



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JEMYMA JANDIROBA FERREIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR DANO
IATROGÊNICO À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA: UMA
ANÁLISE DA CONFORMAÇÃO DO DIREITO À
INFORMAÇÃO**

Salvador
2018

JEMYMA JANDIROBA FERREIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR DANO
IATROGÊNICO À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA: UMA
ANÁLISE DA CONFORMAÇÃO DO DIREITO À
INFORMAÇÃO**

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

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Thereza Meirelles Araújo

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

JEMYMA JANDIROBA FERREIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR DANO IATROGÊNICO À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA: UMA ANÁLISE DA CONFORMAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

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, ____/____/ 2018.

A meu pai, Ezequiel, por todo o apoio e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por ter me concedido saúde e força para persistir ao longo desta jornada.

Aos meus pais, que são meu porto seguro, e sempre me amaram e apoiaram nas minhas escolhas.

À minha orientadora, Dra. Ana Thereza Meirelles Araujo, por toda a gentileza e auxílio prestado a mim, bem como pelo conhecimento e materiais compartilhados.

A todos os professores que tive na graduação em Direito, que contribuíram sobremaneira para a minha formação acadêmica, e aos quais sempre serei grata.

A todos, muito obrigada!

“Que nada nos limite. Que nada nos defina. Que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa própria substância”.

Simone de Beauvoir

RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe à análise da responsabilidade civil médica quando da ocorrência do dano iatrogênico, considerando o corolário da boa-fé objetiva e o direito à informação. A partir disso, surge a necessidade de analisar conceitos basilares do instituto da responsabilidade civil, bem como os pressupostos para sua configuração, e as excludentes previstas no ordenamento civilista pátrio. Enfim, chega-se à análise da responsabilidade civil médica, através do estudo da singular relação médico-paciente, da natureza jurídica da obrigação médica, e traçando considerações pertinentes sobre o erro médico e a iatrogenia, conceituando-os e distinguindo-os. Isto diante da necessidade de analisar o dano iatrogênico frente à doutrina e Tribunais pátrios, a fim de saber se há ou não a possibilidade de responsabilização por este dano, tão comumente e diariamente ocorrido nas intervenções médicas, havendo ampla possibilidade de ser levado ao Poder Judiciário com o pleito indenizatório. Por fim, faz-se mister realizar a conformação da temática iatrogenia com o direito à informação, e com o princípio da boa-fé objetiva, destacando-se a imprescindibilidade do consentimento informado e a superação da medicina paternalista, juntamente com o necessário dever de informar em âmbito de iatrogenia. Destarte, concluindo pela possibilidade de responsabilidade civil médica por dano iatrogênico, quando violado o direito constitucional à informação.

Palavras-chave: responsabilidade civil médica; iatrogenia; direito à informação; paternalismo; consentimento informado.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
art.	artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEM	Código de Ética Médica
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
des.	Desembargador
rel.	Relator
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO E NOTAS CONCEITUAIS	13
2.2 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR	16
2.2.1 Conduta e dano	17
2.2.2 Nexo de causalidade	18
2.3 CAUSAS EXCLUDENTES	19
2.3.1 Culpa da vítima e fato de terceiro	20
2.3.2 Caso fortuito e força maior e exercício regular de um direito	21
2.3.3 Legítima defesa e estado de necessidade	22
3 RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E IATROGENIA	25
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	25
3.1.1 Breve esboço histórico	26
3.1.2 A Relação médico-paciente	28
3.1.3 A Natureza jurídica da obrigação médica	31
3.1.4 Considerações pertinentes sobre a responsabilidade civil médica: a configuração do erro	37
3.2 NOTAS CONCEITUAIS SOBRE IATROGENIA	42
3.3 PARÂMETROS DISTINTIVOS ENTRE ERRO MÉDICO E IATROGENIA	49
4 CONFORMAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO	51
4.1 BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO	51
4.2 O DIREITO À INFORMAÇÃO	57
4.2.1 Conceito	58
4.2.2 Dever de informação em torno na responsabilidade civil médica: o consentimento informado	61
4.2.2.1 Noções introdutórias	62
4.2.2.2 Especificidades do consentimento informado	65
4.2.2.3 Aspectos relevantes e práticos acerca do consentimento informado	74
4.2.3 Análise de julgados pertinentes	77

4.2.3.1 Apelação cível nº 9161934-33.2008.8.26.0000, da Comarca de Campos do Jordão. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Quarta Câmara de Direito Privado.	78
4.2.3.2 Remessa Necessária e Apelação Cível nº 1999.51.01.061340-1, da Décima Primeira Vara Federal do Rio de Janeiro. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Oitava Turma Especializada.	80
4.3 A SUPERAÇÃO DA MEDICINA PATERNALISTA E O NECESSÁRIO DEVER DE INFORMAR EM ÂMBITO DE IATROGENIA	83
5 CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

A medicina é uma ciência milenar. Nesta, há uma relação médico-paciente baseada na confiança e na lealdade. Durante a anamnese, o médico deve se munir de todas as informações possíveis da saúde pregressa do paciente, e este, por sua vez, deve ser honesto ao prestar todas as informações que lhe foram requeridas, sem falseamento nem omissões.

Sendo cada vez mais crescente as intervenções médicas, é sabido que as mesmas sempre terão consequências que são inerentes e até mesmo previsíveis. Sabe-se que, para evitar uma infecção generalizada, por exemplo, há casos em que é necessário que haja amputação de um membro. Neste caso, por óbvio, trata-se de um exercício regular do direito, não tendo o médico incorrido em ilícito punível. Muito pelo contrário. Outro exemplo corriqueiro na prática médica é a possível fratura de costela decorrente das manobras de reanimação em casos de parada cardíaca.

A medicina é imprescindível para a sociedade. Os médicos atuam com os mais elevados propósitos e se empenham para atender os dramas dos pacientes, sem contudo, prometer a cura, que pode ou não acontecer. Todo procedimento médico, quanto mais invasivo, maiores as chances de gerar danos ao paciente. Muitas vezes são consequências naturais.

Nada na medicina científica é feito ao acaso. Há pesquisa, experimentos e protocolos a serem seguidos à risca. E por isso mesmo que em alguns casos se pode prever quais as consequências de determinada conduta terapêutica, que podem ser benéficas, alcançando o resultado desejado, mas podem trazer consigo um dano. O problema é saber até que ponto estas consequências gerarão danos escusáveis ou não.

O dano iatrogênico é aquele dano não só previsível, como também escusável. Ou seja, é um dano inerente ao exercício da medicina. Certamente, a priori, o profissional médico não deverá ser responsabilizado, porque senão seria inviável a prática da profissão.

Mas o médico precisa cumprir certos deveres relacionados à profissão. Dentre eles está o de prestar informações precisas, numa linguagem clara, esclarecendo como se darão os procedimentos e suas eventuais consequências, mesmo que estas sejam

previsíveis e toleráveis. Disso resulta a exigência do consentimento informado, que deve ser prévio e esclarecido, salvo nas hipóteses de emergência, onde a informação deverá ainda assim ser prestada a posteriori.

Isto porque assiste ao paciente o direito à informação. Tal direito, além de possuir previsão expressa na Constituição Federal de 1988, é um desdobramento da boa-fé objetiva, que por sua vez é um corolário de todo o ordenamento cível-constitucional. Diante disto, ocorrido o dano iatrogênico, e ausente a prévia informação, questiona-se se surgiria ou não o dever de indenizar.

Assim, o presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar o dano iatrogênico, e a possibilidade ou não de responsabilização civil médica em sua ocorrência, à luz do princípio da boa-fé objetiva, e numa conformação com o direito constitucional à informação.

Justifica-se esta pesquisa, vista à manifesta hipossuficiência e vulnerabilidade do paciente, que, mesmo tendo acesso a muitas informações via internet, por exemplo, ainda se mantêm distante de todo um universo privativo e especializado da ciência médica, com termos inacessíveis à grande maioria da população. Isto, por sua vez, torna o profissional médico responsável pelo fornecimento da maior e melhor quantidade de informações possíveis, sendo o seu dever respeitar o direito à informação do paciente, para que este dê o seu consentimento informado.

Além disso, a delimitação do que é dano iatrogênico possui divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o que pode fazer com que muitas vezes a iatrogenia funcione como uma excludente de responsabilidade médica, sem que haja a essencial análise da observância do direito à informação. Por isso, pretende-se contribuir juridicamente com a perpetuação do conhecimento do que é o dano iatrogênico, expressão que não é comumente veiculada entre os juristas, elucidando por sua vez a relação da iatrogenia com o instituto da responsabilidade civil, e o cabimento ou não do dever de indenizar quando ausente ou falha a informação.

Para isso, este trabalho possui seu conteúdo desenvolvido em três capítulos. No primeiro capítulo há uma breve visão geral da responsabilidade civil, com histórico, notas conceituais, pressupostos do dever de indenizar, e causas excludentes. No segundo capítulo, há a delimitação da responsabilidade no âmbito da relação médico-paciente e a iatrogenia, distinguindo esta do erro médico. No terceiro capítulo há a

análise da conformação do direito à informação, analisando tal direito e a boa-fé objetiva no direito brasileiro, bem como o consentimento informado e a análise de julgados pertinentes. Por fim, há a análise da superação da medicina paternalista frente ao necessário dever de informar em âmbito de iatrogenia.

Ressalta-se que esta monografia é fruto de uma pesquisa bibliográfica, elaborada a partir de materiais já publicados. Realizou-se a análise de referenciais teóricos específicos, mediante a leitura de livros, sobretudo obras coletivas, coordenadas e organizadas; de artigos científicos; de normas administrativas ético-disciplinares relativas à medicina, como o Código de Ética Médica; e trabalhos, tais como dissertações e teses. Utilizou-se também legislações e julgados pertinentes. Tais fontes foram encontradas na Biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, bem como em bancos de dados e periódicos confiáveis, como o Banco de Teses e Dissertações, e nos repositórios de Universidades Federais, como a UFBA. A legislação fora acessada via internet, diretamente do site do planalto. Já a jurisprudência foi encontrada diretamente do site oficial dos Tribunais.

Ademais, é uma pesquisa do tipo qualitativa, de forma a avaliar, compreender e interpretar o objeto da pesquisa. Não houve afirmações pré-concebidas, e sim um problema de pesquisa, o qual, após uma análise interpretativa das fontes, chegou-se a uma resposta. Não houve pretensão de imparcialidade por parte da pesquisadora. Foi utilizado o método hipotético-dedutivo, desenvolvido por Karl Popper. Segundo tal método, há hipóteses que serão submetidas a um processo de falseamento, a fim de que sejam testadas para que possam ser confirmadas ou não.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Comumente nas relações humanas, existem atritos, que por sua vez podem ocasionar danos. As vítimas destes danos tendem a buscar reparação, esperando que se volte ao *status quo ante*; ou caso não seja possível, que haja algum modo de ressarcimento, nem que seja pecuniariamente.

O instituto da responsabilidade civil cumpre um papel primordial no ordenamento jurídico de qualquer nação, evitando que haja a barbárie ocasionada pela vingança privada. É, portanto, um mecanismo para evitar o caos social, sendo amplamente usado nas mais diversas demandas judiciais, que por sua vez sempre podem culminar em algum pleito indenizatório.

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO E NOTAS CONCEITUAIS

Conforme prelecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 27), a pré-história da responsabilidade civil pode ser identificada na vingança privada como forma de reação a comportamentos lesivos, vingança esta realizada pela vítima ou pelo grupo ao qual pertencia.

Para a reparação do dano, utilizava-se da força física, que era instintiva e reflexa, inexistindo limites para tal reação (MONTENEGRO, 2003, p. 17). Nos primórdios da humanidade, não havia nenhuma preocupação se o ofensor tinha culpa. Havia uma reação imediata frente ao dano, de forma instintiva e brutal por parte do ofendido. Não havia um ordenamento jurídico que impusesse regras, prevalecendo a vingança privada (GONÇALVES, 2014, p. 47). Sustenta Leonardo Santos (2008, p. 32), que a vingança privada representa a antítese do direito, pois, via de regra, resulta no caos social.

Ainda segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 27), posteriormente, destaca-se a Lei do Talião, do “olho por olho, dente por dente”. Era um momento histórico em que prevalecia a autotutela, haja vista não haver ainda um Estado forte que tomasse para si o *jus puniendi*. Salienta Magda Montenegro (2003, p. 17), que o castigo servia como forma de expiação corporal do culpado.

Com a evolução dos agrupamentos humanos, percebeu-se que a vingança privada gerava mais violência, causando prejuízos insuportáveis para a coletividade. Num primeiro momento a vingança privada satisfazia um desejo vingativo do ofendido, mas em última análise gerava um duplo dano. Desta nova visão surgiu a composição voluntária, cabendo aos litigantes definir os limites do ressarcimento (SANTOS, 2008, p. 32-33).

Sucedese o período da autocomposição. O prejudicado passa a perceber as vantagens da substituição da vingança por uma compensação econômica. Ainda não se cogitando da culpa, a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste como fundamento do dano sofrido (GONÇALVES, 2014, p. 47).

Asseveram Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2015, p. 27), que somente num momento posterior se deu início à compensação pecuniária. É neste momento que surge o sentido moderno de responsabilidade civil, “compreendida como obrigação de restituir ao ofendido uma soma em pecúnia com a função de sancionar o ofensor e satisfazer o ofendido”. Neste momento já existe uma soberana autoridade, sobretudo estatal. O legislador veda que a vítima faça a justiça com as próprias mãos.

