérito (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 116). Neste caso, médicos foram condenados por recusarem-se a retirar curativos de uma paciente quando ela pediu e ainda produzirem uma fratura por experimentar um tratamento ortopédico não autorizado.¹

Em seguida os autores apresentam o caso *Carpenter v. Blake* de 1871 em que a corte entendeu negligente por parte dos médicos a falta de informação ao paciente sobre os cuidados e proteções que precisavam ser tomados em um pós-operatório e o consentimento colhido para a continuidade do tratamento se deu através de informações falsas de que a cirurgia estava em processo normal de cura (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 117-118). Este caso tornou-se emblemático por ser uma hipótese na qual a informação, ou a ausência dela por parte da equipe médica, foi o principal cerne da decisão em uma situação de cuidados de saúde.²

Ainda que esta decisão tenha tido importância significativa, ela se centrou na informação ao paciente e não no seu consentimento propriamente dito. Nesse sentido os autores apresentam os casos *Mohr v. Williams* (1905) onde um cirurgião foi condenado por operar o ouvido esquerdo

¹ Conforme trecho da decisão: "In answer to this, it appears from the evidence of the surgeons that it was improper to disunite the callous [bony material in healing] without consent; this is the usage and law of surgeons: then it was ignorance and unskillfulness in that very particular, to do contrary to the rule of the profession, what no surgeon ought to have done; and indeed it is reasonable that a patient should be told what is about to be done to him, that he may take courage and put himself in such a situation as to enable him to undergo the operation." (*Slater v. Baker and Stapleton*, 2 Wilson 359, 95 English Report 860, 1767)

² Para o julgador: "If... it is enough for the physician to put the arm on a pillow [resting at a certain angle, rather than the usual practice of putting it in a sling,] ... it would seem proper, if not necessary, that the attending surgeon should inform the patient, or those having charge of him or her, of the necessity of maintaining that position. . . . [T]he danger [of the joint's straightening improperly if moved from that angle] should be disclosed to the end that all proper precaution may be taken to prevent it." (*Carpenter v. Blake*, 60 Barb 488, N.Y. Sup. Ct. 4th Dept. May 1, 1871)

em uma paciente que só havia autorizado a intervenção no direito (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 120-121). O Caso *Pratt v. Davis* (1906) em que um médico realizou histerectomia sem autorização específica da paciente para tal procedimento, ela havia autorizado uma intervenção prévia, mas o tribunal entendeu que não há que se falar em consentimento implícito. E o caso *Rolater v. Strain* (1913) onde o médico extraiu um osso extrapolando os limites do consentimento da paciente, ela havia autorizado o procedimento, porém de uma forma diversa da realizada pelo médico (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 122-123).

Nestes três casos a *ratio decidendi* das cortes se centrou nos danos causados aos pacientes por ausência ou vício no consentimento. Isto é, foi decidido que os danos percebidos pelos pacientes têm relação direta com a necessidade de obtenção de consentimento destes para procedimentos médicos. Ainda, que tais decisões não tenham alçado o consentimento como parte integrante do ato médico, mas as tenham vinculada à existência de um dano comprovado, têm importância crucial pois colocam o consentimento em uma posição de privilégio na relação médico-paciente.

O caso emblemático que se tornou ponto de virada na maneira como a teoria do consentimento informado passaria a ser tratada foi o chamado *Schloendorff Case*, ou *Schloendorff v. Society of New York Hospitals* de 1914 (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 123-124). Neste caso, o médico retirou um tumor abdominal de uma paciente que havia autorizado apenas uma exploração diagnóstica e havia afirmado expressamente que queria que a intervenção se resumisse ao exame. O ato médico, portanto, em que pese não tenha causado danos à paciente, foi contrário à sua vontade manifestada previamente.¹

Aqui, percebe-se que a decisão alça o consentimento a direito autônomo do paciente que independe de um outro dano, sendo passível de indenização qualquer procedimento que seja feito sem que ele seja colhido. O próximo passo seria tornar informado este consentimento.

A expressão "consentimento informado", por sua vez, foi surgir propriamente em 1957 com o caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* onde o tribunal entendeu que a falta de informação de um radiologista sobre as possíveis complicações e os riscos secundários de uma aortografia equivalem a ocultar fatos necessários para a formação do consentimento racional em relação ao tratamento proposto (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986,

¹ A sentença do juiz Cardozo se tornou célebre: "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages. (*Schloendorff v. The Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, 1914). Em tradução livre: "Todo ser humano adulto e são tem o direito de determinar o que deve ser feito com seu próprio corpo e um cirurgião que realiza uma intervenção sem o seu consentimento comete uma agressão que o responsabiliza por danos".

p. 126-128). A informação passa a ser um dos marcos na teoria do consentimento cabendo ao médico esta prestação positiva.

Na sequência de casos pós-Schloendorff a teoria do consentimento informado vai ganhando força e passa a ser mais bem descrita. Com o caso *Natanson v. Kline* de 1960 a Suprema Corte do Kansas estabeleceu que a informação não é ilimitada, mas ao médico cabe uma postura de agir e informar razoável e suficientemente o paciente para que possa tomar sua decisão (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 130).

