

O CONSENTIMENTO INFORMADO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS: TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À AUTODETERMINAÇÃO

INFORMED CONSENT IN AESTHETIC PLASTIC SURGERIES: PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO HEALTH AND SELF-DETERMINATION

Jorge Lintz Calixto Santos Souza¹

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PUCSP, São Paulo/SP, Brasil)

Mariana Havir Bufarah²

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Civil Comparado (PUCSP, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S): direito civil; direito constitucional.

RESUMO: O presente estudo busca analisar a importância do consentimento informado e do termo de consentimento livre e esclarecido em cirurgias e procedimentos eletivos com finalidade exclusivamente estética. Para tanto, desenvolve-se, inicialmente, um panorama geral acerca dos direitos da personalidade e suas características essenciais. Busca-se, sem a pretensão de exaurir o tema,

tratar do direito fundamental à saúde e à autodeterminação, aplicando os referidos direitos ao tema da cirurgia plástica de cunho puramente estético. A fim de melhor compreender o papel do consentimento informado, elencam-se as principais mudanças ocorridas na relação médico-paciente ao longo dos últimos séculos, bem como as diferentes modalidades de obrigações assumidas pelo profissional da medicina, a depender do tipo de tratamento a ser realizado, se estético ou reparador. Nesse

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador – Bahia. Especialista em Direito e Magistratura pela Universidade Federal da Bahia. *E-mail:* jorgecalixto.adv@live.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6604259813948630>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7436-5326>.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Servidora Pública do Tribunal de Justiça de São Paulo. *E-mail:* maribufarah@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7679172333169617>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5358-3794>.

sentido, aprofunda-se o atual entendimento destinado às cirurgias de finalidade estética, como sendo obrigações de resultado, bem como os reflexos jurídicos que a referida categoria pode ter na atuação médica. Finalmente, conjugando todo o exposto anteriormente, discriminam-se alguns dos benefícios advindos da adoção do consentimento informado, como verdadeiro garantidor bilateral de direitos no tratamento médico, tanto em prol do paciente como em benefício do próprio médico, que passa a atuar, especialmente no campo da cirurgia plástica cosmética, com maior respaldo e segurança jurídica.

ABSTRACT: *The present study seeks to analyze the importance of informed consent and the free and informed consent form in elective surgeries and procedures with an exclusively aesthetic purpose. To this end, an overview of personality rights and their essential characteristics is initially developed. It seeks, without the intention of exhausting the subject, to deal with the Fundamental Right to health and self-determination, applying these rights to the theme of plastic surgery of a purely aesthetic nature. In order to better understand the role of informed consent, the main changes that have occurred in the doctor-patient relationship over the last centuries are listed, as well as the different types of obligations assumed by the professional, depending on the type of treatment to be performed, aesthetic or restorative. In this sense, the current understanding of surgeries for aesthetic purposes is deepened, as being obligations of result and the legal consequences that this category can have in medical practice. Finally, combining all of the above, some of the benefits arising from the adoption of informed consent are discriminated, as a true bilateral guarantor of rights in medical care, both in relation to the patient and to the doctor himself, who may act, especially in the field of cosmetic plastic surgery, with greater support and legal certainty.*

PALAVRAS-CHAVE: consentimento informado; cirurgias plásticas estéticas; direito fundamental; saúde; autodeterminação.

KEYWORDS: *informed consent; aesthetic plastic surgeries; fundamental right; health; self-determination.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos da personalidade; 2 O direito fundamental à saúde; 3 O direito fundamental à autodeterminação; 4 Obrigação assumida pelo médico nas cirurgias plásticas de cunho estético; 5 O consentimento informado e o diálogo sistemático de coerência entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor; 6 Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): direito do paciente e respaldo à atuação médica; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Personality rights; 2 The fundamental right to health; 3 The fundamental right to self-determination; 4 Obligation assumed by the physician in plastic surgeries of an aesthetic nature; 5 Informed consent and systematic coherence dialogue*

between the Civil Code and the Consumer Defense Code; 6 Informed consent form (IC): patient's right and legal support for medical action; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

A crescente busca por um padrão de beleza idealizado pela sociedade e o conseqüente aumento na procura por tratamentos estéticos, procedimentos ou cirurgias plásticas de cunho, exclusivamente, embelezador conferem novos contornos à questão da responsabilidade civil do médico. Tais contornos tornam-se ainda mais sinuosos no que tange à atuação do médico no âmbito das cirurgias plásticas com finalidade exclusivamente estética, ao se considerar a construção doutrinária e jurisprudencial acerca do tipo de obrigação assumida pelo profissional nesses casos.

Diante de uma cirurgia ou procedimento estético sem função reparadora, a obrigação assumida pelo médico é de resultado, ficando o profissional compelido a se desincumbir do ônus probatório, uma vez ocasionado dano. Cabe ao médico, diante disso, demonstrar que não agiu com culpa, consubstanciada em quaisquer de suas modalidades: imprudência, imperícia e negligência.

