



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HENRIQUE COSTA PRINCHAK

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO
PROFISSIONAL DE MEDICINA POR DANO IATROGÊNICO
EM CASOS DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS ESTÉTICAS**

Salvador
2019

HENRIQUE COSTA PRINCHAK

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL D
PROFISSIONAL DE MEDICINA POR DANO IATROGÊNICO
EM CASOS DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS ESTÉTICAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Profª Ana Thereza Meirelles

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

HENRIQUE COSTA PRINCHAK

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO
MÉDICO POR DANO IATROGÊNICO EM CASOS DE
INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS ESTÉTICAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

A Deus, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter sempre me abençoado e me dado força e perseverança para conseguir concluir este trabalho.

Agradeço também aos meus pais, Carol e Rógerio, pelo exemplo de amor e pelo apoio e zelo que tem comigo.

A minha avó, Thereza, pelo carinho e por sempre ter me dado amor e colo.

Ao meu avô Zélio, que infelizmente, não está mais aqui conosco, mas sei que de onde ele estiver, estará feliz por ter eu chegado até aqui, pois sempre foi um grande incentivador dos meus estudos.

A minha dinda, Pat e ao meu primo Peu, por terem sempre me apoiado e serem muito especiais em minha vida.

Aos meus amigos, em especial, Victor, Caio, Anna Lu, Anna Melo, Artur e Celso, que me acompanharam desde o início desta jornada acadêmica e dividiram tantos momentos comigo.

A minha orientadora, Anna Thereza Meirelles, por me orientar na construção desta pesquisa. Obrigado por acreditar em mim e no meu trabalho!

Por fim, a todos os meus professores e demais colegas que tanto me ensinaram nesses cinco anos de Faculdade.

“A vida não é que a gente viveu, e sim aque a gente recorda, e como recorda para conta-la”.

Gabriel Garcia Marquez

RESUMO

O presente trabalho se propõe em analisar e discutir acerca da (im)possibilidade de da responsabilização civil do profissional da Medicina, por dano iatrogênico, em intervenções cirúrgicas estéticas. Com o fito de compreender a profundidade da temática, é realizado um exame acerca do instituto da responsabilidade civil e as teorias que surgiram ao longo do tempo para tentam explicar seu fundamento, bem como, os pressupostos e as hipóteses excludentes de responsabilidade. A pesquisa também se dispõe a examinar a responsabilização do profissional médico, perpassando por conceitos imprescindíveis para o entendimento do assunto, como a relação médico-paciente, erro médico e iatrogenia. É crucial que seja estabelecida uma distinção entre as situações que configuram erro médico e as lesões iatrogênicas, visto que por não haver um consenso doutrinário e nem marcos jurídicos específicos, sobre o que consiste um dano iatrogênico, esses conceitos, muitas vezes, se confundem. Esta monografia também pretende fazer uma análise das correntes doutrinárias e jurisprudenciais no que tange a natureza das obrigações resultantes das intervenções cirúrgicas estéticas, para que se possa verificar a responsabilização dos profissionais neste tipo de procedimento médico. Ademais, o presente trabalho visa abordar o dever de informação, assim como, o consentimento livre e esclarecido do paciente, envolvendo princípios jurídicos e da Bioética como boa-fé objetiva, autonomia, dignidade da pessoa humana e vulnerabilidade. Por fim, com base nos conceitos abordados ao longo da pesquisa, será discutido se é possível, ou não, a incidência do instituto da responsabilidade civil, para o profissional da área médica, devido a ocorrência de danos iatrogênicos, em casos de operações cirúrgicas, realizadas com a finalidade de obter resultados meramente embelezadores, visto que esta é uma temática extremamente atual e relevante, devido a crescente popularização destes tipos de procedimentos médicos e pela ausência de uma consonância de entendimentos doutrinários, acerca da iatrogenia.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Erro Médico; Iatrogenia; Cirurgia Estética; Dever de informação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

p.	página
art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEM	Código de Ética Médica
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRECEITOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1 TEORIA SUBJETIVA RESPONSABILIDADE CIVIL	17
2.1.1 Culpa	18
2.1.2 Dano	21
2.1.3 Nexo causal	27
2.2 TEORIA OBJETIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	29
2.3 AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
3 A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DA MEDICINA	35
3.1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NA ATUALIDADE	37
3.2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	40
3.1.1 A conduta culposa negligente	48
3.1.2 A conduta culposa imprudente	49
3.1.3 A conduta culposa imperita	50
3.3 A IATROGENIA	52
3.3.1 A confusão doutrinária e a adoção do conceito adequado	53
3.3.2 Previsibilidade e necessidade como elementos fundamentais	58
4 A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PROFISSIONAL DA MEDICINA POR DANO IATROGENICO EM CASO DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS ESTÉTICAS	61
4.1 CIRURGIA ESTÉTICA: OBRIGAÇÕES DE MEIO OU OBRIGAÇÕES DE RESULTADO?	61
4.1.2 O panorama doutrinário	64
4.1.3 Posicionamento Jurisprudencial	68
4.2 O DEVER DE INFORMAÇÃO COMO FUNDAMENTAL	70
4.2.1 Notas introdutórias e conceituais: A informação como manifestação da boa-fé	72

4.2.2 O Consentimento Informado	78
4.2.2.1 A condição de vulnerabilidade do paciente	85
4.2.2.2 A informação adequada para o consentimento esclarecido	89
4.3 A IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO POR DANO IATROGÊNICO EM CASO DE PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS OBSERVADO O DEVER DE INFORMAÇÃO	92
5 CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, desde os tempos mais remotos, preocupou-se com danos relacionados à ação ou omissão de alguém, diante da saúde de outrem, com fito de se analisar acerca de uma eventual reparação.

Com a evolução da técnica da ciência médica, e dos métodos utilizados pela Medicina, evidencia-se uma popularização das intervenções cirúrgicas estéticas na atualidade. Logo, surge uma necessidade de se garantir aos pacientes uma segurança para que estes indivíduos realizem os procedimentos desejados com uma margem de risco reduzida, e em caso de eventual dano, puder incidir uma responsabilização do profissional da área médica que ocasionou essa lesão.

Entretanto, há de se registrar, que existe um problema no que tangem os danos causados por situações iatrogênicas, pois percebe-se que esta é uma temática relativamente nova, não havendo uma unanimidade, tanto para a doutrina médica, quanto para a jurídica, acerca de sua conceituação, o que propicia em inúmeros casos concretos, que lesões ocasionadas por iatrogenia sejam confundidas com as ocasionadas devido a uma conduta culposa do profissional, isto é, com o erro médico.

Portanto, o presente trabalho se propõe a examinar acerca da (im)possibilidade de responsabilizar o profissional da área médica, nos casos de iatrogenia, decorrentes de procedimentos cirúrgicos estéticos, por este ser um tema atual, relevante e que repercute no Direito.

Cabe adiantar, que esta exposição segue o posicionamento de que as situações iatrogênicas excluíam a responsabilidade do profissional médico, por serem lesões previsíveis e necessárias para a ocorrência do resultado pretendido pelo paciente. Contudo, defende-se também, que excepcionalmente, poderia ocorrer a incidência de responsabilização para o médico, caso este faltasse com o dever de informar e não respeitasse o consentimento esclarecido do paciente.

Isto é, impende salientar que o objetivo geral desta monografia é consistente em uma análise acerca da (im)possibilidade de responsabilização civil do médico por

iatrogenia em cirurgia estéticas.

É de se enfatizar que os objetivos específicos desta monografia, seriam examinar o instituto da responsabilidade civil, bem como, sua aplicação aos profissionais médicos, perpassando por uma discussão que envolve também a relação médico-paciente, o dever de informação do médico e o consentimento livre e esclarecido do paciente, assim como, identificar a natureza das obrigações geradas por intervenções cirúrgicas com o fito de se chegar a uma resposta acerca da problemática da (im)possibilidade de responsabilizar o profissional médico, nos casos de iatrogenia, decorrentes de procedimentos meramente estéticos.

Do mesmo modo, faz-se importante conceituar e diferenciar iatrogenia de erro médico, para saber em quais hipóteses que ocasionariam o dever de indenizar e reparar a lesão causada ao indivíduo que deseja realizar um procedimento estético, pois a depender da linha de pensamento adotada, pode ser defendido que são situações que geram consequências distintas.

O ponto propulsor da realização desta pesquisa se deu pela repercussão de tal tema no âmbito jurídico por ser relativamente novo, não havendo ainda marcos jurídicos específicos. Enquanto que a relevância social da temática ocorre devido a importância do profissional médico na sociedade como um todo, assim como a crescente popularidade e aumento de intervenções cirúrgicas com finalidades estéticas, pois ao analisar a possibilidade, de responsabilizar que as realizam, há uma contribuição para a segurança dos indivíduos que desejam se submeter a tais procedimentos, e o fazem com uma margem de risco alto.

Ademais, cumpre enfatizar que foi realizada uma pesquisa de natureza bibliográfica, através de livros, artigos e periódicos que abordam a temática. É importante frisar, que este trabalho também possui como base de construção, tanto legislação quanto jurisprudência.

Tendo por escopo solucionar tais controvérsias, será realizada uma pesquisa qualitativa, isto é, baseada na interpretação e avaliação do objeto pretendido, com foco no caráter subjetivo, sem haver uma quantificação das informações. Visto que este tipo de pesquisa demonstra-se o mais adequado por permitir que pesquisador

influencie e seja influenciado pelo fenômeno pesquisado. Acrescenta-se que foi utilizado o método hipotético dedutivo, havendo uma construção da solução do problema de pesquisa por um processo de falseamento das hipóteses levantadas para terem sua veracidade autenticada.

Impende ressaltar que no primeiro capítulo, irá se analisar minuciosamente o instituto jurídico da responsabilidade civil, sendo apresentadas as teorias que surgiram com o decurso da evolução da ciência jurídica, com o propósito de explicar o fundamento deste instituto, assim como, também serão mencionados os pressupostos e as hipóteses que ensejam exclusão da responsabilização civil.

Diante dos conceitos trabalhados, é de enfatizar que o segundo capítulo do presente trabalho, se propõe a explicar como ocorre a responsabilização dos profissionais da área médica. Com este intuito, serão trabalhadas conceituações como a relação médico-pacientes, bem como de erro médico, os demais erros praticados pelo profissional da área e a iatrogenia. No tocante a iatrogenia, serão ainda apresentadas as teses doutrinárias que se dispõem a buscar explicar este instituto.

Cumprido acrescentar que o terceiro capítulo desta pesquisa abordará discussões realizadas pela doutrina e jurisprudência sobre a natureza da obrigação jurídica resultante de intervenções cirúrgicas estéticas. Também, explanar-se-á acerca do dever de informação dos médicos e do consentimento livre esclarecido do paciente, visto que é imprescindível abordar estes conceitos para se discutir sobre responsabilização dos profissionais da área médica. Por fim, após serem exploradas estas conceituações, irá ser feito um exame em relação a (im)possibilidade de responsabilizar o médico, por danos iatrogênicos, decorrente de cirurgias estéticas, que é o fito deste trabalho.

2 PRECEITOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, cabe evidenciar que é de extrema importância analisar o instituto jurídico da responsabilidade civil, para que se possa fazer um exame acerca da (im)possibilidade de sua incidência, na hipótese de danos iatrogênicos, cometidos pelo profissional da área médica, em casos de intervenções cirúrgicas estéticas.

Segundo o abalizado doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 45), a responsabilidade civil seria parte integradora do direito das obrigações, uma vez que a consequência primordial da prática de um ato ilícito, consiste em uma obrigação de natureza pessoal, que acarreta na reparação da lesão e resolve-se em perdas e danos. Isto é, diante da ocorrência de um ato ilícito, que causa dano, incidirá no caso concreto o instituto da responsabilidade civil, com principal objetivo de indenizar o indivíduo pelo prejuízo sofrido, conforme pode ser vislumbrado no *caput* do artigo 927 do Código Civil - “aquele que causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Deste modo, cumpre acrescentar que para Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 239), o Direito Civil, diferentemente do Direito Penal, não tipifica cada comportamento danoso. Assim sendo, a obrigação de indenizar insere-se em uma cláusula geral - art. 186 combinado com o art. 927 do CC.

Entretanto, impende salientar que não seria apenas no cometimento de atos ilícitos – previstos no art. 186 do CC – que caberia a incidência da responsabilidade civil, já que existem hipóteses, em que, ainda que excepcionalmente, atos lícitos também poderia gerar responsabilização, como por exemplo, pode-se vislumbrar na hipótese do art. 188 do CC, em atos de necessidade que não se caracterizam como ilícitos mas podem vir a gerar o dever de indenizar caso sejam excedidos “os limites do indispensável para remoção do perigo”.

Logo, percebe-se que por via de regra, a responsabilização civil refere-se a uma situação jurídica em que há descumprimento de um determinado dever jurídico,

causando dano material ou moral a ser reparado, mas pode também decorrer de atos ilícitos, excepcionalmente (NADER, 2016, p. 36).

Ademais, cumpre registrar que da análise do art. 186 do CC – “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem cometera ato ilícito” – é possível extrair alguns pressupostos do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro que seriam eles: ação ou omissão (conduta), culpa (ao falar de negligência ou imprudência) ou dolo.

Deste modo, pode-se perceber que existe no Direito Civil Brasileiro uma preocupação maior com a reparação de um dano, podendo até existir situações em que não há ato ilícito, mas que há dever de reparar a lesão causada.

Logo, é possível afirmar que existe uma responsabilização sem um ato ilícito, mas não pode ser afirmado que incide o instituto da responsabilidade civil sem a ocorrência de um dano.

A responsabilidade civil, em outras palavras, é uma tutela repressiva, ou seja, posterior ao dano. Logo, para poder incidir no caso concreto, é necessário “esperar” a ocorrência da lesão para poder agir e permitir a restauração do estado anterior (FARIAS; ROSELVALD; NETTO, 2017a, p. 167).

Cumpre evidenciar o posicionamento da brilhante jurista Maria Helena Diniz (2011, p. 50), de que a responsabilidade civil seria um conjunto de medidas que fazem com que surja a obrigação de reparar um dano, seja ele patrimonial ou até mesmo moral, ocasionado a um terceiro por outro sujeito, a uma coisa pertencente a este indivíduo ou até mesmo por força de imposição legal, podendo estar inclusa em sua estrutura, a culpa quando existência de um ilícito ou a ideia de risco.

É imprescindível também, observar que a responsabilidade civil, durante muito tempo, obteve a mesma valoração que a responsabilidade penal visto que era imposta apenas uma única compensação em pecúnia ao indivíduo causador do dano. Contudo, é evidente que hoje há uma distinção no campo jurídico entre as duas responsabilizações, visível na maneira em que ocorre uma resposta a lesão a um determinado direito (CARVALHO, 2007, p. 21).

Isto é, embora durante algum tempo houve uma confusão entre os dois conceitos, na atualidade a responsabilização da área cível, não se confunde com a da esfera penal visto que ensejam respostas distintas.

Se a recomposição da ordem jurídica for medida pela intensidade ou gravidade, o mais adequado seria aplicação da responsabilidade penal e neste caso a sanção seria a pena, enquanto que se a recomposição ocorrer de maneira atenuada, aplica-se a responsabilidade civil, sendo a sanção a indenização e a execução forçada (CARVALHO, 2007, p. 22).

Ou seja, em outras palavras, há uma distinção entre a responsabilidade na seara cível e na seara penal, no que diz respeito ao modo em que a esfera jurídica lesada de um sujeito é recuperada.

Todavia, percebe-se que em determinadas situações, como, por exemplo, no erro médico, a linha divisória entre a responsabilidade civil e a penal é muito tênue, o que exige uma atenção redobrada dos aplicadores do Direito ao se deparar com um caso concreto, devendo analisar minuciosamente as consequências e reflexos desta ocorrência (CARVALHO, 2007, p. 22).

Convém acrescentar, que segundo Paulo Nader (2016, p.44), a principal função da responsabilidade civil seria a de reparação, ou seja, de garantir o reequilíbrio das relações sociais. Logo, em decorrência dessa função reparatória, incidiria para o autor da lesão, a função preventiva, na medida em que o sujeito que ocasionou o dano é condenado não só para satisfazer a vítima, mas para também evitar a reincidência, e fazer com que outros indivíduos não pratiquem essa mesma conduta danosa.

Além disso, percebe-se que ao longo da evolução da ciência jurídica, surgiram teorias para tentar explicar o fundamento da responsabilidade civil. Para a Teoria Subjetiva, também chamada de Teoria da Culpa, a culpa seria o pressuposto necessário do dano indenizável, ou seja, o fundamento primordial da responsabilidade. Enquanto que, para a Teoria Objetiva, a responsabilidade prescinde da culpa e satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade, não sendo exigida a prova de culpa do agente, uma vez que a responsabilidade se funda no risco (GONÇALVES, 2014, p. 59).

Ademais, cabe examinar cada uma das Teorias, tanto a Subjetiva, quanto a Objetiva, bem como, os pressupostos que são necessários, segundo cada uma delas, para puder incidir o instituto da responsabilização civil, no caso concreto.

2.1 TEORIA SUBJETIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Demonstra-se oportuno, ser realizada uma breve análise acerca da evolução da compreensão sobre o fundamento da responsabilidade civil, para que se possa assimilar do funcionamento deste instituto jurídico, visto que a sua concepção obteve diversas transformações ao longo da história.

Fernando Noronha (1998, p. 22 e 23), destaca dois marcos históricos fundamentais para a construção de uma Responsabilidade Subjetiva, que seriam eles a introdução da ideia de culpa, como principal fundamento da obrigação, que ocorreu no Direito Romano, através da criação da *lex Aquilia de damno*, e a formação do princípio geral da não responsabilidade sem culpa, elaborada pelos juristas da Escola de Direito Natural Jusracionalista, ao buscar construir um direito fundado na razão.

Esses dois fenômenos, em especial, o princípio geral segundo o qual não poderia haver responsabilidade sem culpa, influenciaram diversas codificações, como o Código Civil de 1916, no qual foi estabelecida a ideia de que a responsabilidade deve possuir como fundamento último a culpa (NORONHA, 1998, p. 23).

Cabe acrescentar que juristas como Caio Mario da Silva Pereira (2018, p. 58), entendem que na Teoria subjetiva, o ato ilícito é um dos focos, e no desenvolvimento da noção de responsabilidade civil, se enfatiza o dever de reparar o dano causado. Ademais, seria a essência da responsabilidade subjetiva a análise de como que aquele comportamento contribuiu para o prejuízo sofrido pela vítima, sendo apenas gerador daquele efeito, determinada conduta que a ordem jurídica estabelece como apta para tal.

Do mesmo modo, o ilustre professor Cristiano Chaves de Farias e os juristas Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017a, p. 86), compreendem que a prática de um ilícito seria pressuposto de responsabilidade civil, apenas na Teoria Subjetiva, pois o nexo de imputação da Teoria Objetiva, é delimitado pelo risco da atividade, ou por escolha do legislador, o que independe da constatação da ocorrência de uma antijuridicidade pelo agente.

Logo, convém salientar que da Teoria Subjetiva extraem-se pressupostos essenciais para configuração da responsabilidade civil que seriam eles: a ofensa a uma norma preexistente ou um erro de conduta – que é o comportamento culposos do agente, que abrange a culpa propriamente dita, e o dolo, e nesse sentido amplo, é o elemento nuclear da responsabilização, assim como, o dano que gera a obrigação de indenizar, ou de reparar, e um nexo de causalidade entre a conduta e a lesão (PEREIRA, 2018, p. 108).

Deste modo, cumpre ressaltar, que para a Teoria Subjetiva, havendo a prática de uma conduta culposa que cause dano a outro indivíduo, e exista nexo causal entre elas, caberia a aplicação do instituto jurídico da responsabilidade civil para o sujeito que a praticou.

2.1.1 Culpa

Convém destacar a culpa como um dos elementos essenciais e um dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil, especialmente na Teoria Subjetiva. Além disso, cabe diferenciar os sentidos amplos e estritos da conduta culposa.

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 58 e 59), a culpa em seu sentido amplo define-se como uma ofensa a um dever jurídico, que seria imputável a um indivíduo em consequência de um fato, que ocorreu de maneira intencional, ou devido a um ato omissivo, e nesse sentido amplo englobaria o dolo, isto é, a intenção de ocasionar um dano, ou em outras palavras, a vontade consciente de que ocorra uma violação a um

direito. Além disso haveria também, a culpa em sentido estrito, que compreenderia a negligência, a imprudência e a imperícia.

Para Anderson Schreiber (2012, p. 12-15), a culpa, como elemento nuclear da responsabilidade civil, trazida pelos juristas da Modernidade, em contraposição ao sistema de responsabilidade delitual, que por sua vez surgiu para substituir o de responsabilidade coletiva, de vingança familiar, tinha um significado muito ligado ao de moralidade e ética, influenciado pela ideologia do Cristianismo, apesar de que a culpa desenvolvida no Direito Romano possuía conteúdo muito objetivo. A noção jurídica da culpa utilizava elementos de certa forma psíquicos - evidenciada nos requisitos da culpa, por exemplo, como negligência, imprudência e imperícia - visando uma avaliação subjetiva e moral daquela conduta do indivíduo.

Maria Helena Diniz (2011, p. 58 e 59) pontua que, em relação ao sentido estrito de culpa, a negligência consiste em uma situação na qual há uma inobservância de normas que determinam uma atuação diligente. Já a imprudência consistiria em uma situação, em que não há preocupação de agir de maneira cautelosa, enquanto a imperícia é quando o indivíduo não possui a habilidade necessária ou, até mesmo, não é apto para praticar determinado ato.

Ademais, acrescenta-se que o ônus probatório da culpa incumbe a quem a invoca, ou seja, cabe ao indivíduo que sofreu o dano provar a culpa (PEREIRA, 2018, p. 108).

A culpa era extremamente difícil de ser comprovada por estar ligada aos impulsos psíquicos do indivíduo, além da previsibilidade dos resultados, sendo em certos casos, uma tarefa muito árdua, como por exemplo, em casos de acidentes ligados a evolução tecnológica, na época da Revolução Industrial (SCHREIBER, 2012, p. 12).

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017a, p. 235), o indivíduo que de maneira eventual fosse atingido por um dano, deveria demonstrar cabalmente que o dano foi resultado de um ilícito culposo, que gerou lesões devido a um comportamento de outrem, sendo muito complexo obter esses elementos probatórios – chamados de “provas diabólicas” - cujas demandas eram, em grande parte, rejeitadas em juízo.

Segundo Anderson Schreiber (2012, p. 34 e 35), a concepção de culpa, como *stado d'animo* do agente, isto é, com base apenas na moralidade e na ética, foi ultrapassada devido, principalmente, as dificuldades de demonstra-la em um caso concreto. Logo, a culpa tornou-se sinônimo de erro de conduta, baseado nas condições e capacidades em que o indivíduo se pretendia como responsável daquela conduta, sendo isso apreciado de maneira abstrata e objetiva, empregando o padrão do homem médio.

Essa análise através do padrão do homem médio, também não se mostrou suficiente para atender as necessidades dos casos concretos, passando a ser utilizado o método de fragmentação do modelo de conduta, utilizando-se modelos mais específicos de aferição, dando destaque às circunstâncias daquela situação concreta, e as suas especificidades, que exigem análise parâmetros múltiplos de comportamento, e dessa forma afastar um juízo individual do magistrado (SCHREIBER, 2012, p. 41- 43).

Na análise da culpa, primeiro examina se há uma violação de uma norma de conduta preexistente, gerando desequilíbrio na convivência coletiva, e se desse confronto resultar dano a algum indivíduo, incide a responsabilidade civil. Essa conduta, que viola o direito de outrem, pode ser voluntária ou involuntária, no que diz respeito a consciência do procedimento, aliado a previsibilidade (PEREIRA, 2017, p. 98).

A separação da ideia da culpa e da moral, ocasionou a prevalência entre a função reparatória da responsabilidade civil, uma vez que o objetivo não seria punir este sujeito que praticou a conduta, que ocasionou o dano, mas garantir o reequilíbrio das relações. Convém salientar, também, que diferentemente da responsabilidade penal, pouco importa a gradação ou intensidade da culpa, isto é, seja ela levíssima, leve ou grave (SCHREIBER, 2012, p. 42 - 44).

Vale acrescentar que, nas palavras de Maria Helena Diniz (2011, p. 60), a culpa é levíssima, quando a falta cometida pelo indivíduo, for algo passível de ser evitado se o sujeito possuísse uma atenção extraordinária, isto é, habilidade ou conhecimento específico, já a culpa leve é quando o sujeito poderia evitar caso possuísse uma atenção ordinária, que é aquela quando utiliza-se os cuidados do *bonus pater familias*, e já a culpa grave, é quando de maneira dolosa ocorre uma negligência extrema de um sujeito que não previu uma ação que seria previsível.

Entretanto, ressalta-se que, excepcionalmente, em algumas situações específicas, o grau de culpa possui influência para a responsabilização no âmbito cível, com o objetivo não de punir esses indivíduos, mas protegê-los de um ônus excessivo (SCHREIBER,2012, p. 44).

Pode-se observar, na leitura do parágrafo único do art. 944 do CC, que em casos de excessiva desproporção, entre a gravidade ou intensidade da culpa do agente, e o dano ocasionado, o juiz poderá reduzir de maneira equitativa indenização. Ou seja para fins indenizatórios, o grau de culpa poderia ter uma influência.