A composição econômica, que no período da autocomposição era uma escolha, passa a ser obrigatória, e, sobretudo, tarifada. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas. A exemplo, o ofensor pagaria um tanto ou quanto por um membro torto, por morte de um homem livre ou um escravo, surgindo tarifações absurdas (GONÇALVES, 2014, p. 47).

Destaca Carlos Gonçalves (2014, p. 48), que posteriormente o Estado organizado assumiu para si o *jus puniendi*. Surgiu a ação de indenização, e a responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal. É na Lei Aquília que se esboça um princípio geral regulador da reparação do dano, sendo precursora do elemento caracterizador da culpa como um pressuposto da responsabilidade civil. Posteriormente o Código de Napoleão positivou expressamente a culpa, seguido por diversas inserções nas legislações de todo o mundo.

Com o desenvolvimento industrial, houve a multiplicação de diversos danos, surgindo novas teorias para proteger as vítimas, dando-lhes oportunidade de buscar reparação, mesmo quando não há culpa do ofensor. Isso porque a culpa tornou-se elemento de difícil comprovação. Ganha força a teoria do risco, encarando a responsabilidade

sob o aspecto objetivo. Neste caso, o simples exercício da atividade perigosa é o fundamento da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2014, p. 49).

No ordenamento civilista pátrio, a culpa continua sendo relevante para a responsabilidade civil subjetiva, e existe uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, no artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002 (CC/02). Contudo, a responsabilidade civil evolui juntamente com a evolução das demandas sociais. Há, inclusive, nos ensinamentos de Anderson Schreiber (2013, p. 50), uma erosão dos filtros da responsabilidade civil, de modo a apurar os mais diversos tipos de danos.

O ser humano, uma vez prejudicado, tende a buscar reparação. Com objetivo de evitar a barbárie decorrente da vingança privada, o instituto da responsabilidade civil tem como núcleo o dever de indenizar. Neste sentido, o instituto da responsabilidade civil seria um “instrumento de obtenção da paz social” (COUTO FILHO; SOUZA, 2001, p.17).

A tendência na sociedade é no sentido de não deixar nenhuma vítima de dano sem reparação. Há uma expansão dos danos suscetíveis de indenização, o que reflete diretamente no instituto da responsabilidade civil (SANTOS, 2016).

Maria Helena Diniz (2002, p.34) fornece o seguinte conceito de responsabilidade civil:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Conforme o art. 186 do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação de reparar o dano imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral¹. Assim, para que haja o dever de indenizar, é preciso o preenchimento de pressupostos, quais sejam: conduta, dano e nexo de causalidade.

Neste contexto, é possível observar que o direito brasileiro adotou a teoria subjetiva ao definir o ato ilícito, haja vista que a responsabilidade civil se baseia principalmente na culpa, e o seu fundamento encontra-se no princípio genérico de que ninguém pode lesar o direito ou o interesse de outrem (*neminem laedere*).

¹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Entretanto, o Código Civil de 2002, em situações específicas e peculiares, adotou a teoria da responsabilidade objetiva, seja de maneira genérica (remetendo sua adoção às previsões legais ou pela análise do caso concreto, com o reconhecimento de situações em que o ofendido é exposto a risco por atividade desenvolvida por outrem, conforme previsto no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil)², seja por normas legais que indiretamente afastam a apuração do elemento subjetivo culpa e da conduta do agente, exemplificado no artigo 937, também do mesmo diploma legal³ (STOCO, 2011, p. 89).

Sustenta Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 201), que “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa”. Permite-se, desta forma, que se amplie a possibilidade de reparação pelo dano sofrido.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 121), a função da responsabilidade civil é “reequilibrar o patrimônio da vítima, transferido os danos ao agente”. Para tanto, baseando-se no princípio genérico do *neminem laedere*, o ordenamento jurídico confere à vítima o mecanismo legal para pleitear reparação frente ao dano sofrido. Este mecanismo legal é justamente a responsabilidade civil, sendo, portanto, inegável a importância do seu estudo, pois amplamente utilizada na busca do êxito do próprio ordenamento jurídico.

2.2 PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR

A responsabilidade civil é um instituto jurídico bastante utilizado nas mais diversas demandas judiciais. Porém, existem filtros da reparação, que funcionam como óbices capazes de fazer a seleção das demandas de ressarcimento. Apesar de haver divergências doutrinárias, costuma-se elencar que existem três filtros atualmente na

² “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

³ “Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”.

responsabilidade civil, que são: conduta, dano e nexo de causalidade.

Porém, destaca Anderson Schreiber (2013, p. 11), que atualmente há uma erosão destes filtros. Ressalta-se que, segundo o referido autor, houve o ocaso da culpa enquanto filtro da responsabilidade civil. Isto porque a exigência de que a vítima do dano tenha que provar a culpa do ofensor, faz com que haja uma prova de difícil comprovação, ou seja, diabólica. Além disso, há uma visível flexibilização dos demais filtros, com vistas a reparação dos mais diversos danos.

2.2.1 Conduta e dano

Conceitua Sérgio Cavalieri (2012, p. 25) a conduta como sendo “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”. A ação demanda um comportamento positivo; enquanto a omissão se revela numa abstenção ou inatividade diante de uma conduta que era esperada e devida. A omissão revela-se importante, pois o responsável teria o dever jurídico de agir, e sua omissão é decisiva para a ocorrência do evento danoso.

Exemplifica Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 26), que somente o médico contratado pelo paciente é quem responde pela falta do atendimento, pois aquele assumiu a posição de garantidor da não ocorrência do resultado, mediante uma conduta proba para evitar possíveis danos decorrentes da sua atuação.

De acordo com Carlos Gonçalves (2014, p. 66), dispõe o artigo 186 do Código Civil de 2002 acerca da ação ou omissão, que inicialmente refere-se a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. Porém, a responsabilidade civil pode derivar não somente de ato próprio, como também de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos ocasionados por coisas ou animais que lhe pertençam⁴.

Contudo, ainda que reste configurada uma conduta comissiva ou omissiva, não é possível que haja responsabilidade sem dano, que por sua vez é o núcleo da responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano, e sem ele não há

⁴ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

indenização devida. Sem uma consequência concreta, que lese efetivamente o patrimônio econômico ou moral, não é possível impor o dever de reparação (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

Trata-se de uma exigência legal, disposta no artigo 927 do Código Civil de 2002. O dano é o elemento preponderante. Sem este pressuposto, ainda que tenha havido uma conduta dolosa ou culposa, não haverá o que reparar. Isto porque o objetivo da indenização é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, a fim de retorno ao *status quo ante*. Se não houve prejuízo, não há o que ressarcir⁵.

Sustenta Carlos Gonçalves (2014, p. 67), que o dano pode ser material ou moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do indivíduo. A inexistência do dano, contudo, é um óbice a qualquer pretensão de reparação.

Destaca ainda Carlos Gonçalves (2014, p. 67), que “a responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente”. Porém, mesmo havendo violação de um dever jurídico, tendo havido culpa e até mesmo dolo, mas não tendo havido prejuízo, nenhuma indenização será devida. Caso houvesse indenização neste caso, incorrer-se-ia em enriquecimento sem causa, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

2.2.2 Nexo de causalidade

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2015, p. 365), a responsabilidade civil clássica desconhecia o nexo causal, utilizando-se apenas da culpa e do dano como pressupostos do dever de indenizar. Porém, hodiernamente sustenta-se que o surgimento da obrigação de indenizar não é subordinada ao ilícito ou a uma conduta culposa, bastando a relação de causalidade entre uma atividade de risco desenvolvida pelo agente, e a ocorrência de um dano injusto.

Atualmente as demandas se amoldam à responsabilidade objetiva, restando apenas o nexo causal como forma de exclusão da obrigação de indenizar. O nexo causal possui duas funções: conferir a obrigação de indenizar aquele cujo comportamento foi

⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

a causa eficiente para a produção do dano; e determinar a extensão deste dano, ou seja, quais os efeitos danosos que serão reparados. É, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2015, p. 367), um pressuposto que não é possível de ser afastado do instituto da responsabilidade civil. Trata-se de uma causalidade jurídica, na qual a identificação da causalidade decorre de um liame entre o evento danoso e o fator de atribuição previamente fixado pelo legislador.

Salienta Anderson Schreiber (2013, p. 55), que, embora a definição de nexo causal seja simples, há inúmeras dificuldades práticas para a sua aferição. Para a vinculação da causalidade à responsabilização, é necessária uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de uma responsabilidade civil demasiadamente ampla. Ademais, o advento da responsabilidade objetiva exige redobrada atenção, sendo que em tais hipóteses, o nexo causal é o único caminho concedido ao réu para o afastamento da condenação.

Percebe-se, contudo, que há uma gradual perda de rigor na apreciação do nexo de causalidade, com inúmeras teorias que o flexibilizam, como a teoria da responsabilidade pelo resultado mais grave (*thin skull rule*), que são adotadas pelos tribunais, com o objetivo de assegurar às vítimas em geral a reparação pelos danos sofridos. Há uma relativização da prova do nexo causal. Contudo, isso pode resultar em decisões incoerentes e num estímulo aos pedidos de reparação, devido a uma expansão cada vez mais crescente do dano ressarcível (SCHREIBER, 2013, p. 78-79).

2.3 CAUSAS EXCLUDENTES

Para Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 19), nem todo ato danoso é ilícito, assim como nem todo ato ilícito é danoso. Só há obrigação de indenizar quando há a prática de um ato ilícito que cause um dano a outrem. A ilicitude pode ter consequências jurídicas outras, que não o dever de indenizar.

Ainda para Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 20), o art. 158 do Código Civil prevê hipóteses em que a conduta do agente, apesar de causar dano a outrem, não viola o ordenamento jurídico e não está sob censura da lei. São as causas de exclusão da ilicitude. Apesar da conduta danosa, o ato é lícito, pois há a ruptura do nexo causal.

Acrescenta José Maldonado (2007, p. 207), que tais causas excludentes demonstram a imprescindibilidade de comprovação do nexo causal.

De acordo com Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 153), as causas excludentes de responsabilidade civil são entendidas como “todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória”. Isto porque a obrigação de indenizar será um resultado da aplicação da técnica de ponderação envolvendo interesses do lesante e do lesado, a fim de se aferir se, mesmo proveniente de um ato ilícito, os danos são justificados ou injustificados (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 144).

2.3.1 Culpa da vítima e fato de terceiro

Ocorre a exclusão do dever de indenizar quando o agente causador do dano não lhe deu causa, sendo um mero instrumento do evento danoso. A vítima realiza uma conduta que é decisiva para a ocorrência do evento, eliminando a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 69).

Exemplifica Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 146), que se alguém atear fogo ao próprio corpo, pessoas próximas podem investir contra o suicida, para evitar a morte deste. Se neste ato causarem danos ao suicida, ou destruírem bens, tais atos não ensejam reparação civil, pois a culpada pelo dano certamente foi a vítima.

A vítima viola o dever objetivo de cuidado que a todos a lei impõe, não agindo com as devidas cautelas. A responsabilidade do agente somente será excluída, contudo, se o dano ocasionado for uma consequência exclusiva da conduta da vítima. Deve ser comprovado objetivamente que o agente causador do dano não concorreu para o evento danoso, sendo a conduta da vítima a causa direta e determinante do evento danoso (MALDONADO, 2007, p. 208-209).

Salientam Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 168), que “somente se houver atuação exclusiva da vítima haverá quebra do nexo causal”. Se culpa concorrente, a indenização será mitigada, proporcionalmente à atuação de cada sujeito.

Quanto à excludente fato de terceiro, terceiro é alguém à parte, que não tem relação com o causador aparente do dano e o lesado. O agir do terceiro é a causa do dano, afastando o nexos de causalidade entre o aparente causador e a vítima. Havendo atuação de um terceiro, sem participação do aparente autor do dano, enseja a ruptura do nexos de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 69).

Destaca Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 70), que o fato de terceiro apenas exclui a responsabilidade quando rompe o nexos causal entre o agente e o dano, e por si só produz o resultado. É assim uma causa estranha à conduta do agente aparente, sendo imprevisível e inevitável.

Destacam Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 170), que em muitos julgados os magistrados optam por atribuir a responsabilidade ao causador do dano, a quem caberia ação regressiva contra o terceiro.

2.3.2 Caso fortuito e força maior e exercício regular de um direito

Muito se discute doutrinariamente acerca da distinção entre caso fortuito e força maior, mas é pacífico que ambos se referem a acontecimentos que escapam a toda diligência, sendo totalmente estranho à vontade do devedor da obrigação. É uma circunstância externa, imprevisível, e irresistível que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 71).

São, portanto, acontecimentos que escapam ao controle do homem. Sustentam Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 123), que enquanto o caso fortuito seria um evento imprevisível e, por isso, inevitável; a força maior seria a ocorrência inevitável, conquanto eventualmente imprevisível. Sendo que ambas excluem o dever de indenizar.

Seguindo o disposto no art. 188, I, segunda parte, do Código Civil de 2002, também não haverá responsabilidade civil se o agente atuar no exercício regular de um direito reconhecido⁶.

⁶ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 154), “o exercício regular de um direito não constitui contrariedade ao direito”. Cada direito possui um alcance de ação e seu exercício somente é legítimo quando se dá dentro da área fixada pelo ordenamento.

Contudo, se o sujeito extrapola os limites do exercício do seu direito, configura-se o abuso do direito, disposto no art. 187, do Código Civil de 2002. Neste caso, há a possibilidade de repercutir na esfera penal, tratando-se de um excesso punível (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2013, p. 159)⁷.