Importante destacar, também, outro agravante da presente discussão: a subjetividade inerente ao conceito de beleza e a conseqüente dificuldade de se apurar um dano de ordem estética. De fato, é tênue a linha que separa um dano estético, causado por erro médico, de mero resultado considerado insatisfatório aos olhos do paciente, nos procedimentos e nas cirurgias plásticas de função puramente embelezadora. Teresa Ancona Lopes entende como dano estético “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa”³. Wilson Melo da Silva⁴, por sua vez, define o dano estético não apenas como o aleijão, mas também as deformidades ou deformações, as marcas e os defeitos, ainda que mínimos, que possam implicar, sob qualquer aspecto, um afeamento da vítima, constituindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos. Contrariando os consagrados esforços da doutrina em definir essa espécie de dano, a imprecisão do conceito de estética, bem como a subjetividade

³ LOPEZ, T. A. *O dano estético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 46.

⁴ SILVA, W. M. da. *Dano estético*. São Paulo: Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 22, 1977. p. 249- 260.

inerente à compreensão da beleza imprimem árdua tarefa aos juízes e tribunais brasileiros.

Revela-se, diante disso, a vulnerabilidade do profissional da medicina na situação mencionada, tornando ainda mais atual e importante o debate acerca da adoção do consentimento informado, enquanto processo, e do termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE). O referido instituto deve ser visto como um verdadeiro processo na atuação médica, capaz de facilitar o diálogo com o paciente, bem como trazer maior segurança, tanto para a atuação do médico como para o seu paciente.

Aliado ao acima exposto, cumpre observar, ainda, a notoriedade e a imprescindibilidade do direito fundamental à saúde e do direito fundamental à autodeterminação, ambos considerados direitos da personalidade. Os direitos da personalidade são intrínsecos ao ser humano e advêm da própria dignidade da pessoa humana. Tais direitos apresentam diversas características que são essenciais à sua natureza, as quais veremos adiante neste estudo. Nesse sentido, os direitos fundamentais à saúde e à autodeterminação podem ser entendidos como exemplos de direitos da personalidade que decorrem da faceta da integridade física do homem, relacionando-se, portanto, de forma direta com a questão do consentimento informado.

Conforme mencionado anteriormente, o direito à saúde e o direito à autodeterminação, além de serem exemplos de direitos da personalidade, configuram, também, verdadeiros direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 salvaguarda os referidos direitos em diversos artigos. O art. 6º da Constituição prevê o direito à saúde como um dos direitos sociais. Não obstante, em seu art. 196, salvaguarda a saúde como sendo direito de todos os indivíduos e, também, como dever do Estado de prestá-la.

No que tange ao direito à autodeterminação do indivíduo, embora não esteja este previsto expressamente pela Constituição Federal, decorre do conjunto de princípios e de outros direitos constitucionais expressos, sob o postulado da dignidade da pessoa humana. De igual sorte, em que pesem as disposições do Código Civil em seus arts. 11 e 13, no sentido de proibir qualquer hipótese de limitação voluntária dos direitos da personalidade, a doutrina aponta que o ordenamento jurídico brasileiro permite a disponibilidade dos direitos da personalidade, desde que o ato não contrarie a ordem pública, não

cause danos permanentes ou nos casos em que a disposição seja motivada por interesse legítimo do autor.

Cumpre notar que o presente artigo não se presta a analisar todas as temáticas que envolvem o tema da responsabilidade civil médica, como os diferentes danos que podem ser ocasionados, de ordem estética, moral, material etc. Não se presta, também, a tratar da questão indenizatória envolvendo danos estéticos e a sua extensão nos casos concretos.

De tal sorte, o estudo que aqui se busca fazer pretende, tão somente, traçar considerações acerca da relevância do consentimento informado enquanto processo facilitador e mediador da relação médico-paciente, além de concretizador dos direitos fundamentais à saúde e à autodeterminação.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 CONCEITO

De início, importa anotar que os direitos da personalidade correspondem àquela categoria de direitos que viabilizam e tutelam, em diversos âmbitos, o exercício da individualidade da pessoa humana. Tais direitos, criados para proteger o indivíduo de si mesmo e de terceiros, derivam diretamente da dignidade da pessoa humana, sendo respeitados independentemente de qualquer formalismo ou positividade. Nesse sentido, dizemos que os referidos direitos são considerados inatos ao homem, ou seja, nascem com a mera existência do indivíduo e relacionam-se com a proteção da vida, da liberdade, da integridade, da sociabilidade, da privacidade, da honra, da imagem, da autoria etc.

Sublinha-se, em vista do acima exposto, que, embora no Brasil existam defensores da corrente positivista, os quais entendem ser necessária a positividade legal de tais direitos, a doutrina majoritária, bem como os tribunais superiores são adeptos à corrente jusnaturalista, por meio da qual os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e à sua dignidade. De tal sorte, os jusnaturalistas enxergam tais direitos como originários e, portanto, inatos à pessoa humana. Além disso, defendem que o rol dos direitos da personalidade é meramente exemplificativo, e não taxativo, ou seja, a proteção de tais direitos não se exaure nos objetos previstos pela legislação. Participam dessa corrente doutrinária, dentre outros professores, Rubens Limongi França, Maria Helena Diniz e Carlos Alberto Bittar.

De fato, o Código Civil de 2002 demonstra alinhamento ao entendimento de que os direitos da personalidade, derivados da dignidade da pessoa humana, constituem proteção básica e fundamental a todo e qualquer indivíduo, podendo ser presumidos.