Impende acrescentar que conforme aduz Silvio de Salvo Venosa (2017,p. 412), o CC de 2002 em seu art. 945, passou a prever de maneira expressa uma modalidade de culpa, que embora não estivesse prevista no Código de 1916, a jurisprudência aplicava, que é a modalidade de culpa concorrente, ou em outras palavras, da imputação de culpa à vítima que em uma determinada situação concorre com o agente para o evento.

Neste caso, se o sujeito que sofreu a lesão tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a indenização será fixada levando em conta a intensidade da culpa em confronto com a do autor do dano, conforme a leitura do art. 945.

Cabe acrescentar, que a conduta culposa para a Teoria Subjetiva, seria o elemento nuclear da responsabilização civil do sujeito, não importando, para o Direito Civil, por via de regra, a gradação desta culpa.

2.1.2 Dano

É importante evidenciar, que além da culpa, cabe examinar o segundo pressuposto para a configuração da responsabilidade civil, que seria a ocorrência de um dano. Isto é, a conduta realizada pelo sujeito precisa ocasionar um prejuízo a outro indivíduo.

Inclusive, como se pode observar, na leitura do *caput* do art. 944 do CC, a indenização é medida pela extensão do dano.

O próprio ato de indenizar tem o sentido de reparar o dano que foi causado a vítima, para tentar retornar ao *status quo ante*, devolvendo ao estado inicial que a pessoa estava anteriormente a ocorrência do ato ilícito. Entretanto, não são em todos casos que é possível retornar ao *status quo ante*, então, é procurado dar uma compensação, para esse sujeito que sofreu uma ofensa, na forma de uma indenização em pecúnia (GONÇALVES, p. 2017, 422).

Convém salientar que o dano sofrido pelo indivíduo, pode possuir a natureza de dano patrimonial ou extrapatrimonial, chamado por parte da doutrina de dano moral.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 422-429), o dano patrimonial abrangeria não só o que efetivamente se perdeu, mas o que se deixou de lucrar, isto é, os danos emergentes e os lucros cessantes. O dano emergente seria o efetivo prejuízo, ou em outras palavras, a diminuição patrimonial que o indivíduo sofreu, e representa a diferença que o patrimônio da vítima possuía antes do ato ilícito, e o que passou a ter depois. Enquanto que o lucro cessante, seria a frustração da expectativa de lucro, uma perda de um ganho esperado.

Esse posicionamento, pode ser evidenciado no art. 402 do CC, que afirma que as perdas e danos devidos, abrangeriam não apenas o que o credor efetivamente perdeu, mas o que ele deixou razoavelmente de lucrar. Isto é, as perdas e danos abarcam toda a extensão do dano material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes.

Cumprido frisar, que o dano é patrimonial seria quando algo causa diminuição do conjunto de bens materiais do indivíduo, ou quando impede que este acervo de bens seja aumentado. Entretanto, poderia advir também, de maneira reflexa, de ofensas morais (NADER, 2016, p. 120).

Cabe acrescentar que Silvio de Salva Venosa (2017, p. 687), compreende que grande parte de decisões proferidas por tribunais, utilizam de maneira equivocada a expressão lucros cessantes, quando em verdade querem se referir a perda de uma chance – uma outra espécie de dano patrimonial.

É oportuno acrescentar, que a perda de uma chance, consistiria em uma privação de uma chance séria e efetiva, ou em outras palavras, na perda de uma oportunidade de

obter vantagem futura, ou de impedir um prejuízo, devido à ocorrência de uma lesão a uma expectativa legítima. Ressalta-se que, a vantagem é sempre incerta e aleatória, enquanto que nos lucros cessantes, são pleiteados valores acerca da possibilidade da privação de ganhos, mas com base no que geralmente ocorre, pelas regras de experiência (FARIAS; ROSELNVALD; NETTO, 2017a, p. 264-274).

Contudo, vale salientar que nem todos os prejuízos causados aos indivíduos em decorrência de uma conduta culposa, possuem natureza patrimonial, pois podem ser atingidos valores humanos, que provocam sentimentos, como angústia, ou até mesmo sofrimento, sendo necessário impor uma reparação diante dessas situações. Ressalta-se, que não há um consenso doutrinário, a respeito de um conceito universal do que seriam os danos morais, mas entende-se que esses danos estariam presentes, por exemplo, quando são ofendidos direitos da personalidade, como a intimidade, imagem, o nome, a honra, a liberdade ou até a integridade física (NADER, 2016, p. 122).

Silvio de Salva Venosa (2017, p. 418 e 419) aduz, que devido ao fato de ser imponderável, ou seja, imensurável, um valor que se possa atribuir a uma lesão a ao ânimo psíquico, moral e intelectual do indivíduo, a quantia estabelecido pelo juiz a título de indenização, nem sempre irá revelar uma recompensa justa.

A título de Direito Comparado, pode se observar, que o legislador brasileiro estabeleceu uma proteção de certa forma incondicionada aos danos extrapatrimoniais, visto que legislações como a italiana e a alemã, por exemplo, restringem a reparação destes danos, aos casos em que a conduta caracteriza um ilícito penal, enquanto em legislações como a inglesa, os sujeitos são indenizados somente quando se inserem em uma hipótese específica (FACCHINI NETO, 2010 p. 30).

Embora o antigo Código Civil de 1916, não restringisse a indenização a apenas danos materiais, e inclusive grande parte da doutrina admitisse a reparação do dano moral, as decisões jurisprudenciais de maneira majoritária rejeitavam reparações de danos exclusivamente morais, o que foi superado com a Constituição Federal de 1988, que passou a prever de maneira expressa a reparação de tal dano em seu artigo 5º, inciso X, que determinou a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem dos

indivíduos, sendo assegurado o direito a esses sujeitos serem indenizados pelo dano material ou moral que decorra de sua violação (VENOSA, 2017, p. 418).

Isto é, o ser humano na esfera de um Direito Civil Constitucional, tornou-se o centro do ordenamento jurídico, e a dignidade da pessoa humana exige um sistema de proteção, o que fez com que houvesse uma valorização do dano moral, e em uma acepção variada englobando, a integridade não apenas física, como a psíquica e a moral (FARIAS; ROSELNVALD; NETTO, 2017a,p. 237).

É oportuno evidenciar, que segundo Maria Celina Bodin de Moares (2006, p. 241), o dano passível de ressarcimento foi estendido abarcando situações como, por exemplo, dano ao projeto de vida, dano hedonístico, dano de férias arruinadas, dano por abandono afetivo, dentre outros. Deste modo, percebe-se que há um alargamento nas hipóteses de danos extrapatrimoniais ou morais.

Cabe acrescentar que o Supremo Tribunal de Justiça possui entendimento, de que é possível a cumulação de indenizações provenientes de danos morais e de danos materiais, desde que elas sejam originadas pelo mesmo fato, como pode ser registrado pelo teor da súmula 37 do STJ.

Demonstra-se conveniente, observar que o dano extrapatrimonial ou moral, seria um gênero dentro qual a estariam presentes várias espécies, sendo importante fazer uma análise, acerca da espécie doutrinária conhecida como danos estéticos.

Contudo, segundo alguns juristas, como por exemplo, Neri Tadeu Câmara Souza (2001, p. 02), embora dano estética seja uma espécie de dano moral, eles seriam autônomos.

É de enfatizar que o CC de 2002, não estabeleceu um artigo específico para a hipótese de dano estético, enquanto que no CC de 1916 estava previsto nos dois parágrafos do art. 1.538. O fundamento legal dessa espécie de dano, com o advento do Códex de 2002, passa a ser genérico, enquadrando-se na cláusula geral dos arts. 186 e 927 (FACCHINI NETO, 2010, p. 56).

Carlos Roberto Gonçalves (2017,p.524), compreende que o dano estético consiste em uma deformidade, considerada repugnante, que traz constrangimento ao

indivíduo. O que se indeniza não é a deformidade física em si, mas a vergonha, ou humilhação, trazida por ela.

Para Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017a, p.398), o dano estético seria uma integridade física permanente, ou seja, com efeitos duradouros ainda que não seja definitivo ou irreversível, e a longo prazo s um possível tratamento mitigue a extensão do dano ou o elimine. Se a lesão for transitória, ou for possível haver a cura, não se enquadraria como dano estético.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Neri Tadeu Câmara Souza (2001, p. 01) pontua que o dano estético, para poder ser configurado precisa alterar de maneira permanente a aparência do sujeito, sob pena de ocasionar enriquecimento ilícito por parte do indivíduo que se beneficia com a indenização, já que além do ressarcimento haveria possibilidade de correção posterior da deformidade. Inclusive, o autor entende que este dano não pode ser alterado por novos procedimentos cirúrgicos, pois no caso caberia a *restauração ad integrum* da aparência do lesado.

De outro lado, Paulo Nader (2016, p.128), afirma que a indenização não ocorreria devido a vergonha que o paciente ficaria em relação a um terceiro, uma vez que mesmo que essas deformidades estejam escondidas e ocultas, ensejariam uma indenização devido ao sofrimento que foi causado ao indivíduo.

O dano estético estaria dentro dos direitos personalíssimos, sendo o titular do direito de ação, o próprio lesado, não admitindo-se a renúncia antecipada, embora possa ocorrer o não exercício do direito de ação pois cabe a vítima provocar a prestação jurisdicional nessas situações (SOUZA, 2001, p. 02).

É possível observar, a ocorrência dessa espécie de dano extrapatrimonial, principalmente na área de atuação do médico, como observa Neri Tadeu Câmara Souza (2001, p. 01) que é possível pleitear danos estéticos por lesões oriundas de procedimentos cirúrgicos, queimaduras ou devido a reações indesejáveis resultantes de a medicamentos tópicos que ocasionem alterações na aparência física do indivíduo, por exemplo.

Vale ressaltar, que o dano estético, pode ser inclusive cumulado com o patrimonial, pois essa mesma lesão à integridade física permanente, pode trazer prejuízo também

a esfera patrimonial do indivíduo, em casos que, por exemplo, incapacita o sujeito para o exercício da profissão. Porém se caracterizar *bis in idem* de maneira automática não poderia admitir cumulação do dano estético com o moral (GONÇALVES, 2017, p. 525).

Contudo, convém destacar que o Supremo Tribunal de Justiça, entendeu que em determinados casos, poderia haver a cumulação dos danos estéticos com os danos morais, servindo de precedente dentre outros, o Recurso Especial 289.885-RJ (4ª T, 15.02.2001 – DJ 02.04.2001):

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Lesão física. Fratura exposta. Danos moral e estético. Cumulabilidade. Possibilidade. Origens distintas. Precedentes. Restabelecimento do acórdão da apelação. Recurso provido.

Nos termos em que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado

(REsp n. 289.885-RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 2.4.2001)

Conforme ilustrado, para o STJ, seria lícita a cumulação dos danos estéticos com os danos morais, mesmo quando derivarem do mesmo fato, se as causas forem inconfundíveis, e for cabível uma apuração separadamente. Vale inclusive, salientar que esse entendimento, encontra-se na súmula 387, do próprio STJ.

Deste modo, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017a p. 402 e 403), compreendem que embora o legislador infraconstitucional ao elaborar o Código Civil não tenha se manifestado acerca dos danos estéticos, ou de sua cumulação com o dano moral, o nosso ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, o que faz com que incida normas constitucionais nas relações privadas. Isto é, base no texto constitucional, no qual a saúde adquire relevância na relação entre particulares, havendo um ilícito em caso de sua violação, o dano estético, seria uma ofensa ao direito fundamental à saúde. Logo, sua reparação seria legítima e esta seria uma hipótese de dano autônoma.

Convém também acrescentar, que autores como Maria Helena Diniz (2018, p. 389), entendem que o dano estético varia de acordo com o indivíduo que o sofre, ou seja, uma cicatriz para uma modelo, por exemplo, seria não apenas dano extrapatrimonial

como também dano patrimonial, devendo o poder judiciário sopesar a condição do indivíduo que sofreu a lesão, para poder analisar qual seria o montante indenizatório. Por tanto, percebe-se, que cabe analisar de acordo com o caso concreto.

Ademais, ressalta-se que não basta haver a prática de uma conduta culposa para poder se falar na incidência da responsabilização civil, mas a ocorrência de uma lesão a outrem. Lesão esta que não se resume apenas a violações na esfera patrimonial do sujeito, mas abarca também, danos na esfera extrapatrimonial ou moral, como por exemplo, nos danos estéticos.

2.1.3 Nexo Causal

É importante registrar, que pode se extrair da Teoria Subjetiva da Responsabilidade Civil um terceiro pressuposto, para que ocorra a incidência deste instituto, que seria o chamado nexos causal, entre o dano e a conduta culposa.

Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira (2018, p. 108), o nexos causal poderia ser definido como “o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”.

Cabe destacar, o nexos causal como um dos pressupostos da responsabilidade civil, que pode ser definido como uma relação de causa e efeito, entre a conduta do indivíduo, e o dano, sendo elemento necessário para imputar a obrigação de ressarcir (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017 a, p. 151).

Segundo Silvio de Salva Venosa (2017, p. 422 e 423), o nexos causal, seria o liame que ligaria a conduta do sujeito ao dano, para poder identificar este sujeito. Entretanto, existe uma dificuldade em sua prova, assim como, em constatar que fato constitui a verdadeira causa do dano, especialmente quando o dano decorre de várias causas.

O nexos causal, exerceria a função de gerar a obrigação de indenizar, para aquele que o comportamento foi a principal causa para ocorrência do dano, ao mesmo tempo que determinaria a extensão desse dano. Convém acrescentar, que nem sempre aquele indivíduo que praticou o fato ou a atividade que ocasionou o dano, que será

responsabilizado, pois em certas situações pode-se responsabilizar um indivíduo por fato de terceiro (FARIAS; ROSELNVALD; NETTO, 2017a, p. 405 e 406).

Sobre as concepções acerca do conceito de nexo de causalidade jurídico, surgiram na doutrina, as chamadas teorias de causalidade, para tentar de certa forma tentar explicar no que consistiria este elemento da responsabilidade civil.

Segundo a teoria da equivalência das condições, ou teoria da *conditio sine qua non*, utilizada no Direito Penal, todas as condições do dano se equivalem uma vez que a lesão não teria ocorrido sem que houvesse a verificação de todas essas condições (SCHREIBER, 2012, p. 56 e 57).

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017a p. 411), compreendem que no âmbito do direito civil, uma aplicação desenfreada dessa teoria poderia levar a resultados de certa forma exagerados, além de que nota-se um grande apego com essa teoria à causalidade natural que seria a psíquica e a física.

Para a teoria da causalidade adequada, são identificadas onde há mais de uma possível causa, qual dessas possuiria aptidão para produzir a lesão, mesmo que as outras não tivessem ocorrido, ocorrendo uma análise de maneira abstrata com base no princípio de normalidade (SCHREIBER, 2012, p.58).

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017a p. 414), afirmam que essa teoria da causalidade adequada, é criticada, uma vez que, pode fazer com que um indivíduo seja responsabilizado na seara cível, com fundamento na probabilidade de normalidade de um comportamento, e não responsabilizado pela certeza de um dano.

Conforme a teoria da causalidade eficiente, as condições que estariam concorrendo para um certo resultado, não seriam equivalentes, havendo sempre um antecedente que seria a verdadeira causa do evento, e essa análise é feita no caso concreto, sendo observada qual daquelas diversas causas é a mais eficiente para que a lesão ocorresse. Já para a teoria da causalidade direta e imediata, a causa seria somente aquele evento vinculado diretamente ao dano, sem que haja interferência de nenhuma outra condição que seja sucessiva (SCHREIBER, 2012, p. 59 e 60).

É possível observar a aplicação dessa teoria da causalidade direta e imediata no artigo 403 do Códex que afirma que mesmo em casos em que a inexecução resultante de dolo do devedor, são incluídas nas perdas e danos somente os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

Convém acrescentar, que a teoria da causalidade direta e imediata, possui uma subteoria (teoria da necessariedade) que defende que há dever de reparação, quando o evento que ocasionou o dano, for efeito necessário para determinada causa. Desse modo, poderiam ocorrer danos indiretos passíveis de serem ressarcidos, e essa subteoria, possui aplicação de maneira expressa pelo STF, embora, os tribunais brasileiros continuem atuando de maneira eclética (SCHREIBER, 2012, p. 62-64).

Logo, em que pese, o Código Civil adotar a teoria da causalidade direta e imediata, percebe-se que não há um posicionamento unânime da jurisprudência, acerca de qual das teorias do nexos causal é aplicada, havendo uma variação de acordo com o caso concreto.

2.2 TEORIA OBJETIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Cumprido evidenciar, que além da Teoria Subjetiva, foi criada, ao longo do tempo, uma Teoria Objetiva, na tentativa de se buscar um fundamento para a Responsabilidade Civil, independente da existência de culpa.

Ressalta-se que, Fernando Noronha (1998, p. 25 e 26), alega que a Revolução Industrial fez com que a economia agrícola fosse de modo progressivo substituída pela indústria, o que proporcionou o desenvolvimento urbano, visto que a população rural migrou do campo para as recém construídas concentrações urbanas. De igual modo, agravou os riscos que as pessoas estavam sujeitas o que fez com que crescessem demandas exigindo uma reparação eficaz, resultando em um distanciamento progressivo da responsabilidade baseada no princípio geral da não responsabilidade sem culpa.

Isto é, em um contexto Pós-Revolução Industrial, passou a ser discutida pela doutrina a possibilidade de implantar um sistema jurídico que garantisse a indenização do dano ocasionado, sem a necessidade de comprovação da culpa, pois nesse período foram ocasionados diversos acidentes – devido aos avanços tecnológicos e mudanças no processo produtivo - em que, muitas vezes, era extramamente difícil poder identificar o causador deste dano (MARCHI, 2016,p. 14).

Por outro lado, é conveniente salientar que Fernando Noronha (1998,p. 25 e 26) ainda entende, que uma das consequências desse movimento de objetivização da responsabilidade civil, foi o fenômeno da coletivização da responsabilidade, isto é, houve de certo modo, um declínio da responsabilidade individual, uma vez que foram se desenvolvendo processos comunitários, para indenização de diversos danos, como por exemplo, os que atingem a integridade física e psíquica dos indivíduos.

Com o surgimento da Teoria do Risco, há um rompimento com a responsabilidade civil aquiliana do direito romano,em que a necessidade de ressarcir possuía fundamento na culpa, buscando-se um responsável para reparar o dano e não quem foi de fato o culpado por este dano ocorrer, uma vez que a preocupação maior é com a vítima e em reequilibrar o seu patrimônio (FARIAS; ROSELNVALD; NETTO, 2017a, p. 456 e 457).

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, é importante evidenciar que o Código Civil de 1916, mesmo possuindo a culpa como principal elemento da responsabilidade civil, já previa em seu artigo 1.529 uma situação em que poderia haver a responsabilidade sem culpa – a hipótese do dono da coisa possuir direito à indenização pelo prejuízo sofrido em caso de deterioração ou destruição da coisa alheia para remoção de perigo iminente se não for culpado do perigo (SCHREIBER,2012, p. 20- 21).

Todavia, nas palavras de Anderson Schreiber (2012,p. 20 e 21), a Constituição Federal em 1988, ao inaugurar princípios, como o da solidariedade social, que foi extremamente essencial, para ocorresse uma mudança de paradigmas, propiciando a adoção de uma responsabilidade independente da culpa, com comprometimento em reparar os danos, essa axiologia constitucional influenciou diversas

codificações, como o Código de Defesa do Consumidor de 1990, que criou um sistema de responsabilização livre do fator subjetivo ao estabelecer a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços - e também o Código Civil de 2002.

Como é possível observar, no CC de 2002 (art. 927, parágrafo único), a obrigação da reparação do dano, é “independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Ou seja, passou a ser reconhecida a responsabilidade objetiva, em situações em que a lei especificar, ou atividade resultar em periculosidade para terceiros. Logo, a culpa não possuiria hoje, papel tão essencial, uma vez que existem situações de responsabilidade civil que independem da prova de culpa.

A responsabilidade objetiva, defende o risco como critério de responsabilização, garantindo aos sujeitos que sofrem um dano, uma reparação independente de culpa do responsável, trazendo em si uma ideia de justiça (MARCHI, 2016, p. 14).

Para Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 229) a atividade que seria perigosa em sua natureza, que possui um risco de ocasionar danos a outros indivíduos, o dever de reparação nasce, não da culpa, mas do exercício da atividade que pode eventualmente causar um perigo a terceiros, e nessas situações, mesmo que não exista lei regulamentando o fato, poderia ser aplicada a Teoria Objetiva.

Convém também frisar, que o Enunciado da I Jornada de Direito Civil nº 38, explica que a responsabilidade que se fundamenta no risco da atividade (do parágrafo único do art. 927 do CC), seria configurada quando a atividade normalmente desenvolvida pela pessoa que causou o dano, provocar a outrem um ônus maior do que aos demais sujeitos.

Salienta-se, também, que existe uma atenção maior ao nexos causal na Teoria do Risco (FARIAS; ROSELNVALD; NETTO, 2017a, p. 407).

Cabe acrescentar, que a doutrina entende que a Teoria do Risco possui diversas concepções, dentre elas a do Risco Integral, em que, além de ser dispensado o elemento culpa, dispensa-se a prova do nexos causal, pois estas seriam situações

excepcionais, em que as vítimas possuem grande dificuldade para poder comprová-lo, seja em razão das atividades que os agentes desenvolvem, ou até mesmo em razão do dano (NADER,2016, p. 58).

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Braga Netto (2017a, p. 502), a Teoria do Risco Integral, também chamada de responsabilidade objetiva absoluta, seria uma construção jurisprudencial que deve ser utilizada apenas em situações concretas excepcionalíssimas, uma vez que impõe uma obrigação objetiva de indenizar o sujeito que sofreu o dano, mesmo que esteja, por exemplo, diante de um caso que normalmente incidiriam as excludentes de responsabilização.

É oportuno evidenciar que além da Teoria do Risco Integral existem diversas teorias acerca da imputação de responsabilidade objetiva como por exemplo a do Risco Proveito, adotada pelo CDC que traz vantagens para o sujeito que o cria em desfavor de outrem ou a do Risco Criado que ocorre quando um ato isolado ocasiona riscos a terceiros, dentre outras (MARCHI, 2016,p. 14).

Entretanto, vale salientar que a previsão de uma responsabilidade que independe culpa, isto é, de uma responsabilidade objetiva no Códex de 2002 de forma alguma extingue a existência de uma responsabilidade com culpa, ou seja, de uma responsabilidade subjetiva no Direito Civil Brasileiro, conforme entende autores como Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 397) , visto que essa ainda seria a regra do ordenamento jurídico trazida no *caput* do artigo 927 na ausência de previsão expressa, sendo aplicada a responsabilidade objetiva apenas nos caso em que haja lei expressamente a autorizando ou no julgamento do caso concreto.

Portanto,ressalta-se que é inegável que embora a regra geral do Código Civil continue sendo a responsabilidade subjetiva,o fundamento da responsabilização na esfera cível não seria mais exclusivamente subjetiva visto que há a possibilidade do sujeito ser responsabilizado de acordo com o risco da atividade ou por imposição legal.

2.3 AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Convém acrescentar, que em determinados casos, é possível que mesmo havendo a configuração dos pressupostos da responsabilidade civil, não haja a responsabilização do indivíduo que ocasionou de maneira culposa o dano.

Isto é, pode-se afirmar que em certas situações, acontecem fatos que fazem com que ocorra um rompimento do nexo de causalidade, como por exemplo, o caso fortuito ou a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro – essas situações são as chamadas excludentes da responsabilidade civil. Contudo, é importante destacar que autores como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017a, p. 420), compreendem que as excludentes de responsabilidade civil não se confundem com as excludentes de ilicitude.

Segundo o artigo 188 do Código Civil de 2002, não constituem atos ilícitos, ou seja, são excludentes de ilicitude, os atos praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido, e no estado de necessidade, sem exceder os limites do que seria imprescindível para remoção do perigo.

As excludentes de ilicitude, retiram a contrariedade ao direito da conduta e fazem com que os agentes fiquem isentos de modo absoluto à responsabilidade, enquanto que as excludentes de responsabilidade civil, rompem com o nexo causal, o que afasta o dever de reparar - nessas situações o dano ocorre, mas não possui conexão com nenhuma atividade do agente, não responsabiliza o sujeito (FARIAS; ROSELNVALD; NETTO, 2017a, p. 420).

Partindo destas considerações, em relação as excludentes de responsabilidade civil, vale mencionar o caso fortuito e a força maior. Segundo o artigo 393 do CC, quando ocorre o inadimplemento de uma obrigação, o devedor não responderia pelos prejuízos que resultem do caso fortuito ou de força maior, exceto, se de maneira expressa, esse indivíduo responsabilizar-se por eles, e ainda conforme o parágrafo único do mesmo artigo, o caso fortuito ou de força maior, é aquele fato necessário nos quais o efeito não seria possível evitar ou impedir.

Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 425 e 426), entende que há uma divergência doutrinária em relação aos conceitos de caso fortuito e de força maior, pois existem doutrinadores que consideram o caso fortuito como um fato decorrente apenas de

forças da natureza, enquanto a força maior decorreria apenas de atos humanos. Contudo, para outros autores, se é uma situação normalmente imprevisível seria o caso fortuito, e se aquele fato ainda que previsto é inevitável, seria a força maior. Todavia, vale ressaltar que para efeitos e consequências, ambos conceitos se confundem na prática, e necessitam surgir de fatos alheios à vontade do devedor ou do interessado.