Se o abuso do direito enseja reparação, o exercício regular de um direito, ao contrário, não pode empenhar responsabilidade de quem assim age. Porém, a dificuldade está em distinguir quando há a irregularidade ou regularidade do exercício. Se regular, será um ato lícito, sem reparação alguma. Se irregular, será ilícito, ensejando consequências, dentre elas, a reparação dos danos (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 154).

O exercício regular do direito deverá, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 155), ser aferido segundo padrões de razoabilidade social. Um direito, somente por estar formalmente assegurado, não autoriza o seu titular a agir de modo a afrontar a expectativa social, sob pena de caracterizar um abuso do direito, passível de responsabilização civil.

2.3.3 Legítima defesa e estado de necessidade

A previsão legal da legítima defesa encontra-se no art. 188, inciso I, primeira parte, do Código Civil de 2002. Segundo Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 156), na legítima defesa há uma situação atual ou iminente de injusta agressão, contra si ou contra terceiro, a qual não se é obrigado a suportar. Para isso, deve-se usar os meios de defesa postos à disposição do ofendido no momento da injusta agressão, sendo proibido o excesso.

Prelecionam ainda Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 156), que se o

⁷ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

agente, utilizando sua prerrogativa de defesa, atingir um terceiro inocente, terá de indenizá-lo, cabendo-lhe regressiva contra o verdadeiro autor da agressão.

Ademais, a legítima defesa putativa não isenta o seu autor da obrigação de indenizar. Neste caso, não apenas o terceiro inocente, como também o próprio sujeito que suporta a agressão, terão seu dano ressarcido pelo agente causador. Este tipo de legítima defesa não exclui o caráter ilícito da conduta, interferindo apenas na culpabilidade penal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 157).

Assevera Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 148), que o ato por legítima defesa não é antijurídico. Há na legítima defesa uma agressão ilícita, contra qual alguém, injustamente agredido, reage. Em sendo um a reação razoável e proporcional, não há dever de reparação de quem agiu, ainda que tenha causado danos ao agressor.

Ressalta-se ainda que para que haja a excludente da legítima defesa, é preciso reagir à injusta agressão contra o autor desta, e não contra terceiros; e no momento da injusta agressão. Desta forma, se praticada contra o agressor, não gerará para este o direito à indenização (CHAVES; ROSENVALD, 2015, p. 149).

Dispõe ainda o Código Civil de 2002, no art. 188, inciso II, acerca do estado de necessidade. Consiste em uma agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, a fim de remover um perigo eminente, sendo que as circunstâncias fáticas não autorizem outra forma de atuação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 154)⁸.

Contudo, conforme disposto no parágrafo único do referido artigo de lei, aquele que está atuando em estado de necessidade, não está isento do dever de atuar nos estritos limites de sua necessidade, a fim de remover o iminente perigo. Se cometer excessos, será responsabilizado por estes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 154).

Para Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 154), o agente “atua para subtrair um direito seu ou de outrem de uma situação de perigo concreto”. Assevera Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 148), que, diferentemente do que ocorre na legítima defesa, no estado de necessidade o conflito entre interesses

⁸ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”.

próprios e alheios resulta do fortuito ou da atividade humana, do próprio prejudicado ou de terceiro, sendo possível que a ação defensiva se dirija a um inocente.

Lecionam ainda Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 155), que se o terceiro que sofreu o dano não tiver dado causa à situação perigosa, poderá exigir indenização do agente que atuou em estado de necessidade, cabendo a este ação regressiva contra quem realmente deu causa.

3 RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E IATROGENIA

O princípio geral do *neminem laedere* está presente em todas as relações humanas, sendo um dos fundamentos da responsabilidade civil subjetiva. Em sendo o médico um profissional liberal, está também sujeito à responsabilização civil pelo dano decorrente de sua atuação.

Acrescenta-se a isso a peculiar relação entre médico e paciente, haja vista aquela ser pautada sobretudo na fidúcia entre ambos. Tal peculiaridade não somente singulariza a relação, como também impõe aos sujeitos que hajam de acordo com o corolário da boa-fé objetiva, mas, sobretudo, determina que haja a observância do direito à informação, que deve ser livre e esclarecida.

O ordenamento jurídico pátrio garante que o profissional médico irá ser responsabilizado quando agir com culpa no exercício de sua profissão. Mas há ainda a iatrogenia, que, frequentemente ocorre na prestação do serviço médico, causando o dano iatrogênico ao paciente. Este, por sua vez, tende a buscar reparação, e a pleiteia nos Tribunais de nosso país, sendo imprescindível o estudo do que seja o dano iatrogênico, e se com ele surgirá ou não o dever de indenizar.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Comumente a ciência médica permeia a vida de todos os seres humanos, nas mais diversas faixas etárias, seja por meio de atos preventivos, seja por meio de atos terapêuticos. Devido à especificidade da ciência médica, o instituto jurídico da responsabilidade civil se amolda a ela, a fim de analisar os fatos que possam ocorrer, e decidir se há ou não o dever de indenizar.

Segundo Carlos Gonçalves (2014, p. 336), há entre o cliente e o médico um verdadeiro contrato. Contudo, o objeto do contrato médico não é a cura, e sim a prestação dos cuidados da melhor forma conhecida pela ciência médica quando da prestação do serviço. Compromete-se o médico a tratar o paciente com zelo, utilizando-se de todos os recursos existentes e adequados, sem, contudo, obrigar-se a curar o paciente.

Assevera ainda Carlos Gonçalves (2014, p. 337), que os profissionais médicos somente serão responsabilizados civilmente quando ficar comprovada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. Isto porque não se pode permitir uma ampla gama de possibilidades para responsabilizar o médico, de modo que se assim fosse, se tornaria inviável a prática da medicina, que é essencial à sociedade.

De acordo com Genival França (2001, p. 19), “a finalidade da medicina, em qualquer parte e em qualquer tempo, será sempre a mesma: prevenir, aliviar, tratar e curar”. Embora a cura esteja entre as finalidades da medicina, o médico não se obriga a ela quando da prestação do serviço. Há, em verdade, a obrigatoriedade da prestação do melhor serviço possível, havendo também o dever do médico em prestar a maior e melhor informação possível ao paciente.

3.1.1 Breve esboço histórico

Em tempos imemoriais, a medicina era exercida de forma empírica. O médico era considerado um sacerdote, com poderes sobrenaturais (SOARES, 2018, p. 06). Para Wilson Ligiera (2009, p. 15), o exercício da medicina, em seus primórdios, se confundia com a prática da religião. O médico não era considerado um estudioso do corpo humano, mas um verdadeiro mago com o dom da cura. Esse endeusamento colocava o médico numa posição intangível, sendo que à época os mortais não poderiam questionar a atuação de deidades e de seus representantes.

No entanto, isso não significa que em tempos mais remotos os médicos nunca fossem responsabilizados pelos danos decorrentes da prática de seu mister. Em algumas civilizações, caso a cura não fosse alcançada, sobre o médico recaia a culpa, sendo muitas vezes o médico punido com demasiado rigor (LIGIERA, 2009, p. 15).

Caso este sacerdote com poder de cura causasse dano a outrem no momento da cura, nascia instintivamente o sentimento de vingança. Era o tempo da barbárie, em que prevalecia a reparação do mal pelo mal, pois não havia um Estado forte capaz de tomar para si o *jus puniendi* (SOARES, 2018, p. 06).

Contudo, com o decorrer do tempo, percebeu-se que o uso deste método de

penalização contribuía para o detrimento da espécie humana, causando a eliminação de tribos e clãs, pois a vingança transcendia a figura do indivíduo. Devido à necessidade de regular o método punitivo, e conseqüentemente a convivência em sociedade, surge então a Pena de Talião, expressada pelo brocardo: “sangue por sangue, olho por olho, dente por dente”, limitando-se, assim, a “uma reação à ofensa a um mal praticado” (SOARES, 2018, p. 07).

O Código de Hammurabi (1790-1770 a.C.), é o primeiro documento histórico que tratou acerca do tema erro médico. Segundo tal Código, o médico cirurgião tinha a obrigação de aplicar a máxima atenção e perícia no exercício da medicina. Caso contrário, havia a previsão de penas severas, a exemplo da perda de um membro do corpo do profissional. Percebe-se que não havia o conceito de culpa, vigorando a responsabilidade objetiva do profissional (VIEIRA, 2001).

A partir da criação da *Compositio* ou composição tarifada, a responsabilidade civil atingiu grande evolução, pois a vingança privada foi substituída pela reparação em pecúnia. Quanto à responsabilidade médica, houve a Lei Córnelia, em Roma, que previu vários delitos e penalidades relacionados à prática da profissão (VIEIRA, 2001).

A posteriori, também em Roma, houve a criação da *Lex Aquilia de Damno*, onde surgiu o conceito de culpa, e foram descritos alguns delitos que os médicos poderiam cometer. Houve o estabelecimento da obrigação de reparação do dano sofrido, que poderia ser mensurável de forma econômica (VIEIRA, 2001).

Entretanto, o Código Napoleônico é indicado pela doutrina como uma das maiores contribuições à teoria da responsabilidade civil. Com a evolução da ciência médica, os Estados se preocuparam com os desdobramentos da relação entre médico e paciente, de modo que houve regulamentação daquela em diversos países (SOARES, 2018, p. 09).

Em 1825, na França, o Procurador-Geral Dupin sustentou um processo que veio a se tornar a primeira jurisprudência firmada acerca da responsabilidade civil médica. O caso dizia respeito a um médico que foi chamado às seis horas da manhã para realizar o parto de uma senhora, porém só compareceu à residência desta às nove horas da manhã. Durante o exame, o médico constatou que a criança estava numa posição inadequada para o nascimento, pois seu ombro e mão direita estavam no canal vaginal. O médico, então, decidiu que deveria amputar o membro em apresentação

para facilitação do parto. Posteriormente, ao ver que o outro braço também estava no canal vaginal, decidiu amputá-lo também. A criança sobreviveu, mas ficou com tocotraumatismo. Inconformados, os pais ajuizaram uma ação contra o médico junto ao Tribunal. Segundo um parecer técnico da Academia de Medicina, o médico só seria responsável quando produzisse um ato intencionalmente, concluindo pela não atribuição de responsabilidade ao profissional. Mas a despeito deste parecer, o Tribunal declarou o médico culpado, condenando-o a uma indenização sob a forma de renda vitalícia (VIEIRA, 2001).

Destaca Nehemias Melo (2008, p. 07), que, as primeiras normas sobre a responsabilidade médica adveio do direito francês, servindo de base para a doutrina e jurisprudência acerca do tema em muitos países, como o Brasil. Hodiernamente, há diplomas normativos, os quais são fonte de princípios jurídicos e éticos-morais inerentes à prática médica, tais como a Declaração de Genebra, da Associação Médica Mundial; e o Código de Ética Médica (CEM).

3.1.2 A relação médico-paciente

Na história da medicina, a ausência ou insuficiência de diálogo é identificado como um problema persistente na relação médico-paciente ao longo dos séculos. Isto porque entre estes dois sujeitos há o exercício do poder de forma assimétrica, pelo qual o escasso compartilhamento de informações médicas corrobora com a ideia de que “saber” e “poder” pertencem unilateralmente ao médico. O poder médico sempre esteve relacionado a uma “superioridade no domínio do saber” (VASCONCELOS, 2017, p. 11-34).

Com o surgimento de grandes hospitais e a vinculação a planos de saúde, houve um distanciamento entre paciente e médico, de forma que o paciente se tornou um usuário dos serviços prestados pelo médico, ora fornecedor dos serviços. Atrelado a isso, a sociedade, cada vez mais consumista e consciente de seus direitos, apresenta-se mais exigente quanto aos resultados dos serviços médicos. O médico deixou de ser o profissional de confiança da família, e passou a ser o “especialista” (SÁ; NAVES, 2015, p. 102).

Para Marcella Oliboni (2016, p.10), o médico é um prestador de serviço, e, portanto,

fornecedor, nos termos do art. 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Já o paciente é o destinatário final deste serviço. É, portanto, consumidor, nos termos do art. 2º do CDC⁹.

Hodiernamente a sociedade está cada vez mais consciente de seus direitos, e mais exigente por resultados, devido ao maior acesso à informação. E isso se aplica aos serviços médicos. Não vivemos mais numa época em que os médicos eram considerados oniscientes, onde não se questionava a qualidade de seus serviços.

Segundo Paula Pereira (2011, p. 71),

A relação médico-paciente é uma relação obrigacional complexa, que cria vários poderes e deveres para ambas as partes que, sob o influxo do princípio da boa-fé, da confiança, da equidade, vão-se constituindo ao longo da relação, de modo a assegurar, por meio da cooperação, o regular cumprimento da prestação principal. Dessa forma, assim como existem direitos, há deveres correlatos que constituem uma via de mão dupla; são interesses protegidos e que se substanciam no adimplemento da obrigação.

Para Rui Stoco (2011, p. 623), exacerbou-se a desconfiança e a prevenção do paciente para com o médico. A relação passou a ser “episódica, rápida, pontual, e desprovida de uma maior interação e empatia entre eles”. O médico, na maioria das vezes, limita-se a diagnosticar e prescrever. São raras as vezes em que uma consulta dura o tempo necessário para dirimir todas as dúvidas do paciente.

Há uma massificação no atendimento médico, tornando a relação médico-paciente impessoal. Ao mesmo tempo, os pacientes estão cada vez mais informados e conscientes dos seus direitos, o que faz com que busquem uma tutela jurisdicional para a reparação dos danos aos quais são vitimados (TEPEDINO, 2000, p. 74).