1.2 CLASSIFICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

Conforme observado anteriormente, os direitos da personalidade abrangem diversos âmbitos da existência humana. Nesse sentido é que Limongi França⁵ entende existirem três grandes facetas da personalidade: *integridade física*, que compreende o direito à vida, o direito ao corpo vivo, o direito ao corpo morto etc.; *integridade intelectual*, que pode se desdobrar em liberdade de pensamento, liberdade de autor e inventor etc.; *integridade moral*, que compreende a identidade sexual, o nome e a estética, por exemplo.

Cabe mencionar, no que tange às suas características essenciais, que todos os direitos da personalidade se pautam e retiram seu fundamento de existência e de validade da dignidade da pessoa humana. Portanto, são direitos *inatos*, ou seja, inerentes à própria pessoa humana, bastando a ela existir; *gerais*, na medida em que são outorgados a todas as pessoas pelo simples fato de existirem, não requerendo nenhuma característica específica destas; *absolutos*, haja vista serem oponíveis *erga omnes*; *extrapatrimoniais*, pois são insuscetíveis de apreciação econômica, embora sua lesão possa gerar efeitos patrimoniais; *intransmissíveis*, ou seja, extinguem-se, em regra, com a morte do titular, ressalvados os seus reflexos patrimoniais, que admitem transmissão; *indisponíveis*, dado que o seu titular não pode dispor do direito da personalidade em caráter permanente ou total, restando preservada sua estrutura psicofísica e intelectual; *irrenunciáveis*, pois entende-se que nenhuma pessoa humana, por nenhum ato de vontade (gratuito ou oneroso), pode abdicar de tais direitos; *imprescritíveis*, na medida em que inexistente um prazo extintivo para que seja exercido um direito da personalidade. Todavia, faz-se uma ressalva acerca da distinção existente entre a imprescritibilidade do direito em si e a prescritibilidade da pretensão indenizatória, decorrente de eventual dano à personalidade, que, nesse caso, prescreve em três anos, conforme art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002.

⁵ FRANÇA, R. L. *Direitos da personalidade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 567, jan. 1983.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Inicialmente, sublinha-se a existência de diversas classificações, visões e valorações empregadas, durante todo o processo evolutivo-histórico de entendimento, acerca do conceito de direito fundamental à saúde, bem como de sua aplicabilidade prática. Entretanto, o objeto de análise do presente artigo terá como base de estudo o arcabouço normativo pátrio. Portanto, este estudo não tem a pretensão de adentrar, com profundidade, nas diferentes classificações e vertentes doutrinárias sobre o assunto.

A atual Constituição Federal, promulgada em 1988, reconhece e tutela o direito universal à saúde, em diversos dispositivos de seu texto. No art. 6º, por exemplo, a saúde é elencada como um dos direitos sociais, restando evidenciada a sua importância e relevância para a sociedade, ao lado de direitos como educação, segurança, previdência social, dentre outros.

Aliado ao artigo mencionado acima, a Constituição de 1988 prevê, ainda, em seu art. 196, que a saúde é um direito destinado a todos e, também, um dever do Estado. Nesse sentido, cabe ao ente estatal garantir o pleno exercício da saúde por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos. Deve o Estado, ainda, fomentar e assegurar o acesso universal e igualitário às respectivas ações e serviços, para sua promoção. No mesmo sentido, o art. 198 da Constituição Federal traça diretrizes acerca da organização e disposição das ações e serviços públicos de saúde, os quais integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único e de atendimento integral.

De igual sorte, vale sublinhar que o direito à saúde, segundo a classificação dos direitos fundamentais em gerações, classifica-se no rol dos direitos de segunda geração. Tais direitos exigem, para a sua implementação, uma conduta ativa e positiva do Estado. Ou seja, cabe ao Poder Público a tomada de ações visando ao efetivo implemento e eficácia do exercício dos respectivos direitos.

Consigna-se que, por ser enquadrada como direito fundamental, a máxima eficácia na efetivação saúde é requisito essencial para a concretização e o respeito à dignidade humana, pois, além dos fundamentos supracitados, a dignidade da pessoa humana constitui pilar central da República Federativa do Brasil, conforme preceitua o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Em apertada síntese, observa-se que, no Brasil, a efetividade ao direito à saúde tornou-se reflexo da consolidação de vários marcos, como aqueles atingidos pelos movimentos sanitaristas. Tais movimentos fomentavam reuniões, dentro das Conferências de Saúde, que tiveram papel fundamental para que avanços fossem incorporados pela Assembleia Nacional Constituinte na elaboração da Constituição de 1988.

O sistema de saúde, em uma visão ideológica, propõe não apenas o cuidado de maneira assistencial, mas também a preocupação integral à saúde. Sendo assim, o direito à saúde do cidadão engloba diversos momentos, desde a prevenção até o efetivo tratamento, objetivando uma melhoria na qualidade de vida da sua população, e não apenas a cura de moléstias. Ademais, o ordenamento brasileiro determina, ainda, que a referida promoção da saúde, em seus diversos âmbitos, é dever não apenas da União, assim como dos Estados e dos Municípios.