Para Anderson Schreiber (2012, p. 68 e 69), haveria uma relativização gradual do poder excludente do caso fortuito em algumas decisões jurisprudenciais, que aplicam a teoria do fortuito interno utilizada no Direito do Consumidor – por se tratar de um risco ligado à atividade do sujeito, ainda que imprevisíveis e irresistíveis seria insuficiente para romper com o nexo de causalidade e afastar a responsabilidade, sendo exigido ao caso fortuito, a exigência da externalidade ou externidade .

Em casos de culpa exclusiva da vítima, ou seja, em que a própria vítima colocou se em condições de sofrer um dano, também há exclusão do nexo de causalidade, se houver relação entre o comportamento da vítima e as lesões que decorrerem desse dano (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017a, p. 425).

Silvio de Salva Venosa (2017, p. 430 e 431), afirma que o fato de terceiro, só exclui a responsabilização civil, quando realmente consistir em uma causa que seja estranha a conduta, isto é, que rompe com o nexo de causalidade e neste caso caberá ao agente causador do dano se defender e provar que o fato era inevitável e imprevisível. Embora o Código Civil de 2002 não preveja algum artigo específico para regular essa situação, aplica-se os artigos 929 e 930, e vale salientar que tanto o sujeito que ocasionou o dano, poderá entrar com ação regressiva contra o terceiro que criou a situação de perigo, como a vítima, também poderá ingressar com uma ação diretamente contra este terceiro.

Entretanto, Anderson Schreiber (2012, p. 70), enfatiza que existiria uma relativização da culpa exclusiva da vítima e do fato de terceiro, como acontecimentos que rompem com o nexo causal, e portanto, como excludentes da responsabilidade civil. Visto que em determinados casos ,certos comportamentos da vítima ou de terceiros, ainda que

os coloquem em condições de sofrer o dano, estariam inclusos por outro motivo, dentro do risco do responsável ou imputável a sua esfera naquela situação.

Logo, salienta-se que incidindo alguma das hipóteses consideradas pela doutrina como excludentes da responsabilização civil, há um rompimento com o nexo causal entre a conduta e a lesão causada, e o agente não poderá ser responsabilizado. Também, não há de se falar em responsabilidade na esfera cível, se estiverem presentes alguma das circunstâncias do art. 188 do CC, visto que estas são situações que excluem o ato ilícito.

3 A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DA MEDICINA

Desde os tempos mais antigos, discute-se sobre a possibilidade de responsabilização dos profissionais da medicina, em caso de eventual dano a saúde, ou a vida, de outrem.

Na sociedade contemporânea, o avanço das técnicas e metodologias utilizadas em diversas áreas da ciência médica, através de uma crescente especialização, fez com que se popularizassem procedimentos, como as intervenções cirúrgicas estéticas, o que, conseqüentemente, torna extremamente relevante e atual, uma discussão acerca da responsabilização civil, em hipóteses de danos, que possam ocorrer ao paciente, devido a ação médica nesses tipos de procedimentos.

É inegável, o impacto dos progressos técnicos sobre a atividade médica, uma vez que a tecnologia ao mesmo tempo que aumentou a vida humana, prolongou a segurança pois o médico necessita sempre buscar novos conhecimentos, se atualizar, para atuar no interesse de seus pacientes. A técnica médica habilita o profissional para desenvolver a sua ciência e aplicar da melhor forma, como também, impõe deveres outrora inexistentes na Medicina tradicional (PEREIRA, 2018, p. 189).

Salienta-se que o desejo dos indivíduos por tratamentos de qualidade, e a necessidade de uma medicina sem erros e sem falhas, tornam-se elementos de pressão para uma adaptação dos conceitos de responsabilidade. Para os pacientes,

o direito de reparação em face a ocorrência de um dano, constitui um dos seus direitos fundamentais. Entretanto, a ciência médica não é exata, e mesmo com o avanço tecnológico que traz novas possibilidades para a obtenção de melhor estado de saúde, essas técnicas podem comportar riscos aos pacientes (MONDIELLI, 2003, p. 14 e 15).

Deste modo, analisar sobre a possibilidade de responsabilizar o médico por danos à saúde e a vida de outro indivíduo, no exercício de sua profissão, é um tema de extrema relevância social, uma vez que estes podem ser considerados os bens mais importantes do ser humano.

Vale ressaltar, que o entendimento da saúde como direito fundamental, e a busca de definições acerca responsabilidade dos médicos, passou a ter mais força após a Segunda Guerra Mundial, principalmente nos debates realizados no Tribunal de Nuremberg, sobre a realização de experiências com seres humanos para obtenção, e desenvolvimento de conhecimentos científicos e tecnológicos. Tais discussões, resultaram no Código de Nuremberg, que estabeleceu a regra de que nenhum experimento com seres humanos pode ser realizado sem o prévio consentimento voluntário, livre e informado daquele indivíduo (DALLARI, 2015, p. 78).

Cabe salientar que o conceito formal de saúde surgiu da OMS, órgão que pertence à ONU e foi criado após o fim da Segunda Guerra, para promoção de direitos essenciais aos seres humanos. Evidencia-se que a OMS, conceituou saúde, como um completo bem-estar físico, mental e social, sendo um direito inerente à condição humana (ARAÚJO, BRITO, NOVAES, 2008, p. 118).

Para Dalmo de Abreu Dallari (2015, p. 78 e 79), o Código de Nuremberg, junto com outros documentos como a Declaração de Helsinque, por exemplo, influenciaram legislações nacionais e de maneira notória a CR/88 que inclui a “inviolabilidade da vida” no *caput* do artigo 5º ao falar dos direitos e das garantias fundamentais.

O direito à vida, pode ser entendido como o mais fundamental de todos os direitos, por envolver duas concepções: ser assegurado o existir e essa existência se dar de maneira digna. Logo, seria a condição *sine qua non* para o exercício dos demais direitos, dentre esses outros o da saúde, o qual estariam diretamente interligados (CUNHA, 2014, p.535).

Já direito à saúde, compreende-se como um direito de todos os indivíduos, e ao mesmo tempo como um dever fundamental do Estado, que possui o ônus de garantir acesso universal e igualitário às ações e serviços que promovam a saúde. Desse modo, o Estado seria responsável por manter o indivíduo são e evitar que ele adoça (CUNHA, 2014, p.539).

Estaria ainda no rol dos Direitos Sociais, no caput do art. 6º da CF/88, e devido a essa condição de Direito Social, o Estado teria que dar efetividade ao direito à saúde, assumindo uma postura ativa.

Portanto, convém ressaltar, que tanto o direito à vida, quanto o direito à saúde assumem a condição de Direitos Fundamentais, em uma análise com base na Constituição Federal.

Dentro dessa perspectiva, ressalta-se a importância dos bens jurídicos saúde e vida, de modo a ser imprescindível a necessidade de haver uma discussão acerca da responsabilização civil, nas situações em que esses bens sejam violados, destacando-se os casos em que a violação à esses bens ocorre por parte do profissional da área médica.

3.1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NA ATUALIDADE

Impende fazer uma breve análise da relação médico-paciente no decorrer da história até os dias atuais, para que se possa compreender a evolução e transformação que ocorreu nos papéis exercidos tanto pelo profissional da área médica como pelo paciente, ao longo do tempo.

Cabe evidenciar que a relação médico-paciente, durante muito tempo, possuiu um caráter paternalista, que adveio da medicina hipocrática, e somente muitos anos após a Revolução Francesa, com a consagração da autonomia da vontade, que passou a ser discutida a relação médico-paciente com base no respeito a autonomia do paciente (MEIRELES; BARBOSA, 2017, p. 188).

A medicina hipocrática, foi desenvolvida na Grécia Antiga, em meados do século IV e no século V a.C, possuindo como principal autor Hipócrates – considerado como pai da medicina - e segundo essa concepção, a doença não seria considerada como algo exterior ao indivíduo, mas alguma coisa que no interior do sujeito estaria desordenada, enquanto o conceito de saúde, estaria relacionado ao “estado natural” desse sujeito. Acrescenta-se ainda, que o olhar do médico ao paciente se voltava somente ao corpo doente do paciente e atento aos sinais transmitidos pela natureza, em seu todo. Ademais, o *Corpus Hippocraticum* trouxe o Juramento hipocrático, que simboliza a dignidade moral da profissão médica, tanto acerca da elevada competência técnica exigida a seus profissionais, como o respeito pelo outro (CARVALHO, 2002, p. 41-44).

Vale salientar que a medicina hipocrática possuía como base o princípio da beneficência, do qual advém o paternalismo médico: entendimento no qual se extrai que o tratamento e o cuidado do paciente só poderia ser realizado pelo profissional da medicina. A expressão paternalismo, originada do grego *pater*, pai, expressa a representação de um poder sobre o outro, justificado no princípio de fazer o bem. Essa postura paternalista do médico não levava em conta as particularidades do paciente, no que diz respeito ao modo de pensar (BEIER,2010,p. 246 e 247).

Convém acrescentar, que com base no Juramento de Hipócrates, o médico é direcionado a visar o bem-estar do paciente, escolhendo o melhor recurso e utilizando-o de maneira correta, devendo agir de modo a não causar danos, seguindo a *phýsis* – fundamento da ética hipocrática - que humaniza o profissional da medicina pela necessidade, a *ananké*, e pelo paternalismo moderado do azar , a *tykhé*, para preservar o paciente da injustiça, a *adikia* (BEIER,2010,p. 352 e 353).

Cabe acentuar que, segundo Ana Thereza Meirelles Araújo e Amanda Souza Barbosa (2017,p. 191), a postura paternalista era considerada uma característica relacional básica da relação entre o profissional da Medicina e o paciente e era o fator que diferenciava essa relação dos demais contratos.

A Revolução Francesa, no século XVIII, defendendo o lema de liberdade, igualdade e fraternidade marcou o fim do regime absolutista e consagrou a autonomia da vontade, uma vez que o Estado ao deixar de ser absoluto, deixou de intervir nos assuntos

privados e a vontade do indivíduo se tornou o centro do ordenamento jurídico. Anos depois, o Código Civil Francês de 1804, o Código Napoleônico com base nos ideais da Revolução Francesa, se caracterizou por trazer a superioridade da vontade sobre a lei, no qual a autonomia da vontade é compreendida como o espaço livre que o ordenamento estatal concede ao poder jurídico dos contratantes (FERREIRA 2013 p. 31 e 32).

Quase um século após a Revolução Francesa a consagrar a autonomia da vontade, ao começarem a aparecer abusos que violam a dignidade humana, devido a atuação do profissional medicina, que a relação médico-paciente passou a ser questionada. Os tribunais norte-americanos, no início da década de 10, passaram a discutir a relação paternalista do médico com o paciente, o que fez com que princípios como o da respeito à autonomia e de consentimento livre e esclarecido, fossem retomados e entendidos como necessários para esta relação e passou a ser compreendido que a atuação do profissional da medicina, sem consentimento, seria uma violação ao direito da autonomia do paciente (BEIER,2010,p. 247).

Um dos principais casos, da jurisprudência norte-americana, acerca da autonomia privada e consentimento livre do paciente foi o caso *Schloendorff vs the Society of New York Hospital*, em 1914, no qual a demandante Mary Schloendorff, no Hospital de Nova York, havia consentido para ser examinada e descobrir, se um tumor na fibroide, que havia sido diagnosticado, era maligno, mas não havia consentido acerca da retirada deste tumor. Todavia, ocorreu que o médico ao examina-la, descobriu que o tumor era maligno e o retirou mesmo sem o consentimento da paciente. O caso, foi para a Suprema Corte Norte-Americana, que determinou que essa remoção do tumor, consistiu em um caso de violação do consentimento da paciente, e foi decidido pelo juiz Benjamin Cardozo, que todo ser humano adulto e com plena consciência tem o direito de decidir o que deverá ser feito com o seu corpo (BOLSIN;SAUNDERS, 2012, p. 31, tradução nossa)¹.

¹No original: “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. This is true except in cases of emergency, where the patient is unconscious and where it is necessary to operate before consent can be obtained. This his was the

Ressalta-se, que o modelo de relação entre o médico e o paciente, no qual a autonomia é reconhecida como um direito essencial, devendo a vontade privada ser respeitada, em muitos países, como os Estados Unidos, por exemplo, teve origem na jurisprudência que influenciou um movimento gradativo de participação do paciente em seus tratamentos.

Ademais, como mencionado ao longo da pesquisa, com o Código de Nuremberg, em 1947, resultado das discussões feitas no Tribunal de Nuremberg, acerca da realização de experiências em seres humanos para fins científicos, passou a ser dada ênfase ao dever de informar, e também a imprescindibilidade da obtenção do consentimento livre e esclarecido prévio, à realização de pesquisas com seres humanos: logo, conceitos como o de dignidade humana e respeito passam a estarem vinculados com a ideia do princípio da autonomia (MEIRELLES; BARBOSA, 2017, p.191).

Portanto, percebe-se que há um grande progresso ao longo do tempo, na relação médico-paciente, visto que com base discussões acerca da dignidade da pessoa humana e respeito a autonomia do paciente, este ao escolher se submeter a um tratamento ou intervenção médica, deve ter sua vontade respeitada.

3.2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Faz-se necessário uma análise, primeiramente, acerca da responsabilidade civil do profissional da área médica à luz da legislação, doutrina e jurisprudência brasileira, bem como, conceituar o chamado erro médico e o distinguir de outros tipos de atos praticados pelo profissional de medicina, que não se configuram como erro médico mas que também podem ocasionar um dano ao paciente.

judgement of Benjamin Cardozo in the case of Mary Schloendorff v the Society of New York Hospital in 1914. The plaintiff, Mary Schloendorff, was admitted to New York Hospital and consented to being examined under ether to determine if a diagnosed fibroid tumour was malignant, but withheld consent for removal of the tumour. The physician examined the tumour, found it malignant, and then disregarded Schloendorff's wishes and removed the tumour. The court found that the operation to which the plaintiff did not consent constituted medical battery. Unfortunately for the plaintiff, the judge also ruled that the Society of New York Hospital (in effect the management board) was not responsible for the actions of the doctor and the case failed (BOLSIN, SAUNDERS,2012.p. 31)".

Na medida que todos os indivíduos de uma maneira geral estão submetidos a responsabilidade civil, algumas pessoas submetem-se a normas específicas, reguladoras de sua profissão, arte ou ofício que faz com que uma possível responsabilização ocorra de maneira diferente (PEREIRA,2018, p. 189).

Segundo o art. 951 do CC, caberia as disposições gerais que estão presentes nos art. 948 ao 950, acerca do dever de indenização, para o profissional de saúde, que no exercício de sua profissão por negligência, imprudência e imperícia causar a morte do paciente, agravar o mal, causa lesão, ou inabilitar para o trabalho.

No caso de morte, segundo o art. 948 do CC, a indenização consistiria no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, considerando a provável da vida da vítima.

No caso de lesão ou qualquer ofensa à saúde, deveria ser indenizada as despesas do tratamento e dos lucros cessantes, até ao fim da recuperação, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido, para o art. 949.

Já na hipótese de o dano resultar em impedimento do ofício ou profissão do paciente, ou diminuir a capacidade de trabalho, a indenização, consistirá em além das despesas do tratamento e lucros cessantes, até ao fim da recuperação, em pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu conforme o *caput* do art. 950.

Entretanto, em uma análise desses dispositivos, é possível observar que o legislador tratou apenas do dano patrimonial, mas sem mencionar as hipóteses de responsabilização em caso de dano moral ou extrapatrimonial, como por exemplo, o dano estético.

Vale destacar, que o prazo prescricional para esse tipo de ação, segundo o art. 205 do CC, seria de (10) dez anos, visto que a lei não fixou prazo menor para os casos de responsabilidade civil médica, e este é o prazo prescricional para situações em que há ausência de previsão legal específica fixando um menor prazo.

É importante ressaltar, que com base na leitura do artigo 951 do CC, percebe-se que há uma aplicação da Teoria Subjetiva para a responsabilização civil dos médicos. Deste modo, cabe registrar que a aplicação da Teoria Objetiva, poderia inclusive representar um desencorajamento ao próprio exercício da medicina, uma vez que os pacientes, ao realizarem os tratamentos, poderiam o responsabilizar apenas pela ocorrência do dano, sem necessidade de prova da culpa.

Logo, é de enfatizar, que o profissional da Medicina, ao desempenhar a atividade na condição de profissionais liberais, respondem pela culpa subjetiva, isto é, pela negligência, imprudência ou imperícia.

Todavia, existem exceções como se por exemplo, o dano ocorrer em um Hospital Público. Neste caso, o médico responderia por culpa objetiva, sendo cabível ainda o direito de regresso (NADER, 2016, p.495 e 496).

Para Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017a p.801 e 802), a jurisprudência brasileira se consolidou no sentido de que, a responsabilidade civil na área médica, se rege pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que os médicos são profissionais liberais, ou seja, exercem sua profissão de maneira autônoma, sem subordinação técnica.

Como pode ser observado na leitura do artigo 14, § 4º, do CDC, os profissionais liberais respondem apenas culposamente em relação aos danos que causarem. Assim sendo, os médicos, exercendo sua profissão de maneira autônoma, respondem de maneira culposa, no tocante a possíveis lesões que ocasionarem no exercício de sua profissão.

Ressalta-se que, desse modo, por ser considerado um profissional liberal, o médico seria excluído do sistema geral da responsabilidade objetiva, aplicando-se a responsabilidade subjetiva, em relação aos danos que vierem a ocorrer quando estiverem exercendo sua atividade, uma vez que as atividades exercidas por profissionais liberais devem ser realizadas de maneira pessoal, isto é, *intuitu personae*. Além disso, o profissional liberal deve realizar a sua profissão baseando-se, em muitos casos, na confiança recíproca entre os sujeitos (ABREU, 2015, p. 10).

Convém salientar que, embora esse posicionamento de que a relação médico-paciente rege-se pelo Direito do Consumidor seja majoritário para a maioria dos juristas, esse entendimento representa para uma parte da doutrina médica, um problema, visto que, com a percepção de que a relação entre o profissional da área médica e os seus pacientes se enquadraria como uma relação de consumo, corre-se o risco de se comercializarem as relações humanas, o que não pode em hipótese alguma ocorrer. Impende ressaltar que o Conselho Federal de Medicina segue essa linha de raciocínio (VASCONCELOS, 2019).

Ana Thereza Meirelles Araújo e Amanda Souza Barbosa (2017, p. 206) também entendem que a relação entre médicos e paciente, embora seja regido pelo CDC, não possui a mesma essência das demais relações consumeristas, pois não seria essencialmente uma relação de consumo, visto que as autoras, compreendem que o CDC é aplicado, apenas devido a ausência de uma legislação específica para poder disciplinar esse tipo de relação.

Ademais, em relação à natureza da responsabilização civil dos profissionais de Medicina, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 298) afirma que, por muito tempo houve uma discussão doutrinária acerca dessa natureza. Porém é inegável, que hoje é entendida como contratual, havendo formação de um contrato autêntico entre o cliente e o médico, quando este o atende e cabendo até falar em inexecução de uma obrigação, caso o médico não obtenha a cura do doente ou se os recursos empregados não satisfizerem o paciente.

Embora alguns autores adotam o posicionamento de que não existe diferenças entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, pois ambas possuem pressupostos em comum, que são a existência do dano, da culpa e do nexo causal, é oportuno fazer uma distinção entre as duas espécies de responsabilidade civil, visto que o próprio legislador estabelece uma distinção (KATO *et al*, 2008, p, 68).

A responsabilidade contratual estaria disciplinada nos art. 389 a 393 do CC, que tratam do inadimplemento das obrigações, enquanto a extracontratual, possui fulcro nos artigos 186 a 188 e 927 do CC, que dizem respeito às cláusulas gerais de responsabilidade civil.

A diferença principal entre as duas espécies seria que a responsabilidade civil contratual estaria vinculada a uma resolução de conflitos, criado devido a relação contida entre dois ou mais indivíduos, que estabelecem um contrato entre si. Ou seja, a fonte é um acordo de vontades, enquanto a incidência responsabilidade extracontratual, extrai-se da leitura das cláusulas gerais de responsabilidade civil. (LEONARDO,2002,p. 115).

Isto é, de um lado haveria a obrigação de promover a reparação de um dano, ocasionado devido ao inadimplemento, má execução ou atraso no cumprimento de uma obrigação negocial, decorrente de um contrato entre as partes, enquanto, do outro, existiria obrigação de reparação de um dano, que decorre da violação de direitos de outrem (NORONHA, 98, p. 21).

É conveniente salientar, que em uma análise dos artigos do Código Civil, pode se observar que não há uma previsão expressa acerca da responsabilidade contratual, no caso específico de um contrato médico, todavia, o CC, refere-se a responsabilidade do profissional de Medicina, em caso negligência, imprudência e imperícia.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2015,p. 1128-1130), tentendem que a responsabilidade médica seria uma responsabilidade contratual, pelo fato da relação entre o médico e o paciente ser uma relação contratual, podendo surgir conseqüentemente, danos materiais, morais, ou até estéticos.

É de extrema importância ressaltar que, embora o contrato médico faça parte do gênero de contrato de prestação de serviços, o seu conteúdo atende à especialidade própria nesse campo da atividade humana, não devendo ser tratado com qualquer outro ajuste de prestação de serviços (GONÇALVES,2018,p. 301).

É importante destacar, que segundo Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosevald e Felipe Braga Netto (2017a, p. 800 e 801) os tribunais tem aplicado a Teoria da Perda da Chance na área médica, como por exemplo, em casos de tratamento inadequados de determinadas doenças, quando devido a este procedimento há redução as possibilidades de cura. Convém acrescentar, que no caso, o médico não responde pelo dano (a doença) em si uma vez que não foi ele que a causou, mas pela chance de

cura que foi subtraída do paciente. Para poder ser indenizável, e aplicar a Teoria da Perda da Chance, os operadores do Direitos precisam analisar se estão presentes os requisitos da concretude da chance e da razoabilidade.

Diante do exposto, faz-se necessário mencionar acerca do erro médico, para que se possa compreender acerca da responsabilidade dos profissionais da Medicina.

Genival Veloso de França (2017, p.270-272) pontua que o erro médico,consiste em uma conduta profissional inadequada, oriunda de uma inobservância técnica, podendo produzir dano a saúde, ou a vida, do indivíduo que se submete a determinado tratamento.

Logo, seria aquele caso de negligência, imprudência e imperícia do médico, no exercício de sua profissão, que ensejaria a responsabilidade subjetiva do profissional da Medicina.

Impende acrescentar que segundo o Novo Código de Ética Médica, que entrou em vigor dia 30 de abril de 2019, em seu art. 1º - assim como, o mesmo art. do Código de Ética Médica de 2010, vigente desde 2011 - prevê uma vedação ao profissional médico de “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.Isto é, refere-se ao erro médico.

Maria Helena Diniz (2018,p. 851) compreende que o erro médico consistiria, tanto em um mau resultado involuntário, ou seja, quando no caso concreto, as situações de trabalho do profissional de medicina, não são suficientes para que o paciente obtenha um atendimento satisfatório, bem como, o trabalho realizado pelo médico, quando ocasiona dano e se encaixa nas hipóteses no art. 1º do CEM de imprudência,negligência e imperícia, o que ensejaria responsabilização civil do profissional e conseqüente dever de conceder indenização.

Do mesmo modo, Genival Veloso de França (2017, p. 270-272) entende que o erro médico pode ser de ordem pessoal, isto é, quando o ato lesivo ocorrer por despreparo técnico e intelectual, descaso ou motivos de condição física ou emocionais ou pode ocorrer relativo a falhas estruturais, devido a meio e condições de labor insuficientes, ou até mesmo ineficazes para possibilitar um bom tratamento.O ilustre doutrinador ainda

aduz que além da responsabilidade legal por erro médico, há também uma responsabilização moral de competência dos Conselhos de Medicina.

Cumprir registrar que Maria Helena Diniz (2018,p. 853 e 854) defende, que no caso de erro médico devido à falhas estruturais, não poderia ser ensejada a responsabilidade civil do médico por culpa, cabendo apenas denúncia perante o Conselho Regional de Medicina, sob pena de no silêncio, ocorrer omissão e conivência.

Convém acrescentar, que existem outros erros na área médica, que não seriam erro médico, mas podem, ou não, ensejar a responsabilidade civil dos profissionais de Medicina envolvidos.

Ressalta-se que na análise da responsabilidade civil do profissional de medicina, o erro pode ser classificado em erro grosseiro – que são casos que a conduta é extremamente inadequada, que há a presunção de que ocorreu ao menos uma situação de negligência, imprudência ou imperícia – e o erro escusável que não ensejaria responsabilização civil (MARQUESI; VIZZOTO, 2010, p. 132).

Em relação a outros tipos de erro, que são passíveis de serem cometidos pelos profissionais médico, mas não se confundem com erro médico, e não necessariamente ensejaria responsabilização, estaria presente o erro técnico ou erro profissional.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 304 e 305), entende que o erro médico seria diferente do erro profissional, pois este é resultado da incerteza da ciência médica acerca de algo que ainda seria objeto de controvérsias no meio científico, e não poder ser considerado um erro culpável devido a imperfeição da ciência, que não é exata.

É cabível acrescentar também que Maria Helena Diniz (2018 ,p.857 e 858), ressalta que erro médico se distingue da má prática médica, ou seja, a chamada *mala praxis*, que poderia para autora ser considerado como um requinte de maldade do profissional médico, quando este age com intenção de maltratar o paciente e ainda cita, como exemplo, a tortura médica, ou tratamento desumano e cruel, previsto no Código de Ética Médica, mas que assim como o erro médico, ensejaria responsabilidade civil.