Destaca-se também o fato de que as penalidades que estão previstas no Código de Ética Médica raramente são aplicadas, sobretudo se comparado proporcionalmente com a quantidade de erros médicos denunciados. Há, desta forma, inegável corporativismo nas associações de classe (TEPEDINO, 2000, p. 74).

Ainda segundo Rui Stoco (2011, p. 625), “esse estado de coisas converteu o médico em ‘prestador de serviços’ e o paciente em ‘consumidor’. A consequência disso foi o

⁹ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

aumento das ações de responsabilidade civil”. Ações estas que podem se mostrar aventureiras, cujo objetivo é sempre pecuniário, favorecendo o crescimento de uma verdadeira indústria indenizatória. Neste contexto, segundo Camila Vasconcelos (2017, p. 13), há um real fenômeno de Judicialização da Medicina, pelo qual o poder decisional é atribuído ao judiciário.

Trata-se de um fenômeno pelo qual a procura pelo judiciário se torna excessiva. Tais “demandas judiciais poderiam ser evitadas a partir da prévia simetralização do discurso entre médicos e pacientes em uma tentativa de diálogo”. A partir disso, poder-se-ia haver a compreensão em torno da terapêutica, mitigando a possibilidade de cometimento de erro médico. Destarte, a propensão ao diálogo adequado, e a absorção das informações previamente prestadas, consubstanciada numa conduta médica responsável, tem por consequência a redução das demandas judiciais (VASCONCELOS, 2017, p. 53-54).

Salienta-se ainda a questão do abuso de confiança presente na relação médico-paciente. Os profissionais se aproveitam muitas vezes da confiança neles depositada pelos pacientes, para a prática de ilícitos, sobretudo pela realização de pesquisas. Nestes casos, além da inadequação ética, ocorre a omissão de propósitos e dos meios utilizados, pois não há a disponibilização de informação, tampouco a coleta do consentimento (VASCONCELOS, 2017, p. 22-23).

O paternalismo, que adveio da medicina hipocrática, permeou a relação médico-paciente durante séculos. Com a consagração da autonomia da vontade, após a Revolução Francesa, houve o surgimento dos primeiros documentos em proveito da autonomia do paciente. Deste momento em diante o respeito à autonomia se tornou um fundamento da Bioética, e parte nuclear da configuração hodierna da relação (MEIRELLES; BARBOSA, 2017, p. 188).

Atualmente, o grande desafio apontado pela pesquisadora Camila Vasconcelos (2017, p. 12 e 45), é colocar em prática toda a teoria da Bioética, com o objetivo de emancipar, empoderar e libertar o paciente. Tal teoria é baseada em princípios, a exemplos do consentimento, da autonomia, e do respeito pela vulnerabilidade humana, que por sua vez serão abordados mais à frente nesta monografia. Neste sentido, a relação médico-paciente deve ser necessariamente uma “interação comunicativa”, sob pena de instalar-se uma crise devido ao diálogo escasso, ou pelo uso excessivo da tecnologia.

A referida autora conclui que a solução é o diálogo entre médicos e pacientes, pelo qual deve haver a transmissão do conhecimento e da informação, que conseqüentemente leva à redução de conflitos. Além disso, o uso da mediação é a medida mais adequada para resolução de eventuais conflitos cujos sujeitos já possuem um vínculo relacional prévio, de modo a inverter a lógica de uma judicialização exacerbada. Para isso, Camila Vasconcelos (2017, p. 138), propôs a criação de “câmaras de mediação de conflitos na assistência em saúde” para conflitos já instaurados, de modo que a resolução destes se dará pelos próprios sujeitos da relação.

3.1.3 A natureza jurídica da obrigação médica

Para Gustavo Tepedino (2000, p. 42), não há um consenso doutrinário quanto à natureza jurídica da relação médico-paciente. Mas deve-se observar que o médico é um conselheiro, protetor e exerce a guarda do enfermo que necessita de cuidados profissionais. Os médicos possuem excepcionalmente poderes devido à limitação que o cliente-paciente possui.

A responsabilidade médica decorre do próprio exercício da profissão. Segundo Décio Policastro (2010, p. 03), quando há a aproximação do médico para com o paciente, no intuito de curá-lo de alguma moléstia, surge entre ambos um vínculo de natureza contratual ou extracontratual estabelecido numa relação de confiança do doente no médico.

Estabelece-se um contrato entre o médico e o paciente, havendo, portanto, uma responsabilidade contratual, obrigando ambas as partes. Esse contrato possui as seguintes características: é *intuito personae*, bilateral, oneroso ou gratuito, comutativo e de caráter civil. A forma é livre, bastando que se prove o liame entre as partes, para que gere direitos e deveres. O objeto do contrato não é um procedimento específico em si, mas a atividade médica globalmente considerada, ou seja, a aplicação de todos os meios necessários e disponíveis (SOUZA, 2018, p. 35).

Salienta Wilson Ligiera (2009, p. 40-42), que há situações em que a responsabilidade do médico possui natureza aquiliana. Porém, tais situações são excepcionais, e “restará caracterizada nos seguintes casos: a) num atendimento de emergência a uma

pessoa inconsciente e desacompanhada; b) quando o médico comete um ilícito penal; c) quando ocorre violação das normas regulamentadoras do exercício da profissão”. Nestas situações, a responsabilidade médica não advém, portanto, de uma relação contratual.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pessoal do médico será apurada mediante a verificação de culpa, ao passo que a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de forma empresarial será objetiva, assim como a responsabilidade do Estado. Não obstante, na responsabilidade pessoal do médico será admissível a inversão do ônus da prova, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor, consoante o disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC (HALFELD, 2011, p.30)¹⁰.

Nas lições de José Maldonado (2007, p. 76), a responsabilidade médica empresarial tem como fundamento a teoria do risco do empreendimento, justificando-se, dessa forma, que aquele que exerce atividade perigosa assuma os riscos, e responda objetivamente pelos danos que porventura causar. Mas quanto à responsabilidade pessoal dos médicos, enquanto profissionais liberais, não é aplicável a responsabilidade objetiva, em atenção ao disposto no art. 14, §4º do CDC, que exige a verificação da culpa¹¹.

Essa exigência de verificação da culpa se justifica, pois há uma natureza *intuito personae* dos serviços prestados por profissionais liberais. A contratação destes profissionais se dá com base na confiabilidade e no prestígio que o consumidor contratante dispensa ao profissional contratado. Como o cliente faz a escolha do profissional liberal a ser contratado, o mesmo só será responsabilizado por eventuais danos a partir da apuração de sua culpa. Caso o Código de Defesa do Consumidor tivesse adotado a responsabilidade objetiva para os profissionais liberais, o exercício das profissões liberais seria demasiadamente oneroso (SOUZA, 2018, p. 44).

A responsabilidade do médico é, pois, subjetiva, definida no art. 14, § 4º do CDC,

¹⁰ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

¹¹ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

“§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

sendo exceção à regra geral de responsabilidade objetiva presente nas relações de consumo. Assevera Gustavo Tepedino (2000, p. 43) que, apesar de a responsabilidade ser subjetiva, “a tendência de ampliação do dever de reparar faz-se presente, de maneira marcante na jurisprudência, mediante o mecanismo de inversão da carga probatória, cada vez mais utilizado”. Isto porque os pacientes, de modo geral, não dispõem de conhecimentos que são específicos àqueles que estudam a ciência médica.

Caso haja um evento danoso, ao credor caberá demonstrar a existência do contrato, do dano e a culpa do devedor, ou seja, a imprudência, imperícia ou negligência. O médico não se obriga a curar o paciente, mas a empregar toda a diligência, cautela e conhecimento técnico científico que estiverem ao alcance. A regra geral é que compete à vítima o ônus da prova (TEPEDINO, 2000, p. 44).

Portanto, a responsabilidade civil dos médicos, enquanto profissionais liberais, será subjetiva, cabendo à vítima comprovar não só o dano e o nexo causal, mas também a culpa do profissional. Contudo, há de se frisar que, sendo a classe médica bastante corporativista e protetora uns dos outros, a prova da culpa pode por vezes tornar-se diabólica; impossível para o lesado. Há, portanto, uma hipossuficiência técnica do paciente, e muitas vezes econômica. Isso enseja a prudência do magistrado em tais casos, que deverá, segundo Nehemias Melo (2008, p.174), ir além do laudo pericial.

A responsabilidade subjetiva é observada quando se tratar de uma obrigação de meio, em face de uma avaliação do erro médico, cabendo ao paciente o ônus probatório da culpa do profissional médico. No caso de uma obrigação de resultado, ainda se trata de uma responsabilidade subjetiva, mas a responsabilização do profissional ocorre pela presunção da culpa, com a inversão do *onus probandi* (SOUZA, 2018, p. 40).

Exemplifica Neri Souza (2018, p. 41) através da cirurgia plástica, que, para o referido autor, se trata de uma relação contratual com obrigação de resultado, embora seja controverso na doutrina e jurisprudência, pois muitas vezes se leva em consideração se há a finalidade meramente estética ou reparatória da cirurgia, e se houve a prestação pelo cirurgião de todas as informações acerca dos riscos. Se meramente estética, seria obrigação de resultado, com responsabilidade objetiva, verificando-se se da cirurgia não resultou deformidade; se reparadora, há um dano preexistente, e seria obrigação de meio, com responsabilidade subjetiva (SAMPAIO, 2017).

Para Neri Souza (2018, p. 41), em se tratando de uma obrigação de resultado, o paciente não teria o dever de provar a culpa do médico. Caberia ao paciente apenas a prova da omissão ou ação do médico e o dano. Isso porque a culpa já é presumida. Adverte Aurisvaldo Sampaio (2017), que a responsabilidade na obrigação de resultado não se transmuda em objetiva, e sim subjetiva com culpa presumida. Ocorre a inversão do ônus probatório quanto à culpa, mas a responsabilidade não deixa de ser subjetiva, permanecendo a discussão sobre o elemento subjetivo. Discute-se a culpa, mas o profissional liberal é quem terá que fazer prova da inexistência de sua culpa.

Segundo Gustavo Tepedino (2000, p. 44), em se tratando de atividade médica, em regra os profissionais de saúde vinculam-se às obrigações de meio. Difere das obrigações de resultado, onde o devedor se compromete à obtenção de um resultado útil em favor do credor, que, caso não ocorra, terá responsabilidade. Nas obrigações de meio, ao revés, o devedor se compromete a empenhar os melhores esforços, porém, a obtenção do resultado escapa ao seu compromisso.

Embora o objetivo da medicina, de forma genérica, seja a cura, esta não é o objeto da obrigação do profissional médico. Por isso, entende-se que a atividade do médico é de meio, e não de resultado, pois a medicina não é uma ciência exata, não sendo possível garantir o resultado cura. Nas obrigações de meio o contratado se obriga a utilizar os meios adequados para alcançar o resultado. O profissional cumpre a obrigação quando comportou-se de maneira adequada, compatível com o que foi contratado, independentemente de ter alcançado o resultado esperado ou não (SOUZA, 2018, p. 36).

Via de regra o médico assume uma obrigação de meio, o que significa que o médico não se obriga a curar, mas atuar em conformidade com as regras da profissão. É dever do médico empregar todos os esforços para alcançar a cura, ainda que não consiga. Se um médico empregou corretamente a técnica, mas não obteve um diagnóstico correto, não há que se falar em culpa do profissional. A não obtenção do resultado almejado não significa que houve descumprimento da obrigação (SOUZA, 2018, p. 36). É preciso frisar que há sempre um risco em qualquer intervenção cirúrgica ou até mesmo ambulatorial. Isto porque cada pessoa reage de forma peculiar aos tratamentos e procedimentos médicos.

Ainda segundo Gustavo Tepedino (2000, p. 45), embora se intensifique na

jurisprudência e doutrina que a obrigação do médico é sempre de meio, há casos excepcionais em que a jurisprudência dominante entende que a obrigação é de resultado, a exemplos das cirurgias estéticas, dos exames radiológicos, da transfusão de sangue e dos tratamentos odontológicos. Nestes casos excepcionais, segundo Neri Souza (2018, p. 36), o compromisso é de realizar um determinado ato médico para obter um resultado preciso. Nessa relação jurídica o resultado é devido pelo obrigado ao que o contratou. O que importa é o resultado da atuação do médico, pois não o alcançando, não terá adimplido a sua obrigação.

Com relação à obrigação de resultado, sustenta Rui Stoco que:

A obrigação do médico pode ser de meio, como geralmente é, mas também pode ser de resultado, como quando faz um Raio X, um *check up*, aplica ondas de calor, dá uma injeção, faz transfusão de sangue, procede a determinada esterilização necessária ou, como já nos referimos, no caso da cirurgia plástica estética. Também há possibilidade da obrigação do médico ser de resultado quando assume expressamente a garantia da cura. (2007, p. 556-557)

Percebe-se que há, excepcionalmente, algumas circunstâncias em que a obrigação assumida pelo médico será de resultado, devendo-se sempre analisar o caso concreto. Ou seja, se o médico expressamente prometeu a cura ou algum resultado específico, a obrigação será de resultado, respondendo o profissional médico objetivamente caso não o alcance.

Entende Taciana Halfeld (2011, p. 35) que, quando se tratar de obrigação de resultado, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao contratado provar que não agiu com culpa e que o resultado esperado e prometido não ocorreu por razões alheias à sua atuação, por força de qualquer causa excludente da responsabilidade. Assim, responderá o médico quando não cumprir com o resultado a que se comprometeu, a exemplo das cirurgias estéticas.