Com o caso *Berkey v. Anderson* (1969) a corte entendeu que o médico precisa partir do pressuposto de que o paciente possui um conhecimento comum de leigo na matéria devendo tratar a informação diferente do que trataria com outros profissionais (FADEN; BEAUCHAMP; KING, 1986, p. 129). Já no caso *Canterbury v. Spence* (1972) o entendimento foi o de que são as necessidades do paciente que definem a amplitude da informação que o médico deve prestar, mas de um ponto de vista razoável¹

Todos os julgados elencados acima correspondem ao percurso jurisprudencial estadunidense que permitiu a construção da teoria do consentimento informado tendo como base uma perspectiva moral de proteção ao paciente. Entretanto, o processo de mudança institucional na relação médico-paciente nos Estados Unidos também teve uma outra via de desenvolvimento ligado a ideia de autonomia do paciente ao direito à privacidade ou *privacy*.

No que tange à esta segunda via, José Antonio Seoane aponta que a ideia de privacidade nos Estados Unidos teve origem noutro direito que já agasalhava reconhecimento doutrinário que seria o direito à intimidade ou *right to be let alone* ou direito de ser deixado sozinho, cunhado pelo juiz Thomas M. Cooley² em 1879 (SEOANE, 2013, p. 13-34). É nesse sentido também que, ainda em 1890, os autores Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis publicam na revista *Harvard Law Review* o artigo intitulado *The Right to Privacy*. Neste artigo, os juristas analisam alguns julgados dos Estados Unidos que concederam razão à proteção de obras de artes, carta pessoais extraviadas e escritos manuais subtraídos relacionando esta proteção à propriedade intelectual. Os autores, entretanto, concluem que na maioria dos casos o princípio de proteção

¹ A decisão estabeleceu um critério objetivo (average patient): "The context in which the duty of risk-disclosure arises is invariably the occasion for decision as to whether a particular treatment procedure is to be undertaken. To the physician, whose training enables a self-satisfying evaluation, the answer may seem clear, but it is the prerogative of the patient, not the physician, to determine for himself the direction in which his interests seem to lie. To enable the patient to chart his course understandably, some familiarity with the therapeutic alternatives and their hazards becomes essential. (*Canterbury v. Spence*, 464 F.2d. 772, 782 D.C. Cir., 1972)

² "Personal Immunity. The right to one's person may be said to be a right of complete immunity; to be let alone. The corresponding duty is, not to inflict an injury, and not, within such proximity as might render it successful, to attempt the infliction of an injury." (COOLEY, 1879, p. 29)

fundante não seria o da propriedade *per se*, mas sim de um direito mais abrangente de proteção à intimidade,¹ ou *right to be let alone*.

Ainda que a doutrina já emanasse vozes sobre o direito este só foi incluído na jurisprudência estadunidense em 1967 com o caso *Katz v. United States*, oportunidade em que a Suprema Corte dos Estados Unidos, interpretando a Quarta Emenda² à Constituição, decidiu que o mandamento que impede a busca e apreensão, sem mandato, abrange qualquer situação em que as pessoas podem ter uma *expectativa de privacidade*. No caso em tela um particular havia sido acusado pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*) de estar transmitindo por telefone informações de apostas ilegais, porém, a obtenção dessas informações pelo órgão de investigação, sem mandado específico, infringia o direito à privacidade do particular³.

Após o estabelecimento jurisprudencial de um direito à privacidade com fundamento constitucional na Quarta Emenda, a sua aplicação nas relações de saúde foi apenas questão de tempo. Em 1965, no caso *Griswold v. Connecticut*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a lei do estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos violava o direito marital à privacidade agasalhado pelas disposições na *Bill of Rights* (as dez primeiras emendas à Constituição estadunidense) e, por isso, o Estado não poderia impedir a busca por aconselhamento médico e o uso de contraceptivos por violar uma esfera privada de decisão do casal⁴. Em 1972, a mesma Corte proferiu decisão, no caso *Eisenstadt v. Baird*, favorável ao uso de contraceptivos mesmo para casais que não eram casados com base na cláusula de igualdade da Décima Quarta Emenda e no direito à privacidade⁵. E em 1977, no julgamento do caso *Carey*

¹ "These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone. It is like the right not to be assaulted or beaten, the right not to be imprisoned, the right not to be maliciously prosecuted, the right not to be defamed. [...] The principle which protects personal writing and all other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property, but that of an inviolate personality" (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 205)

² "Amendment IV The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1792)

³ "It is unconstitutional under the Fourth Amendment to conduct a search and seizure without a warrant anywhere that a person has a reasonable expectation of privacy, unless certain exceptions apply." (*Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 1967)

⁴ "A right to privacy can be inferred from several amendments in the Bill of Rights, and this right prevents states from making the use of contraception by married couples illegal. [...] 1. Appellants have standing to assert the constitutional rights of the married people. *Tileston v. Ullman*, 318 U. S. 44, distinguished. P. 381 U. S. 481. 2. The Connecticut statute forbidding use of contraceptives violates the right of marital privacy which is within the penumbra of specific guarantees of the Bill of Rights. Pp. 381 U. S. 481-486." (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965)

⁵ "Unmarried couples have the right to use contraception, based on the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment and the more nebulous constitutional right to privacy." (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972)

v. *Population Services International*, ficou estabelecido pela Suprema Corte que um estado não poderia colocar restrições à publicidade, venda e distribuição de contraceptivos a indivíduos de qualquer idade, estendendo o direito à privacidade a todos os cidadãos incluindo menores de idade, na decisão, a Corte decide inclusive sobre a impossibilidade de o Estado exigir um consentimento parental para a decisão do menor.¹

Como demonstrado acima, o percurso de mudança institucional na relação médico-paciente nos Estados Unidos se desenvolveu tanto pela via da teoria do consentimento informado quando pela via do direito à privacidade. Ainda que a perspectiva da privacidade tenha tido influência sobremaneira neste movimento, esta não é o objeto de análise deste artigo, eis porque a partir daqui o estudo voltar-se-á apenas ao desenvolvimento da teoria do consentimento informado.