Cabe também evidenciar que o erro médico, isto é, o caso de negligência, imprudência e imperícia, não se confunde com erro de diagnóstico, conforme posicionamento de grande parte da doutrina jurídica, e também para a doutrina médica.

Entende-se que diagnosticar o paciente, seria uma obrigação do profissional médico, para poder decidir acerca de qual tratamento é o mais adequado para aquele caso, com base nos sintomas e informações descritos pelo paciente, sendo imprescindível para um tratamento com melhor resposta (MENEZES, 2010, p. 15).

Desse modo, o diagnóstico de um paciente, constitui-se na especificação da doença, analisando suas características e causas. Na hipótese de ocorrência de erro no diagnóstico, este não ensejaria responsabilização, exceto se a realização do diagnóstico fosse feito sem a devida atenção e precauções exigidas pela ciência médica, neste caso, podendo resultar em um erro manifesto e grosseiro (AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 37).

O erro de diagnóstico, seria escusável, caso esteja demonstrada uma atuação diligente do profissional médico, ao realizar o diagnóstico, observando regras técnicas atualizadas. Vale salientar que para doutrina e jurisprudência é muito difícil comprovar o erro de diagnóstico pois perpassa por uma análise muito técnica (MENEZES, 2010, p. 15 e 16).

Entretanto, Edmir Américo Lourenço (1998, p. 18) entende de maneira diversa, isto é, o autor afirma que haveriam três tipos de erro médico, dentre eles, o erro de diagnóstico. Ou seja, o erro médico seria um gênero, e o erro de diagnóstico uma de suas espécies, que pode ser evitável dependendo da responsabilidade direta do médico ou inevitável devido a situações como por exemplo a insuficiência de meios. Também faria parte do conceito de erro médico, para o autor, o erro de tratamento, que ocorre devido a imperícia, e o erro na dosagem de medicamentos, que acontece por imprudência.

De igual modo, Maria Helena Diniz (2018, p. 856 e 857) entende que o erro de diagnóstico e o de prognóstico seriam uma das espécies de erro médico, assim como, o erro de tratamento, o erro na dosagem de medicamentos e o erro de procedimento cirúrgico ou uso da técnica e material inadequado.

Ademais, Genival Veloso de França (2017, p. 270) afirma que o erro médico não se confunde com o resultado incontrollável, que é proveniente de uma situação grave e de curso inexorável, nem com o acidente imprevisível, em que o resultado é fruto de caso fortuito ou força maior. O autor ainda entende, que nem todo resultado adverso seria erro médico, visto que são conceitos distintos, uma vez que existem outras causas e circunstâncias que podem fazer com que o trabalho do profissional da medicina obtenha um resultado não esperado.

Ademais, visto as diferenciações acerca de erro médico com outras hipóteses de erro, cometidos pelo profissional da área medicina, para que se possa compreender o que seria evidentemente o erro médico é demasiadamente oportuno, analisar e fazer uma distinção entre a hipótese de conduta culposa, negligente e imperita cometida pelos médicos.

3.2.1 A conduta culposa negligente

Cabe evidenciar a conduta culposa negligente do profissional da área médica, como uma das hipóteses em que ocorre o erro médico sendo possível ensejar, desse modo a responsabilidade civil.

A negligência, consistiria para Maria Helena Diniz (2018, p. 852 e 853), nas hipóteses em que o médico não cumpre o que deve ser feito, agindo com descaso em seus deveres profissionais. Seria um exemplo de negligência, o ato de deixar o plantão.

Nas palavras de Edmir Américo Lourenço (1998, p. 17), a negligência que ocasiona o erro médico, decorreria da indolência do profissional por inatividade material, ou pessoal, que é resultado do descaso com o paciente ou até mesmo com a própria instituição.

Cumprir acrescentar que, a negligência ocorre quando há falta de cuidado, ou precaução na execução de alguns atos, sendo caracterizada pela inércia, isto é, seria um ato omissivo, uma vez que o indivíduo não agiu de maneira diligente ou seja cautelosa de modo a evitar falhas (LUI NETTO; ALVES, 2010 p. 75).

A conduta culposa negligente do médico também ensejaria a responsabilidade penal, além da civil, e ocorre com a inobservância dos deveres exigidos pelas circunstâncias e ocorreria em situações, como por exemplo, no abandono do paciente que está doente e necessita de tratamento, na omissão de tratamento ou demora de encaminhamento do paciente para outro colega de profissão, por atos culposos realizados por um médico em relação a tarefas que deveriam ser de exclusiva responsabilidade de outro médico, pela prática ilegal por pessoal técnico em atos que a assistência do médico é indispensável, por letra indecifrável em receita médica que dar margem a medicamentos trocados, por cirurgia de lado errado ou pessoa errada embora seja raro (FRANÇA,2017,p. 272-278).

Também pode ser perceptível, a negligência em casos em que, por exemplo, advém uma sequela cirúrgica que poderia ter sido evitada, se o cirurgião utilizasse determinado procedimento, que conhecia, mas por displicência não o utilizou, assim como casos em que, um instrumento, uma compressa ou uma gaze é esquecida dentro da cavidade cirúrgica no paciente (LOURENÇO,1998, p. 17).

Deste modo, é inegável que há um consenso doutrinário, que negligência seria um ato omissivo, em que o médico deixa de fazer algo que lhe incumbe, como obdecer um dever de cuidado, por exemplo, ocasionando o erro no caso concreto.

3.2.2 A conduta culposa imprudente

Também caracterizaria-se o erro médico as situações em que o médico age de modo imprudente com o seu paciente.

O médico, ao realizar procedimentos que podem ocasionar riscos para o paciente, atua de maneira imprudente. Neste caso, não há respaldo científico ou esclarecimentos, e até mesmo uma anuência prévia do paciente, ou de seu representante legal, para a atuação do médico, que se tivesse atuado com uma atenção adequada, e de maneira cautelosa, poderia ter previsto ou evitado o dano (LOURENÇO,1998, p. 17).

Ou seja, o profissional de medicina, ao praticar uma conduta culposa imprudente, atua de uma maneira sem se preocupar com as consequências de seus atos ou ações. Ou seja, nessa situação ele possui perfeito conhecimento do risco, todavia, o ignora e age mesmo assim (LUI NETTO; ALVES, 2010 p. 75).

Maria Helena Diniz (2018,p. 852) segue o mesmo entendimento, de que nas hipóteses em que o médico assume procedimentos de risco para o paciente, estaria caracterizada a imprudência do profissional, atuando de maneira excessiva

Para Genival Veloso de França (2017, p. 270), a imprudência médica também enseja a responsabilização penal do médico e diferente da negligência que pressupõe uma inércia, a imprudência possui uma característica comissiva, pois decorre de uma conduta ou ato realizado pelo profissional da medicina. Ressalta-se que, este profissional não utilizou no caso, a cautela necessária para a prática desse ato, e o faz de maneira intempestiva, precipitada ou até mesmo insensata, ocasionando dano ao paciente.

Seria o exemplo do profissional de medicina que submete o paciente a tratamentos que são desnecessários, causando prejuízos mas sem se preocupar com as consequências desses atos (LUI NETTO;ALVES, 2010 p. 75).

Também, pode ser percebida uma conduta culposa imprudente, quando um cirurgião mesmo sem aprovação científica acerca de determinada cirurgia, a realiza, e posteriormente, são apresentadas complicações pós-operatórias (LOURENÇO, 1998, p. 17).

Isto é, diferentemente da negligência, aqui não há uma omissão, mas percebe-se que a maioria da doutrina, entende que seria a situação em que o médico age de maneira comissiva, mas sem se preocupar com suas consequências, submetendo o paciente a uma situação de risco.

3.2.3 A conduta culposa imperita

Vale destacar, que o erro médico ocorre também nos casos em que o profissional da área médica atua de maneira imperita.

Para Edmir Américo Lourenço (1998, p. 17), a imperícia ocorreria quando não se sabe realizar adequadamente o ato médico, pois não foram tomados cuidados específicos no exercício da profissão.

Isto é, a conduta culposa imperita do médico, pode ser demonstrada quando ocorre a falta conhecimentos técnicos da profissão, ou em outras palavras, quando o médico não atentou-se as normas técnicas (LUI NETTO;ALVES, 2010 p. 75).

A imperícia consistiria, para Maria Helena Diniz (2018,p. 851), no despreparo técnico, ou intelectual, do profissional de medicina, acontecendo nas hipóteses em que o médico não observa normas técnicas, ou quando há pratica um ato sem ter o conhecimento imprescindível para realiza-lo de acordo com sua profissão, e também em casos em que o médico faz de maneira “ruim” o seu serviço.

De igual modo, Genival Veloso de França (2017, p. 289 e 280), entende que a imperícia pode ser considerado, tanto como a carência de aptidão, seja ela prática ou teórica, para poder realizar uma atividade técnica, ou também, em outra acepção do conceito, como a incapacidade ou inabilitação devido a ausência de habilidade ou conhecimentos necessários para a profissão.

Já Tula Rodrigues Ferreira de Menezes (2010,p. 17), defende que a imperícia pode ser considerada como um mau emprego de uma boa técnica, e portanto seria um erro inescusável, logo punível.Ou seja, ao agir de maneira imperita, o profissional de medicina estaria utilizando de maneira errada uma técnica, que de acordo com a ciência médica seria correta, o que ensejaria a incidência do instituto da responsabilidade civil.

Todavia, convém acrescentar que alguns juristas, como o próprio Genival Veloso de França (2017, p. 289-290), entendem que há uma dificuldade em atribuir como imperita uma conduta praticada por um profissional de Medicina, visto que esse indivíduo possui um diploma que presume conhecimento primário da ciência médica, visto que por ser uma ciência tão complexa, seria extremamente difícil obter um diploma ser possuir o mínimo conhecimentos básicos, e uma habilitação legal que

confere o livre exercício da profissão, pois desta maneira estaria questionando, inclusive, a própria instituição oficial que concedeu o diploma.

Entretanto, o posicionamento de que o médico habilitado não seria capaz de praticar imperícia, não seria acolhido pela maioria da doutrina e jurisprudência, uma vez que o diploma universitário do profissional de medicina, não possui uma presunção de perícia e a existência de imperícia na conduta do profissional de medicina seria inclusive reconhecido no próprio Código de Ética Médica. (MARQUESI; VIZZOTO, 2010, p. 134 e 135).

O progresso científico e seu alcance deve ser levado em conta, uma vez que se é de domínio público, o profissional deveria ter conhecimento para poder utilizar determinada técnica para o tratamento de uma determinada doença, ou em um procedimento, por exemplo (LUI NETTO;ALVES, 2010 p. 75).

Ressalta-se que a falta genérica de conhecimento, não seria suficiente para caracterizar um médico imperito, mas seria uma conduta com base na ignorância de algo que um médico, devido ao grau de especialização deveria saber, inclusive, também pode ser imputado como imperito, o médico desatualizado em relação ao progresso da ciência médica, quando, por exemplo, for evidente que a prática que está sendo utilizada está em desuso – contudo, ressalta-se que as circunstâncias e os recursos à disposição do profissional médico, devem ser levados em consideração na análise do caso concreto (MARQUESI; VIZZOTO,2010,p. 134 e 135).

Portanto, é perceptível que embora parte da doutrina entenda que o médico não seria capaz de praticar uma condura imperita, este posicionamento não é prevalente, havendo um consenso de que, havendo inobservância de normas técnicas ocasionando uma lesão ao paciente, caberia falar em imperícia e deste modo ensejar responsabilização civil do profissional que a ocasionou.

3.3 A IATROGENIA

É de extrema importância, diferenciar o conceito de erro médico – conduta negligente, imprudente ou imperita do profissional da medicina - com o da iatrogenia, visto que são conceitos distintos, embora as vezes haja uma confusão por parte de doutrinadores, acerca de suas conceituações, por não existirem marcos jurídicos específicos.

A iatrogenia, seria ainda um instituto desconhecido, o que enseja discussões e dificuldades em sua aplicação, para os operadores do Direito. Vale salientar que a iatrogenia, não ocorre apenas na área médica, mas também aplica-se em outras áreas da saúde como, enfermagem e odontologia no que diz respeito a procedimentos, prescrição de medicamentos e intervenções (MENEZES, 2010, p. 18).

Convém salientar que, segundo Ana Thereza Meirelles Araújo e Amanda Souza Barbosa (2017,p. 191 e 192), há uma grande discussão doutrinária acerca da conceituação de atrogenia, uma vez que não há uma definição unânime a na doutrina médica, na jurídica ou até mesmo na jurisprudência. Portanto, poderiam serem evidenciadas duas teorias principais, na qual a primeira compreende a iatrogenia como um gênero, e segundo esse entendimento, poderia ao depender da espécie, ensejar, no caso concreto, a responsabilização civil do profissional de medicina, enquanto que para a segunda teoria, a iatrogenia e erro médico seriam não apenas conceitos diferentes, como também excludentes e deste modo, dano iatrogênico não ensejaria responsabilidade civil.

Cabe, portanto, apresentar ambas as teses doutrinárias acerca do conceito de situações iatrogênicas.

3.3.1 A confusão doutrinária e a adoção do conceito adequado

É possível afirmar, que há uma confusão doutrinária acerca do que consistiria a iatrogenia, havendo o posicionamento de alguns autores, que a compreendem como um gênero dentro do qual comportaria várias espécies.

Em uma análise etimológica da palavra iatrogenia, percebe-se que ela deriva do grego “iatrós” (médico, medicina), geno ou “gennáo” (aquele que gera), e “ia” (que representa uma qualidade), podendo ser interpretada, como qualquer atitude de um profissional da Medicina no exercício de sua profissão, dessa forma um médico mesmo possuindo os melhores recursos tecnológicos de diagnóstico e terapêuticos poderia cometer iatrogenias (TAVARES, 2007, p. 181).

Cumprir registrar que, Edmir Américo Lourenço (1998, p. 17 e 18), compreende que a iatrogenia advém da ação do médico, logo, seria algo benéfico, visto que a medicina possui como fito de praticar o bem, seja na cura de doenças, ou no alívio da dor do paciente.

Contudo, percebe-se que a expressão iatrogenia é mais utilizada para designar um resultado negativo da prática médica que provoca um prejuízo ao paciente – tanto material, quanto psicológico. (TAVARES, 2007, p. 181).

Deste modo, seria mais apropriado utilizar a expressão “doenças iatrogênicas”, ou “manifestações orgânicas iatrogênicas”, para se referir as alterações orgânicas que não são benéficas, e decorrem dos atos médicos ou da ação prejudicial do médico. Essas lesões, podem ser tanto previsíveis e esperadas, quanto previsíveis e inesperadas ou até mesmo podem resultar de falhas humanas, por se tratar de um gênero que comporta várias espécies (LOURENÇO, 1998, p. 17 e 18).

Ou seja, para se referir a um ato médico que causa prejuízos ao paciente, a denominação mais adequada seria “iatropatogenia”, por haver uma ênfase na acepção maléfica do ato do profissional da Medicina (TAVARES, 2007, p. 181).

Deste modo, enquanto gênero, a iatrogenia poderia ser definida como um ato, que decorre de uma intervenção médica, correta ou não e justificado ou não, que possui como resultado consequências prejudiciais ao paciente. Os pacientes em situação grave, submetidos aos cuidados da Medicina Intensiva, por exemplo, se encontrariam vulneráveis à afecções iatrogênicas, devido a instabilidade do seu estado de saúde e da necessidade de intervenções (CANINEU *et al*, 2006, p. 95).

Rui Stoco (2011, p. 664), também compreende a iatrogenia como gênero e a entende como um fato natural *lato sensu*, enquanto ocorrência no mundo físico, sem conter

qualquer qualificação ou estar afetado a contingente interno, ou seja, sem estarem presentes qualquer referência de licitude ou ilicitude, sendo apenas um acontecimento ou um resultado da ação médica que seja danoso. Dentro dessa concepção defendida pelo autor a iatrogenia abarcaria diversas espécies.

Para Rui Stoco (2011, p. 664 e 665), haveriam as iatrogenias legitimadas pelo exercício regular de direito, no qual a lesão, além de prevista e até mesmo planejada, seria o único meio para o tratamento do paciente, como por exemplo, um corte no tecido que recobre as amídalas, para retirada de um tumor neste órgão, ou amputação de uma perna com gangrena ocasionando perda de membro. Nestes casos, o exercício normal da atividade médica, seria um exercício regular de uma faculdade legítima, pois seria um meio justo ou adequado para um fim justo ou autorizado pelo Estado.

Vale lembrar, que o próprio art. 188 do CC, autoriza os atos praticados no exercício regular de um direito, pois afirma que estes não constituem atos ilícitos, sendo excludentes da ilicitude.

Cabe também evidenciar que Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017a, p. 185-187), entendem que o exercício regular de um direito não seria uma contrariedade ao direito, uma vez que há uma incompatibilidade lógica entre o exercício de um direito e o cometimento de ato ilícito, mas caso as circunstâncias demonstrem que houve uma imputação abusiva, ou seja, se a atuação for esvaziada de propósitos legítimos, trataria-se, então, de abuso de direito e neste caso, o ensejaria reparação.

Portanto, em uma de suas espécies, a iatrogenia consistiria em um exercício regular de um direito, o que faz com que ela não enseje responsabilidade civil, uma vez que esses atos praticados pelo médico, não constituem um ilícito.

Rui Stoco (2011, p. 665) entende que também existiriam as iatrogenias decorrentes de fatores individuais, e próprios, do paciente, ou seja, as lesões previsíveis sofridas pelo paciente poderiam decorrer de uma maior sensibilidade daquele indivíduo em relação a um medicamento, por exemplo. Essas hipóteses, não constituem ato ilícito e

consequentemente punível, caso o paciente for alertado pelo médico, das consequências possível de determinado tratamento ou procedimento.

Outra espécie, seriam as iatrogenias que decorrem de uma omissão do próprio paciente, quanto à existência de condições orgânicas que são desfavoráveis, como por exemplo, um paciente que omite que possui diabetes e em razão disso ocorre o resultado danoso durante a ação médica. Neste caso, a iatrogenia não pode ensejar responsabilização do profissional da Medicina, pois decorre apenas da omissão do paciente (STOCO, 2011, p. 665).

Haveriam também, as iatrogenias decorrentes da técnica empregada, ou do Estado da Ciência, que não se confunde com o erro médico por imperícia, e seriam previsíveis mas nem sempre esperadas, e que não ensejaria responsabilização do médico por não se tratar de ato ilícito (STOCO, 2011, p. 665 e 666).

Por fim, Rui Stoco (2011, p. 666) pontua que também existiria uma última espécie de iatrogenia, consistente no resultado de uma atuação culposa do profissional da área médica, ou seja, na hipótese de negligência, de imprudência e imperícia. Nesta hipótese, o resultado danoso seria transformado em um ilícito e aplica-se a Teoria da Culpa, podendo ensejar responsabilização civil ao profissional da Medicina. Ou seja, para o ilustre jurista, a iatrogenia enquanto gênero, consiste em ato médico, que pode, ou não, vir a ser um ilícito, e isso depende de qual espécie de iatrogenia que essa ação do profissional médico será enquadrada.

Outros autores, entendem que a iatrogenia seria uma espécie autônoma, excludente e distinta do erro médico. Neste caso, o profissional de Medicina que cometesse dano iatrogênico, não seria passível de responsabilização civil.

Desta forma, José Carlos Maldonado de Carvalho (2009, p. 6-8), compreende que iatrogenia consiste em um dano, que foi ocasionado por ato médico, através de suas técnicas ou pelos tratamentos prescritos e fariam parte deste conceito apenas o dano previsível, seja ele esperado ou não, enquanto, os casos que decorrem de falhas do profissional da Medicina, não tipificariam o dano iatrogênico. O dano iatrogênico possuiria então dois pressupostos: a previsibilidade da ocorrência e a necessidade para alcançar o resultado.

Logo, partindo deste entendimento, a imprudência, negligência e imperícia não estariam presentes no conceito do dano iatrogênico mas no de erro médico e a iatrogenia não enseja a incidência da responsabilidade civil do médico.

Cabe salientar, que José Carlos Maldonado de Carvalho (2009, p.09) também afirma, que existem situações chamadas de iatrogenia, mas em verdade, consistiriam em uma simulação, pois o dano poderia ter sido evitado, mas justifica-se a ocorrência deste prejuízo através de uma hipótese de iatrogenia para poder não incidir a responsabilização civil.

A iatrogenia, então, em uma de suas diversas acepções seria caracterizado por uma lesão decorrente de uma atuação do profissional da Medicina - seja uma intervenção médica e procedimental, ou tratamento realizado por meio de medicamentos – mas que seja correta e necessária o que afasta, deste modo, a reparação de eventual dano que venha a ser causado (MENEZES,2010, p. 28).

Ou seja, pode-se defender que a iatrogenia seria toda intervenção ocasionada pela atuação do médico, em decorrência de sua atividade e nesse sentido não deverá ser confundida com o erro médico,isto é a,com a hipótese de negligência,imprudência ou imperícia visto que a ocorrência do dano iatrogênico não significa que o médico não agiu de acordo com os seus deveres de cuidado ou com os preceitos médicos adequados (ABREU, 2015, p. 07).

Não existiria no caso do ato iatrogênico, necessariamente antijuridicidade, uma vez que a iatrogenia seria qualquer lesão, que for provocada por ato médico sendo inerente às cirurgias, exames ou tratamentos médicos e pode ser prevista, previsível ou imprevisível.Mesmo em casos que a iatrogenia não seja inerente ao procedimento, se existir probabilidade do ato iatrogênico pela doutrina médica, este dano será considerado previsível (NERILO,2018).

Existem outros posicionamentos como Carlos Roberto Gonçalves, (2018 p. 304) que entende a iatrogenia como o dano causado pelo médico, através de seus atos em pessoas sadias ou doentes possuindo transtornos inesperados oriundos da imperfeição de conhecimentos científicos, que seria escusável na falibilidade médica.

Situações iatrogênicas, não se encaixam de maneira adequada, nas hipóteses de excludentes de ilicitude civil e ao mesmo tempo não podem ensejar a culpabilidade do profissional da área de saúde, na forma de negligência, imprudência ou imperícia por não possuir elementos que caracterizam um ilícito, mas diante a ocorrência um dano iatrogênico, os profissionais da área médica devem tentar na medida em que for possível reparar o dano sofrido pelo paciente (SILVA *et al*, 2008, p. 682).

Entretanto, convém salientar que pode-se defender que poderia surgir uma responsabilidade na esfera cível, e conseqüente obrigação de reparar o dano, caso haja uma violação consciente de um dever ou falta objetiva do dever de cuidado.

É cediço que iatrogenia, seria uma situação em que o médico utiliza um tratamento insubstituível, para que ocorra a melhora do estado de saúde do paciente, mas que acaba produzindo um dano inevitável. Todavia, nessas situações o médico deverá, não apenas executar o tratamento e acompanhar o paciente, mas também, dar todo um suporte de informações, uma vez que antes de iniciar qualquer tratamento ou procedimento o profissional da área médica deverá incluir informações quanto a possível ocorrência de iatrogenia e a sua inevitabilidade (SILVA *et al*, 2008, p. 681 e 682).

Ana Thereza Meirelles Araújo e Amanda Souza Barbosa (2017,p.200), entendem ser mais apropriada, a compreensão de que a iatrogenia seria um fenômeno referente as circunstâncias em que o ato médico provocou uma lesão previsível ao paciente e cuja materialização se deu com o profissional da Medicina agindo conforme os ditames de sua atividade.

Isto é, a iatrogenia deve ser entendida como um mal que é ocasionado ao paciente, em razão do uso de técnicas necessárias para o tratamento médico. Em outras palavras, seriam as doenças que decorrem da utilização de medicamentos, de atos cirúrgicos, ou de outros procedimentos que são feitos pelo profissional da Medicina, mas que não ensejam responsabilidade civil e conseqüente obrigação de indenizar (SILVA,2010,p. 11).

Portanto, demonstra-se mais adequado, compreender um dano iatrogênico com base na teoria que entende iatrogenia como uma espécie, logo, não seria passível de ensejar responsabilidade civil para o profissional da área médica que o cometeu.

3.3.2 Previsibilidade e necessidade como elementos fundamentais

Ao adotar o entendimento de que a iatrogenia seria uma espécie autônoma, distinta e excludente de erro médico, é possível extrair dois elementos fundamentais para a configuração das situações iatrogênicas: a previsibilidade e a necessidade.

Cabe ressaltar, que acerca da amplitude dessa a previsibilidade, elemento central na definição da iatrogenia, o verbo “prever” remete à ação de antever, ou seja, que se verifique com antecedência e estabeleça suposições acerca de possíveis consequências, podendo-se afirmar que é dotado de previsibilidade tudo aquilo que ainda não ocorreu no mundo dos fatos, mas que pode vir a ocorrer (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 200).

Assim sendo, deve-se considerar apenas as lesões previsíveis, sejam elas esperadas ou não, mas que decorram do procedimento como iatrogênicas. Logo, danos que decorram da falibilidade humana ocasionados pela imprudência, imperícia ou negligência não estão presentes neste conceito (SILVA, 2010, p. 11).