Neste sentido, tem-se o seguinte trecho de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 985.888/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julg. 16.02.2012):

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.

Vale frisar que o magistrado deve se nortear na verificação de quem pode mais

facilmente fazer a prova, devendo ter o cuidado para que a prova não se torne impossível. Para Miguel Kfoury (1998, p. 57), o momento processual adequado para o juiz inverter o ônus probatório é no despacho inicial que determinar a citação do réu, pois, devido ao princípio da eventualidade, a contestação deverá conter todos os fatos, direito e provas pretendidas que irão ser produzidas no curso do processo.

Para a responsabilidade civil do médico, tradicionalmente sempre se utilizou das distinções entre obrigações de meios e de resultado; da natureza contratual e aquiliana; e da responsabilidade subjetiva. Porém, para Eduardo Souza (2013, p. 4), tais distinções “vem perdendo força diante predomínio da aplicação do Código de Defesa do Consumidor [...], havendo um privilégio das pretensões indenizatórias de pacientes em face de médicos, por meio da exoneração dos primeiros de seu ônus probatório em ações de responsabilidade civil”.

A tendência atual é a de conferir ao médico o ônus de demonstrar que não faltou com a diligência que lhe é exigida, caso deseje se eximir do dever de reparar. Dá-se muitos fundamentos para isso, sobretudo devido à hipossuficiência do paciente, que não dispõe de conhecimentos técnicos que possam identificar uma conduta médica culposa, nem tem em seu poder documentos probantes da conduta adotada pelo profissional médico, a exemplos do prontuário médico, dos históricos clínicos, dos laudos de exames, dentre outros documentos (SOUZA, 2013, p. 10 e 15).

Haveria, desta forma, um agravamento da responsabilidade do médico devido à aplicação exacerbada do diploma consumerista. Contudo, é preciso ter cautela, pois a relação médico-paciente é estritamente pessoal, e, como já mencionado, há uma responsabilidade indissociável do conceito de culpa, por expressa previsão legal. Por isso, ao magistrado competiria fazer uma avaliação casuística, atribuindo o encargo da prova àquele que possuísse maior facilidade de fazer prova, porque detém os conhecimentos técnicos ou as informações específicas do caso concreto (SOUZA, 2013, p. 16).

A aplicação da carga dinâmica da prova tem como consequência, inclusive, facilitar a atribuição do ônus probatório ao profissional médico, isso porque, para a inversão do ônus se considera a facilidade de acesso à prova no caso concreto, e não um juízo apriorístico que caracterize todo e qualquer paciente como um consumidor vulnerável (SOUZA, 2013, p. 16).

3.1.4 Considerações pertinentes sobre a responsabilidade civil médica: a configuração do erro

Neri Souza (2018, p. 20) afirma que “a responsabilidade no erro médico segue os mesmos ditames gerais da responsabilidade civil genérica”. Significa, pois, que o médico, ao assumir uma obrigação, e de forma consciente e capaz praticar uma conduta, seja de forma intencional ou culposa, deverá ressarcir os prejuízos causados à vítima do dano. Quanto à responsabilidade civil médica decorrente do erro médico, contudo, é indispensável que haja prova inequívoca da culpa na conduta do médico. Compete ao paciente fazer prova de que o médico (a) agiu com culpa.

Conforme leciona Eduardo Souza (2013, p. 01), a medicina é, por excelência, uma profissão liberal, pois ostenta todos os elementos clássicos que caracterizam as profissões liberais. Não há consenso sobre o conceito de profissional liberal, mas o termo usualmente costuma designar aquele trabalhador que é livre para tomar as decisões quanto ao exercício de sua profissão. Ao longo dos séculos, o atributo comum a todas as profissões liberais sempre foi a sua natureza intelectual. Estas profissões seriam nobres, em oposição àquelas profissões braçais, historicamente consideradas menos nobres.

É o conhecimento acadêmico ou universitário necessário à sua prática que confere a tais profissões a noção de liberdade. Significa que ainda que haja um vínculo contratual trabalhista, ou seja, mesmo que presente a subordinação jurídica das relações de emprego, não deixará de ser uma profissão liberal (SOUZA, 2013, p. 02). Nas lições de Sérgio Cavalieri Filho (2014), alguns autores sustentam que o termo profissional liberal “deveria ser igualmente empregado para qualquer trabalhador que trabalhasse por conta própria, com liberdade, independentemente da natureza da atividade”. Bastaria que estes profissionais prestassem seus serviços com autonomia e sem subordinação, a exemplo de um carpinteiro.

Ocorre que hodiernamente “as profissões liberais têm sido designadas como profissões intelectuais [...], pois demandariam, necessariamente, um diploma ou certificado de formação universitária na respectiva área de atuação”. Ressalta-se, porém, que tal entendimento vem sendo relativizado doutrinariamente, e inclusive nos

Tribunais (SOUZA, 2013, p. 02).

Quanto à medicina, há a obrigatoriedade da graduação universitária, e conseqüentemente do diploma universitário para a prática médica, por força do Decreto nº 44.054/1958, que aprovou o Regulamento do Conselho Federal de Medicina e dos Conselhos Regionais de Medicina, sendo exigido ainda do profissional a sua inscrição nos Conselhos Regionais de Medicina que jurisdicionarem na área de sua atuação profissional, conforme dispõe o art. 1º do referido Decreto (SOUZA, 2013, p. 03)¹².

Há liberdade de atuação do profissional médico, e a atividade médica pode ser exercida de forma autônoma, sem vínculo trabalhista, ou em regime trabalhista, sendo assegurado em ambos os casos o livre exercício da profissão. O profissional médico possui uma livre tomada de decisões. Inclusive, devido ao princípio da solidariedade do médico para com a sua classe profissional, se houver uma paralisação ou greve da categoria, o médico terá autonomia para decidir quanto ao atendimento ou não dos pacientes, ressalvados os casos de urgência, quando sua atuação é obrigatória (SOUZA, 2013, p. 03).

Nas palavras de Genival França (2017, p. 270-271), o erro médico pode ser definido como “a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente [...] caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”. Estando presente uma destas características em um ato do profissional médico que cause dano a um paciente, estará configurada a culpa, competindo ao paciente o ônus da prova.

Basta a voluntariedade da conduta para a caracterização da culpa médica. A intenção é desnecessária, ou seja, a culpa, conquanto seja levíssima, obriga que haja indenização (SOUZA, 2018, p. 21). Segundo Wilson Ligiera (2009, p. 39), a responsabilidade do profissional médico é considerada, de modo majoritário, como contratual. Isso deve-se, em grande parte, à influência da jurisprudência francesa. Fazendo uma alusão a um importante julgado da jurisprudência da Corte de Cassação

¹² “Art. 1º – Os médicos legalmente habilitados ao exercício da profissão em virtude dos diplomas que lhes forem conferidos pelas Faculdades de Medicina oficiais ou reconhecidas do país só poderão desempenhá-lo efetivamente depois de inscreverem-se nos Conselhos Regionais de Medicina que jurisdicionarem a área de sua atividade profissional. Parágrafo único - A obrigatoriedade da inscrição a que se refere o presente artigo abrange todos os profissionais militantes, sem distinção de cargos ou funções públicas”.

da França, Josserand afirmou que entre o médico e o paciente há um verdadeiro contrato, que comporta para o médico, não a cura do enfermo, mas ao menos a obrigação de prestar-lhe os melhores cuidados.

Porém, ressalta-se que considerar a responsabilidade médica como contratual não significa que a culpa será presumível. Provada a culpa, será o profissional médico constrangido à reparação do dano a ele imputável. Essa culpa, nas palavras de Neri Souza (2018, p. 22), “consiste num agir ou não agir consciente, voltado à busca de um resultado determinado, ou quando a imprudência, imperícia ou negligência estiverem presentes nos atos desses profissionais”.

A negligência é omissiva. Há um ato de omissão aos deveres que são exigidos. Seria um não agir; uma abstenção do comportamento que era o adequado para aquela situação. A imprudência, por sua vez, é comissiva. Trata-se de um agir sem a cautela necessária para a situação concreta. Já a imperícia é um agir sem conhecimentos técnicos suficientes, ou com uma má aplicação dos conhecimentos, ou seja, é um agir de forma incompetente. Para que haja responsabilização civil do profissional médico por erro, é indiscutível que uma dessas três formas de culpa deve estar presente no agir médico (SOUZA, 2018, p. 22).

Adverte Neri Souza (2018, p. 23), entretanto, que é preciso distinguir um erro que resulte de algo imprevisível, que configurou-se, apesar de o médico ter cumprido com seus deveres, chamado de “erro honesto”; daquele erro que é atrelado à culpa, chamado de “erro culposo”, resultando em danos ao paciente, que seriam evitados por uma conduta proba do profissional médico.

Compete ao magistrado verificar se houve culpa no caso concreto. É preciso que haja certeza da presença de culpa no agir médico, com elementos probatórios objetivos e seguros, sem meras alegações infundadas. Até porque a intervenção médica por vezes tem resultados indesejados, mas que são fruto da própria intervenção. Tais resultados não devem ser considerados para aferição de responsabilidade, sob pena de haver um estímulo a demandas abusivas (SOUZA, 2018, p. 23).

Contudo, para que haja responsabilização do médico, não basta que esteja configurado o dano e comprovada a culpa. É necessário ainda que haja o nexo de causalidade. Estando presentes estes três pressupostos da responsabilidade civil, haverá o dever de indenizar. Ausente um deles, não há de se falar em indenização

(SOUZA, p. 24).

Há ainda duas teorias apontadas pela doutrina e jurisprudência, através das quais se presume a culpa do médico. A primeira delas é a teoria da *res ipsa loquitur*, ou *in re ipsa*, que é aplicada “quando ocorre prejuízo, por fatos que não causariam dano, a não ser que o agente lesante tenha obrado com culpa”. O magistrado verificaria a culpa do profissional como uma “evidência circunstancial, de que tal fato não teria acontecido sem a culpa do médico”. A exemplo, tem-se uma cirurgia para correção de miopia em que o paciente fica cego no olho operado (SOUZA, 2018, p. 25).

Para José Maldonado (2007, p. 161), a teoria da *res ipsa loquitur* significa que a simples ocorrência de um fato que resulte dano físico ao paciente levaria a uma presunção de negligência contra o profissional e a favor do paciente. Tal teoria seria aplicada todas as vezes em que não há evidência acerca de como e por que o dano ocorreu, presumindo-se que o dano não teria ocorrido se não houvesse culpa, recaindo sobre o médico o dever de indenizar.

A segunda é a teoria da perda de uma chance, segundo a qual a culpa do médico compromete as possibilidades do paciente de viver com integridade. Nestes casos, o juiz não precisa estar convencido de que o dano foi causado por culpa do médico. Bastaria apenas “a dúvida de que isso aconteceu por culpa do médico”, pois não teria o profissional dado ao paciente todas as oportunidades possíveis (SOUZA, 2018, p. 25).

É sabido que para a responsabilização do profissional médico, é necessário, além do dano, que seja feita a prova da culpa, sob pena de improcedência da demanda, e que haja nexos de causalidade. Para Neri Souza (2018, p. 27), é preciso ainda que haja previsibilidade, sendo este o ponto nuclear da culpa. Ou seja, deve ser possível a evitabilidade do procedimento antijurídico. Ademais, o “agir com imperícia, imprudência ou negligência é a ação delituosa que a norma proíbe no caso do erro médico”.

É necessário o ressarcimento do dano material e moral. Ocorrendo um dano por erro médico, verificar-se-á qual a repercussão econômica negativa causada ao paciente, ora vítima do erro médico. O dano material “será indenizável pelo valor da detrimência no patrimônio do paciente”, sendo que os lucros cessantes, numa perspectiva de ganho futuro ou lucro potencial, não são contemplados. Com o advento da

Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, o dano moral ficou admitido explicitamente no art. 5º, inciso X, cabendo a sua quantificação em juízo (SOUZA, 2018, p. 28)¹³.

Destaca Neri Souza (2018, p. 28) que excluem a responsabilidade do médico a força maior e o caso fortuito, a interferência de terceiros, agindo estes com dolo ou culpa e não sendo subordinados ao médico, e a conduta do paciente. Caso haja culpa exclusiva do paciente, não há de se suscitar responsabilidade do médico. Mas não haverá exclusão da responsabilidade no caso de culpa concorrente (paciente e médico), devendo neste caso cada uma das partes responder por uma parcela da culpa que lhe couber, havendo uma diminuição do valor da indenização. A exemplo, tem-se a situação de o paciente omitir ao médico informações importantes.

No caso de uma condenação penal, a culpa está juridicamente determinada. Apesar de haver independência entre as responsabilidades penal e cível, a condenação na esfera penal repercute na esfera cível, pois a sentença penal transitada em julgado constitui-se em um título executivo a ser executado civilmente. O paciente, tendo este título executivo judicial em mãos poderá, assim, executá-lo, a fim de ser ressarcido dos danos que sofreu com o erro médico (SOUZA, 2018, p. 31).

Ainda que a sentença penal seja absolutória, seja por insuficiência de provas, seja porque o fato é atípico, é cabível a ação cível, através de um processo de conhecimento, a realizar-se pelo procedimento comum. Compete ao paciente provar a existência do fato que lhe causou o dano, e a culpa do profissional médico. Diferentemente é quando a sentença penal absolutória se dar devido à comprovação de inexistência do fato alegado pelo paciente, tornando-se, neste caso, inviável qualquer demanda cível (SOUZA, 2018, p. 31).