1.2 A teoria do consentimento informado na Espanha

Um segundo nicho de desenvolvimento da teoria do consentimento informado tal qual está estabelecido no Ocidente neste Século XXI foi a Europa. Por sua natureza continental e com pluralidade de sistemas e tradições jurídicas que muitas vezes não se assemelham, um estudo das influências de toda Europa na construção de uma teoria seria demasiado trabalhoso e impossível de conduzir em um trabalho a nível de artigo. Nesse sentido, para este estudo, a opção foi ater-se a um único país de tradição *civil law*, para contrapor com a tradição jurisprudencial dos Estados Unidos.

O estudo do Direito Espanhol, enquanto país europeu de tradição romano-germânica e que, por sua trajetória histórica, projetou e ainda mantém fortes influências no Direito da América Latina mostra-se importante para a próxima discussão que será travada a seguir quanto à inserção da teoria do consentimento informado na jurisprudência brasileira. Além disso, as próprias características de supraestatalidade de determinados tipos de norma que informam os países da União Europeia, da qual a Espanha faz parte, fazem com que o estudo da construção jurídica de determinado instituto neste país seja um ponto focal que reverbera no estudo da construção jurídica de todo o bloco.

¹ "A state cannot constitutionally place any restrictions on the advertisement, sale, and distribution of contraceptives to individuals of any age. [...] (a) The right to privacy in connection with decisions affecting procreation extends to minors as well as to adults, and since a State may not impose a blanket prohibition, or even a blanket requirement of parental consent, on the choice of a minor to terminate her pregnancy, *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U. S. 52, the constitutionality of a blanket prohibition of the distribution of contraceptives to minors is a fortiori foreclosed. Pp. 431 U. S. 693-694." (*Carey v. Population Services Int'l*, 431 U.S. 678, 1977)

Nessa missão serão utilizados como referência os escritos de José Antonio Seoane, no artigo *La construcción jurídica de la autonomía del paciente*, publicado em 2013 na revista espanhola EIDON, as ideias centrais de Carmén González León no artigo *La protección del paciente y el consentimiento informado* publicado em 2009 na Revista Portuguesa de Direito da Saúde e de Davinia Cadenas Osuna no livro *El consentimiento informado y la responsabilidad médica* publicado em 2018 pelo Boletín Oficial del Estado da Imprensa Nacional da Espanha.

Ao analisar a configuração jurídica da autonomia do paciente na Espanha, Seoane sinaliza algumas características distintivas do processo espanhol e estadunidense. Primeiro, na Espanha a construção da ideia de autonomia do paciente é bem mais recente e mais compacta que nos EUA. Enquanto neste a discussão remonta ao Século XVIII, conforme já mencionado no tópico anterior, naquele ela se concentra em pouco mais de três décadas de discussões (SEOANE, 2013, p. 20-21). Esta proximidade temporal é responsável pelas principais características do processo espanhol que são aglutinadas em 3 pontos transcritos e traduzidos a seguir:

- 1) O reflexo dos fatores de transformação dos sistemas jurídicos contemporâneos. 1.1) a constitucionalização, patente sobretudo na superioridade normativa da constituição, na jurisdição constitucional e na onipresença dos direitos fundamentais e 1.2) A extrapolação do marco do Estado, na forma de supraestatalidade através de normas comunitárias europeias, supraestatais e internacionais e de infraestatalidade mediante a normativa das Comunidades Autônomas. [...]
- 2) Uma construção legislativa, própria de um modelo de sistema jurídico romano-germânico característico da Europa Continental, completada com aportes da jurisprudência ordinária e constitucional. [...]
- 3) A complementariedade de duas perspectivas para a compreensão da configuração da autonomia: a do paciente ou usuário, com o crescente reconhecimento de sua autonomia e seus direitos, e a do profissional assistencial, no fio da evolução e da noção de *lex artis* (SEOANE, 2013, p. 21).¹

Da primeira característica apontada por Seoane, percebe-se que Constituição teve papel de destaque na construção da ideia de autonomia dos pacientes, e aqui a referência é sobretudo pela exegese dos direitos fundamentais inscritos na carta constitucional de 1978. Além disso, a extrapolação do Estado fez com que a tradição jurídica recebesse normas de fontes externas à produção nacional para a sedimentação do instituto. Daí porque tão importante na tradição

¹ No original "1) el reflejo de dos factores de transformación de los sistemas jurídicos contemporáneos: 1.1) la constitucionalización, patente sobre todo en la superioridad normativa de la Constitución y la jurisdicción constitucional y en la onnipresencia de los derechos fundamentales; y 1.2) el desbordamiento del marco del Estado, en forma de supraestatalidad, a través de normas comunitarias europeas, supraestatales e internacionales, y de infraestatalidad, mediante la normativa de las Comunidades Autónomas. [...] 2) una construcción legislativa, propia de un modelo de sistema jurídico romano-germánico característico de la Europa continental, completada con aportaciones de la jurisprudencia ordinaria y constitucional. [...] 3) la complementariedad de dos perspectivas para la comprensión de la configuración de la autonomía: la del paciente o usuario, con el creciente reconocimiento de su autonomía y sus derechos, y la del profesional asistencial, al hilo de la evolución de la noción de *lex artis*. (SEOANE, 2013, p. 21)

européia foram as normativas internacionais e, no caso da Espanha, das Comunidades Autônomas para tecer a teoria do consentimento informado.