Acrescenta-se que, a lesão ocasionada pela iatrogenia, seria previsível o que significa que pode ser antevista em relação à prática da intervenção médica. Ademais, esse requisito da previsibilidade para a situação iatrogênica pode se referir a uma lesão na qual a sua ocorrência seria certa ou incerta, ou seja, com alta ou baixa probabilidade de acontecer (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 205).

Para José Carlos Maldonado de Carvalho (2007, p. 06 e 07), a doutrina costuma utilizar dois critérios para poder aferir a previsibilidade. O primeiro critério seria objetivo, isto é, deve ser apurada no caso concreto analisando a função do homem médio, enquanto que o segundo seria subjetivo, pois levaria em conta condições pessoais do agente. O autor também pontua que a previsibilidade deve ser examinada no momento

em que a conduta do médico for realizada e deve ser atual, nunca remota, fictícia, ou genérica e abstrata.

Deste modo, cumpre registrar que a previsibilidade precisa ser analisada de acordo com o estágio da Medicina, no momento em que ocorreu a prática do ato médico. Salieta-se também que as complicações imprevisíveis não estariam presentes no conceito de iatrogenia, mas no de caso fortuito ou força maior, que consistem em excludentes da responsabilidade civil e não devem ser confundidas com situações iatrogênicas (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 200).

Pode-se defender, que o médico não responde pelo ato iatrogênico previsível e necessário, visto que sua configuração se adequa à excludente do estado de necessidade - sacrificar um interesse a fim de salvar outro de igual ou superior valor jurídico em casos que o agente não ocasionou o perigo que o bem tutelado foi exposto. O profissional médico, precisaria causar um dano para defender um bem maior - seja ele a vida, a integridade e a saúde do cliente - não sendo o risco imposto pelo profissional, mas decorrente do estado de saúde do paciente (NERILO, 2018).

É conveniente acrescentar, que além da previsibilidade, para José Carlos Maldonado de Carvalho (2007, p. 08-10) o ato médico precisa possuir o requisito da necessidade, ou melhor, a lesão ocasionada tem de ser indispensável para a ocorrência do tratamento ou procedimento médico. O autor cita à título de exemplo as cirurgias mutiladoras, as reações alérgicas oriundas do uso de contrastes radiológicos, dentre outras situações que se demonstram fundamentais para que ocorra a intervenção médica.

Cabe ressaltar, que por cirurgias mutiladoras entende-se a mastectomia no caso do câncer de mama, por exemplo, e também amputações de membros do corpo como a título ilustrativo no caso de diabetes, quando é amputada uma perna para salvar a vida do paciente. Em ambas situações, as lesões eram necessárias para que ocorresse a intervenção médica (MENEZES, 2010, p. 19).

Todavia, deve-se levar em conta que a iatrogenia não pode ser encarada pelos profissionais da área médica como algo corriqueiro, banal, visto que é inerente ao atuar médico pois quando for uma lesão iatrogênica esperada – já que um requisito

a iatrogenia é ser previsível, seja ela esperada ou não - o médico precisa valer de todos os meios possíveis, que estiverem ao seu alcance para alcançar um pós-operatório, ou tratamento, menos doloroso ao paciente (ABREU, 2015, p. 08).

Portanto, cabe salientar que deve-se atentar ao fato de que para se configurar como uma situação iatrogênica, a lesão praticada pelo profissional da área médica precisa ser previsível e necessária para que o resultado pretendido pelo paciente aconteça.

4 A (IM) POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PROFISSIONAL DA MEDICINA POR DANO IATROGENICO EM CASO DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS ESTÉTICAS

Visto os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da conceituação da iatrogenia, com fito de assimilar a profundidade temática, cabe fazer uma exame acerca da (im)possibilidade, de um profissional da Medicina, ser responsabilizado na esfera cível, quando cometer dano iatrogênico, em caso de intervenções cirúrgicas estéticas.

Em uma análise a priori, utilizando os entendimentos defendidos por José Carlos Maldonado de Carvalho (2009, p. 08), a iatrogenia, por si só, isto é, a penas a ocorrência de um dano iatrogênico, no caso concreto, não caracterizaria uma hipótese de incidência da responsabilidade civil, por não se tratar de um ilícito e sim de um erro que seria escusável na falibilidade médica. Em outras palavras, a iatrogenia se trata de um erro justificável, pois os danos mesmo que não estejam sendo esperados, são previsíveis em decorrência da ação médica e são necessários para que o paciente obtenha o seu resultado desejado.

Portanto, pode-se defender que a ocorrência de danos iatrogênicos em intervenções cirúrgicas estéticas, não ensejariam a responsabilização civil do profissional da área

médica que as realizou, e conseqüentemente não caberia um dever de reparar os prejuízos causados na esfera judicial.

4.1 CIRURGIAS ESTÉTICAS: OBRIGAÇÕES DE MEIO OU OBRIGAÇÕES DE RESULTADO?

Todavia, para poder falar acerca da possibilidade ou impossibilidade de responsabilização civil do médico, em casos de danos iatrogênicos, em cirurgias plásticas estéticas, convém fazer uma breve análise acerca do que consistem as cirurgias plásticas estéticas.

Segundo a Resolução nº 1621/ 2004 do Conselho Federal de Medicina, a cirurgia plástica constitui ato médico que possui o objetivo de trazer benefício à saúde do indivíduo, seja ela física, psicológica ou social, ou em outras palavras, busca o equilíbrio biopsicossocial e melhoria da qualidade de vida do paciente.

Vale salientar, que segundo a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (2016), a cirurgia plástica, seria um gênero que pode ser dividida em especificidades como reconstrutiva e estética. Evidencia-se que os primeiros registros de cirurgias plásticas ocorreram na Índia no século VI, enquanto que a cirurgia plástica moderna surgiu no Pós Primeira Guerra com a finalidade reconstrutiva, reparadora. Algum tempo depois, os cirurgiões plásticos começaram a utilizar essas técnicas que eram usadas para fins corretivos, para finalidades meramente embelezadores, sendo criada a cirurgia plástica estética. Contudo, inicialmente, esse tipo de intervenção era extremamente caro, sendo reservado a apenas uma pequena parcela da sociedade.

Vale salientar, que a cirurgia plástica, que durante algum tempo estava apenas à serviço da elite, ou seja, acessível somente a alguns indivíduos como celebridades ou pertencentes a uma classe econômica muito alta, tornou-se popular devido ao próprio avanço da medicina e suas técnicas, encontrando-se hoje com preços e formas de pagamento variados (GARRINI, 2007, p. 09).

É inegável, que ao longo do tempo ocorreu uma popularização das cirurgias plásticas com finalidades estéticas, por diversos fatores como, por exemplo, a massificação da distorção estética do corpo ideal através dos veículos de comunicação que fez com que, de certa forma, se popularizassem esses tipos de intervenções cirúrgicas, visto que inúmeros indivíduos, as procuram com o objetivo de melhorar a sua auto-estima e a sua auto-imagem, buscando uma maior aceitação no âmbito social (BARROS,2007,p. 45).

Isto é, o corpo passou a ter um imenso um valor cultural, visto que ter um corpo considerado como perfeito, tornou-se um objetivo que faz com que integre o sujeito a um grupo social, e ao mesmo tempo também o destaca dos demais, pois a flacidez e o sedentarismo representam o descaso. Salienta-se que a mídia aproveitou essa busca dos indivíduos pelo corpo perfeito para poder difundir produtos e serviços voltados à finalidade estética, dentre eles as intervenções cirúrgicas embelezadoras (GARRINI,2007, p. 05-08).

A título de exemplo, ressalta-se que conforme pesquisa realizada no Censo 2017 pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (2017) apenas em 2016 foram realizadas 1.472.435 de intervenções cirúrgicas plásticas sendo deste número 839.288 de cirurgias estéticas (57%) e 664.809 de cirurgia reparadora (43%),o que demonstra um crescente busca por esses tipos de intervenções,principalmente as com fins embelezadores.

Convém distinguir as conceituações acerca das cirurgias plásticas estéticas e das cirurgias plásticas repadoras.

José Carlos Maldonado de Carvalho (2007, p. 173), entende que a cirurgia reconstrutiva, também chamada de reparadora,consistiria na reparação de determinadas enfermidades ou deficiências patológicas, independentemente de serem congênitas – ou seja,nascerem com o indivíduo - ou se forem adquiridas ao longo da vida do sujeito.

Vale evidenciar que, de acordo com o Ministério da Saúde (2018), a cirurgia plástica reparadora - tão importante quanto qualquer outra intervenção cirúrgica- possui o objetivo de corrigir deformações, sejam elas congênitas ou adquiridas, em caso de

déficit funcional total ou parcial, do qual tratamento exige recursos técnicos, de cirurgia plástica para aprimorar ou recuperar as funções e restabelecer a forma.

Já a cirurgia plástica embelezadora, ou seja, a cirurgia estética possui a finalidade não de corrigir enfermidades, mas, simplesmente, como o próprio nome diz, de embelezar ou melhorar algumas pequenas imperfeições naturais do paciente (CARVALHO,2007,p. 173).

A cirurgia plástica com fins estéticos, é uma atividade lícita, uma especialidade médica como as outras.Os indivíduos do mesmo modo que possuem o direito de cuidar da saúde, tem o direito de cuidar da aparência, devendo, inclusive, o médico que exerce esta especialidade possuir o mesmo tratamento que os demais profissionais da Medicina que realizam intervenções cirúrgicas (PEREIRA,2018 p. 198).

Cabe acrescentar, que em situações em que o resultado alcançado pela cirurgia plástica não foi o pretendido, surgiria uma obrigação de indenizar o paciente para o profissional que a realizou, abrangendo geralmente, as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético e verba para correção através de novos procedimentos cirúrgicos (GONÇALVES,2017, p. 305 e 306).

Isto é, quando há a provocação de um dano na realização de uma intervenção cirúrgica estética, é quebrado o vínculo de confiança que o médico possuía com o paciente e a legítima expectativa que existia sobre o resultado pretendido. Nestas hipóteses, obrigar o paciente a refazer o mesmo procedimento com o profissional que casou o dano seria irrazoável, logo, o indivíduo deve ser indenizado e o médico que ocasionou o dano, arcar com os custos da nova intervenção que deverá ser realizada por outro profissional da escolha do próprio indivíduo (FARIAS;ROSENVALD;NETTO, 2015, p. 1132).

Acrescenta-se que é de extrema importância, analisar o panorama doutrinário e jurisprudencial, acerca das obrigações geradas pela cirurgias com fins meramente estéticos, ou seja ,se produziria uma obrigação de meio ou de resultado.

4.1.1 O panorama doutrinário

Cumpra distinguir, inicialmente, no que consiste a classificação das obrigações jurídicas em obrigação de meio e obrigação de resultado para o Direito Civil.

A distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado, é extremamente fundamental para o exame do caso concreto, principalmente no que diz respeito a produção de provas no processo (CARVALHO,2007, p, 175 e 176).

Isto é, na obrigação de meio o ônus da prova processual seria do credor, uma vez que este deve comprovar a ocorrência de uma falha do devedor, que não agiu com o grau de diligência pertinente. Na obrigação de resultado, há inversão do ônus probatório, cabendo ao devedor afastar a sua culpa e demonstrar a existência de uma causa diversa que ocasionou o inadimplemento da prestação (CHAVES,ROSEVALD,BRAGA NETTO, 2017b,p. 341).

Nas obrigações jurídicas de resultado, a execução atinge-se quando o devedor cumpre com o objetivo final, ou seja, a prestação possui como essência o bem jurídico que se almeja, enquanto nas de meio o devedor obriga-se a empregar esforços para atingir determinado objetivo, não havendo comprometimento para obtê-lo (PEREIRA,2017, p. 64).

Para Cristiano Chaves de Farias,Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2017b, p. 338 e 339), o devedor não estaria nas obrigações de meio, obrigado a obter o resultado, mas a atuar com a diligência necessária, para que esse resultado seja obtido e esse tipo de obrigação incidiria, quando o conteúdo da prestação não exige do devedor mais do que a consumação de uma atividade diligente em benefício do credor. Em contrapartida, na obrigação de resultado, o devedor obriga-se a alcançar o resultado ou irá arcar com as consequências do inadimplemento.

Em outras palavras, há uma preocupação com uma determinada finalidade nas de resultado enquanto nas de meio, preocupa-se em atuar de maneira diligente para alcançar esta finalidade.

O profissional da área médica, compromete-se a tratar o cliente com zelo, utilizando recursos adequados, logo, não se obriga a curar o paciente, uma vez que será apenas

civilmente responsabilizado, se for comprovado, no caso concreto, que agiu com imprudência, negligência ou imperícia (GONÇALVES, 2017 ,p. 299 e 300).

É de extrema importância, destacar que a obrigação do médico, de atender a um cliente, não constitui uma obrigação de resultado e sim uma obrigação de meios. Não se assume o compromisso de curar o doente, mas de prestar assistência e cuidados adequados ao seu estado (PEREIRA,2018, p. 192).

Genival Veloso de França (2017, p. 269) entende que mesmo que não exista uma obrigação de curar, existe no contrato de prestação de serviços médicos, uma obrigação de usar todos os esforços ,conhecimentos, o que caracterizaria esse tipo de contrato, em uma obrigação de meio e não de resultado pois não obrigou-se a oferecer um determinado resultado, pela própria natureza do exercício da profissão médica não há como prometer determinado resultado, ainda que ele seja extremamente desejado tanto pelo médico como pelo paciente.

Caso a cirurgia plástica ou reparadora, possua o objetivo de reintegrar o indivíduo em suas possibilidades sociais, ou seja, for uma cirurgia corretiva, como por exemplo, lábio leporino ou correção de mutilações ,a obrigação do médico continuaria sendo de meio, como nas demais obrigações do médico (DINIZ, 2018).

Cabe ressaltar que se tratando de obrigação de meio,n as cirurgias reparadoras e nas obrigações em geral do médico, o paciente que deverá, na ocorrência do caso concreto, provar que o resultado que era esperado não foi obtido, devido a culpa do profissional da Medicina.Se o paciente, não se desincumbir desse ônus da prova, o profissional médico não poderá ser responsabilizado pelas lesões que venham a ser ocasionadas devido a sua intervenção (ABREU, 2015, p. 12)

Contudo, para José Carlos Maldonado de Carvalho (2007, p. 156), em que pese as obrigações dos médicos em gerais e casos de cirurgias plásticas reparadoras serem considerados obrigações de meio - e na obrigação jurídica de meio haver imposição de prova da culpa - por ser uma relação consumerista, caberia a inversão do ônus probatório, em algumas situações, sendo facultado ao magistrado decidir pela inversão, ou não, ao depender do caso concreto.

Isto é, a relação médico-paciente é considerada como uma relação de consumo, por grande parte da doutrina e nas relações consumeristas, o ônus da prova, em certas situações em que normalmente recairia sobre o consumidor, passa a ser obrigação do fornecedor. Ressalta-se que, é predominante entre a jurisprudência brasileira o entendimento que essas situações aconteceriam quando ocorre falta de capacidade do paciente produzir prova, ou seja, for hipossuficiente (MURR, 2010, p. 33).

Discute-se também acerca da natureza da obrigação gerada pela cirurgia com finalidade estética. Deste modo, existe uma corrente doutrinária que defende que mesmo em intervenções cirúrgicas estéticas a obrigação do médico continuaria sendo de meio, assim como nas obrigações gerais do profissional da Medicina (FARIAS; ROSENVALD, 2017b, p. 339).

Essa compreensão de que a cirurgia estética seria uma obrigação de meio, é defendida pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar JÚNIOR (1995, p. 40), que considera que a álea seria um fator presente em qualquer intervenção cirúrgica, e que são imprevisíveis as reações do organismo de cada indivíduo a uma intervenção cirúrgica - um cirurgião plástico poderia garantir o alcance de um certo resultado mas isso não definiria a natureza da obrigação, ou seja, em outras palavras, não altera a categoria jurídica da obrigação de prestar um serviço que traz em si um risco.

Especialistas da área médica, como o cirurgião plástico Juarez Moraes Avelar, também seguem essa linha de pensamento de que seria uma obrigação de meio, uma vez que a cirurgia estética seria apenas uma especialidade, dentro dos diversos ramos da Medicina, havendo exposição de reações imprevisíveis do organismo humano, bem como, podendo ocorrer consequências indesejáveis (AVELAR apud GONÇALVES, 2017 p. 305).

Contudo, entende-se que o posicionamento doutrinário prevalente, é o de que intervenções cirúrgicas estéticas ocasionariam uma obrigação de resultado.

Seguem esse entendimento, autores como Caio Mario Pereira (2018, p. 199) que pontua que no tocante a cirurgias estéticas, a obrigação do médico se configuraria em uma obrigação de resultados, e não em uma de meios, como nas obrigações gerais do médico. O paciente, ao procurar um cirurgião estético, o faz para corrigir uma

imperfeição ou melhorar a aparência - isto é, não se trataria de um paciente com uma enfermidade em busca de tratamento. Neste caso, o profissional deve se dedicar ao alcance do resultado pretendido e não somente em atuar com uma diligência necessária.

Maria Helena Diniz (2018 p. 388), também segue esse posicionamento, defendendo que a obrigação do cirurgião plástico em casos de cirurgias estéticas ou cosméticas que não possuam nenhuma função curativa ou terapêutica, seria uma obrigação de resultado. Deste modo, a autora afirma que caso haja insucesso na operação, ensejaria não só responsabilidade criminal - encaixando-se no art. 132 do Código Penal, que versa sobre situações em que alguém expõe a vida ou saúde de outrem a um perigo, que seja direto e iminente - como também, responsabilização na área civil, visto que houve o inadimplemento da relação obrigacional.

Essa compreensão de que intervenções cirúrgicas estéticas consistem em uma obrigação de resultado, também é defendida por José Carlos Maldonado de Carvalho (2007, p. 173-175) que entende que a prestação assumida pelo profissional da área médica, seria voltada exclusivamente para um determinado resultado, que seria o de aprimoramento estético do indivíduo, constituindo uma legítima expectativa de melhoria estética considerável ao paciente, que caso não seja cumprida ensejaria em reparação, não importando se a conduta do médico foi culposa ou não.

Portanto, com base no entendimento predominante na doutrina jurídica brasileira, constata-se mais adequado a adoção do entendimento que as cirurgias plásticas com finalidade estética geram obrigações de resultado, e não de meio.

4.1.2 Posicionamento Jurisprudencial

É oportuno também evidenciar, a posição dos Tribunais, no que tange a classificação das obrigações ocasionadas pelas cirurgias estéticas, ou seja, se para a jurisprudência classificaria-se em uma obrigação de meio ou de resultado.

O Supremo Tribunal de Justiça, tem se posicionado no sentido, em que, os casos de cirurgia plástica com fins estéticos, ocasionariam uma obrigação de resultado, visto vasta jurisprudência e doutrina pois o médico tem o compromisso de alcançar um resultado específico que seria melhorar aparência ou corrigir uma imperfeição, cabendo em caso de inadimplemento reparação pelos danos sofridos. Esse entendimento, pode ser exemplificado na análise do AREsp 328110:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido

(STJ - AgRg nos EDcl no AREsp: 328110 RS 2013/0110013-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/09/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013)

Tal posicionamento, pode ser, do mesmo modo, visto na análise do Resp 1395254 perante o STJ:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, CAPUT E § 4º, DO CDC.

3. A cirurgia estética é **uma obrigação de resultado**, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta.

(Resp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJE 29/11/2013)

Portanto, é possível afirmar que conforme entendimentos do Supremo Tribunal de Justiça, a obrigação do cirurgião estético seria de resultado e não de meio, como nas obrigações em gerais dos médicos, pois aqui haveria um compromisso em atingir o resultado que foi pretendido, ou seja, a melhora da aparência do sujeito e o não cumprimento implicaria em inexecução.

Ademais, o STJ também explana acerca do ônus da prova nessas situações, como pode ser ilustrado no julgamento do REsp 985888:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE.

2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.

(STJ - REsp: 985888 SP 2007/0088776-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/02/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2012)

Em outras palavras, por ser obrigação de resultado, a Corte entende que seria cabível inversão do ônus da prova, visto que há presunção de culpa do profissional de Medicina. Logo, caberia ao médico afastar a sua culpa.

Por fim vale salientar, que o STJ também entende que em situações de intervenções cirúrgicas com natureza mista, isto é, que são estéticas e reparadoras, na hora de analisar a natureza, deve ser feito um fracionamento, sendo consideradas de meio em relação a parte estética e de resultado em relação a reparadora, como pode ser ilustrado no julgamento o Recurso Especial 819.008/PR :

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E REPARADORA. NATUREZA OBRIGACIONAL MISTA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (CDC, ART. 14, § 4º). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REPARATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção.

(REsp 819.008/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 29/10/2012).

Logo, pode se observar que nos casos de intervenção com natureza mista, deve haver um fracionamento para poder realizar a valoração da indenização.

Deste modo, com base no entendimento predominante da jurisprudência brasileira, assim como no posicionamento doutrinário majoritário, deve-se considerar as obrigações ocasionadas por intervenções cirúrgicas com finalidades estéticas como de resultado e não de meio, o que causa implicações acerca do ônus probatório que passa a ser do médico.

4.2 O DEVER DE INFORMAÇÃO COMO FUNDAMENTAL

Cabe ressaltar, que o dever de informação possui extrema importância para fins de configuração do instituto da responsabilidade civil, principalmente em casos de responsabilização na área médica.

O profissional médico, necessita proporcionar uma relação aberta ao diálogo com o paciente e desse modo agir em respeito ao dever de informação. O médico, deve comunicar ao paciente, sobre a gravidade da doença, e também, por exemplo, sobre situações como exames que serão necessários, tratamentos que podem ser feitos diante às circunstâncias, e benefícios e possíveis riscos que poderão vir a ser ocasionados com o tratamento ou intervenção médica (MATOS, 2007, p. 199).

Isto é, seria dever do médico, antes de realizar qualquer tratamento clínico ou cirúrgico, informar aos seus pacientes quanto aos vários tipos de risco a que ficarão expostos, e se esta obrigação não for cumprida, caso ocasione danos, ou não possuir o consentimento do paciente, o profissional da Medicina pode vir a ser responsabilizado civilmente (NADER, 2016, p. 502).

Para Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 335), o médico deve informar o progresso da ciência do tratamento médico que está sendo realizado, a composição e as propriedades dos remédios que o paciente administra, bem como outras condições particulares do paciente.

Salienta-se que o dever de esclarecer, está presente na relação obrigacional desde a sua origem, pois envolve as conversações preliminares e também está presente na fase pós-contratual, e nasce de uma necessidade, pois há um déficit de informações, havendo um indivíduo que possui determinada informação e a outro que precisa dessas informações (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017b, p. 149).

Genival Veloso de França (2017, p. 262-264) entende que são considerados como esclarecimentos obrigatórios e incondicionais na relação médico-paciente, acerca da necessidade de certas condutas ou intervenções e sobre seus riscos ou

consequências, sobre as condições precárias de trabalho, sobre as informações registradas no prontuário e as informações aos outros profissionais, nas ocasiões em que a participação de outros profissionais de saúde é indispensável.

Vale salientar, que pode-se defender que em certas situações o dever de informação é descumprido, seja em decorrência do fato ou em decorrência de vício da informação, sendo que para se configurar descumprimento por vício ou por fato do serviço depende do resultado e segurança que se espera do serviço prestado. Contudo, em ambas as situações, e ocasionar danos ao paciente de ordem moral ou material, podem ensejar a incidência da responsabilização do profissional e conseqüente dever de indenizar o sujeito lesado (ABREU, 2015, p. 13).

Ressalta-se que o conteúdo e amplitude do dever de informação precisam ser estabelecidas de acordo com o caso concreto, pois defende-se que a relação médico-paciente não é uma mera relação de mercado, embora incidam regras do Direito do Consumidor visto que deve ser disciplinada pela confiança, entre médico e paciente, permitindo uma troca de informações sincera (KUHN, 2009, p. 84).

Deste modo, é de enfatizar que deve ser analisado o caso concreto para poder compreender acerca da amplitude do dever de informação que aquele médico possuía em relação ao paciente.

4.2.1 Notas introdutórias e conceituais: A informação como manifestação da boa-fé

Contudo, cabe acrescentar que para poder discutir sobre direito à informação, demonstra-se necessário explicar acerca do princípio da boa-fé, visto que é defendido que a informação consiste em uma manifestação deste princípio. Inicialmente, deve-se também mencionar o surgimento da Bioética, seus princípios e a noção de dignidade da pessoa humana.

Como foi exposto ao longo deste trabalho, as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, no qual foram realizadas experiências com seres humanos sem haver preocupações éticas, evidenciou a necessidade de elaboração de

preceitos éticos, como por exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana, preocupando-se com sua liberdade e autonomia. Nesse contexto, enfatiza-se que surge a doutrina do consentimento informado, com o objetivo de proteger o indivíduo de não ser submetido a nenhum procedimento ou intervenção em seu corpo, sem que ocorra prévio esclarecimento, acerca da natureza, finalidade, benefícios, riscos e alternativas envolvidas, e sem que ocorra o seu livre consentimento (LIGIERA, 2009, p. 10 e p. 11).

A bioética, que seria uma ética aplicada ou prática que utiliza a ética normativa na resolução de conflitos, moldou-se em um ambiente de enorme desenvolvimento científico e tecnológico na década de 60, que também foi um período agitado no qual se buscava a liberdade e autoafirmação em um contexto político e sociocultural efervescente com os crescentes movimentos pelos direitos civis individuais e coletivos – inclusive a própria Medicina, nos anos 60, passou por grandes transformações (LOPES, 2014, p. 264 a 266).