O erro médico é, pois, um inadimplemento do contrato realizado entre médico e paciente. Havendo uma falha na prestação de serviços médicos, e comprovada sua culpa, haverá a obrigação de indenizar o lesado. Para comprovação do erro médico são utilizados todos os meios de prova admitidos em direito. No caso dos serviços médicos, servirão como prova os prontuários e as fichas de anotações médicas, ressaltando-se a importância da prova pericial, que pode se tornar indispensável,

¹³ “Art. 5º X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

considerando-se a complexidade e controvérsias do agir médico (SOUZA, 2018, p. 39).

Em sendo a responsabilidade médica, em regra, subjetiva, se faz necessária a comprovação da culpa. Segundo Gustavo Tepedino (2011, p. 623),

A investigação da culpa do médico, imprescindível à configuração da responsabilidade, requer uma definição de inúmeros deveres de que é cometido, os quais podem ser enquadrados em três categorias: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e prognóstico; b) emprego de todas as técnicas disponíveis, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo.

Para fins desta monografia, frisa-se a primeira categoria de dever ilustrada por Gustavo Tepedino. O dever de informação é fundamental. É sabido que toda e qualquer intervenção médica gera consequências. Ao prescrever um medicamento, por exemplo, o fim certamente é obter a melhora no quadro de saúde do paciente. Contudo, todo medicamento tem efeitos colaterais, os quais o médico, sabendo da história pregressa do paciente, deve informar para que este decida por fazer uso ou não do medicamento.

3.2 NOTAS CONCEITUAIS SOBRE A IATROGENIA

Primeiramente, há de se destacar que há expressiva divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do conceito de iatrogenia, interpretando-o de forma diversa e antagônica. Aponta-se que há duas correntes principais acerca do conceito de iatrogenia. A primeira trata a iatrogenia como gênero, sendo que a depender da espécie observada no caso concreto, pode ou não dar ensejo à responsabilidade civil médica. A segunda corrente traz uma distinção enfática entre erro médico e a iatrogenia, não sendo esta última uma causa de responsabilidade civil em nenhuma hipótese. Certamente, a compreensão da iatrogenia e do erro médico como excludentes é o melhor caminho a ser seguido no estudo desta temática (MEIRELLES; BARBOSA, 2017, p.192 e 198).

A iatrogenia não se confunde com erro médico, com simulação ou má-fé. Classicamente, há quem sustente que existe um sentido benéfico do dano iatrogênico, pois seria resultado de uma ação médica correta. Por outro lado, hodiernamente outros sustentam que o dano iatrogênico, mesmo imprevisível e inesperado, tem como

pressuposto uma ação nociva do médico (MALDONADO, 2007, p. 02).

Trata-se de tema que tem despertado grande interesse entre os profissionais da saúde, sobretudo no que diz respeito à prevenção de sua ocorrência, a fim de evitar que surja o dever de indenizar. Entretanto, alerta José Maldonado (2007, p. 03), para o fato de que a maioria dos estudos acerca do dano iatrogênico se limitam a descrever a patologia iatrogênica, sem, contudo, analisar os motivos do comportamento médico iatrogênico, ou apenas aborda-o superficialmente.

Soma-se a isso o fato de que as reclamações acerca dos serviços médicos, historicamente, ocorriam em números não expressivos, e geralmente estavam ligadas a casos de lesões mais graves, ou no caso de óbito do paciente. Contudo, as demandas judiciais não eram publicizadas, e raramente os processos tinham andamento (DUZ, 2002, p. 11).

A partir da década de 1960, elevou-se o número de demandas judiciais. No Brasil, o grande impulso surgiu devido à previsão do art. 5º, inciso V da Constituição Federal de 1988 acerca do dano moral, juntamente com o ingresso do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico pátrio, em 1990. Inicialmente, as demandas judiciais eram amplamente favoráveis à vítima, o que culminou em vultosas indenizações (DUZ, 2002, p. 12).

A partir deste momento, os profissionais da saúde passaram a ser responsabilizados por todo e qualquer resultado não desejável. Foi nesse contexto que os profissionais passaram a se preocupar em identificar quais efeitos adversos que não estavam relacionados à enfermidade do paciente, nem surgido em consequência de uma imperícia ou imprudência. As ponderações mais conhecidas acerca da incidência de doenças iatrogênicas se desenvolveram a partir de 1977, estimulada pelo aumento de demandas judiciais. A iatrogenia surgiu como uma defesa, para justificar a ausência de culpa frente ao dano verificado, isentando de responsabilidade o profissional (DUZ, 2002, p. 13).

Surgiu, então, a necessidade de uma definição e separação mais evidente da diferença existente entre o erro médico e a iatrogenia, a fim de se compreender os limites da responsabilidade civil. Os magistrados detectaram a necessidade de estabelecimento de marcos jurídicos que definissem a separação entre o quase-ilícito (iatrogenia) e o ilícito civil (responsabilidade médica) (DUZ, 2002, p. 14).

Estando uma pessoa perfeitamente saudável, ou com alguma patologia, é possível que seja submetido a algum procedimento médico e sofra um prejuízo ocasionado pelo ato do profissional. Deste modo, o comportamento do médico influencia sobre a ação terapêutica. Assinala Lain Entralgo (1978), citado por José Maldonado (2007, p. 03), que a palavra iatrogenia, desde 1978, designa aspectos nocivos ou negativos da influência do médico no tratamento, não mais havendo na iatrogenia o sentido de influência benéfica.

A iatrogenia vem sendo entendida como um resultado danoso causado pela atuação do médico, conquanto não seja a consequência de um ato culposo. Nos Tribunais, a iatrogenia ainda vem sendo alegada como meio de defesa, para demonstrar a ausência de culpa do médico, ausência esta essencial para caracterizar a iatrogenia (DUZ, 2002, p. 205).

José Carlos Maldonado (2007, p. 04) conceitua a doença iatrogênica:

A expressão doença iatrogênica, derivada do iatron – local onde os médicos antigos guardavam seus instrumentos, davam consultas, faziam curativos e operações -, significa as manifestações decorrentes do emprego de medicamentos em geral, atos cirúrgicos ou quaisquer processos de tratamento feitos pelo médico ou por seus auxiliares.

A medicina, ao conceituar a iatrogenia de forma ampla, como todo dano causado ao paciente pela ação médica ou pelo tratamento, acaba por excluir a iatrogenia da responsabilidade civil. Significa que o dano ocasionado pela iatrogenia não levaria à indenização reparatória (MALDONADO, 2007, p. 08). O termo iatrogenia significaria tudo que é causado pelo profissional. Não resultando de um ato ilícito, não gera o dever de indenizar (DUZ, 2002, p. 211).

Sob o enfoque jurídico-doutrinário, a iatrogenia se refere apenas às lesões previsíveis, esperadas ou não no caso concreto, decorrentes do iter procedimental. Assim, as lesões decorrentes da imperícia, imprudência ou negligência, não tipifica o dano iatrogênico. A lesão iatrogênica, por ser necessária, é previsível, não podendo ser encarada como comportamento reprovado pelo ordenamento jurídico (MALDONADO, 2007, p. 9-10).

A exemplo, tem-se o procedimento de ressuscitação cardiopulmonar. A American Heart Association (AHA) é a responsável pela publicação científica de diretrizes que são adotadas por protocolos de salvamento do mundo inteiro, inclusive do Ministério da Saúde acerca do atendimento às pessoas vítimas de parada cardiorrespiratória.

Trata-se do uso da técnica de massagem cardíaca na região torácica do paciente, bem como a ventilação pulmonar através da oferta de oxigênio. Tal procedimento é necessário para salvar o paciente de uma parada cardíaca, e tem a previsibilidade de ocasionar a fratura de costelas. Ocorrido tal dano, não é razoável que o profissional médico seja responsabilizado civilmente (BRASIL, 2016; DIAS *et al*, 2006).

A expressão iatrogenia pode ser definida como a “alteração patológica provocada no paciente por tratamento de qualquer tipo” (STOCO, 2011, p. 663). Do dicionário de termos técnicos de medicina e saúde, extrai-se o seguinte conceito: “Iatrogênico - Adj.: 1. Diz-se um efeito colateral ou de um resultado indesejável causado pelo médico ou pelo tratamento que prescreveu. 2. Alteração ou doença provocada pela medicação prescrita” (REY, 2003).

Etimologicamente a palavra iatrogenia deriva do grego, sendo composta pelos radicais *iatros* ou *iatron*, e *genea*. *Iatros* se refere ao médico ou curandeiro, ou seja, aquele que exerce a medicina. *Iatron* era o local onde, antigamente, os médicos realizavam consultas e procedimentos, e guardavam seus instrumentos. Já *genea* significa origem; causa (SILVA, 2008, p. 676; MALDONADO, 2007, p. 04).

Paulo Jatene (2000), citado por Rui Stoco (2011, p. 662), observa que se trata de uma expressão utilizada para indicar o que é causado pelo médico, e ressalta que não apenas os médicos, e sim todos os profissionais da área de saúde são iatrogênicos, em maior ou menor grau, pois há vários procedimentos que implicam uma lesão posterior. Todo e qualquer procedimento invasivo possui riscos de gerar efeitos danosos, que podem ser presumíveis, inesperados, controláveis ou não.

A iatrogenia é “decorrente da intervenção médica, correta ou não, e justificada ou não, da qual resultam consequências prejudiciais ao paciente”. Destaca-se que há ramos da medicina, como a terapia intensiva e a emergência, em que os pacientes estão mais vulneráveis à iatrogenia, pois há uma instabilidade e necessidade de intervenções rápidas, muitas vezes sem os dados completos da condição à qual o paciente se encontra (CANINEU, 2006, p. 01).

Alberto Riú (1981, p. 50), citado por José Maldonado (2007, p. 03) assinala ser a iatrogenia uma “síndrome não punível, caracterizada por um dano inculpável, no corpo ou na saúde do paciente, conseqüente de uma aplicação terapêutica, isenta de responsabilidade profissional”.

Seguindo estes entendimentos supracitados, Marcella Oliboni (2016, p. 14), afirma que a iatrogenia seria, em regra, uma excludente de responsabilidade civil para o profissional médico. Contudo, há de se ter cautela na análise do dano iatrogênico no caso concreto, pois seria possível o profissional médico agir de forma a escusar-se sempre que possível na iatrogenia, levando ao caos social e à desconfiança generalizada. Isso porque a linha divisória entre o erro médico e o dano iatrogênico é muito tênue, e deve-se observar o princípio da razoabilidade.

Ressalta-se que, não obstante a iatrogenia excluir a responsabilidade civil médica, isto não ocorre pela ruptura do nexo de causalidade, mas sim pela impossibilidade de atribuição de culpa ao médico. Caso se considere o dano iatrogênico como imprevisível ou inevitável, cometer-se-á uma inexatidão, pois poderia haver confusão com as excludentes caso fortuito e a força maior (MEIRELLES; BARBOSA, 2017, p. 199).

Há intervenções e procedimentos médicos cujas lesões são previstas, e, portanto, lícitas, permitidas e necessárias. Sem tais lesões, seria impossível a realização do procedimento. A produção deste resultado deve ser considerado, para Tula Menezes (2010, p. 21-22), como um “exercício regular de um direito do médico em atuar dentro das técnicas e métodos aceitos, indicados e reconhecidos pela ciência médica”. Contudo, para que o médico possa atuar, é necessária a devida autorização do paciente.

Em contrapartida ao entendimento suscitado acima, Rui Stoco (2011, p. 664) sustenta que a iatrogenia “traduz apenas um acontecimento ou resultado danoso decorrente da ação médica”. O dano iatrogênico decorrente da técnica empregada não pode ser considerado como um ilícito, mas o erro inescusável é punível, devendo por isso ser delimitado.

Existem três tipos de iatrogenia:

1. lesões previsíveis, sabendo-se que o procedimento implica em seqüela (Exemplos: cirurgias mutiladoras, como amputações de membros (visíveis), gastrectomias, colecistectomias, apendicectomias (não visíveis);
2. lesões previsíveis, porém inesperadas, podendo o procedimento acarretar lesões inerentes à técnica (Exemplos: reação alérgica em decorrência do uso de contrastes radiológicos);
3. lesões decorrentes da falha do comportamento humano no exercício da profissão, caso em que as falhas são passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico (Exemplo: confusão da veia safena com a artéria femural durante cirurgia de varizes, levando à gangrena) (JATENE, *apud* STOCO, 2011, p. 664).

A iatrogenia como dano à pessoa – quando decorra de uma conduta culposa do agente (profissional da área médica), e, assim, se possa identificar um nexo etiológico entre essa conduta e o resultado iatrogênico – transforma o fato danoso em ato ilícito, insere-se na teoria da culpa e passa a ser regido pelas regras da responsabilidade civil. Essa hipótese diz respeito ao cometimento do erro médico, havendo responsabilização do médico (STOCO, 2011, p. 666).

O dano iatrogênico puro e simples, baseado na previsibilidade, e que ocorre de acordo com o procedimento técnico recomendado pelos protocolos médicos não conduz à responsabilidade civil. Não há justa causa que seja suficiente para transformar o dano iatrogênico puro em dano indenizável (STOCO, 2011). Trata-se de um dano escusável (*faute du service*), e não gera responsabilização (MALDONADO, 2007, p. 08).

Segundo Marcella Oliboni (2016, p. 14), há situações em que o médico, mesmo conhecendo os riscos de um tratamento ou procedimento, entende que é o mais adequado e o executa. A consequência danosa não é um erro, e sim um dano iatrogênico, não gerando responsabilização civil.