De fato, foi com Constituição Espanhola de 1978 que através do disposto em seu Art. 15, na seção sobre direitos fundamentais e das liberdades públicas e ao garantir o direito à integridade física e moral trouxe à nível constitucional o que mais tarde seria fundamento da autonomia do paciente¹. Além deste artigo, os arts. 10, 16, 17 e 18, também trataram de cuidar de aspectos que envolvem a vida, a personalidade, a liberdade de consciência e a intimidade que também estão no espectro de direitos que constituem a autonomia do paciente.

No âmbito dos marcos pré-constitucionais, faz-se mister mencionar a promulgação do Código de Nuremberg, em 1947, produto dos julgamentos de Nuremberg no pós-2ª Guerra Mundial, como resposta as atrocidades ocorridas no campo da pesquisa médica no período do governo nazista da Europa Central, e que, inclusive, muitos deles inclusive foram financiados pelo governo estadunidense (OSUNA, 2018, p. 50) em um período em que já havia entendimento jurisprudencial sobre os direitos dos pacientes conforme demonstrado no tópico anterior. E, também, a Declaração de Helsinque, publicada em junho de 1964 pela Associação Médica Mundial como produtos dos trabalhos da 18ª Assembleia Médica Mundial, documento este que se consubstanciava no estabelecimento, através de 32 dispositivos, de princípios éticos para a pesquisa médica em seres humanos.

Importante frisar, que tanto o Código de Nuremberg como a Declaração de Helsinque tratavam sobretudo sobre a pesquisa e não sobre a intervenção médica/cuidados de saúde em seres humanos, entretanto seus dispositivos serviram como ponto de partida para o desenvolvimento de demais normas éticas no campo da atuação médica. Em verdade, a Declaração de Helsinque em sua redação original propunha um tratamento diferenciado entre experimentações científicas e experimentações terapêuticas obrigando a existência de consentimento prévio obrigatório do paciente apenas nas primeiras (OSUNA, 2018, p. 88).

Foi nesse sentido que em 1981, a Associação Médica Mundial, promulgou a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente que teve o condão de sistematizar normas éticas tanto no campo da pesquisa, como no campo da intervenção e cuidados em saúde de maneira geral e estabelecendo precipuamente o direito à autodeterminação do paciente.²

¹“Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.” (ESPAÑA, 1978)

² É que se lê: - “3. Direito a autodeterminação. a) O paciente tem o direito a autodeterminação e tomar livremente suas decisões. O médico informará o paciente das conseqüências de suas decisões; b) Um paciente adulto mentalmente capaz tem o direito de dar ou retirar consentimento a qualquer procedimento diagnóstico ou terapêutico. O paciente tem o direito à informação necessária e tomar suas próprias decisões. O paciente deve

A autonomia do paciente aprofundou-se com a assinatura do Convenio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (CDHB), de 1997 que passou a vigorar na Espanha em 1º de janeiro de 2000 e com a edição da Ley 41/2002, de 14 de novembro, que se tornou a Lei básica reguladora da autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria informacional e documentação clínica (LBAP ou LAP).

Esta última, a LBAP (e as suas regulações posteriores como a Ley 16/2003 sobre coesão e qualidade do Sistema Nacional de Saúde (LCCSNS e a Ley 44/2003 sobre organização das profissões sanitárias (LOPS)) é considerada o normativo mais importante e influente na etapa pós-constitucional espanhola pois representou de fato uma regulação especificamente voltada para a autonomia do paciente conforme incluso na sua Exposição de Motivos (SEOANE, 2013, p. 23).

Cármén González León também menciona a importância do CDHB para o direito espanhol no tema dos direitos dos pacientes:

En nuestro ámbito cabe resaltar la relevancia del Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la biomedicina suscrito el día 4 de Abril de 1997 (CDHB), que ha entrado en vigor en España el 1 de Enero de 2000. Este Convenio es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben, y establece explícitamente la necesidad de reconocer los derechos a los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias. (GONZÁLEZ LEÓN, 2009, p. 15)

Percebe-se, pois, que o estabelecimento da teoria do consentimento informado na Espanha percorreu um caminho iniciado como reconhecimento de normas deontológicas e de ética médica e que culminou na sedimentação legislativa do princípio do consentimento informado através da LBAP, num percurso diverso do estabelecimento jurisprudencial dos Estados Unidos. Com a edição de um diploma legislativo com previsão específica sobre o consentimento informado a doutrina espanhola passou a preocupar-se com os contornos e requisitos do consentimento informado, e é nesse sentido que Davinia Cadenas Osuna aponta como requisitos do consentimento informado extraídos da LBAP a liberalidade, a voluntariedade, intencionalidade, compreensão e ausência de controle externo (OSUNA, 2018, p. 267-268) e define o instituto como direito personalíssimo e fundamental do paciente e a colheita do consentimento como parte integrante do ato médico:

entender qual o propósito de qualquer teste ou tratamento, quais as implicações dos resultados e quais seriam as implicações do pedido de suspensão do tratamento;”. (ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 1981)

El consentimiento informado puede definirse como el derecho personalísimo y fundamental del paciente o cliente a decidir de forma autónoma, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, su sumisión o rechazo a la misma. Esta decisión la debe tomar el paciente tras interactuar con el profesional sanitario en un proceso dialógico continuado en el que éste debe comunicar y explicar a aquél la información prevista en el artículo 4 LAP, exigiéndose, en ocasiones, la constancia escrita de la información y el consentimiento, si bien como requisito ad abundantiam y, en ningún caso, sustitutivo del inexcusable diálogo de carácter informativo que médico y paciente deben mantener. A LBAP espanhola (OSUNA, 2018, p. 504).