Ressalta-se, ainda, que a Constituição de 1988 não restringiu o exercício e a tutela da saúde apenas à esfera pública. Nesse sentido, o art. 199 do texto constitucional prevê a possibilidade de a iniciativa privada, também, atuar no âmbito da saúde, ficando possibilitada a sua participação de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, desde que respeitando as diretrizes deste.

Por fim, corroborando com o entendimento de que a saúde e, portanto, a medicina devem ser destinados de forma global à sociedade, o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nºs 2.222/2018 e 2.226/2019), em seu capítulo I, estabelece que a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade. E, diante disso, deverá ser exercida sem discriminação de nenhuma natureza, tendo por principal alvo a atenção do médico à saúde do homem. Neste mesmo diploma, sublinham-se, também, a importância e a necessidade dos profissionais da medicina agirem com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional em prol dos objetivos acima mencionados.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO

O direito ao próprio corpo, caracterizado como o direito à integridade física e à sua disposição, no todo ou em parte, em vida ou após a morte, pode ser considerado como um direito dual, na medida em que sua natureza jurídica se

encontra na intersecção da categoria dos direitos da personalidade e daqueles ditos fundamentais. Revela-se, nesse sentido, que o direito à autodeterminação encontra respaldo nas características de ambas as categorias de direitos mencionadas. A indisponibilidade dos direitos da personalidade, apontada anteriormente como uma de suas principais características, pode parecer, em um primeiro momento, estar em desacordo com a análise acerca dos limites e possibilidades dos atos de disposição. Entretanto, trata-se de conflito apenas aparente, na medida em que o próprio Estado, por meio de seu ordenamento jurídico, atribui força à vontade individual para que a pessoa, em determinadas situações, possa dispor de algum atributo pessoal, sem que isto descaracterize a natureza fundamental de tais direitos.

Contudo, é imperioso mencionar que o exercício do direito à autodeterminação, para dispor da própria integridade física, guarda relação de dependência e, ao mesmo tempo, encontra substrato no princípio do consentimento informado. Este último, previsto de maneira lacônica no art. 15 do Código Civil, consiste em verdadeiro fundamento de validade para as intervenções médicas, sejam elas de cunho cirúrgico ou conservador. Assim, o referido princípio, pautado na autonomia privada e, conseqüentemente, na própria dignidade da pessoa humana, pressupõe que haja a devida prestação de informações, adequadas ao paciente que receberá, ou não, aquele tratamento.

Nas últimas décadas, o direito fundamental à autodeterminação, no que tange à disposição da própria integridade física para fins medicinais, ganhou corpo. No mesmo sentido, o seu exercício tornou-se mais vultoso, na medida em que a autonomia do paciente também se intensificou, haja vista a crescente horizontalização da relação médico-paciente, conforme se verá no próximo item deste artigo. Tal autonomia é tida, cada vez mais, como forma de promoção da soberania da pessoa quanto à sua própria vida, saúde e corpo físico.

3.1 NOTAS SOBRE A ATUAL RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Desde os primórdios, o ser humano busca meios para combater os males, as doenças e as dores que o atingem. Nesse sentido, junto com as primeiras atividades dedicadas integralmente à cura, também surgiram as primeiras denominações para os indivíduos que a perseguiram. De início, tais homens eram considerados magos e sacerdotes. Apenas com o advento do tempo, e com a evolução da medicina em verdadeira ciência, o rigor técnico foi capaz

de delimitar o espaço de atuação e, até mesmo, os erros cometidos por seus praticantes.

Ao observar-se a relação médico-paciente dos últimos séculos, é fácil notar a existência de uma certa desproporção entre os atores de tal relação. De fato, a relação do profissional da medicina com o seu paciente foi marcada, durante muitos anos, por forte paternalismo e algum grau de desequilíbrio. Esse paternalismo, próprio da profissão médica, advém da ideia de que o enfermo é *infirmus*, ou seja, trata-se de indivíduo vulnerável e que não detém o mesmo saber formal que o médico possui. O excesso de paternalismo, contudo, pode levar a uma relação entre médico e paciente demasiadamente assimétrica. É nesse sentido que Diego Gracia⁶ compara a posição do médico paternalista com a atuação do governante em relação aos cidadãos da Grécia antiga, citando a obra de Platão, *A República*, na qual o governante sabe o que é melhor para o povo e, em razão disso, lhe é destinado o poder absoluto, restando ao cidadão obedecer às ordens do governante, sem questioná-las.

A medicina e, conseqüentemente, a relação existente entre o médico e o seu paciente têm experimentado constante evolução e mudanças significativas. Isso se deve, entre outros fatores, ao avanço da tecnologia, bem como à progressiva intensificação do exercício de autodeterminação do indivíduo em diversos âmbitos, inclusive na relação com o seu médico. Aquele não mais ocupa uma posição de submissão em relação a este, revelando, neste sentido, uma maior simetria no vínculo médico-paciente.

O médico é um profissional apto a trabalhar na atenção da saúde humana. O estudante ingressa na faculdade de medicina, cola grau e faz o juramento de Hipócrates:

[...] Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. [...]