Contudo, destaca José Maldonado (2007, p.19) que, amparando-se na falibilidade médica, a iatrogenia tem servido de anteparo aos erros médicos, afastando a responsabilidade civil em muitos casos. A ausência de marcos jurídicos específicos por parte da doutrina e Tribunais pátrios vem mantendo indefinido quais seriam os efeitos decorrentes do quase-ilícito (iatrogenia), e do ilícito civil (erro médico).

É certo que algumas ações médicas que causam danos aos pacientes, “apesar de serem rotuladas como iatrogênicas, escondem, sob o manto da simulação, um dano que poderia ser evitado, fruto de situação em que o médico, apesar da previsibilidade nociva, anuiu com o resultado” (MALDONADO, 2007, p.11).

Percebe-se que quem anui com o risco é o médico, e não o próprio paciente. Muitas vezes ocorre a exclusão da responsabilidade civil através de uma simulação iatrogênica. Isso ocorre, segundo José Maldonado (2007, p. 11), devido à dificuldade em se comprovar a voluntariedade e/ou culpabilidade do agir médico. Caso seja descoberto este ilícito procedimental, deve ser reconhecida a conduta ilícita passível de punição.

A medicina é uma ciência inexata, com várias condicionantes para o seu êxito, como a própria fisiologia de cada paciente. A arte de curar vem servindo como justificativa

para afastar a responsabilidade cível e penal, sob o argumento de que a prática médica não pode ser equiparada a de outros profissionais, devido às suas características singulares, mesmo que acarrete danos irreparáveis aos pacientes. Numa análise da iatrogenia com base na responsabilidade civil, ela pode “revelar-se ora levemente esperada, ora conscientemente assumida”. Quando da sua ocorrência, costuma-se interpretá-la como uma normalidade decorrente do procedimento técnico, mesmo em situações que poderia ser evitado, sem quaisquer questionamentos quanto à conduta médica adotada (MALDONADO, 2007, p. 12).

Corroborando este entendimento, Taciana Halfeld (2011, p. 40) sustenta que, em regra, a lesão iatrogênica, não gera a responsabilidade para o médico, exceto quando ocorrer descumprimento do dever de informação, ou quando resultar de uma omissão ou atuação culposa.

Na prática médica, por mais simples que seja um procedimento, há um potencial danoso em grau variável, inclusive com a possibilidade de morte, pois há reações corporais adversas que estão além da atual compreensão e justificativas técnico-jurídicas. Entretanto, normalmente os médicos estão submetidos a riscos previsíveis. Dentro dos padrões técnicos previstos em protocolos, salienta-se que o médico só responderá se faltar com o seu dever de informar (BARROS, 2007, p. 96-100).

A iatrogenia também pode estar relacionada com fatores intrínsecos de cada paciente, pois cada ser humano reage de forma diferenciada frente aos procedimentos e medicamentos. Nestes casos podem ocorrer lesões iatrogênicas, onde a conduta do médico será lícita, mas o paciente deve ser informado ainda assim das possíveis consequências. Caso isso seja feito, não haverá responsabilidade civil do médico (MENEZES, 2010, p. 22).

Ademais, durante a anamnese, o paciente deve relatar ao médico todo o seu histórico de saúde, sem omissões. Segundo Tula Menezes (2010, p. 22), caso haja a omissão de uma informação importante, como o fato de ser portador de alguma patologia, e houver alguma intercorrência ou complicação, resultando em resultados danosos ao paciente, o médico não será responsabilizado, justamente por lhe faltar culpa.

Sérgio Duz (2002, p. 212) elenca três requisitos que são necessários para que a iatrogenia não caracterize um ato ilícito passível de responsabilização. O primeiro deles é a previsibilidade. Aceita-se como uma iatrogenia previsível se, levando-se em

consideração o estágio de evolução da ciência, não há técnicas e procedimentos isentos de efeitos indesejáveis, e o resultado, embora não desejado, é conhecido e esperado, sendo mais benéfico ao paciente do que a não intervenção profissional.

O segundo requisito é a imprevisibilidade. A iatrogenia pode ser imprevisível quando: a) existirem novas técnicas, procedimentos e medicamentos, que, apesar de aprovados e admitidos, podem apresentar resultados desconhecidos, que não eram esperados; b) quando a ocorrência da iatrogenia estiver relacionada com as condições pessoais do paciente, que não poderiam ser antecipadas. O terceiro e último requisito é a inevitabilidade. A iatrogenia é inevitável quando seus efeitos não podem ser impedidos, ainda que o profissional não tenha agido com culpa (DUZ, 2002, p. 212).

Destaca-se que a perícia é imprescindível para a distinção entre erro e iatrogenia. Os peritos devem ter um entendimento exato desta diferenciação, observando os requisitos elencados, para que a iatrogenia não acarrete a responsabilidade profissional. À perícia cabe demonstrar a ocorrência ou não de iatrogenia no caso concreto (DUZ, 2002, p. 213). Contudo, ressalta-se que, conforme dispõe o art. 479 do Código de Processo Civil de 2015, o juiz não está adstrito aos laudos periciais para julgar uma causa¹⁴.

3.3 PARÂMETROS DISTINTIVOS ENTRE ERRO MÉDICO E IATROGENIA

Iatrogenia não se confunde com erro médico, que gera responsabilidade civil, penal e administrativa. Contudo, na prática e literatura médica é comum que se confunda a iatrogenia com erro, pois muitas vezes a iatrogenia é definida como sinônimo de imperícia, imprudência ou negligência. Afonso Pereira *et al* (2000, p. 75), em estudo específico sobre iatrogenia em cardiologia, define-a como uma “alteração patológica provocada no paciente pela má prática médica”. O referido autor diz haver dois tipos de iatrogenia, a saber: a iatrogenia de ação, que seria a decorrente da imperícia ou imprudência; e a iatrogenia de omissão, decorrente da negligência.

¹⁴ “Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

Sabendo-se que a iatrogenia, por si só, não enseja o dever de reparação, ao defini-la de forma ampla, e confundindo-a com o erro, acaba por criar uma situação de simulação iatrogênica. Isto pode levar à exclusão indevida da responsabilidade, e a um agir do médico de forma contrária à boa-fé (MALDONADO, 2007).

Iatrogenia e responsabilidade civil são termos inconciliáveis e excludentes. Isto porque a iatrogenia “não gera a responsabilidade em qualquer uma de suas vertentes (penal, civil e administrativa). Aproxima-se de uma simples imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na chamada falibilidade médica”. Já a responsabilidade civil decorre da violação a um dever ou de uma falta do dever objetivo de cuidado imposto ao médico, onde haverá, além das sanções penais e administrativas, a obrigação de reparar o dano sofrido. Além disso, a simples caracterização de um desses resultados exclui automaticamente o outro (MALDONADO, 2007, p. 7).

Destaca-se que o agir imprudente, negligente ou imperito não gera jamais o dano iatrogênico, e sim a devida responsabilização civil. O dano iatrogênico é um quase-ilícito, ao passo o dano culpável é um ato ilícito (MALDONADO, 2007, p. 10). Lesões que decorram de imperícia, negligência e imprudência, não tipificam dano iatrogênico, ingressando, pois no campo da ilicitude e, conseqüentemente na responsabilidade civil (STOCO, 2011, p. 664).

Se o profissional agir de forma imprudente, imperita ou negligente, e havendo nexo causal entre o dano e o ato, não é possível se falar em iatrogenia, e, sim, em um erro profissional por culpa, o que, evidentemente, gera responsabilidade (DUZ, 2002, p. 205).

Ocorre, assim, a iatrogenia quando o médico, apesar de agir corretamente, conforme os protocolos de sua atividade, provoca uma lesão ao paciente. Tal lesão é previsível na literatura médica, e não está relacionada a um comportamento imperito, imprudente ou negligente do profissional, sendo, portanto, lícita (MEIRELLES; BARBOSA, 2017. p. 200).

4 CONFORMAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Após a constitucionalização do direito civil, qualquer tipo de análise que se faça acerca de um instituto jurídico, como o da responsabilidade civil, deve ser à luz da Constituição Federal de 1988. Quanto à análise da responsabilidade civil médica por dano iatrogênico, aquela deve ser realizada à luz da Carta Magna e do ordenamento civilista pátrio. A boa-fé objetiva estabelece um padrão de conduta; e possui deveres anexos, dentre eles, o dever de informar.

O direito à informação está expressamente previsto no rol de direitos e garantias fundamentais, devendo, portanto, ser observado em todas as relações, sejam elas privadas ou públicas. Sob o enfoque da responsabilidade civil médica e da iatrogenia, o instrumento adequado à garantia do direito à informação é o consentimento informado. Trata-se de um documento relevante na prática médica, que protege não apenas a autonomia do paciente, como também a sua dignidade. Ademais, salvaguarda o profissional, que ao prestar todas as informações de modo claro, adequado e prévio à atuação, estará escusado de quaisquer responsabilidades pela ocorrência do dano iatrogênico.

4.1 BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A origem da boa-fé remonta ao Direito Romano, possuindo uma característica subjetiva, relacionada a um estado do próprio sujeito, acabando por beneficiar aquele que não tivesse consciência de que prejudicava outrem. Nesse sentido também utilizou-se o Direito Canônico da boa-fé, mas atrelado sempre à ideia de culpa (RACY, 2011, p. 59).

No mesmo sentido da subjetividade, o Direito Civil Francês cuidou da boa-fé, mas o artigo 1134 do Código de Napoleão induz a uma interpretação de uma boa-fé objetiva, pois determina a execução das convenções de boa-fé. Apesar disso, foi o BGB alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) que inicialmente, por meio do § 242, fez remissão ao termo boa-fé. Houve muita aceitação entre os juízes alemães, logo após a Primeira Guerra Mundial, pelo fato daqueles serem formados num direito que prevaleceu na Alemanha

no século XIX; direito este desenvolvido com base em princípios. Houveram outras menções à boa-fé no BGB, mas o artigo citado inspirou os criadores do Código Civil brasileiro de 2002 (BRITO, 2011, p. 150)¹⁵.

O BGB foi dotado de cláusulas abertas, permitindo a adequação às novas situações econômico-sociais surgidas, pois a atual situação econômica e sócio-políticas da Alemanha necessitava de um afastamento da letra fria da lei, mas, ainda assim, mantendo a segurança jurídica. Após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, a importância da dignidade da pessoa humana foi reforçada, e a boa-fé se tornou um elo entre o Direito e a ética (BRITO, 2011, p. 87 e 151).

A divisão entre boa-fé subjetiva, que considera o estado de consciência do sujeito em relação a um dado comportamento, e a boa-fé objetiva se deu muito antes do advento do Código Civil de 2002. O Código Comercial, e o Código de Defesa do Consumidor já positivavam da boa-fé objetiva, sendo que nas relações de consumo a boa-fé objetiva se aproxima mais do atual Código Civil, pois a considera como uma regra de conduta (DIAS FILHO, 2011, p. 29).

No Código Civil de 2002 o princípio da boa-fé foi inserido sob a forma de cláusula geral para induzir as partes a se comportar de forma correta e proba antes, durante e após a extinção do contrato. Como cláusula aberta, não houve posituação de um conceito da boa-fé objetiva. O conteúdo da boa-fé objetiva deve ser delimitado casuisticamente, a fim de conferir maior flexibilidade, abrangendo novas relações comerciais e humanas que surgem com o passar do tempo (RACY, 2011, p. 62).

A despeito de haver essa flexibilidade, destaca Vivien Racy (2011, p. 66), que se “deve sempre obedecer aos padrões de ética, probidade e honestidade”, de forma a respeitar os direitos fundamentais, que são cláusula pétrea de nossa Carta Magna. Compete ao juiz, através de um trabalho hermenêutico, extrair o conteúdo da boa-fé e aplicá-lo ao caso concreto. Há, portanto, a exigência de um comportamento leal por parte dos contratantes.

A boa-fé possui, seja ela subjetiva ou objetiva, uma função de norma de conduta, direcionando as ações dos sujeitos. A boa-fé subjetiva leva em consideração a intenção, isto é, o seu estado de consciência em um determinado comportamento, ao

¹⁵ “§ 242 *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”.

passo que a boa-fé objetiva é também um dever de conduta, mas não conforme a inteligência do sujeito, e sim como forma de resguardar os interesses comuns num negócio, alcançando dessa forma o efeito prático almejado pelo vínculo contratual, através da cooperação e lealdade entre os contratantes (LAGO JÚNIOR, 2013, p. 218-220).

Nesse sentido, dispõe o art. 422 do Código Civil de 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. Nas palavras de Vivien Racy (2011, p. 64), “consiste a boa-fé objetiva na obrigação de um comportamento leal e reto a ser adotado pela parte de forma que outrem, que com ela se relaciona, somente possa esperar ações condizentes com esta forma de conduta”.

As condutas pautadas pela probidade, lealdade e honestidade referem-se a uma esperança depositada no outro, traduzida na confiança. Agir de acordo com a cláusula geral da boa-fé objetiva significa um agir de maneira a não frustrar as expectativas daqueles com quem se relaciona. A inobservância da boa-fé ensejará a responsabilidade, pois a positivação da boa-fé objetiva através de uma cláusula geral significa que haverá uma proteção jurídica das justas expectativas nascidas nas relações humanas (RACY, 2011, p. 65-69).