Acrescenta-se que bioética consiste em uma ciência, cujo objeto de estudo são os impasses e problemas que pertencem ao âmbito da pesquisa biológica, e a utilização dessa pesquisa na medicina para poder solucionar conflitos da melhor maneira possível e evitando desse modo uma aplicação irresponsável e imprudente da biotecnologia, uma vez que necessitam serem observados valores éticos e morais que obrigam uma atuação do profissional da medicina em prol do paciente (DOMINGOS, KFOURI NETO, MACIEL-LIMA, 2016, p. 74 e 75).

Para Camila Vasconcelos (2019), a bioética consistiria em uma área de estudo voltada para a filosofia, isto é, seu objetivo seria resolver dilemas filosóficos voltados para a área da saúde. Em outras palavras, é uma ética aplicada toda vez que precisa-se de respostas para estes dilemas que possuem como fonte a angústia. Ou seja, havendo um dilema que faz a sociedade pensar seus valores e diz respeito a área da saúde, resolveria-se esse questionamento na bioética.

É oportuno complementar também que a conceituação acerca do que consiste a bioética não se confunde com os conceitos de biodireito e nem com o de direito médico.

O Direito Médico, seria um recorte dentro do mundo da Bioética relacionado ao assistencialismo, ou seja, voltado para a relação médico-paciente. Já o Biodireito, seria uma área que pega as reflexões da Bioética e traz para o mundo jurídico – discussões essas, que não dizem respeito necessariamente ao Direito Médico (VASCONCELOS, 2019).

Vale salientar, quem em 1978, foi publicado o Belmont Report, pela National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research dos EUA, relatório que é considerado um dos principais marcos da Bioética pois estabeleceu princípios basilares para a atuação médica, como o da beneficência, do respeito às pessoas, e o da justiça (MATOS, 2007, p. 196).

O princípio da beneficência, consiste na atuação do profissional da Medicina objetivando sempre fazer o bem ao paciente, de maneira que os riscos devem ser avaliados - mais recentemente interpretado também como princípio da beneficência e da não-maleficência, isto é, deve-se maximizar os benefícios e minimizar os riscos pois o objetivo também é não causar o mal ao paciente. O princípio do respeito às pessoas seria o princípio da autonomia, conferindo a capacidade para o indivíduo conduzir sua vida, sem ingerência opressoras. Enquanto, o princípio da justiça, baseia-se na Igualdade Aristotélica de tratar os iguais com igualdade e os desiguais de maneira desigual, demandando uma atuação do Estado para propiciar as conquistas médicas e os serviços de saúde de maneira equitativa à toda população (MATOS, 2007, p. 196 e 197).

Com a Bioética, desenvolveu-se uma relação interdisciplinar entre diversos setores da sociedade para que houvesse uma reflexão da conduta ética dos indivíduos na Biomedicina e da Medicina, sendo de extrema relevância o princípio da autonomia, que defende que o ser humano possui o direito de decidir o que considera melhor para si mesmo e para sua vida, sem interferências opressivas (LIGIERA, 2009, p. 11).

Consiste, em um dever do profissional da área médica a garantia a autodeterminação do paciente, assegurado pelo princípio da autonomia, assim como, também deverá esclarecer, o melhor tratamento possível e optar pelo menos agressivo (DOMINGOS, KFOURI NETO, MACIEL-LIMA, 2016, p. 95).

Contudo, vale salientar que os princípios clássicos da Teoria Princípalista da bioética, isto é, os princípios da beneficência, autonomia e justiça, não devem compreendidos como os únicos aplicáveis a esta área de estudo, devendo ser aplicados outros princípios, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana para regular e resolver dos conflitos bioéticos (REQUIÃO, 2009, p. 1222).

Vale ressaltar, que o Direito possui o papel de regulador de relações humanas, e o Estado deve tutelar essas ações para que seja possibilitado uma convivência harmônica em sociedade, devendo voltar-se para o bem comum, na medida que tem a função de estabelecer regras para proteger os valores entendidos como importante para a sociedade, como por exemplo a dignidade da pessoa humana, elencada na condição de princípio, que visa a proteção do ser humano por ele traduzir o valor da pessoa humana (GONÇALVES, 2014, p. 547).

A dignidade da pessoa humana, estaria relacionada com os direitos existenciais do sujeito, isto é, com as relações acerca da existência do ser humano e possui o objetivo de proteger o indivíduo contra posturas arbitrárias cometidas pelo Estado, ou por outras pessoas, e também seria uma forma de reconhecimento do direito à liberdade, que permite que o sujeito manifeste plenamente suas convicções através de decisões resultantes em sua continuidade existencial (MEIRELES, AGUIAR, 2018, p.133 e 134).

Evidencia-se, que elevar a dignidade humana à condição de princípio, ocasiona consequências importantes, uma vez que princípios são normas jurídicas, com uma certa carga axiológica, pois consagram valores ou indicam finalidades a serem realizados, mas sem serem explicitados comportamentos específicos. Ademais, possui um papel no ordenamento jurídico diferente do papel das regras pois se irradiam por outras normas e condicionam seu sentido e alcance (BARROSO, 2010, p. 12).

Nesse contexto, acrescenta-se também que a Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade humana como fundamento da República Federativa Brasileira em seu artigo 1º inciso III e consolidou os direitos fundamentais da pessoa humana ao estabelecer em seu artigo 5º que o direito à vida e o direito à liberdade – decorrentes

do princípio da dignidade da pessoa humana - seriam involáveis (LIGIERA, 2009, p. 13).

Maria Celina Bodin de Moraes (2006,p. 234), entende que a consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa Brasileira, representou uma conquista determinante, e transformou toda a ordem jurídica privada determinando a predominância das situações jurídicas existenciais em relação às patrimoniais.

Salienta-se, que a dignidade da pessoa humana é parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais e mesmo sendo considerado um valor fundante do sistema jurídico, não possui caráter absoluto pois em determinadas circunstâncias poderão ser restringidos em prol de outros valores individuais ou sociais. Além disso, este princípio aplica-se tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas (BARROSO,2010, p.13).

O princípio da dignidade humana, é decorrente da necessidade de conceder uma proteção integral à vida humana e deve ser considerado universal, no sentido de que é estendido a todos indivíduos, sem discriminações e inclusive é protegida por todos os Estados que aderiram a Declaração Universal dos Direitos do Homem promulgada pela ONU. A dignidade da pessoa humana é também culturalmente condicionada, pois leva em conta os valores inerentes à sociedade envolvida (GONÇALVES, 547-549).

Vale salientar que o médico não deve olhar para o seu paciente, como apenas um conjunto de órgãos, mas levar em consideração que aquele paciente é também um ser humano, dotado de individualidade própria, devendo ser preservada e protegida a dignidade da pessoa humana, como sujeito de direito, o que faz com que seja repudiada qualquer violação à autonomia do paciente, pois estariam sendo violados direitos humanos fundamentais consagrados, sendo essencial, a garantia do indivíduo de escolher de maneira esclarecida se quer se submeter a determinado tratamento ou procedimento (LIGIERA, 2009, p. 19).

Vale ressaltar que uma atuação estatal de promoção ao respeito à dignidade da pessoa humana ocorre não somente através de políticas públicas, visando concretizar este princípio mas também na medida em que o Estado não interfere o em casos que

demandam somente decisões particulares - como por exemplo no caso de recusa de transfusão de sangue pelos Testemunhas de Jeová. Ou seja, a promoção da dignidade humana, estaria presente na medida em que é garantido o exercício da autonomia dos indivíduos, acerca do curso de sua própria vida (MEIRELES, AGUIAR, 2018, p.133 e 134).

Convém acrescentar, que o Código de Defesa de Consumidor de 1990 estabelece em seu artigo 6º, como um dos direitos básicos do consumidor, o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, e segundo o artigo 8º é obrigação do fornecedor do serviço dar informações adequadas e necessárias a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Isto é, há previsão no próprio CDC, de um dever de informação – informação esta que deve ser adequada, clara e prévia - que o fornecedor possui perante o consumidor com o objetivo de que ocorra a antecipação dos riscos e a imposição de medidas para impedir que esses riscos aconteçam (SANTOS, 2017, p. 05).

A jurisprudência brasileira, entende a relação médico-paciente como uma relação de consumo, sendo os médicos profissionais liberais e fornecedores de serviço, aplicando-se o dispositivos do CDC. Isso implicaria, em uma vantagem para o paciente, pois sendo consumidor existem os deveres de informação por parte do médico e instituições de saúde de maneira mais rigorosa do que nas relações civis (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017a, p. 802).

Convém ressaltar, que com o surgimento do CDC em 1990 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a noção de boa-fé objetiva, como princípio da Política Nacional das relações consumeristas no artigo 4º, inciso III, e como cláusula geral no artigo 51º, inciso IV e posteriormente houve adoção do princípio da boa fé no Código Civil de 2002 (SAMPAIO, 2011, p. 173 e 174).

Demonstra-se pertinente, evidenciar o artigo 422 do Código Civil de 2002 que afirma que há uma obrigação por parte dos contratantes de guardar na conclusão e execução do contrato os princípios de probidade e boa-fé. Deste modo, o princípio da boa-fé é extremamente essencial na responsabilidade contratual.

Cabe observar que a responsabilidade do profissional da área médica é vista para grande parte da doutrina, como responsabilidade contratual o que demonstra a importância do princípio da boa-fé na relação-jurídica médico e paciente.

É oportuno diferenciar também as vertentes objetivas e subjetivas da boa-fé. Em sua acepção subjetiva, a boa-fé relaciona-se com o estado psicológico e íntima convicção do sujeito, que age acreditando ser legítimo detentor de um direito, quando em verdade não é, e deste modo seria oposto a noção de má-fé – intenção de atuar de modo que contrarie o direito de alguém. Por outro lado, a boa-fé aplicada às relações contratuais, seria em sua acepção objetiva, vista como regra de conduta, impondo uma atuação das partes conforme determinados padrões de lealdade, honestidade e transparência para não frustrar as expectativas de outrem (SAMPAIO, 2011, p. 174 e 175).

Isto é, a boa-fé em sua vertente objetiva, impõe uma conduta com base na lealdade, devendo ser levado em conta na relação obrigacional não apenas os próprios interesses, como os da outra parte, sem lhe causar lesão ou deixar em excessiva desvantagem para não frustrar as suas expectativas (FACCHINI NETTO, EICK, 2015, p. 69).

De acordo com o Direito das Obrigações, derivam do princípio da boa-fé objetiva os deveres informativos – os deveres instrumentais, também chamados de deveres acessórios de conduta, que exigem uma troca recíproca de diferentes conteúdos de informação entre as partes da relação negocial (PITHAN, 2000, p. 38 - 40).

Deste modo o dever de informação seria uma decorrência do princípio da boa-fé, que permeia por todas as relações obrigacionais, e de onde são extraídos deveres anexos de conduta para as partes, como de cooperação, o sigilo e o de informação, por exemplo (FACCHINI NETTO, EICK, 2015, p. 68).

O dever de informar, seria resultado de uma conduta baseada na lealdade, entre o médico e paciente, no qual é informado pelo princípio da boa-fé objetiva e é consequência da dignidade humana, concretizado pelo fomento da autonomia do paciente (KUHN, 2009, p. 87).

Logo, defende-se que é imprescindível que o médico no caso concreto, tenha uma postura de acordo com os deveres anexos de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, dentre eles eles o dever de informação.

4.2.2 O Consentimento Informado

Convém acrescentar, que é importante discutir acerca do consentimento informado do paciente que ocorre após a obtenção da informação pelo profissional da área médica.

Vale evidenciar, que devido consolidação de princípios da bioética como a autonomia, por exemplo, surge a necessidade do dever de informação do profissional médico e o da obtenção do consentimento do paciente, para poder legitimar a ação do profissional. Deste modo, o consentimento informado, como resultado do princípio do respeito a autonomia privada do paciente passou a ser positivado em diversas legislações, devendo haver uma proteção especial principalmente nos casos em que há algum obstáculo para o exercício dessa autonomia como por exemplo em razão da idade do paciente ou até mesmo pela evolução da enfermidade (MATOS, 2007, p. 198 e 199).

O próprio art. 15 do CC de 2002 afirma que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

O Novo Código de Ética Médica, também informa que é vedado ao médico, “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” (art. 22) e existe uma vedação ao médico em “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo” (art. 24).

Deste modo, observa-se que é essencial ao médico, obter o consentimento do paciente, com base no princípio da autonomia privada, antes de ser realizado qualquer procedimento ou intervenção médica.

Isto é, devido ao seu direito de autodeterminação, o indivíduo possui o poder de decidir sobre a sua vida, saúde e integridade física e psíquica e escolher se submeter ou não às atuações médicas preventivas, diagnósticas e terapêutica. Logo, esse poder de decisão que cabe ao paciente, seria uma condição indispensável da relação médico-paciente, visto que é através desse consentimento informado, que são levados em conta os interesses, objetivos, valores, preferências e necessidades do paciente (DINIZ, 2018, p. 843-845).

Para poder falar sobre consentimento informado, demonstra-se necessário conceituar o que consiste autonomia, bem como, analisar os seus sentidos adotados, tanto pela Bioética, quanto pelo Direito, sendo feita uma distinção acerca das conceituações utilizadas pelas duas áreas.

É oportuno salientar, que a expressão autonomia advém do grego *auto* e *nomos*, que significa a atividade e o poder de dar a si próprio um regramento, ou seja, em outras palavras, seria um poder que é exercido pelo indivíduo, no qual ele define seus próprios interesses e também as suas próprias relações (MARCHI, SZTAJN, 1998, p. 01).

Na filosofia kantiana, o conceito de autonomia estava ligado a possibilidade de um indivíduo alcançar a sua autonomia e ao mesmo tempo aceitar a autonomia do outro. Deste modo, para a Bioética contemporânea principialista a autonomia seria um dos princípios basilares, relacionando-se com a causa ética de emancipação dos sujeitos em busca de sua autodeterminação, o que em última instância significa a afirmação da cidadania (FERRAZ, 2001, p. 73).

Para a Bioética, a autonomia estaria relacionada diretamente com a necessidade de decisões individuais em intervenções médicas e biocientíficas serem respeitadas. Isto é, a autonomia é deslocada para uma abordagem aplicada, visto que esta é uma ética aplicada, prática, voltada para a resolução de conflitos na área da saúde. Acrescenta-se que nesse sentido, a situação pessoal do indivíduo que manifesta a sua vontade, ou seja, o contexto de vulnerabilidade que este sujeito se insere, deve ser levado em conta na solução do dilema (MEIRELES, AGUIAR, 2017, p. 723 e 724).

Salienta-se que para a Bioética, o respeito à autonomia do indivíduo se concretiza no momento em que ocorre o consentimento livre esclarecido, na medida que o sujeito fornece a permissão para se submeter a determinada intervenção médica e suportar com as decorrências de sua decisão (SILVA et al, 2017, p. 20).

Convém acrescentar a posição de Luís Roberto Barroso (2010,p. 41), que entende acerca da existência de duas dimensões para a autonomia em seu sentido jurídico. Existiria ma dimensão privada, ligada a direitos e liberdades individuais e uma outra acepção política, consistente no direito de participar nos debates públicos.Essa dimensão privada, seria a autonomia da vontade como elemento ético da dignidade humana que está associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, estando presente neste conceito a capacidade de serem feitas valorações morais e de comportar-se por normas que podem ser universalizadas.

Maurício Requião (2016, p. 25 e 26) compreende, que a palavra autonomia possui diversos sentidos, dentro do ramo do Direito Civil, visto que, possui um papel fundamental para essa área jurídica. Dentro do Direito Civil, estariam diversas espécies, dentre elas a autonomia privada e a autonomia da vontade, entretanto, não haveria um consenso doutrinário acerca do que se trata autonomia privada.

Ressalta-se que os conceitos de autonomia privada e o de autonomia da vontade utilizados pelo Direito são usadas por grande parte da doutrina como se fossem sinônimos,entretanto,alguns doutrinadores entendem que são diferentes.

Pode se defender, que a autonomia privada consistiria na auto-regulamentação de interesses patrimoniais e extrapatrimoniais dos indivíduos, sendo um princípio que confere juridicidade ao conteúdo do regramento que é definido pelo indivíduo que a titularize.Enquanto que a autonomia como forma de manifestação da liberdade, seria um meio de para concretização da dignidade da pessoa humana (MEIRELES, AGUIAR, 2018, p.136).

Cabe observar, contudo,que independente do sentido utilizado para a autonomia – isto é, seja em sua acepção jurídica ou na bioética – é inegável, que a autonomia possui um destaque nos dias de hoje, na medida em que, é garantido aos indivíduos

a proteção ao exercício de suas liberdades individuais e proteção da pluralidade cultural (MEIRELES, AGUIAR, 2018, p.134).

Ademais, evidencia-se que Joaquim Clotet (2009,p. 02) que o consentimento informado seria caracterizado pelo respeito e pela autonomia devendo, estarem presentes a informação necessária,ou seja, o indivíduo deverá possuir conhecimento objetivo do tratamento, assim como a ausência de coerção externa no momento em que o indivíduo estiver consentindo, e também o direito do paciente poder recusar ou interromper o procedimento ou experimento.

Deste modo, entende-se que a palavra consentimento informado possui dois sentidos: o de concordância de um indivíduo a se submeter a um procedimento terapêutico, e o de um ideal igualitário da relação médico-paciente, com base nos princípios da bioética, no qual a autonomia na decisão do paciente implicaria em uma troca de informações e entendimento entre o médico e o paciente (FACCHINI NETTO,EICK, 2015, p. 59).

Vale salientar que precisa ser assegurado ao paciente o exercício pleno de sua liberdade, ou seja, para o consentimento ser valido ele precisa ocorrer sem que o individuo esteja sendo coagido , mas de uma maneira livre, e plena concretizando o principio da autonomia da vontade sem vícios (MATOS,2007, p. 200).

Cabe evidenciar, que o consentimento informado não pressupõe necessariamente a existência de um documento escrito, uma vez que a regra é a informalidade da exteriorização da autonomia do paciente, salvo em algumas situações específicas.A própria análise do direito comparado, demonstra que em regra os sistema jurídicos não prevêem como a única para comprovar o fornecimento das informações, e da outorga do consentimento, um documento formal escrito (FACCHINI NETO, EICK, 2015, p. 59).

Em outras palavras , o consentimento do paciente, pode ocorrer tanto por escrito como oralmente - sendo que por escrito seria mais recomendado – já que não há uma uniformidade aos modos de informação para a obter o consentimento informado do paciente (CLOTET, 2009,p. 2 e 3).

Maria Helena Diniz (2018, p. 846 e 847) defende que o consentimento livre e esclarecido para poder ser válido, precisa ser realizado pelo médico, ou em caso de pesquisas científicas pelo, principal pesquisador, necessitando da aprovação do Comitê de Ética da instituição e assinado em termo de duas vias de igual teor pelo paciente ou seu representante legal. Para a autora, só depois desse termo que o médico poderia dar início ao tratamento.

Convém salientar, que em determinadas situações, o indivíduo pode estar com a sua manifestação de vontade prejudicada, por diversos motivos - seja por questão etária, ou até mesmo em razão ao desenvolvimento da enfermidade, o indivíduo esteja incapaz para compreender totalmente acerca do tratamento que será submetido e as consequências deste procedimento. Defende-se que as informações essenciais, em casos em que há diminuição da autonomia de vontade, devem ser trazidas ao responsável pelo paciente, que deverá consentir nesses casos (MATOS, 2007, p. 200 e 201).

Joaquim Clotet (2009, p. 3) entende, que em certas hipóteses ,não seria possível obter o consentimento de forma plena diretamente com o indivíduo como, por exemplo, quando envolver pacientes crianças ou até mesmo adultos com deficiência de compreensão por razões psíquicas, físicas sociais ou culturais e nesses casos o consentimento informado deve ser dado por um familiar da linha direta ou por um responsável legal.

Ressalta-se Genival Veloso de França (2017,p. 290) defende, que em algumas situações, mesmo os indivíduos considerados legalmente incapazes para o Direito Civil, devem ter sua vontade respeitada ,como por exemplo os portadores de transtorno mental, que não devem ser eximidos de sua capacidade de decidir.

O consentimento informado, busca garantir a escolha autônoma do paciente, sendo importante acrescentar, que este consentimento informado está presente quando o paciente recusa um tratamento - seja por alguma convicção ou por motivo diverso - e na possibilidade de escolha entre dois procedimentos cada qual com seu risco próprio (KUHN,2009,p. 74).

Em relação a realização de procedimentos, sem o consentimento do paciente, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2015, p. 1135) entendem, que apenas em casos em que a intervenção cirúrgica ou procedimento não cirúrgico é urgente, que justificaria a realização de tal tratamento sem autorização dos paciente. Já nas decisões do paciente que podem ser tomadas em um momento posterior, isso não se justificaria, ainda mais em casos que a decisão é irreversível.

Convém acrescentar que Maria Helena Diniz (2017, p. 847-849) defende que seriam hipóteses de exceções da obtenção do consentimento informado livre e esclarecido do paciente, o privilégio terapêutico, a renúncia do direito de ser informado e situações excepcionais que façam com que a obtenção de consentimento devido ao estado clínico do paciente tenha de ser feito pelo representante legal, parente próximo, cônjuge, companheiro ou juiz competente e a hipótese do art. 22 do Código de Ética Médica que é quando há iminente risco de vida que faz com que a prática médica de urgência seja a necessária e a impossibilidade ante a emergência de obter o consentimento do paciente ou familiares.

Cabe evidenciar, a existência do chamado privilégio terapêutico, que é uma situação em que se admite a ocultação de determinadas informações, quando o próprio médico acredita que essas informações caso o paciente saiba, ocasionarão efeito adverso sobre a sua saúde. Entretanto, esse privilégio terapêutico não pode ser completo ou invocado, por receio de que o paciente recuse o tratamento caso obtenha a informação que lhe foi ocultada (MARCHI, SZTAJN, 1998, p. 5).

Inclusive, é oportuno acrescentar que no Direito Português, o próprio Código Penal em seu artigo 157 autoriza o privilégio terapêutico em situações em que o direito ao esclarecimento implicar na comunicação de circunstâncias que se conhecidas pelo paciente irão colocar em perigo a sua vida ou suscetíveis de causar grave dano à saúde, tanto, física, como psíquico.

Em outras palavras, no Direito de Portugal se a informação causar um efeito negativo, como por exemplo, risco de suicídio ou agravamento do estado de saúde do paciente, há autorização expressa pela legislação portuguesa, do médico intencionalmente omitir essa informação, o que não pode ser compreendido como um direito à mentira,

ou à persuadir que o indivíduo recuse uma intervenção que o profissional da área médica considere favorável. Todavia, existem críticas a esse privilégio terapêutico, pois pode-se entender que ele seria antagônico ao direito a saber a verdade e privaria o paciente de exercer o direito de recusa da informação (PERALTA, 2015, p. 25).

Defende-se, que existe um consentimento primário e consentimento secundário sendo que um necessariamente não implica no outro, isto é, um paciente que, por exemplo, permite ser internado em um hospital não necessariamente está autorizando o uso de qualquer tratamento (FRANÇA, 2017, p. 289).

Convém acrescentar, que o ônus da prova em caso de dúvida do dever de informação e obtenção do consentimento informado do paciente, cabe ao próprio médico, resolvendo-se em favor do paciente (FACCHINI NETTO, EICK, 2015, p. 66 e 67).

Logo, ressalta-se a importância da obtenção do consentimento informado na relação médico-paciente como forma de concretização do princípio da autonomia, visto que o paciente, precisa manifestar a sua vontade com base nas informações oferecidas pelo profissional da área médica, antes de se submeter a qualquer intervenção ou tratamento médico.

4.2.2.1 A condição de vulnerabilidade do paciente

Cumprido esclarecer, que devem ser examinados os conceitos de vulnerabilidade, tanto no âmbito da Bioética, assim como sua aceção para o Direito, visto que possuem sentidos, que embora sejam semelhantes, em alguns pontos se diferenciam.

Impende evidenciar que a vulnerabilidade nunca foi um conceito exclusivamente jurídico, embora, nos últimos anos, é notório que há uma crescente discussão acerca desta conceituação na esfera do Direito do Consumidor e também no Direito do Trabalho. A vulnerabilidade, começa a ser discutida primeiro no campo da Medicina e pela Bioética (MEIRELLES, 2019).

A expressão vulnerabilidade, deriva do latim de *vulnus (eris)* que significa ferida podendo ser compreendido, como a possibilidade de ser ferido e possuir atualmente

no âmbito da bioética, três sentidos: o de vulnerabilidade como condição humana universal, como característica particular de pessoas e grupos e como princípio ético internacional (FELÍCIO, PESSINI, 2009, p. 207).

A vulnerabilidade, seria compreendida primeiro como uma condição humana universal, uma vez que o ser humano é vulnerável, assim como todo ser vivo, e não somente em seu organismo, mas também na maneira que constrói a sua vida, ou seja, no seu projeto existencial e além disso, o ser humano sabe de sua vulnerabilidade (FELÍCIO, PESSINI, 2009, p. 207).

Também pode-se entender a vulnerabilidade, como uma característica particular de determinados indivíduos e grupos de indivíduos, o que é principalmente visível no âmbito da pesquisa Biomédica que envolvem seres humanos já que por serem qualificadas como vulneráveis é imposta a obrigatoriedade ética de sua defesa e proteção (FELÍCIO, PESSINI, 2009, p. 207).