Ressalta-se, contudo, que, embora antes tivéssemos uma relação verticalizada, em que o médico era o portador de todo o conhecimento

⁶ GRACIA, D. *Bioética clínica*. Santa Fé de Bogotá: Editorial El Búho, 1998.

necessário para o tratamento (e, conseqüentemente, o detentor do “destino da vida” daquele paciente), hoje possuímos uma relação mais horizontal, considerando, inclusive, a vontade e a autonomia do paciente diante de sua própria vida. O paciente não mais se encontra em posição de inferioridade e submissão em relação ao seu médico, e sim em uma posição ativa diante do tratamento a ser seguido.

Diante do acima exposto, muito se fala, atualmente, acerca da necessidade e da importância de maior transparência na relação médico-paciente. A boa-fé objetiva, a partir da qual se desenvolve o dever de informação, prévio à realização de qualquer tratamento estético, também deve ser observada no trato com o paciente. Aliado aos elementos já expostos, o instituto do termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) é de suma importância, especialmente quando se trata de cirurgia ou procedimento de finalidade estética, nos quais a obrigação assumida pelo médico é de resultado, gerando a inversão do ônus probatório. Todos os elementos mencionados anteriormente são capazes de, juntos, trazerem maior respaldo à atuação médica, bem como maior transparência na relação médico-paciente e, ainda, maior autonomia ao paciente que se submete a um tratamento estético.

4 OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS DE CUNHO ESTÉTICO

A responsabilidade civil médica, especialmente no que tange à obrigação assumida em cirurgias plásticas e procedimentos de cunho exclusivamente estético, sempre foi fruto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, chegando até a causar certo grau de insegurança jurídica. Isso porque, embora a responsabilidade do médico possa nascer extracontratualmente, na maioria das vezes possui natureza contratual, pela qual recai sobre o devedor uma presunção de culpa.

Quanto à obrigação assumida pelo médico, apresenta-se, em regra, como uma obrigação de meio, na qual o profissional fica compelido a prestar cuidados conscienciosos, mas não se compromete à resultado previamente estipulado, bastando dispensar máximo esforço a fim de obter a cura. Difere-se quando o propósito do tratamento é unicamente estético, pois, nessa modalidade de procedimento ou cirurgia, a obrigação assumida pelo médico deixa de ser a regra geral da obrigação de meio e passa a ser uma obrigação de resultado, conforme reiterada pela jurisprudência dos tribunais brasileiros. Apesar

de a obrigação se vincular ao resultado nesses casos, a responsabilidade do médico continua sendo subjetiva. Ou seja, o ônus processual fica a cargo do profissional, que é compelido a demonstrar ausência de culpa em sua atuação, quando ocasionado algum dano.

A culpa, por sua vez, funda-se em ato ilícito, podendo apresentar diferentes modalidades. A *imprudência* consiste no agir precipitado, sem cautela e sem comedimento. Seu perfazimento pode ocorrer, ainda, de forma omissiva. A *negligência*, ato omissivo em regra, é o descuido, a incúria e a desatenção. Consiste, portanto, na falta de precauções, sem que haja a intenção de prejudicar. A *imperícia*, finalmente, é a incapacidade, a inexperiência e a falta de conhecimento específico ou técnico da profissão.

O dano, aliado à conduta e ao nexo de causalidade, é pressuposto, e elemento indispensável, para a caracterização da responsabilidade civil. Henri Lalou ensina que não há responsabilidade civil onde não há prejuízo: “*Pas de préjudice, pas de responsabilité civile*”⁷. O dano individual é aquele que atinge a vítima, em alguma de suas esferas. Para que seja indenizável, deverá observar a diminuição ou extinção de um bem jurídico; a certeza do dano ocasionado, não podendo a lesão ser apenas hipotética; a causalidade, entre o fato e o prejuízo; a subsistência do dano, no momento em que o lesado se insurgir contra a conduta do agente; a legitimidade, sendo necessária a titularidade de direito, tanto da vítima como dos beneficiários que dela dependam, ou possam reclamar alimentos; a ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Convém destacar que o tema da responsabilidade civil médica torna-se, ainda mais, controverso ao se considerar a dificuldade de apuração do dano estético. Isso ocorre, como dito anteriormente, haja vista a imprecisão do conceito de estética, bem como a subjetividade inerente à compreensão da beleza. A palavra “estética” deriva do francês *esthétique*, que, por sua vez, vem do grego *aisthêtiké*, forma do adjetivo *aisthêtikós*, que significa “ter a faculdade de sentir ou de compreender”, “poder ser compreendido pelos sentidos”. Diz respeito, portanto, à capacidade de identificar e apreciar o que é belo. Ademais, a estética nos remete à compreensão da beleza sensível e da harmonia das formas e das cores, percebidas pelo homem.

⁷ LALOU, H. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1962. p. 135.

Definir o que é belo, portanto, configura verdadeiro desafio a qualquer um que tente conceituar, em termos objetivos, o que é beleza, bem como a sua ausência. Assim, considerando-se a relatividade do conceito de belo, denota-se a especial vulnerabilidade do médico, ao realizar cirurgias e procedimentos de cunho estético, nos quais a mera insatisfação do paciente com o resultado obtido pode colocar o médico em difícil situação, na qual terá que se desincumbir do ônus de provar que não houve culpa em sua conduta profissional.