A existência de uma tradição jurisprudencial estadunidense e de uma Lei espanhola que trata sobre o tema fornecem os pontos de comparação para estudar a maneira como a teoria do consentimento informado foi estabelecida no Brasil, estudo que se propõe a seguir.

2 A TEORIA DO CONSENTIMENTO INFORMADO NO BRASIL

Após discussão sobre a construção da teoria do consentimento informado nos Estados Unidos e na Espanha, neste tópico será feita uma análise de como a teoria do consentimento informado foi incorporada ao Direito brasileiro através de estudo descritivo das normas brasileiras existentes sobre o tema e que culminará, na análise, incluída no terceiro e último capítulo deste artigo, da presença de julgados utilizando o consentimento informado como razão de decidir na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2.1 A incorporação da teoria do consentimento informado no Direito brasileiro

Num caminho inverso ao percurso estadunidense as primeiras normas sobre consentimento informado no Brasil remontam às disposições deontológicas de órgãos profissionais, a exemplo do Conselho Federal de Medicina, e de normativas gerais do governo sobre saúde na segunda metade do Século XX mas, tal qual no percurso espanhol, a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco fundamental no que tange à proteção de direitos dos pacientes e conseqüentemente à incorporação da noção de consentimento informado na relação jurídica entre médico e paciente.

No âmbito doutrinário José de Aguiar Dias já escrevia em 1950 no campo da Responsabilidade Civil sobre a responsabilidade do profissional médico em obter o consentimento do paciente diante de uma operação ou tratamento arriscado e não somente um simples consentimento, mas uma aquiescência livre e esclarecida (DIAS, 1950, p. 262).

Em 1975 o Conselho Federal de Medicina do Brasil publicou a Resolução CFM nº 75 passando a adotar expressamente a Declaração de Helsinque no âmbito da pesquisa clínica, e

que dentre outras disposições continha específica menção à necessidade de obtenção do consentimento do paciente após devida explicação sobre os procedimentos terapêuticos que deveriam ser adotados.¹

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o vasto escorço principiológico de direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o Direito à saúde (art. 6º, *caput*, e art. 196) a noção de consentimento ganhou espaço para a sua expansão e maior desenvolvimento no país (LIMA, 2016, p. 21). De fato, a Carta Magna não traz nenhuma disposição específica sobre o tema, em verdade, o termo “consentimento”, só é citado uma vez ao longo de todo o texto constitucional no inciso XI do artigo 5º sobre inviolabilidade de domicílio². Em que pese seja possível efetuar uma relação entre casa e corpo³ para fins de definição de consentimento e inviolabilidade deste ou daquele (GARCIA, 2018, p. 3-6) não foi este o caminho seguido pela legislação para sedimentar a teoria do consentimento informado.

Noutra dimensão, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, instrumento publicado dois anos após a última constituição brasileira, é considerado um marco legislativo e interpretativo na teoria do consentimento informado no Brasil. É nesta linha de pensamento que Cláudia Lima Marques, em importante artigo publicado na Revista dos Tribunais em 2004 e intitulado “A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor”, aduz que no direito brasileiro aplica-se aquele código nas relações médico-paciente (MARQUES, 2004, p. 11).

A utilização do CDC nas relações médico-paciente também já havia sido objeto de aplicação pelos tribunais no início do milênio. Ainda em 2004, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando o Recurso Especial nº 419.026, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, sobre a responsabilidade civil do hospital e do médico por esquecimento de corpo

¹ “II - A PESQUISA CLÍNICA COMBINADA COM O CUIDADO PROFISSIONAL1 - No tratamento da pessoa enferma, o médico deve ser livre para empregar novos métodos terapêuticos, se, em julgamento, eles oferecem esperança de salvar uma vida, restabelecendo a saúde ou aliviando o sofrimento. Sendo possível, e de acordo com a psicologia do paciente, o médico deve obter o livre consentimento do mesmo, depois de lhe ter sido dada uma explicação completa. Em caso de incapacidade legal, o consentimento deve ser obtido do responsável legal; em caso de incapacidade física, a autorização do responsável legal substitui a do paciente.” (BRASIL, 1975)

² “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988)

³ Rafael de Deus Garcia em artigo intitulado “Os direitos à privacidade e à intimidade: origem, distinção e dimensões” (2018) discorre que tanto a casa (domicílio) quanto o corpo (o autor também menciona a mente, o comportamento íntimo, as comunicações, a vida familiar e os dados pessoais) são diferentes dimensões imbricadas dentro do princípio de proteção à privacidade, e portanto, não podem ser compreendidas umas sem as outras.

estranho no organismo de uma paciente após cirurgia cesárea, e com base no CDC decidiu pela responsabilidade solidária de ambos.¹

A grande importância dessa posição interpretativa no âmbito do consentimento informado no Brasil é que, com como consequência do reconhecimento da aplicação do CDC às relações médico-paciente, a enorme carga de deveres informativos e de cuidado exigida para o fornecedor de serviço aplica-se ao profissional médico no âmbito do fornecimento de cuidados de saúde. O Código de Defesa do Consumidor é uma legislação repleta de dispositivos com caráter ostensivamente protetivos à parte débil da relação, como reclama seu próprio nome, assim, ao paciente recorre todos eles². E quanto ao regime de responsabilidade imposta aos fornecedores no que tange à deficiência na informação sobre o serviço, os arts. 12 e 14 preveem responsabilidade específica, independente de culpa, em caso de danos decorrentes de informações insuficientes ou inadequadas sobre utilização e riscos dos produtos ou serviços, já o §4º do Art. 14, ao tratar da responsabilidade do profissional liberal demarca ainda que esta se dá de forma subjetiva, com a verificação da culpa. É através do cumprimento dos deveres informativos e da obtenção do consentimento informado do paciente que o profissional se resguarda de possível responsabilização, entretanto para Bruno Miragem o profissional se exime apenas dos danos decorrentes dos riscos involuntários ocasionados pelo tratamento ou procedimentos médicos as quais o consentimento foi colhido, não eximindo de culpa o profissional pelos atos praticados em sentido estrito (MIRAGEM, 2015, p. 587).