Esse sentido de que vulnerabilidade seria estado de pessoas ou grupo com capacidade de autodeterminação reduzida ou diminuída, está presente na Resolução nº 466 de 2012 do Conselho Nacional de Saúde.

Cabe acrescentar que, em um primeiro momento, a acepção “vulnerabilidade” na bioética, consistia em uma característica provisória e particular no plano da experimentação humana, com função de qualificar determinados indivíduo. Todavia, com o desenvolvimento da bioética na Europa durante os anos 80, a expressão ganhou um novo sentido – o de condição universal que descreve a realidade comum do homem, não apenas no plano da experimentação mas também no da assistência clínica e políticas de saúde (NEVES, 2006, p. 163 e 166).

Por fim, a vulnerabilidade é também princípio ético internacional e sendo elevada à condição de princípio, visa garantir o respeito pela dignidade humana nas situações em que a autonomia e o consentimento se manifestam de maneira insuficientes e assumiria característica de proteção dos vulneráveis, cujo a capacidade de dar o consentimento livre e esclarecido em determinado caso concreto estaria comprometido (FELÍCIO, PESSINI, 2009, p. 207 e 208).

Ademais, segundo Maria do Céu Patrão Neves (2006, p. 09), ao entender a vulnerabilidade como um princípio traz-se um novo sentido a sua aceção visto que princípios exprimem uma obrigação que se impõe a consciência moral na forma de uma dever. Deste modo, ao colocar a vulnerabilidade como um princípio da bioética tem implicações não somente no plano teórico mas também em sua aplicação prática.

Nesse sentido de vulnerabilidade como princípio, evidencia-se o artigo 8º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, que eleva a vulnerabilidade humana como princípio, devendo ser considerada tanto a aplicação, quanto avanço do conhecimento científico, nas práticas médicas e em tecnologias associadas. O mesmo artigo, afirma que os grupos que possuem uma vulnerabilidade específica, precisam ser protegidos, com a integridade individual de cada um respeitada.

Cabe ressaltar que parte da doutrina bioética, questiona a qualidade de princípio atribuída a vulnerabilidade - para alguns isso se daria pelo fato de ser um conceito muito ambíguo, enquanto que para outros não seria possível enquadrar como um princípio por vulnerabilidade por não possuir qualquer característica normativa. Contudo, estes posicionamentos não são majoritários entre os bioeticistas, prevalecendo o entendimento de que a vulnerabilidade seria um princípio ético (NEVES, 2006, p. 171).

A vulnerabilidade, em sua aceção jurídica, isto é, no Direito vai além de aspectos biológicos relacionados à saúde, podendo inclusive decorrer de fatores econômicos e fatores sociais. Além disso, vulnerabilidade não pressupõe necessariamente uma diminuição da autonomia do indivíduo – embora defende-se que a diminuição da autonomia seja uma característica essencial para a vulnerabilidade (REQUIÃO, 2016, p. 120 e 121).

Convém salientar que o consentimento informado está inserido em um contrato de prestação de serviços médicos que é regido no Brasil também pelas leis de consumo uma vez que a relação médico-paciente é compreendida como uma relação de serviços e de natureza contratual (PITHAN, 2009, p. 15 e 51).

Conforme o artigo 4º da Lei 8.8078/90 (CDC) é princípio fundamental das relações consumeristas o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Deste modo, considerando o paciente um consumidor - pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final - presume-se a sua condição de vulnerabilidade.

Aurisvaldo Sampaio (2011, p. 152 e 153) afirma, que a da vulnerabilidade do consumidor, é um reconhecimento da fragilidade destes indivíduos, visto que a sua condição de debilidade impede que sejam utilizados mecanismos de defesa suficientes para que ocorra uma proteção de seus interesses em relação a sua contraparte. O autor ainda observa, que a doutrina consumerista, embora não de forma unânime, classifica as manifestação de vulnerabilidade.

O Direito do Consumidor entende que a posição desfavorável do consumidor em face a do fornecedor deve ser protegida, em razão à vulnerabilidade e essa vulnerabilidade seria tanto técnica, quanto fática - também chamada de econômica - e jurídica. A vulnerabilidade técnica, consiste na ausência de conhecimentos específicos, enquanto que a fática diz respeito à situação de necessidade, em que o adquirente do produto ou serviço se encontra, e a jurídica, no desconhecimento do indivíduo acerca de seus direitos (VASCONCELOS, 2007, p. 450).

Todavia, não há unanimidade doutrinária acerca desta classificação, tendo autores que posicionam-se no sentido de haveria apenas duas espécies – técnica e a econômica, enquanto para outros haveria uma quarta espécie de vulnerabilidade que seria a informacional. Ademais, é inclusive defendido que haveriam seis espécies pois além da econômica, jurídica e fática existiria também a vulnerabilidade política, a psicológica e a ambiental. Contudo, o STJ costuma entender pela vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica (SAMPAIO, 2011, p. 153 154).

Vale acrescentar que na relação entre médico e paciente, possui uma maior evidência a vulnerabilidade técnica do paciente em relação ao profissional da Medicina, o que de certo modo reforça os laços de confiança na correção da conduta do médico, e

consequentemente tornam mais intensos os deveres atribuídos ao profissional da área médica (KUHN,2009, p. 32).

Cabe diferenciar também a vulnerabilidade do consumidor que é elevado a condição de princípio e é um pressuposto legal com o conceito de hipossuficiência, que com base no artigo 6º do CDC fica a critério do juiz, de acordo com o caso concreto, de acordo com as condições de inferioridade, e nessas hipóteses consistiria em um direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos.

Vale evidenciar que a hipossuficiência, diferentemente da vulnerabilidade, vincula-se de maneira exclusiva ao direito processual, ou seja, consiste em uma dificuldade que alguns indivíduos possuem relacionado a produção de provas no processo, devendo ser aferida pelo juiz com base nas regras ordinárias da experiência e autoriza inclusive o ônus da prova para facilitar o direito desses sujeitos. Contudo, ressalta-se que não é qualquer circunstância que dificulte o consumidor de produzir provas que resultará na inversão do ônus da prova que lhe incumbe no processo, como por exemplo, se o embaraço à produção de provas for por desídio não cabe se falar em ônus da prova (SAMPAIO,2011, p. 158 e 159).

Logo, afirmar que todo consumidor é vulnerável não significa que necessariamente ele seria hipossuficiente.

Entretanto, Aurivaldo Sampaio (2011,p. 159) ainda afirma que embora vulnerabilidade e hipossuficiência sejam conceituações distintas, defende-se que a hipossuficiência é um reflexo processual da vulnerabilidade. O autor ainda aduz que não há um consenso acerca de qual espécie vulnerabilidade seria apta para produzir a hipossuficiência (tendo autores que defendem que seria a técnica e para outros a fática) mas, que em seu entendimento seria mais correto afirmar que qualquer uma das espécies de vulnerabilidade possuiriam aptidão para causar hipossuficiência.

Convém também acrescentar, que a vulnerabilidade não é compartilhada por todos da mesma maneira, isto é, não se mostra de maneira igual para todos os sujeitos, visto que alguns indivíduos estão mais expostos aos riscos que os outros. Deste modo, deve-se levar em consideração que alguns grupos sociais são passíveis de sofrerem menos sujeições que os demais grupos, o que é perceptível no caso de riscos

e danos implicados ou decorrentes das pesquisas, por exemplo (SILVA et al, 2017, p. 20).

Portanto, percebe-se que na acepção jurídica da palavra vulnerabilidade o paciente, por ser considerado consumidor, é presumidamente vulnerável na relação médico-paciente e que inclusive existem alguns indivíduos que necessitam de uma proteção maior por serem considerados como mais vulneráveis que os demais sujeitos que também se encontram nessa posição de consumidor.

4.2.2.2 A informação adequada para o consentimento esclarecido

É importante acrescentar, que para que ocorra o consentimento do paciente de maneira esclarecida e livre, é necessário que haja o direito deste indivíduo possuir a informação adequada acerca do tratamento ou procedimento que escolherá se submeter.

Genival Veloso de França (2017, p. 287 e 288), compreende que todos os indivíduos possuem o direito de saber a verdade sobre sua vida e poder participar das decisões que dizem respeito a ela, como por exemplo, as decisões médicas que afetam a saúde. Desse modo, a informação seria um pressuposto, um requisito prévio, para o consentimento esclarecido pois ao mesmo tempo que o paciente precisa dar seu consentimento de maneira livre as informações precisam ser acessíveis ao seu conhecimento. Em outras palavras, para esse consentimento poder ser válido no âmbito jurídico o indivíduo precisa ser capaz e as informações necessitam serem imunes a qualquer tipo de vício.

Deste modo, a liberdade do indivíduo de escolher se submeter a um determinado procedimento ou intervenção médica – considerando-se a relação médico-paciente como uma relação consumerista - deverá ser assegurada através da informação acerca dos riscos decorrentes dessa escolha, visto que, é através da informação que ocorre a mitigação e prevenção de riscos, pois a partir dela o sujeito irá ponderar as

suas escolhas, levando em conta os riscos que dispostos a serem assumidos, fazendo uma análise acerca dos prós e contras (SANTOS, 2017, p. 05).

O consentimento, para ser mais eficaz ao alcance pleno do respeito à autonomia da vontade do paciente, deverá ser qualificado e para os que defendem tal concepção o ato de vontade deverá ser livre de qualquer ingerência externa que possa viciar a decisão do paciente (MATOS, 2007, p. 201).

O direito à informação na relação de consumo, permite que a decisão do consumidor, no momento em que este possui conhecimento dos riscos que poderão ocorrer, seja realizada de maneira que este indivíduo possa preservar seus próprios interesses e expectativas (SANTOS, 2017, p. 05).

Cabe ressaltar que os deveres de informação consistem deveres de conduta e exigem uma postura positiva. Dessa forma o profissional de Medicina que não age de acordo com o dever de informação pode ser condenado a indenizar o paciente. Evidencia-se que informar de maneira correta significa informar com clareza, de modo completo, útil e gratuito (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017a, p. 804).

As informações ao serem transmitidas ao paciente, precisam ser realizadas em uma linguagem que possibilite o devido esclarecimento e uma permissão de maneira consciente, logo, para um procedimento médico ter legitimidade, precisa de um consentimento, que para ser legítimo tem que ser realizado na clareza das informações passadas pelo profissional da área médica, com uma linguagem de certo modo traduzido a um indivíduo leigo, para evitar interpretações errôneas e arriscadas (FRANÇA, 2017, p. 288).

Cabe ressaltar que Código de Defesa do Consumidor ao se referir à obrigação que o fornecedor possui de informar de maneira adequada ao consumidor, sugere uma ideia de adequação, suficiência e veracidade desta informação.

Isto é, a informação necessita ser adequada para que o consumidor seja orientado a consumir de modo adequado, uma vez que informar sobre um eventual risco não se resume a uma mera descrição do que poderá ocorrer, mas esclarecer as condições de maneira exaustiva, adaptada às circunstâncias fáticas e ao público destinatário. Também precisa ser suficiente, ou seja, nítida de modo que não ocorram

excessos que impossibilitem a real compreensão dos fatos. Do mesmo modo, a informação deverá ser veraz, verdadeira, para que seja apta a cumprir a sua finalidade (SANTOS, 2017, p. 04).

Convém salientar que o Novo Código de Ética Médica em seu artigo 34 afirma que é vedado ao profissional de medicina deixar de informar “o diagnóstico, prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento” ao paciente, estabelecendo uma ressalva em casos em que “a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Entende-se que caberia uma responsabilização civil ao profissional médico quando sobrevierem danos ao paciente devido a ausência de informações essenciais, de acordo com o dever de informação, mesmo que não haja culpa do médico. Existem no direito comparado inúmeros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, que identificam responsabilidade, pelo simples fato da violação do direito fundamental do paciente à informação, impedindo com que o indivíduo tome uma posição esclarecida, até mesmo independente da ocorrência de qualquer outro dano concreto, pois a violação do direito à autonomia já representaria um dano (FACCHINI NETTO, EICK, 2015, p. 82).

Em outras palavras, vale evidenciar que mesmo que no caso concreto o profissional da área médica não tenha agido de maneira negligente, imprudente ou imperita, isto é, mesmo que não ocorra erro médico, se a intervenção médica ocorrer sem a informação devida, adequada e esta ausência de informação resultar em uma piora do estado de saúde do paciente, isso já é suficiente para ensejar uma reparação pelos danos que o indivíduo tenha sofrido (ABREU, 2015, p. 14).

Deste modo percebe-se, que para haver o consentimento esclarecido do paciente de modo livre, é necessário que o médico atue de acordo com dever de informar de maneira adequada, suficiente e que essas informações sejam verdadeiras. Sendo inclusive cabível, responsabilizar o profissional da área médica, caso este descumpra com o seu o dever de informação, mesmo não havendo conduta culposa.

4.3 A IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO POR DANO IATROGÊNICO EM CASO DE PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS OBSERVADO O DEVER DE INFORMAÇÃO

Em face do exposto, cumpre analisar se em casos de lesões ocorridas por iatrogenias, em intervenções cirúrgicas com a finalidade embelezadora, seria cabível responsabilização do profissional médico.

José Carlos Maldonado de Carvalho (2007,p 05 e 06), entende que em que cirurgias plásticas com fins meramente embelezadores ,por ser considerado pela doutrina como uma hipótese em que gera uma obrigação de resultado, caso o paciente tenha suas esperanças de um resultado impecável frustradas pelo médico, é inegável que surgem implicações psiquiátricas a este indivíduo.O autor ainda observa, que o paciente submetido a intervenções cirúrgicas, poderá ter uma repercussão psíquica na medida em que a cicatriz proveniente da cirurgia for maior e mais visível.

Assim sendo, considerando o sentido estrito da palavra iatrogenia, isto é, como danos oriundos de ato médico previsíveis e necessários,em regra, não caberia incidir responsabilização civil do profissional que os cometeu e isso aplicaria-se inclusive nas intervenções cirúrgicas, sejam elas reparadoras ou estéticas.

Isto é, o dano iatrogênico não caracterizaria a incidência da responsabilidade civil e conseqüente dever de reparar por parte do profissional que a causou pois a iatrogenia embora esteja relacionada a um efeito que é previsível,a lesão ocorreria do próprio atuar médico (ABREU,2015,p. 16).

Salienta-se que o dano que advém de uma situação iatrogênica é resultante dos limites da própria ciência médica, visto que embora esta esteja em constante evolução, sempre envolverá riscos,não sendo plausível atribuir ao médico uma responsabilização por riscos já conhecidos, cuja possibilidade de serem gerados danos ultrapasse inclusive o uso da melhor técnica.O ônus que o profissional médico teria que arcar nesses casos seria demasiadamente insuportável,o que poderia até mesmo causar um enorme desestímulo ao exercício da profissão médica (MEIRELLES,BARBOSA,2017,p. 205).

Todavia, demonstra-se demasiadamente oportuno evidenciar que no caso concreto o profissional da área médica deve cumprir com os deveres anexos da boa fé, dentre eles, o dever de informação.

Ou seja, segundo Caio Mário Pereira (2018, p. 193), com base na boa fé, cumpre ao médico advertir ao paciente sobre eventuais riscos advindos dos tratamentos médicos, para que o indivíduo escolha se submeter a eles ou não, e este dever de informar seria ainda maior no caso dos profissionais de medicina especializados na área de intervenções cirúrgicas.

Rui Stoco (2011, p. 670) ainda defende que no caso de intervenções cirúrgicas, inclusive nas estéticas, o médico deverá informar de maneira exaustiva, integral, principalmente no que diz respeito ao uso de novos medicamentos ou até mesmo em relação a novas técnicas, em termos compreensíveis para um indivíduo leigo à linguagem médica conseguir de maneira plena entender o que esta sendo informado.

Portanto, com base no dever de informação, e na obrigação de vigilância, o médico poderia até mesmo recusar-se a fazer uma cirurgia estética, se no caso os riscos são desproporcionais às vantagens previsíveis ou se compreender que não tiver condições de realizá-la. Nessas situações, o cirurgião não deverá efetuar a intervenção uma vez que é entendido, majoritariamente pela doutrina e jurisprudência, que a cirurgia estética gera uma obrigação de resultado visto que o paciente procura o médico para realizar tais procedimentos com a finalidade de corrigir uma imperfeição ou com intuito de melhorar a sua aparência (PEREIRA, 2018, p. 199).

Assim sendo, observa-se que há um consenso acerca de um dever de informação redobrado por parte do médico em casos de cirurgia estética no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, no âmbito do direito comparado como no direito francês, por exemplo, observa-se que onde os tribunais franceses entendem, de maneira unânime, que a informação prestada pelo profissional da área médica em situações de intervenções cirúrgicas com intuito estético deverá ser exaustiva (FACCHINI NETO, EIKE, 2015, p. 57).

Logo, pode se defender que na hipótese de haver qualquer omissão de informações necessárias a respeito dos riscos que este procedimento cirúrgico estético - ou

inclusive o pós operatório - possa ocasionar, e até mesmo de haver violação ao consentimento do paciente, o profissional médico poderia vir a ser responsabilizado devido a essa omissão ou violação.

Desse modo, visto que há um consenso doutrinário e jurisprudencial de que a cirurgia estética gera uma obrigação de resultado e não de meio, a falta de informação adequada e suficiente ao paciente sobre possíveis riscos de um determinado procedimento cirúrgico com fins estéticos, poderia fazer com que surgisse uma profunda frustração a este indivíduo, que esperava que o resultado pretendido fosse alcançado. Inclusive, pode-se defender que essa decepção pode evoluir a um resultado mais dramático, como o indivíduo se submeter a novas intervenções ou até mesmo surgir um distúrbio psiquiátrico naquele sujeito (ABREU,2015,p. 08).

Assim sendo, incidiria a responsabilização civil não pela ação médica em si, que por se configurar como iatrogenia não ensejaria responsabilidade mas pelo fato de que no caso concreto houve uma quebra no dever de informação acerca desses riscos.

Entretanto, vale salientar que alguns autores como Rui Stoco (2011, p. 666), defendem que a iatrogenia consistiria num gênero na qual seriam abarcadas varias espécies e dentre elas, a conduta culposa do médico que agiu com negligência, imprudência ou imperícia, conceito este que se confunde com o de erro médico.

Ressalta-se que se compreender que a iatrogenia consiste em um gênero e entre suas hipóteses estaria a conduta culposa, seria possível defender uma responsabilização do profissional médico devido a essa conduta, sem adentrar acerca da análise dever de informação.

Contudo, cabe ressaltar que a adoção deste conceito não seria o mais adequado, devendo serem considerados iatrogenia e erro médico como dois conceitos autônomos e distintos que resultam em consequências jurídicas opostas. Assim sendo, o julgador deverá avaliar no caso concreto de maneira cautelosa.

Ressalta-se que o erro médico pressupõe uma conduta culposa do profissional, o que daria ensejo a uma condenação por responsabilidade civil e acrescenta-se que o dano neste caso poderia ter sido evitado caso o médico tivesse agido em observância das regras consagradas pela prática médica. Enquanto que a iatrogenia, possui como

característica uma boa conduta médica, podendo ser considerada um fator excludente de responsabilidade e o dano decorre de um risco inerente à própria ciência da medicina (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 206).

Isto é, não deve se confundir as conceituações de dano iatrogênico com o de erro médico, visto que a iatrogenia possui em seu conceito, os pressupostos de previsibilidade da lesão e da necessidade de sua produção para poder ser atingido o resultado pretendido. Deste modo cumpre registrar que é meio lícito para alcançar uma finalidade, salientando-se que devem ser observados as normas técnicas no caso concreto. Dessa forma o dano iatrogênico seria justificável, enquanto que o erro médico seria injustificável, na medida em que for comprovado que não há no caso nenhuma excludente de responsabilidade civil, precisando ser punido pela via judicial (COSTA, 2016, p. 14).

Considerando iatrogenia e erro médico como situações distintas, convém evidenciar que cabe ao magistrado, diante do caso concreto, com base em uma análise feita através de laudos periciais médicos, e em sua experiência averiguar, se está diante de uma conduta de acordo com todos os preceitos médicos legais, isto é, uma conduta decorrente do próprio atuar médico, que seria a iatrogenia, ou se está diante de uma situação, em que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia o que caracterizaria uma conduta culposa, ou seja, diante de um erro médico o que ensejaria a responsabilidade no âmbito cível pelos danos que forem ocasionados ao paciente. Enquanto que o dano iatrogênico não pode ensejar uma responsabilização do profissional da área médica, o erro médico pode. O erro médico deve ser apurado e combatido pelo Poder Judiciário visto que não se podem legitimar condutas ilícitas (ABREU, 2015, p. 19 e 20).

Vale salientar que a perícia realizada pelo médico-perito é extremamente essencial no caso para, por exemplo, reconhecer uma ocasional distorção do discurso do médico que possa induzir o convencimento do magistrado à identificação de uma situação que venha a ser considerada como iatrogênica, quando em verdade se trata de um resultado lesivo que poderia ser evitado observando as regras da profissão, ou seja, erro médico (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 207).

Ressalta-se também que o consentimento esclarecido de um paciente não ameniza de certo modo a culpa do médico por negligência, imprudência e imperícia, em casos de erro médico, pois mesmo que o indivíduo tenha consentido – até mesmo por escrito – não faz com que o médico diante de um mal resultado, provado culpa, dano e nexo causal não possa ser responsabilizado (FRANÇA, 2017, p. 290).

Ou seja, mesmo que o indivíduo tenha permitido a realização de determinado tratamento - e o médico informado de maneira clara acerca das consequências e possíveis riscos - não significa que o profissional de medicina diante dessa conduta negligente, imprudente ou imperita seja insento de responsabilização, por haver o consentimento livre esclarecido de seu paciente e o profissional ter agido de acordo com o dever de informação.

Todavia, é de extrema importância salientar que o erro médico deve ser uma exceção, e não uma regra da Medicina brasileira. Quer dizer, deve-se partir do pressuposto que os médicos são profissionais comprometidos e empenhados no exercício de suas funções, com o objetivo de alcançar a boa arte médica. Deste modo, em que pese sejam importantes as reivindicações jurídicas, que estão cada vez mais crescentes na regulamentação do exercício do profissional da área médica, a legislação brasileira precisa atuar de maneira a diminuir a incidência do erro médico e não atuar de modo a aumentá-lo (MURR, 2010, p. 43).

Convém evidenciar que Camila Vasconcelos (2012, p. 394 e 395) defende que também devem ser buscados outros meios para evitar uma judicialização excessiva na relação entre médicos e pacientes. Isto é, a autora sugere que a discussão acerca de conflitos na relação médico-paciente não devem ocorrer apenas no processo judicial mas propõe uma maior participação comunitária em ambientes como eventos científicos, audiências públicas. É sugerido também que a graduação universitária, durante processo de formação do futuro médico, enfoque não somente na técnica profissional mas em questões como ética médica e bioética.

Ressalta-se que essa sugestão parece ser extremamente interessante, visto que uma formação médica com base nos princípios da bioética poderia reduzir o número de ocorrência de práticas negligentes, imprudentes e imperitas. Ademais, com a

participação coletiva mais ativa, os pacientes poderiam ter mais conhecimento acerca do assunto e conseqüentemente exigir uma postura mais diligente do profissional.

Logo, cabe observar que apesar de que o erro médico deve ser combatido pelo Judiciário por ser uma conduta ilícita, o magistrado precisa ter um cuidado para não resultar em uma judicialização exarcebada da relação médico-paciente, devendo serem procurados também outros meios, de discussão dos conflitos dessa relação.

5 CONCLUSÃO

Do quanto exposto, o presente trabalho teve como objetivo analisar e discutir acerca da possibilidade, ou não, da responsabilização civil do profissional de medicina por dano iatrogênico em casos de intervenções cirúrgicas estéticas, visto que é inegável a importância de se discutir sobre responsabilizar profissionais da área médica, quando estes cometem danos à saúde e a vida do paciente no exercício de sua atividade, uma vez que estes são os bens jurídicos mais preciosos dos indivíduos.

Para poder embasar a discussão, realizou-se uma explanação sobre o instituto da responsabilidade civil, bem como das teorias que tentam buscar um fundamento para sua incidência em casos concretos.

Da Teoria Subjetiva se extraem os pressupostos da culpa, dano e nexo causal. Isto é, em outras palavras, para poder ser responsabilizado, segundo a Teoria da Culpa, o agente precisa cometer uma ação ou omissão culposa, provocando um prejuízo a outrem, demonstrando-se necessária a ocorrência de um nexo de causalidade entre a conduta e a lesão.

Impende salientar que para esta teoria, a culpa possui um papel fundamental, visto que consiste em um pressuposto imprescindível para que haja a responsabilidade civil do agente que ocasionou o dano.

Cumprido registrar que a culpa possui um sentido amplo, consistente em uma ofensa de um determinado dever jurídico devido a ocorrência de dolo pelo sujeito ou por uma

conduta omissiva, e uma acepção estrita, abarcando os conceitos de negligência, imprudência e imperícia.

É de se notar que para haver incidência da responsabilidade civil não basta que haja culpa, mas é necessário que a agente ocasione um prejuízo a outrem que pode ser de ordem patrimonial ou de ordem extrapatrimonial ou moral – como por exemplo, o chamado, dano estético por parte da doutrina.

Importante frisar que para ser atribuída a obrigação de ressarcir para alguém é necessário o nexa causal, consistente na causa e efeito entre o ato cometido e a lesão causada.