De fato, é tênue a linha que separa um dano estético, causado por erro médico, de mero resultado considerado insatisfatório aos olhos do paciente, nos procedimentos e cirurgias plásticas puramente cosméticas. Em razão do acima exposto, depreende-se a necessidade de maior atenção à boa-fé objetiva, a partir da qual se desenvolve o dever de informação, prévio à realização de qualquer tratamento estético, bem como ao consentimento informado e ao instrumento do termo de consentimento livre e esclarecido, especialmente quando se tratar de cirurgia ou procedimento de finalidade exclusivamente estética, nos quais a obrigação assumida pelo médico é de resultado.

5 O CONSENTIMENTO INFORMADO E O DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COERÊNCIA ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A palavra consentimento corresponde ao comportamento mediante o qual se autoriza a alguém determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro⁸. O consentimento informado consubstancia-se no diálogo entre o paciente e o provedor do serviço médico, a partir do qual ambas as partes podem trocar perguntas e informações, a fim de que o paciente possa exprimir estar de acordo, ou não, com a realização de intervenção cirúrgica ou de determinado tratamento.

Cumpre ressaltar, entretanto, a importante distinção existente entre o consentimento informado e a figura do consentimento livre e esclarecido. Entende-se que o primeiro engloba o exercício da autonomia bioética e biojurídica que demanda a manifestação da vontade do indivíduo.

⁸ RODRIGUES, J. V. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 25.

Diversamente, o segundo termo, consentimento livre e esclarecido, comporta maior rigor técnico, na medida em que pressupõe a necessidade da manifestação de vontade discernida, advinda da capacidade do indivíduo de receber informações completas e adequadas e, a partir delas, se autodeterminar. Ademais, apesar do consentimento livre e esclarecido ser sempre precedido da palavra “termo”, nas regulamentações que tratam do assunto, tal instituto não se limita a mero documento escrito, e sim a uma série de procedimentos e princípios que devem ser adotados pelo profissional da medicina ao atender o paciente, configurando verdadeiro processo de atuação. Tal processo se guia, dentre outros princípios, pela boa-fé objetiva, a qual, por sua vez, gera deveres anexos de cuidado, informação e cooperação.

Para que se possa analisar, com maior propriedade, o consentimento informado e o instituto do termo de consentimento livre e esclarecido, faz-se necessário examinar o diálogo sistemático de coerência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. O Código de Defesa do Consumidor apresenta um sistema de complementariedade e subsidiariedade em relação às disposições do Código Civil. Sendo assim, em caso de omissão normativa do primeiro diploma, deve-se socorrer ao segundo. Nota-se, entretanto, a existência de influências recíprocas entre ambas os diplomas.

Observa-se a existência ativa de princípios do Código de Defesa do Consumidor na relação médico-paciente e no próprio consentimento informado, como o princípio da vulnerabilidade, pedra fundamental do sistema consumerista, que percebe o consumidor como agente mais fraco em relação ao fornecedor, justificando os demais princípios que se seguem. Outro exemplo da influência principiológica do Código de Defesa do Consumidor é o princípio da boa-fé objetiva, já mencionado acima. Tal princípio apresenta caráter dinâmico, devendo ser observado em todas as fases da relação contratual: pré-contratual, durante a execução do contrato e pós-contratual. Ou seja, cabe ao profissional da medicina conduzir a relação com o seu paciente, durante todo o período perioperatório, pautado pelos deveres de cuidado, informação e cooperação. Caso tais deveres anexos não sejam cumpridos, ou sejam cumpridos de forma insatisfatória, considera-se inadimplido o contrato, diante de uma violação positiva do mesmo, também chamada de “adimplemento ruim”.

Além dos princípios já mencionados, o consentimento informado também se baliza pelo princípio do equilíbrio na relação entre as partes, haja vista a

necessidade e relevância de se evitar o paternalismo excessivo, característico da relação médico-paciente ao longo da história, conforme visto no *item 4.1*. Mais ainda, nota-se a imprescindibilidade de observância do princípio da transparência, em todas as etapas da relação com o paciente, na medida em que esse princípio se configura como um desdobramento lógico da boa-fé objetiva. No mesmo sentido, o cumprimento do princípio da confiança busca garantir o respeito às expectativas do paciente em relação àquilo que é objeto do contrato. Finalmente, considerando-se a necessidade de transparência, a posição de vulnerabilidade do paciente, bem como a busca pelo equilíbrio na relação entre médico e paciente, revela-se, de suma importância, a satisfação do princípio da educação e informação no consentimento informado. Por meio desse princípio, cabe ao profissional da medicina expor, por meio de linguagem clara e acessível ao paciente, o máximo de informações possíveis acerca do tratamento a ser realizado, explicando, com detalhes, qual é o resultado desejado, quais são os possíveis riscos, os cuidados a serem tomados antes, durante e depois da realização do procedimento etc.

Diante do exposto, pode-se concluir que o serviço médico eficiente e completo não se restringe unicamente ao resultado satisfatório de determinado tratamento, estendendo-se, também, a uma atuação pautada nos diversos princípios apontados anteriormente, os quais se consubstanciam no exercício do consentimento informado e, ainda, na adoção do termo de consentimento livre e esclarecido como instrumento capaz de documentar a efetiva e devida execução do consentimento informado do paciente.