Apesar do reconhecimento de sua aplicação nas relações médico-paciente, o CDC não traz nenhum dispositivo específico sobre consentimento informado. Na esteira da Constituição Federal a palavra “consentimento”, muito menos a expressão “consentimento informado” não são mencionadas em artigo algum do diploma. Talvez o dispositivo que mais poderia assemelhar-se

¹ “Oportuno registrar, ante os argumentos acima expostos, que, a demonstrar que a ausência de vínculo empregatício ou de preposição não constitui óbice absoluto à responsabilidade solidária e objetiva do hospital, está o art. 34, do CDC, ao dispor que “o fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos” (grifou-se). Dessa forma, o recorrente, nos termos do art. 14 do CDC, “responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços”. Em relação ao paciente-consumidor, a responsabilidade do hospital é objetiva e solidária juntamente com o médico. Busca-se, assim, em conformidade com escopo perseguido pelo legislador, ampliar as garantias e assegurar ao consumidor a efetiva reparação dos danos, independentemente da apuração do grau de culpa de cada um dos responsáveis solidários” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 419026/DF RECURSO ESPECIAL 2002/0027101-3. Voto da Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 26/10/2004. DJ 21/02/2005 p. 169, RDR vol. 31 p. 410, RSTJ vol. 201 p. 297)

²Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (BRASIL, 1990)

a ideia de consentimento informado seria o previsto no art. 39¹ que elenca como prática abusiva do fornecedor a execução de serviços sem a autorização expressa do consumidor,

Entretanto, além da redação prever uma ressalva para as “práticas anteriores entre as partes”, o que não se adequa ao regime do consentimento informado, o dispositivo não traz a característica da informação para qualificar o consentimento (ou, a autorização, como é da redação).

O Novo Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que substituiu a anterior codificação de 1916, também foi um dos marcos legais que fortaleceu o sistema de proteção ao paciente no Brasil. Analisando a própria anatomia do novel diploma já se percebe que os direitos da personalidade passam a ser normatizados em mais artigos em relação ao Código de 1916 e a tônica da proteção à pessoa se adequa aos ditames constitucionais de 1988 e, no que tange à proteção ao paciente, os artigos 13² e 15³ trazem expressas disposições relacionadas à integridade física.

Tais dispositivos, consagram o princípio da autodeterminação e o direito do paciente dispor do próprio corpo, temas estes que fundamentam o consentimento no Brasil. O atual Código Civil, no seu art. 21 também traz disposição sobre a privacidade, ao estabelecer que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002), importante mencionar que, apesar do direito à privacidade ter sido, na trajetória estadunidense, uma das principais fontes para o desenvolvimento da teoria do consentimento informado, no Brasil, entretanto, teve apenas papel secundário.

Tangencialmente, o termo consentimento informado foi inserido na legislação brasileira através do Decreto nº 5.006, de 8 de março de 2004, que ratificou e promulgou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados⁴, e no âmbito de proteção aos usuários da internet o termo consentimento informado foi inserido como direito no art. 7º, VII da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014⁵, este

¹ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes (BRASIL, 1990).

² Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes (BRASIL, 2002)

³ “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, 2002)

⁴ “3. Os Estados Partes que permitirem o recrutamento voluntário de menores de 18 anos em suas forças armadas nacionais manterão salvaguardas para assegurar, no mínimo que: b) o referido recrutamento seja feito com o consentimento informado dos pais do menor ou de seus tutores legais;” (BRASIL, 2004)

⁵ “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso

normativo, ainda que não traga disposições sobre saúde e direitos de pacientes, traz à tona o consentimento informado como princípio para tratamento de dados de maneira geral no âmbito da internet. E em 2018, com a publicação da Lei 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, houve a delimitação de um regime jurídico específico para dados de saúde, demarcando-os como sensíveis e inserindo o dever de obtenção de consentimento informado como requisito para o seu tratamento (BRASIL, 2018).

Na seara específica do direito à saúde o Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013, tratando sobre as diretrizes para atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e do Sistema Único de Saúde, estabeleceu que os profissionais de saúde do SUS deveriam colher o Termo de Consentimento Informado, assinado pela vítima e responsável legal, quando do atendimento às vítimas de violência sexual para coleta de vestígios a serem encaminhados à perícia oficial. A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também é importante diploma sobre o tema ao reconhecer o direito à autodeterminação em matéria de capacidade para consentir às pessoas com deficiência prevendo em seus artigos 11 e 12 a necessidade de obtenção do consentimento prévio, livre e esclarecido para a realização de qualquer tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica¹.