Já a Teoria Objetiva, pressupõe a existência de uma responsabilização sem a necessidade de ser comprovada uma culpa para que se possa incidir a responsabilidade.

É de se notar que tanto a responsabilidade objetiva quanto a responsabilidade subjetiva são previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, a responsabilidade objetiva ocorreria apenas nas situações em definidas em lei e nas hipóteses em que a atividade, por sua natureza, implicar um risco, o que é definido de acordo com o caso concreto.

Cabe acrescentar que em determinadas situações há o rompimento do nexa de causalidade, devido a ocorrência de determinados fatos, que faz com que o indivíduo que culposamente ocasionou uma lesão não seja responsabilizado.

Essas situações seriam as excludentes de responsabilidade – caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro – e não se confundem com as excludentes de ilicitude – atos praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito e no estado de necessidade.

Em ambas circunstâncias não há responsabilização do sujeito mas por motivos diferentes: as excludentes de ilicitude retiram a contrariedade do direito da conduta, enquanto que nas hipóteses excludentes de responsabilidade, há ocorrência da lesão, mas o dever de reparar é afastado.

Nesta perspectiva, percebe-se que a responsabilidade civil dos médicos é subjetiva. Isto é, para que um médico possa ser responsabilizado, é necessário que seja comprovada a culpa, em seu sentido estrito, visto que a maioria da doutrina jurídica defende a natureza consumerista da relação médico-paciente pois os profissionais da área médica seriam profissionais liberais, respondendo, portanto, pela culpa subjetiva.

Deste modo, nas hipóteses em que o médico age de maneira negligente e deixa de fazer algo que lhe é incumbido, ou imprudente, sem se preocupar com suas consequências ou imperita, sem tomar cuidados específicos no exercício de sua profissão haveria responsabilização do profissional consequente dever de reparação, visto que a responsabilidade civil possui como principal função garantir o reequilíbrio das relações sociais.

Ademais, observa-se que para a maioria dos juristas a responsabilidade médica possui uma natureza contratual, vinculada a resolução de conflito que ocasionou-se de um acordo de vontade celebrado entre as partes.

É importante frisar que a conduta culposa negligente, imprudente ou imperita faz parte do conceito de erro médico. Todavia, não se deve confundir o erro médico com outros tipos de erro cometidos pelo profissional da área médica como erro de diagnóstico ou resultado incontrolável.

Evidencia-se que o presente trabalho também verificou a necessidade de serem discernidas as expressões “erro médico” e “iatrogenia” pois seriam conceituações distintas, apesar de grande parte de doutrinadores o tratarem como sinônimos por não haverem marcos jurídicos específicos acerca do termo iatrogenia.

É notório salientar que constatou-se o posicionamento de alguns autores que consideram a iatrogenia como um “gênero” que abarca várias “espécies”, dentre elas a conduta culposa do médico.

Seguindo este entendimento, poderia ser defendido o cabimento da incidência do instituto da responsabilidade civil para o médico que ocasionou culposamente um dano iatrogênico.

Todavia, demonstra-se mais pertinente acolher a percepção utilizada por uma parte da doutrina jurídica que defende que iatrogenia seria autônoma, e inclusive excludente do erro médico, podendo ser compreendida como toda intervenção que decorre de um ato médico.

Nesta acepção, para que ocorra uma lesão de natureza iatrogênica seriam imprescindíveis estarem presentes os requisitos da previsibilidade do dano - ainda que seja esperado ou não - e a necessidade deste ato cometido pelo médico ocorrer com o propósito de alcançar o resultado pretendido ao paciente.

Deste modo, não seria possível imputar responsabilidade ao médico por uma lesão decorrente de iatrogenia, visto que o risco, nessas hipóteses, decorreria da própria ciência médica que não é exata.

Ou seja, seguindo este entendimento, haveria uma impossibilidade de responsabilização civil do profissional da medicina por dano iatrogênico.

Logo, como seriam conceituações distintas, vale ressaltar que cabe ao magistrado fazer uma análise de maneira demasiadamente atenciosa, no caso concreto, inclusive utilizando-se de mecanismos como a perícia médica para que se possa examinar se está diante de uma situação de iatrogenia ou erro médico.

Impende ressaltar que enquanto a iatrogenia não poderia ensejar responsabilização do profissional da área médica, o erro médico é um ilícito e deve ser combatido pelo Poder Judiciário. Todavia, ao mesmo tempo, deve-se procurar evitar um demasiado número de processos, sendo sugerido que as discussões acerca de possíveis conflitos na relação médico-paciente também necessitam ocorrer antes de se chegar ao Judiciário.

Isso se daria tanto pela via acadêmica, e deste modo cumpre salientar o papel fundamental das Faculdades de Medicina de instruir os futuros profissionais a agirem de maneira adequada para que sejam evitadas ao máximo a ocorrência de condutas culposas por negligência, imprudência ou imperícia.

A formação dos futuros profissionais médicos deve se limitar não apenas a técnica, que é extremamente importante, mas partindo do pressuposto de que a relação

médico-paciente não se resume a um mero contrato de prestação de serviços, demonstrando-se necessária a aprendizagem de conceitos da ética.

Além disso, cumpre registrar que é fundamental uma maior inclusão da coletividade nos debates que discutem a relação entre médico e paciente, para que estes indivíduos, na condição de pacientes, possam cobrar uma postura mais cuidadosa do médico e saberem acerca dos seus direitos.

Deste modo, seria possível impedir, de certa maneira, um exacerbado número de processos acerca de erro médico pois a ocorrência dessas condutas culposas seriam evitadas, sem precisar serem judicializadas.

Observa-se, também, que ocorreu uma popularização de cirurgias plásticas com finalidade estéticas, por inúmeros fatores, como por exemplo, a valorização de um corpo ideal extremamente incentivada pelos veículos midiáticos e o próprio avanço da ciência médica e das técnicas para realização dos procedimentos que tornam esses tipos de intervenções bastante acessíveis para diversas camadas da sociedade.

O presente trabalho, também verificou que, tanto para a maioria dos Tribunais, quanto para a maioria dos doutrinadores, as intervenções cirurgias estéticas ocasionam obrigações de resultado e não obrigações de meio, diferentemente das demais obrigações que são assumidas pelo profissional médico, como por exemplo, nas cirurgias reparadoras.

Deste modo, enfatiza-se que em suas demais obrigações, o médico não se obriga a curar uma determinada doença, por exemplo, mas se compromete a conduzir o tratamento do paciente através da melhor técnica possível.

Contudo, nas cirurgias com fins meramente embelezadores, o profissional médico assume uma obrigação de atingir uma determinada finalidade que seria uma melhora na aparência de seu paciente, o que ensejaria responsabilização, caso o resultado pretendido não for alcançado, pois haveria inexecução da obrigação que o médico assumiu.

Porém, a incidência do instituto da responsabilidade civil, nos casos que o paciente se submete a uma cirurgia com fins meramente embelezadores, não seria possível

para reparar danos iatrogênicos, pois, como visto ao longo deste trabalho, entende-se mais adequado adotar o posicionamento de que iatrogenia e erro médico são conceitos excludentes e distintos.

Todavia, demonstra-se demasiadamente oportuno registrar que, caso o médico falte com os deveres anexos da boa fé-objetiva, que impõe uma conduta baseada na lealdade, poderia se falar em uma responsabilidade na área cível e consequente dever de reparação.

Isto é, até mesmo em uma situação de iatrogenia, caberia imputar responsabilização ao profissional se não forem cumpridos os deveres decorrentes da boa fé, como por exemplo, o dever de informar.

Ou seja, caso o médico não informe de maneira adequada todos os riscos que poderiam ocorrer poderia ensajar responsabilidade e consequente reparação das lesões causadas, visto que cabe ao médico informar o progresso do tratamento médico realizado.

Do mesmo modo, salienta-se que é necessário, embasado nos princípios da Bioética - da beneficência, autonomia e justiça - e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, haver o consentimento do paciente de modo livre e esclarecido.

Logo, é importante observar que para que ocorra a manifestação de vontade do paciente, de maneira livre e esclarecida, é necessário que antes do indivíduo se submeter a qualquer tipo de intervenção ou procedimento médico, o profissional médico atue oferecendo uma informação adequada, suficiente e verdadeira acerca deste tratamento.

Cabe, também, ressaltar que o paciente seria considerado como um sujeito presumidamente vulnerável em relação ao médico, na acepção jurídica da palavra "vulnerabilidade" pois a relação médico-paciente possuiria natureza consumerista. Enquanto que para a Bioética, a vulnerabilidade, enquanto princípio, tem haver com situações em que o paciente possui a capacidade de consentir comprometida.

Deste modo, conclui-se com o entendimento de que não seria cabível responsabilizar civilmente o profissional médico, caso esteja diante de uma situação iatrogênica, visto que a iatrogenia é um conceito diverso do erro médico e consiste em uma lesão necessária e previsível.

Todavia, deve ser observado com extrema cautela o dever de informar do médico e o consentimento livre e esclarecido do paciente, que caso não sejam obedecidos, poderão ensejar responsabilidade e consequente dever de reparar os danos causados, até mesmo se a lesão ocasionada for iatrogênica.

REFERÊNCIAS:

ABREU, Bruno Silveira de. **Iatrogenia e seus desdobramentos na seara da Responsabilidade Civil**. Artigo científico (Pós-graduação) – Responsabilidade Civil. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/BrunoSilveiradeAbreu.pdf Acesso em: 22 mar. 2019.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/555> . Acesso em: 21 fev. 2019.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; BARBOSA, Amanda Souza. Dano Iatrogênico e Erro Médico: o Delineamento dos Parâmetros para Aferição da Responsabilidade. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 186-209, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/597/pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

_____; SILVA, Mônica Neves Aguiar. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. **Revista Brasileira do Direito Animal**, Salvador-BA, v. 13 nº 1, 2018 Disponível em:

<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26220>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____; _____. PRÁTICA MÉDICA E DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA ANÁLISE ÉTICO-JURÍDICA DA CONFORMAÇÃO HARMÔNICA ENTRE OS PRESSUPOSTOS AUTONOMIA E ALTERIDADE. **Revista Jurídica Cessumar - Mestrado**, v. 17, n. 3, p. 715-739, setembro/dezembro 2017 Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5686>. Acesso em: 26 mar. 2019.

ARAÚJO, Arakén Almeida de; BRITO, Ana Maria de ; NOVAES, Moacir de. Saúde e autonomia: novos conceitos são necessários? **Revista Bioética**, v. 16, n. 1, p. 117-124. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/60. Acesso em: 15 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019

BARROS, Ricardo do Rêgo. Cirurgia plástica na adolescência. *Adolesc Saude*. Vol.4 , nº 1, jan/mar 2007,p. 45-47. Disponível em: http://www.adolescenciaesaude.com/detalhe_artigo.asp?id=120 Acesso em: 25 abr. 2019

BEIER, Mônica . Algumas considerações sobre o Paternalismo Hipocrático. **Revista Médica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 20, p. 246-254, 2010. Disponível em: <http://rmmg.org/exportar-pdf/320/v20n2a15.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm Acesso em: 10 fev .2019.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. 2010. Disponível em: <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. 2018. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/04/codigo-de-etica-medicos_2018.pdf.

Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Justiça. **Enunciado Nº 38**, I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/699>. Acesso: 20 out. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução Nº 1621**, de 16 de maio de 2001. Disponível em:

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm. Acesso em 20 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução Nº 466**, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em:

http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html. Acesso em 21 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção especializada e hospitalar. Cirurgia Plástica Reparadora**. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/atencao-especializada-e-hospitalar/especialidades/cirurgia-plastica-reparadora>. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. **CENSO 2016 SITUAÇÃO DA CIRURGIA PLÁSTICA NO BRASIL**. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/wp-content/uploads/2017/12/CENSO-2017.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. **QUAL A ORIGEM DO NOME CIRURGIA PLÁSTICA**. 2016.

Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/2016/03/14/qual-a-origem-do-nome-cirurgia-plastica/>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo em **Recurso Especial Nº 328110/RS** Agravante: JBJN Agravados: Luiz Carlos Fonseca Dias e outro(s). Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 19 de setembro de 2013 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24202906/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-328110-rs-2013-0110013-4-stj/inteiro-teor-24202907>

Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1395254/SC**. Recorrente: Adriano José Tonin. Recorrido: Maurício Luiz Pertuzzati. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 13 de outubro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712655/recurso-especial-resp-1395254-sc-2013-0132242-9-stj>>

Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 819.008/PR**. Embargante: Ilda Rodrigues de Andrade. Embargado: Waldir Augusto de Carvalho Braga. Relator: Min. Raul Araújo. Quarta Turma Julgado em 04 de outubro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23340338/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-819008-pr-2006-0029864-0-stj/inteiro-teor-23340339?ref=juris-tabs>

Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 985888/SP**. Recorrendo: Antônio Carlos Ferreira Castro. Recorrido: Andréa Josefa da Silva. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 16 de fev. de 2012 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399757/recurso-especial-resp-985888-sp-2007-0088776-1-stj/inteiro-teor-21399758?ref=juris-tabs>

Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula 37**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2268&seo=1>. Acesso em: 27 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Sumúla 387**. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 18 out. 2018.

BIOÉTICA, Centro de. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco**. Disponível em:

<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=17>.

Acesso em: 27 abr. 2019.

BOLSIN, Stephen; SAUNDERS KYM. Informed consent in medical practice. **Trends In Urology & Men's Health**, set/out 2012, p. 34-36. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/tre.288>. Acesso em: 19 fev. 2019.

CANINEU, Rafael et al. **Revista Brasileira Terapia Intensiva**, v.18, n.1 - jane/mar 2006. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-507X2006000100015
Acesso em: 22 abr 2019

CARVALHO, Jose Carlos Maldonado de. 2ª ed. *Introgenia e Direito Médico sobre enfoque da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, v. único

CARVALHO, Jose Carlos Maldonado de. 3ª ed. *Introgenia e Direito Médico sobre enfoque da Responsabilidade Civil* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. único

CARVALHO, Maria Manuela. A medicina em história a medicina hipocrática. **Revista Saúde Mental**, v. IV, n. 1, p. 41-44, 2002. Disponível em: http://www.saude-mental.net/pdf/vol4_rev1_leituras2.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

CLOTET, Joaquim. *O Consentimento Informado nos Comitês de Ética em Pesquisa*

e na Prática Médica: Conceituação, Origens e Atualidade. **Revista Bioética**, Brasília, v.3, n.1, nov. 2009.

COSTA,Michelle Azevedo da. **IATROGENIA E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**. Artigo científico (Pós-graduação) – Responsabilidade Civil. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2016.

Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/MichelleAzevedodaCosta.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019.

CUNHA,Dirley da; 8ª ed. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodium, 2014, v. único

DALLARI,Dalmo de Abreu.A Responsabilidade Civil de Médicos e de Instituições da Área Médica.**Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v.16 n.2, jul./out. 2015, p. 77-83. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/106883/105503/>. Acesso em: 19 out. 2018.

DINIZ,Maria Helena. 25ªed. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, v. 7

DINIZ,Maria Helena.10ª ed. **O estado atual do Biodireito**. Editora Saraiva, 2011, v. único.

DOMINGOS, Isabela Moreira do N. ; KFOURI NETO, Miguel; MACIEL-LIMA, Sandra. A Relação médico-paciente face às condições de terminalidade da vida com dignidade.**Revista UNICURITIBA**.Curitiba, v.2, n.19, p. 71-98 Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/71>. Acesso em: 25 abr. 2019

FARIAS,Cristiano Chaves de; ROSELNVALD Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. 1ªed.**Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. Salvador: Editora Atlas, 2015, v. único

FARIAS,Cristiano Chaves de; ROSELNVALD Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Editora Juspodium, 2017, v. único

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga, 4ª ed. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Salvador: Editora Juspodium, 2017a, v. 3

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELNVALD Nelson; 11ª ed. **Curso de Direito Civil Obrigações**. Salvador: Editora Juspodium, 2017b, v. 2

FACCHINI NETTO, Eugênio; EICK, Luciana Gemeli. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO, À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 43, n. 138, jun/2015 Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/553>. Acesso em 22 abr. 2019

FACCHINI NETTO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010 <https://hdl.handle.net/20.500.12178/13478>. Acesso em 22 abr. 2019

FELÍCIO, Jônia Lacerca; PESSINI, Leo. **Revista Bioética**, v.17, n.2, p. 203-220, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/162/167. Acesso em 25 abr. 2019

FERRAZ, Flávio Carvalho. A questão da autonomia e a Bioética. **Revista Bioética**, v.9, n.1, 2001, p. 71 – 83. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/232/233 Acesso em 15 abr. 2019

FERREIRA, Carla Froener. A Evolução da Autonomia da Vontade sob o Prisma do Direito Civil-Constitucional. **Revista Novatio Iuris**, Rio Grande do Sul, v.5, n. 1, jan.-mar, 2013. Disponível em: <https://seer.fadergs.edu.br/index.php?journal=direito&page=article&op=download&path%5B%5D=85&path%5B%5D=80> .Acesso em: 16 fev. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. 14ª ed. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, v. único.

GARRINI, Selma Peleias Felerico. Do Corpo Desmedido ao Corpo Ultramedido. Reflexões sobre o Corpo Feminino e suas Significações na Mídia Impressa. In: **Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação V Congresso Nacional de História da Mídia** – São Paulo – 31 maio a 02 de junho de 2007. Disponível em:

<http://www.intercom.org.br/papers/outros/hmidia2007/resumos/R0037-1.pdf>. Acesso em 25 abr. 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. 12ª ed. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva 2017, v.4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. 15ª ed. **Responsabilidade Civil**. São Paulo : Editora Saraiva, 2014, v. único.

GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis Gonçalves. A eutanásia sob o prisma bioético e do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 14, n. 2, p. 531-556, jul./dez. 2014. Disponível em:

<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/3585/2475>. Acesso em 22 abr. 2019.

KATO, Melissa Thiemi et al . Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. **Revista de Odontologia da Universidade Cidade de São Paulo**, jan/abr 2008, p. 66-75
Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/324903122_Responsabilidade_civil_do_cirurgiao-dentista. Acesso em 18 abr. 2019.

KUHN, Adriana Menezes de Simão. OS LIMITES DO DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. Dissertação (MESTRADO). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito., Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em:

<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/16165>. Acesso em 18 abr. 2019.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. **Revista Tuiuti: Ciência e Cultura**, Curitiba, n. 30, mai. 2002 p.107-119 Disponível em:

http://universidadetuiuti.utp.br/tuiuticienciaecultura/ciclo_2/FCJ/FCJ%2030/PDF/art%206.pdf. Acesso em 18 abr. 2019.

LIGIERA, Wilson Ricardo. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E O CONSENTIMENTO INFORMADO. Dissertação (MESTRADO) Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-26032012-102549/pt-br.php>. Acesso em: 20 abr. 2019

LOPES, José Agostinho. Bioética – uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). **Revista Médica de Minas Gerais**, 2014, p. 262-273. Disponível em: www.rmmg.org/exportar-pdf/1608/v24n2a18.pdf. Acesso em 18 abr. 2019.

LOURENÇO, Edmir Américo. Erro médico, falha médica e iatrogenia. **Revista Perspectivas Médicas**. São Paulo, v. 9, pp. 16-21, jan./dez. 1998. Disponível em: http://www.fmj.br/revista/Pdfs/revista_1998.pdf, Acesso em: 22 fev. 2019.

LUI NETTO, Adamo ; ALVES, Milton Ruiz. Responsabilidade Médica. **Revista Brasileira de Oftalmologia**, Rio de Janeiro, v. 69, mar/abr 2010, p. 75 e 76. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbof/v69n2/a01v69n2.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019.

MARCHI, Cristiane de. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no Código Civil. **Revista dos Tribunais**, fev/2016, v.964. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.08.PDF. Acesso em 22 abr. 2019.

MARCHI, Maria Mathilde; SZTAJN, Rachel. Autonomia e Heteronomia na Relação entre Profissional de Saúde e Usuário dos Serviços de Saúde. **Revista Bioética**, v6 n1, 1998. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/322. Acesso em 22 abr. 2019.

MARQUESI, Roberto Wagner; VIZZOTO Marília. Responsabilidade Civil do Médico Imperito. **Revista Eletrônica do Direito Privado da UEL**, Londrina, v. 3, n. 2, maio/ago 2010, p. 124-140. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/124-140_Roberto_Marquesi_Marilia_Vizzoto_Responsabilidade_civil_medico_imperito.pdf. Acesso em: 21 fev. 2019

MATOS, Gilson Ely Chaves de. Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica. **Revista Bioética**, v.15, n.2, 2007, p. 196-213.

Disponível em:

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/41/44

Acesso em 10 abr. 2019.

MENEZES, Tula Rodrigues Ferreira de. **Erro médico e iatrogenia: causa de exclusão da responsabilidade médica?** 2010. 31 f. Artigo científico (Pós-graduação) – Responsabilidade Civil. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2010/tulamenezes.pdf. Acesso em: 22 fev. 2019.

MONDIELLI, Eric. A Evolução do Direito da Responsabilidade Médica Hospitalar na Fraça. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v.4 n.1, mar. 2003, p. 12-

40. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/82415/85401/>.

Acesso: 19 out. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v.9 n.29, jul/dez 2006, p 233 a 258. Disponível em:

http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

MURR Leidimar Pereira. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira. **Revista Bioética**, v.18, n., 2010. Disponível em:

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/534. Acesso em: 15 abr. 2019.

NADER, Paulo. 6ª ed. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forence, 2016, vol.7

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **As iatrogenias no contexto da responsabilidade civil médica e do direito do consumidor**. Âmbito Jurídico. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16685&revista_caderno=10. Acesso: 21 out. 2018.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. **Revista Bioética**, Brasília, v.2, n.2, nov. 2009. Disponível em:

<http://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966/6538>. Acesso: 02 jun. 19.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil, v19 n 37, 1998. **Periódico Universidade Federal de Santa Catarina**, Florianópolis.

Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>
Acesso: 21 abr. 2018.

PERALTA, Tatiana Oliveira. **TERAPÊUTICA DO CANCRO E PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA**. Tese (Graduação em Medicina), Universidade de Coimbra, Portugal, 2015. Disponível em:
https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31987/1/Final_Cancro%20e%20principios%20da%20bioetica.pdf. Acesso: 21 abr. 2018.

PEREIRA, Caio Mario. 29ª ed. **Instituições de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, vol.2

PEREIRA, Caio Mario. 12ª ed. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense, 2018, vol. único

PITHAN, Livia Hayger. O CONSENTIMENTO INFORMADO NA ASSISTÊNCIA MÉDICA: UMA ANÁLISE JURÍDICA ORIENTADA PELA BIOÉTICA Tese (DOUTORADO). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em:
<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>.
Acesso: 21 abr. 2018.

PORTUGAL. Código Penal Português. Disponível em:
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf Acesso: 21 abr. 2018.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição. Salvador: Juspodivm, 2016, coleção Eduardo Espinola.

REQUIÃO, Maurício. DO PRINCIPALISMO AOS PRINCÍPIOS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BIOÉTICO IN: **XVIII Encontro Nacional do**

CONPEDI.Do principialismo aos princípios - a dignidade da pessoa humana como princípio bioético. 2009.Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/11_1373.pdf Acesso: 21 abr. 2018.

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**, Editora Revista dos Tribunais, 2011, **Biblioteca do Direito do Consumidor ,v 40.**

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. Informação como instrumento para amenizar riscos na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor.** V. 107 , set/out 2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.13.PDF . Acesso: 21 abr. 2018.

SCHREIBER, Anderson. 5ª ed. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos** . São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SILVA, Rachel Vellasco Gonçalves. **A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.** Artigo científico (Pós-graduação) – Responsabilidade Civil. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/rachelsilva.pdf >. Acesso em: 12 mar. 2019

SILVA, Ricardo Henrique Alves da, *et al.* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103 , jan./dez. 2008 p. 675 – 683. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67824/70432>. Acesso em: 12 mar. 2019

SILVA, Bruno Azevedo da, *et al.* Reflexões sobre bioética, vulnerabilidade e risco: desafios enfrentados pelos pesquisadores. **Revista Fluminense de Extensão Universitária** jul/dez, 2017, v.07, n.02,p.17-21. Disponível em:

<http://editora.universidadedevassouras.edu.br/index.php/RFEU/article/view/1180> Acesso: 21 abr. 2018.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. O dano estético na atividade do médico. **IN:Publicado no CD-ROM JURIS SÍNTESE**, nº 29, Mai/Jun, de 2001, da Editora Síntese – Porto Alegre. Disponível em:

www.correioforense.com.br/wp-content/uploads/23a565cf4d20090205064754.doc.

Acesso em 10 abr. 2019.

STOCO, RUI. 8ª ed. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, Felipe de Medeiros . Reflexões acerca da Iatrogenia e Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica** , v. 31, p. 180-185, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbem/v31n2/09.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019

VASCONCELOS, Fernando A. de. O Direito à informação sob a ótica dos princípios de proteção ao consumidor. **Revista Verba Juris**, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007
Disponível em:
periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/download/14874/8429. Acesso em: 28 abr. 2019

VASCONCELOS, Camila. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. *Revista Bioética*, 2012, v. 20, n.3, p.389-396. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/3615/361533260002.pdf>. Acesso em 01 maio 2019.

VASCONCELOS, Camila; ARAUJO, Ana Thereza Meirelles . In: **I SEMINÁRIO DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA**, Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 30 abr. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. 17ª ed. **Direito Civil. Obrigações e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, v. 2.