6 TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE): DIREITO DO PACIENTE E RESPALDO À ATUAÇÃO MÉDICA

Imprescindível observar a natureza jurídica do consentimento informado, bem como a influência que este pode exercer na responsabilidade civil assumida pelo profissional da medicina, especialmente nas cirurgias plásticas e procedimentos de caráter unicamente estético. Para que se caracterize a responsabilidade civil do médico, pela não obtenção do consentimento informado, deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final. Assim, o dano deve ser consequência da informação falha ou inexistente, sendo que esta se liga àquela por nexo de causalidade.

No Brasil, o termo de consentimento livre e esclarecido é tratado com especificidade nas Resoluções n^os 466/2012 e 510/2016, do Conselho Nacional

de Saúde, que tratam da pesquisa envolvendo seres humanos, bem como na Recomendação nº 1/2016 do Conselho Federal de Medicina

O TCI representa, portanto, uma consolidação da relação de contratação de um serviço entre o cirurgião plástico e o paciente, podendo, inclusive, trazer certo grau de segurança para ambos, na medida em que privilegia a boa-fé objetiva e o dever de informar, como pressupostos de validade do exercício da autodeterminação do paciente. Assim, incumbe ao médico a obrigação de informar ao paciente possíveis riscos advindos do tratamento, e ao paciente declarar que compreendeu e que aceita se submeter ao tratamento proposto, não podendo desdizer o que assinou, a menos que o termo tenha sido obtido de forma irregular ou constatada falha no dever de informar.

Embora o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Ética Médica (CEM) preconizem o princípio da informação, sendo salientado que se prestem todas as informações aos pacientes de forma prévia ao tratamento, muitos médicos ainda negligenciam a segurança obtida com a simples aplicação do consentimento informado e adoção do TCLE, devidamente assinado por ambos. Ainda, no mesmo sentido, pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica. Esse documento torna a relação médico-paciente clara, transparente e honesta, respeitando a autonomia do paciente de ter seu corpo violado pela cirurgia, com consciência de possíveis riscos, resultados e limitações do tratamento a ser realizado. Por outro lado, o cirurgião plástico, ao utilizar o consentimento informado de forma adequada, demonstra idoneidade, boa-fé e bons princípios, fato que traz maior respaldo e segurança à sua atuação médica, inclusive se considerando eventuais insurgências futuras.

O desrespeito ao dever de informação vem gerando, cada vez mais, condenações aos profissionais da medicina nos tribunais brasileiros, que entendem que a falta de informação clara e precisa, aliada ao nascimento de um dano ou prejuízo para o paciente, pode ensejar a responsabilização civil do médico. Nesse sentido, a condenação do médico pode ser fundamentada não no erro médico, mas sim na própria falha no dever de informar ao paciente os possíveis riscos e eventuais complicações que poderiam ocorrer no procedimento cirúrgico.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se pronunciou no sentido de que todo paciente tem o direito de tomar conhecimento acerca dos possíveis

riscos, complicações e benefícios de qualquer procedimento médico que lhe for indicado. Isso porque a referida ciência dos desdobramentos o possibilita manifestar, de forma livre e consciente, o seu interesse e concordância em se submeter ou não ao referido procedimento.

Ressalta-se, entretanto, conforme entendimento do próprio STJ, que não basta a exposição de maneira genérica, das eventuais repercussões no tratamento, pois isso comprometeria o consentimento informado. Portanto, não se admite o chamado *blanket consent*, no qual não há qualquer individualização das informações prestadas pelo médico ao seu paciente, dificultando o exercício do seu direito fundamental à autodeterminação. Resta evidente, mais uma vez, a necessidade de serem prestadas informações claras, precisas e individualizadas ao paciente, para que se considere respeitado o direito de informação e transparência na relação médico-paciente, possibilitando o exercício da autodeterminação, por meio do consentimento informado.

Cumpra-se destacar a importância da participação ativa de ambas as partes, as quais possuem deveres mútuos: o paciente precisa ser informado acerca de certos detalhes, sejam eles simples ou não, a fim de decidir se irá se submeter ao tratamento; por outro lado, o médico também necessita de determinadas informações sobre o seu paciente, a fim de pautar a sua conduta médica e melhor informar o paciente quanto aos possíveis riscos e benefícios de eventual tratamento a ser realizado. Nesse sentido, não basta a concessão ostensiva de informações ao paciente, mas sim que tais informações sejam claras e livres do emprego excessivo de termos técnicos e vocabulário que possa dificultar o bom entendimento por parte do paciente. Mais ainda, é imprescindível que as informações prestadas sejam prévias à realização de qualquer procedimento ou tratamento, e que o próprio consentimento também seja concedido anteriormente.

As informações concedidas pelo profissional da medicina devem englobar informações genéricas e informações específicas acerca do quadro clínico do paciente, do procedimento ou cirurgia a ser realizada, dos eventuais efeitos que o tratamento pode acarretar, das consequências e possíveis complicações, dos cuidados que o paciente deverá ter, durante todo o período perioperatório, que engloba o período pré-operatório, a execução da operação ou procedimento e o período pós-operatório.