Em resumo, não há no Brasil uma normativa específica sobre o consentimento informado, as normas extraídas para o tema são feitas através da exegese da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil além de normas específicas sobre temas diversos à relação médico-paciente como a proteção de dados e o atendimento de vítimas de violência sexual. É a esta conclusão que o chega Éfren Lima, citando ainda a Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996) e a Lei de transplante de órgãos (Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997).²

a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (BRASIL, 2014)

¹ “Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada. Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei. Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.” (BRASIL, 2015.)

² Escreve o autor: - “Em resumen, em Brasil la reglamentación en la etapa constitucional padece del grave defecto al que designamos, em el inicio del Capítulo, de déficit normativo. De um lado, normas com status de ley en las que la exigência del consentimiento informado se restringe a actos médicos específicos, verbi gratia, planeamiento familiar (Ley nº 9263/96), transplante de órganos (Ley nº 9434/97) y consentimiento de las personas com enfermedad mental (Ley nº 13146/2015); y, de otro, normas generales, de aplicación no limitada al arelación médico-paciente, em que no hay referencia expresa al consentimiento informado, a ejemplo del CDC y NCC.” (LIMA, 2016, p. 64)

3 O CONSENTIMENTO INFORMADO NA JURISPRUDÊNCIA DOS SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste último capítulo, o objetivo será apresentar como a teoria do consentimento informado tem penetrado na jurisprudência brasileira através da pesquisa e descrição de julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que se referem à expressão “consentimento informado”. Neste intento, de caráter mais instrumental, foi utilizada a ferramenta de busca de jurisprudência disponível no sítio eletrônico do tribunal analisado e a identificação da teoria no acórdão ou em algum dos votos que compuseram as decisões.

3.1 O consentimento informado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Para a pesquisa de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi utilizada a ferramenta “Jurisprudência” disponibilizada no sítio <https://scon.stj.jus.br/SCON/> do tribunal. Esta ferramenta possibilita a pesquisa de termos e expressões contidos nos julgados através da digitação em campo específico. Utilizou-se como técnica a pesquisa entre aspas do termo “consentimento informado” permitindo com que a ferramenta apresentasse apenas os julgados que continham a expressão inteira, ou seja, excluindo aquelas que possuíam apenas “consentimento” ou apenas “informado” de maneira separada. A pesquisa retornou com a seguinte quantidade de dados: 13 acórdãos, 393 decisões monocráticas, 1 súmula e 5 informativos de jurisprudência.

Como este capítulo não tem o condão de ser um estudo minucioso e exaustivo de jurisprudência, mas apenas uma análise da presença da teoria nos julgados, limitar-se-á aos acórdãos dos tribunais, não se debruçando sobre as decisões monocráticas, os informes de jurisprudência e eventuais súmulas. A partir das informações obtidas como resultado na pesquisa construiu-se a seguinte tabela em ordem cronológica descrentes de julgamento:

Processo	Relator	Órgão Julgador	Data do julgamento
REsp 1848862 / RN RECURSO ESPECIAL 2018/0268921-9	Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE	T3 - TERCEIRA TURMA	05/04/2022
REsp 1808050 / SP RECURSO ESPECIAL 2019/0097921-3	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	17/11/2020

REsp 1794971 / SP RECURSO ESPECIAL 2019/0006347-2	Ministro HERMAN BENJAMIN	T2 - SEGUNDA TURMA	10/03/2020
REsp 1540566 / SC RECURSO ESPECIAL 2015/0154209-2	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	11/09/2018
REsp 1540580 / DF RECURSO ESPECIAL 2015/0155174-9	Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)	T4 - QUARTA TURMA	02/08/2018
REsp 1365609 / SP RECURSO ESPECIAL 2011/0105689-3	Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO	T4 - QUARTA TURMA	28/04/2015
REsp 1121275 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0019668-6	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	27/03/2012
REsp 1144840 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0184212-1	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	20/03/2012
REsp 985888 / SP RECURSO ESPECIAL 2007/0088776-1	Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO	T4 - QUARTA TURMA	16/02/2012
REsp 976836 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0187370-6	Ministro LUIZ FUX	S1 - PRIMEIRA SEÇÃO	25/08/2010
REsp 1180815 / MG RECURSO ESPECIAL 2010/0025531-0	Ministra NANCY ANDRIGHI	T3 - TERCEIRA TURMA	19/08/2010
REsp 467878 / RJ RECURSO ESPECIAL 2002/0127403-7	Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR	T4 - QUARTA TURMA	05/12/2002
REsp 436827 / SP RECURSO ESPECIAL 2002/0025859-5	Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR	T4 - QUARTA TURMA	01/10/2002

Tabela 1. Tabela de acórdãos organizados em ordem cronológica decrescente de julgamento

Dos treze acórdãos, 7 deles¹ utilizam a expressão consentimento informado especificamente no âmbito do direito à saúde no processo de autonomia do paciente e como requisito do ato médico, nos outros 6 acórdãos² o termo é utilizado como requisito geral da relação consumerista (não tratando especificamente sobre a relação médico-paciente) e em atenção ao princípio da transparência do Art. 6º, III do CDC como corolário do direito à informação.

Conforme já havia sido demonstrado, a teoria do consentimento informado teve inserção tardia no Brasil tendo maior influência após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os dados da tabela acima corroboram para a mesma conclusão. A discussão sobre o consentimento informado teve a primeira menção em sede de julgamento no STJ apenas em 2002. A presença

¹ REsp 1848862/RN, REsp 1808050/SP, REsp 1540580/DF, REsp 985888/SP, REsp 1180815/MG, REsp 467878/RJ e REsp 436827/SP

² REsp 1794971/SP, REsp 1540566/SC, REsp 1365609/SP, REsp 1121275/SP, REsp 1144840/SP e REsp 976836/RS

da expressão “consentimento informado” nas decisões monocráticas é mais tardia ainda, tendo sido a primeira menção no REsp 653078, de Relatoria do Ministro Luiz Fux com data de julgamento em 23/08/2005, conforme tela de resultado da pesquisa.