CONCLUSÃO

A partir das informações e dos apontamentos trazidos ao longo do presente artigo, parece restar inequívoco que, diante do reconhecimento do direito à saúde e do direito à autodeterminação como direitos fundamentais e como exemplos de direitos da personalidade, o consentimento informado assume posição estratégica na relação entre médico e paciente. Isso porque, ao analisar a figura do consentimento informado, podem-se extrair dois elementos essenciais: a informação e o consentimento.

A informação se mostra essencial, tanto como fim em si mesma, haja vista o dever de informação que rege a relação contratual existente entre médico e paciente, mas também como pressuposto de validade do segundo elemento, o consentimento. De fato, sem a devida prestação, de forma clara, objetiva e individualizada da informação ao paciente, o consentimento emanado por este último perde seu valor e validade, considerado, em muitos casos, como *blanket consent*.

Em outras palavras, pode-se afirmar que o cumprimento ao dever de informação, por meio da exposição de eventuais desdobramentos de um tratamento, com linguagem clara, acessível, precisa e individualizada, dirigida ao paciente, possibilita o legítimo exercício da autonomia do paciente. Assim, para que tal autonomia, manifestada via consentimento do paciente, possa ser considerada válida, é imprescindível que o dever de informação tenha sido cumprido em sua integridade.

Destarte, o dever de informar, aliado ao consentimento emanado pelo paciente, de forma voluntária e após ouvidas todas as informações trazidas pelo médico, constituem o binômio do consentimento informado, o qual materializa e possibilita o chamado direito à autodeterminação de forma plena.

O consentimento informado, bem como a adoção do termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), é benéfico não apenas para o paciente, mas também para o médico, especialmente aqueles que atuam no campo das cirurgias e dos procedimentos plásticos de cunho estético, nos quais a jurisprudência ainda demonstra estar alinhada ao entendimento de que se configuram obrigações de resultado.

Os benefícios que o consentimento informado apresenta para o paciente são inúmeros: maior quantidade de informações sobre eventual tratamento a

ser realizado; explicitação de possíveis consequências, positivas e negativas, diante da realização da cirurgia estética; orientações acerca dos cuidados devidos durante todo o período perioperatório, ou seja, antes, durante e depois da cirurgia; maior igualdade e equilíbrio na relação com o seu médico, evitando paternalismos excessivos e a consequente submissão do paciente a quaisquer tratamentos etc.

No mesmo sentido, o consentimento informado também representa enorme ganho ao médico adotante, especialmente ao observarmos a posição de desvantagem assumida pelo profissional em cirurgias plásticas de cunho estético. Como visto no *item 5* deste artigo, a obrigação assumida pelo médico que realiza uma cirurgia exclusivamente estética, ou embelezadora, é de resultado. Diante desse majoritário entendimento emanado pelo ordenamento brasileiro, resta ao médico demonstrar, nos casos em que fora ocasionado algum dano, a ausência de culpa em sua conduta. Revela-se, portanto, que o ônus da prova é do próprio médico, que deverá se desincumbir deste, diante da ausência de negligência, imprudência ou imperícia em sua atuação.

Assim, mais uma vez, observa-se a relevância do consentimento informado, como forma de equalizar a relação existente entre médico e paciente, bem como verdadeiro instrumento potencializador de transparência e informação entre as partes, minimizando as chances de eventual, futura, insatisfação do paciente com o resultado alcançado. Isso porque, haja vista o dever de informação mencionado, o paciente apenas consentirá com a realização do tratamento, uma vez já estando informado acerca dos possíveis riscos, limitações e desdobramentos estéticos e clínicos do procedimento.

Finalmente, outra conclusão não resta ao presente estudo senão admitir a figura do consentimento informado como garantidor bilateral de direitos na relação médica, diante das vantagens trazidas tanto ao médico como ao seu paciente.

REFERÊNCIAS

BORGES, R. C. B. O Código Civil e o direito da personalidade. *Revista do CEPEJ*, Salvador (BA), n. 11, p. 37-64, jul. 2009.

BORGES, R. C. B. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. 257 p. ISBN 8502054023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). *Recomendação CFM nº 1/2016*. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. 21 de janeiro 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Pokq4y>. Acesso em: 29 mar. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). *Resolução CFM nº 2.217/2018*. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União. Brasília, p. 179, 1º nov. 2018. Seção 1. Disponível em: <https://bit.ly/2RyvAE8>. Acesso em: 29 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS – Brasil). *Resolução CNS nº 446/2012*. Dispõe sobre projetos de pesquisa envolvendo seres humanos. 12 de dezembro de 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html. Acesso em: 5 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE (CNS – Brasil). *Resolução CNS nº 510/2016*. Dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados [...]. 7 de abril de 2016. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em: 5 maio 2022.

DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANÇA, R. L. Direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 567, jan. 1983.

KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.

LALOU, H. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1962.

REALE, M. *Os direitos da personalidade*. Janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

RODRIGUES, J. V. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROSENVALD, N. *et al. Responsabilidade civil e medicina*. 1. ed. São Paulo: Foco, 2020.

TEPEDINO, G. *Parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Submissão em: 06.06.2023

Avaliado em: 20.07.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 21.12.2023 (Avaliador B)

Aceito em: 21.12.2023