O acórdão mais antigo, REsp n. 436.827/SP de 2002, trata-se de ação movida por uma paciente que após ter perdido a visão procurou atendimento por dois profissionais médicos com o objetivo de realizar cirurgia para retorno da vista, houve diversas complicações durante a cirurgia e ao final não houve recuperação da visão. A paciente então recorreu à justiça alegando que os médicos não a haviam informado sobre os riscos do procedimento e que, portanto, não foi capaz de consentir adequadamente ao procedimento. Os ministros confirmaram o direito da paciente e responsabilizaram os médicos por negligência no exercício profissional.¹

A fundamentação da decisão é através da ideia de que a ausência do consentimento informado se consubstanciou em *mala praxis* médica fazendo, portanto, com que houvesse responsabilidade civil fundada no art. 1.545 do Código Civil de 1916².

Os demais acórdãos, em menor ou maior medida, irão fundamentar a sua decisão para a aplicação da teoria do consentimento informado ora no Código de Defesa do Consumidor³, ora no Código Civil⁴, ora em normas deontológicas médicas⁵, ora em mais de uma dessas normas⁶, o que confirma nesses diplomas a demonstrada fonte da teoria no Brasil.

¹ RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp n. 436.827/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1.10.2002, DJ de 18.11.2002, p. 228).

² Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento. (BRASIL, 1916).

³ REsp n. 467.878/RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 5/12/2002, DJ de 10/2/2003, p. 222.

⁴ REsp n. 1.808.050/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 26/11/2020

⁵ REsp n. 1.848.862/RN, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.

⁶ REsp n. 1.180.815/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/8/2010, DJe de 26/8/2010; REsp n. 985.888/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/2/2012, DJe de 13/3/2012; e REsp n. 1.540.580/DF, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 4/9/2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo delimitou-se os contornos históricos do processo de mudança institucional na relação médico-paciente que proporcionou o deslocamento da centralidade da relação de uma posição paternalista por parte do profissional de saúde para uma autonomia do paciente. Os contornos foram traçados tendo em vista a trajetória jurídica dos Estados Unidos da América no desenvolvimento de uma teoria do consentimento informado e do direito à privacidade e da inclusão da teoria do consentimento informado na Europa a partir da Espanha. Conclui-se que o processo estadunidense percorreu uma via jurisprudencial e o processo espanhol se deu através do reconhecimento de normas deontológicas, da Constituição e do estabelecimento de uma legislação específica sobre o tema. No último capítulo foi apresentado um esboço do estabelecimento tardio da teoria do consentimento informado no Brasil a partir da Constituição de 1988, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, não apresentando uma legislação específica sobre o tema. E por último, apresentou-se de maneira empírica a presença da teoria do consentimento informado nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. A partir do estudo percebe-se que a teoria do consentimento informado tal qual construída nos Estados Unidos e na Espanha teve bastante influência no Brasil e, em que pese tenha carência de fontes normativas específicas, já tem sido utilizada na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que retiram a validade da teoria nas normas citadas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente**. Adotada pela 34^a Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47^a Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, setembro de 1995.

BRASIL. **Resolução CFM nº 671/75**. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1975/671>> Acesso em: 20 mar. 2023

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 20 mar. 2023

_____. Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 25 jun. 2022.

_____. Decreto n° 5.006, de 8 de março de 2004. **Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados**. Brasília, DF: Presidência da República, 2004

_____. Lei N° 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

_____. Lei N° 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

_____. Lei N° 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 20 mar. 2023.

COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/books/11/>> Acesso em: 20 mar. 2023

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. I, v. II.

ESPAÑA. **Constitución Española de 1978**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>> Acesso em: 20 de mar. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Fourth Amendment to the United States Constitution**. 1792, Disponível em: <<https://constitution.congress.gov/browse/amendment-4/>> Acesso em: 20 mar. 2023.

FADEN, Ruth. R; BEAUCHAMP, Tom. L; KING, Nancy M. P. **A History and Theory of Informed Consent**. Oxford University Press: New York, 1986.

GARCIA, Rafael de Deus. Os direitos à privacidade e à intimidade: origens, distinção e dimensões. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1: 1-26, jan./jun. 2018

GONZÁLEZ LEÓN, Carmén. La protección del paciente y el consentimiento informado. *Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Separata de Lex Medicinæ*. Ano 6, nº 12, p. 15-32, julho-dezembro, 2009

LIMA, Éfren Paulo Porfírio de Sá. **El Consentimiento Informado: Estudio Comparativo de los Sistemas Español e Brasileño de Protección al Paciente**. Salamanca: Ratio Legis Ediciones, 2017

LIMA, Éfren Porfírio de Sá. El desarrollo histórico del consentimiento informado en España y en Brasil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.5, n.2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/el-desarrollo-historico-del-consentimiento/>>. Acesso: 20 mar. 2023.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 16, nº 63, jul-set/2007

OSUNA, Davinia Cadenas. **El consentimiento informado y la responsabilidad médica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018. Disponível em: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2018-83> Acesso em: 20 mar. 2023

SEOANE, José Antônio. La construcción jurídica de la autonomía del paciente. *EIDON*, nº 39. p. 13-34, enero-julio, 2013.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v.4, pp. 193-220, 1890. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>> Acesso em: 20 mar, 2023.