Necessária se faz a distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva. A boa-fé subjetiva é “um elemento constitutivo para a aplicação de uma norma”. A sua contrariedade configura a má-fé, levando-se em consideração a intenção em prejudicar outrem. Trata-se de uma posição psicológica individual da pessoa em agir conforme o direito. A boa-fé subjetiva exige ainda a configuração da culpa para a imputação do dever de reparar os danos causados (RACY, 2011, p. 69-10).

A boa-fé objetiva é um modelo de conduta pautado na lealdade e probidade. Trata-se de um princípio, sendo, portanto, fonte de direitos e obrigações. “A conduta contrária à boa-fé objetiva é o comportamento em desacordo com um padrão objetivo”. Há uma exigência de agir conforme um modelo objetivo de conduta, sendo desnecessária a configuração da culpa para a reparação do dano. Há, em verdade, a distribuição do dever de reparar, pois atribui-se os riscos da vida em sociedade a quem não tenha agido conforme os padrões ou *standards* de conduta estabelecidos pela mesma sociedade (RACY, 2011, p. 69-10).

O princípio da boa-fé permeia todo o ordenamento civilista pátrio. Na lição de Ruy Aguiar (1995), exerce três funções:

1. fornece os critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes, para a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; 2. cria deveres secundários ou anexos; e 3. limita o exercício de direitos.

A função interpretativa faz com que o magistrado valora o que não foi dito pelo legislador, considerando as normas contratuais existentes. Desta forma, há um preenchimento de lacunas existentes nas relações contratuais, independentemente da vontade das partes. Deve-se, portanto, interpretar os contratos em conformidade com os ditames da boa-fé. Já a segunda função obriga que os contratantes ajam de maneira independente de sua vontade, devendo obedecer aos deveres laterais que surgem involuntariamente a partir do dever principal por eles assumido (BRITO, 2011, p. 169-181).

Tomando-se por base a função criadora de deveres anexos, Ruy Aguiar (1995) aponta três deveres anexos criados pela boa-fé objetiva: o dever de informação ou aconselhamento, o dever de cuidado ou segurança e o dever de cooperação ou lealdade.

Quanto à função limitadora do exercício de direitos subjetivos, a boa-fé objetiva atua como um parâmetro de comportamento, vedando comportamentos arbitrários ou abusivos. Atua, pois, como um limite ético ao exercício de direitos. Desta função surgiram figuras que vêm sendo amplamente utilizadas jurisprudencialmente, a saber: *supressio*, *surrectio*, *tu quoque* e *venire contra factum proprium*. Tais figuras são formas que permitem a observação da presença da boa-fé objetivamente. Uma vez realizadas as condutas conforme as prescrições de um dos institutos, a consequência será a aplicação da boa-fé objetiva como limitadora do exercício de direitos (RACY, 2011, p. 70-74).

O *venire contra factum proprium* ou *estoppel* (no sistema de *common law*), é “a proibição do exercício de uma posição jurídica em contradição com o anterior comportamento, em respeito aos efeitos jurídicos e expectativas gerados pelo mesmo”. Não se tolera, assim, o agir de maneiras contraditórias em malefício às expectativas que foram geradas no parceiro contratual (RACY, 2011, p. 75).

Um agir inicial faz com que o outro creia que continuar-se-á agindo naquele sentido. O comportamento reiterado do sujeito independe de qualquer previsão contratual, isto

é, ainda que as partes acordassem a prática de certa conduta pelo sujeito 1, e este venha a agir repetidamente conforme outra conduta, o sujeito 2, que passou a crer na conduta do sujeito 1, poderá alegar a proibição do *venire contra factum proprium* para se proteger. Observa-se, ainda, que tal figura “decorre do princípio da boa-fé objetiva, não apenas pela questão da confiança gerada pelo comportamento inicial, mas também, pela desnecessidade da culpa no comportamento posterior, para a sua configuração” (RACY, 2011, p. 75-76).

O *tu quoque*, para alguns, seria um gênero, do qual o *venire* seria espécie. Isto porque ambos proíbem comportamentos contraditórios, embora o *venire contra factum proprium* seja um instituto mais utilizado. Ao passo que o *venire* veda o agir contrário à sua própria conduta anterior, o *tu quoque* “descarta a exigência, por parte do sujeito que desrespeitou uma norma, do cumprimento da obrigação da contraparte”. Significa que o sujeito que descumprir uma norma legal não poderá exigir daquele com quem contratou o cumprimento da sua parte no negócio firmado. Tal figura derivada da boa-fé é semelhante, portanto, ao instituto da *exceptio non adimpleti contractus* (RACY, 2011, p. 76).

A *supressio* “leva à alteração da forma de exercício de um direito diante da inércia de seu titular durante certo lapso de tempo, criando uma expectativa à contraparte de que tal direito não será exercido”. O titular do direito, portanto, não o exerceu, havendo o decurso do prazo e indícios objetivos de que o direito não seria exercido. Há uma omissão, e o fato de manter-se o sujeito nessa omissão acaba por obstar o direito que possuía. Difere-se do *venire contra factum proprium*, pois neste há um lapso de dois comportamentos do sujeito. Na *supressio* apenas o não exercício do direito pode gerar expectativas sociais de que isso se manterá (RACY, 2011, p. 77).

Enfim, a *surrectio* é o oposto da *supressio*, pois há a “criação de um direito em virtude de um comportamento reiterado das partes envolvidas em um negócio jurídico”. A reiteração na prática de determinada conduta gera na outra parte a confiança de que deste modo permanecerá acontecendo, devendo, pois, a boa-fé ser protegida (RACY, 2011, p. 78).

Além dos deveres previstos pelos contraentes, a boa-fé objetiva impõe a eles deveres laterais ou anexos de conduta, que vinculam não só as partes envolvidas, mas, eventualmente, até terceiros (LAGO JÚNIOR, 2013, p. 193). Caso tais deveres sejam descumpridos, haverá uma violação positiva do contrato. Poderá, inclusive, haver a

invalidação do negócio jurídico, com direito da contraparte à indenização por responsabilidade civil, e até a resolução do contrato (BRITO, 2011, p. 181). Há quatro deveres laterais principais apontados pela doutrina, a saber: o dever de informação, o dever de mitigação, o dever de fidelidade e o dever de cooperação (RACY, 2011, p. 80).

Devido ao dever de informação, “as partes devem comunicar mutuamente toda informação que esteja vinculada à relação estabelecida entre elas, ou que, de certa forma, tenha reflexos nesta relação, ainda que indiretamente”. A transparência é elemento fundamental na relação jurídica, repugnando-se a ocultação de fatos ou atos que sejam relevantes. Quanto ao dever de mitigação, este se prolonga para além do momento do cumprimento contratual. Significa que estará mantido o dever de uma conduta proba, mesmo com o término da relação contratual. Se houver um descumprimento contratual por uma das partes, gerando sua responsabilização, ainda assim a parte faltosa tem o dever de evitar que os prejuízos se prolonguem (RACY, 2011, p. 80).

Já o dever de fidelidade possui caráter subjetivo, de não trair a confiança alheia. Difere do dever de lealdade, que tem viés objetivo e abrangente, independentemente do “conhecimento pessoal do sujeito acerca da prejudicialidade de sua conduta em detrimento da contraparte”. O dever de cooperação significa que as partes contratantes devem se ajudar mutuamente, dentro de suas possibilidades. Deve haver uma colaboração, com o intuito de facilitar o cumprimento das obrigações previstas (RACY, 2011, p. 80-81).

Percebe-se que o princípio geral que se deve ter em mente acerca dos deveres laterais é o da “ajuda mútua, da compreensão das necessidades alheias para bem cumprir suas obrigações, sendo que o adimplemento poderá melhor ocorrer com a colaboração da parte a quem interessa ver cumprido o dever contratual”. Mesmo que o contrato firmado seja nulo, os deveres laterais não se extinguem. Isto porque se originam do dever ético de ações probas, honestas e leais em quaisquer circunstâncias (RACY, 2011, p. 81).

A boa-fé objetiva relaciona-se com o instituto do abuso do direito, pois um abuso do direito certamente violará a boa-fé objetiva. Há abuso do direito quando o seu exercício contraria a finalidade econômica e social, conforme disposto no art. 187 do Código Civil pátrio, independentemente da existência ou não de finalidade prejudicial.

A redação do referido dispositivo impõe limites éticos ao exercício de direitos subjetivos. O critério do abuso não está no plano psicológico da culpabilidade, e sim no desvio do direito de sua função social. Contudo, é imprescindível que haja a intenção do sujeito de exercer o direito de forma abusiva a fim de prejudicar terceiros (LAGO JÚNIOR, 2013, p. 257)¹⁶.

Vale salientar que a aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato é considerada uma das ramificações da boa-fé objetiva. O adimplemento substancial ocorre quando o devedor adimple parte da obrigação, e a parcela inadimplida não é suficiente para causar um dano ao credor, a ponto de tornar a extinção do contrato mais conveniente do que executar a prestação a que se faz jus, ou exigir seu cumprimento (RACY, 2011, p. 84).

Assim sendo, a boa-fé objetiva é uma cláusula geral e um conceito jurídico indeterminado positivada no ordenamento jurídico brasileiro (art. 113 do CC)¹⁷, possuindo, portanto, densidade normativa fluída. É necessário que o juiz preencha o conteúdo dessa regra casuisticamente, isto é, no caso concreto o juiz deverá analisar se a parte está agindo ou não de boa-fé.

4.2 O DIREITO À INFORMAÇÃO

A informação se revela no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental, que deve ser sempre observado. Trata-se de uma garantia constitucional que faz surgir deveres entre os sujeitos de uma relação. Por isso, há previsão não somente na CF/88, como também em diplomas infraconstitucionais e normas administrativas relacionadas à prática da medicina.

No que tange à responsabilidade civil médica, ao paciente assiste este direito, o que faz surgir para o médico o dever de informar. Tal dever se consubstancia na exigência do consentimento informado, que por sua vez deve ser precedido de toda a informação possível.

¹⁶ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁷ “Art. 113 Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Isto porque é preciso respeitar princípios informadores desta relação, como a autonomia do paciente, sabendo-se que este é vulnerável, porque na maioria das vezes está distante da especificidade da ciência médica, como também se encontra fragilizado devido à enfermidade que lhe aflige.

4.2.1 Conceito

O direito à informação está positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Da forma como está positivado constitucionalmente, há três vertentes de informação, quais sejam: a) o direito de informar (art. 220, da CF/88); b) o direito de se informar (art. 5º, XIV, da CF/88); e c) o direito de ser informado (art. 5º, XXXIII, da CF/88) (LEITE, 2015, p. 25)¹⁸.

O direito de informar é um permissivo, já que é permitido a todo indivíduo veicular as informações que considerar pertinentes. O direito de se informar é o direito de se obter informações, que garante a todos os indivíduos a liberdade no acesso à informação, sem interferências do Poder Público, com exceção do sigilo profissional. Já o direito de ser informado consiste na possibilidade de o cidadão receber de todo e qualquer órgão público informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas as hipóteses nas quais o sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade (LEITE, 2015, p. 25-26).

Percebe-se que o direito à informação está expressamente previsto no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Portanto, em sendo um direito fundamental, deve ser observado também nas relações de privadas, devido à eficácia horizontal dos direitos fundamentais (MARMELESTEIN, 2014). Os direitos fundamentais, além de serem cláusulas pétreas (art. 60, §4º da CF/88), caracterizam-

¹⁸ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

se por ser imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, universais, efetivos, interdependentes e complementares. Tais direitos não podem ser restringidos ou subtraídos pelo constituinte derivado. Ademais, trata-se de um direito fundamental de quarta dimensão, pois é abstrato e geral; e é, ainda, um direito difuso, ou seja, transindividual, indeterminável e indivisível (GÓIS, 2006, p. 696 e 702).

Além desta previsão na Constituição Federal, o diploma consumerista também prevê o direito à informação como um direito básico do consumidor, no art. 6º, inciso III da Lei nº 8.078/90 (CAVALIERI, 2014, p. 392). Em sendo o paciente um consumidor, possui tal direito garantido não apenas pelo CDC, como também pela Carta Magna¹⁹.

O direito à informação no CDC é decorrência direta do princípio da transparência nas relações de consumo. No sistema consumerista, tal direito possui uma função de norma-princípio, e por isso tem eficácia irradiante sobre todas as relações de consumo. Nos serviços médicos deverá sempre incidir a regra consumerista que impõe o dever de informar de forma clara e ostensiva, nos termos do art. 9º do CDC (MAIA, 2011, p. 92)²⁰.

Destaca Maurilio Maia (2011, p. 89), que o direito à informação é um direito de índole constitucional, voltado a todos os seres humanos, sendo consumidor ou não. Caso o médico não seja enquadrado como fornecedor de serviços para aplicação do CDC, ainda assim há a garantia fundamental do direito à informação ao paciente pela via constitucional.

O profissional médico possui conhecimento científico e técnico, ao passo que o paciente é vulnerável, e, via de regra, busca os serviços médicos em uma situação de fragilidade física e emocional. No direito consumerista, a vulnerabilidade é presumida (art. 4º do CDC). A consequência disto na medicina é que o dever de informar integra o próprio contrato como uma obrigação principal, e não como um dever anexo ou lateral. Mesmo nas relações médicas apartadas do direito do consumidor, há a desarmonização entre o conhecimento do médico e a fragilidade psicológica do paciente, estando o médico num patamar superior da relação, havendo a obrigação

¹⁹ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

²⁰ “Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”.

do profissional em nivelar a relação através da concessão de informação inteligível ao paciente. Isto porque o dever de informar tem origem constitucional, legal e ético-deontológico (CEM) (MAIA, 2011, p. 96).

Dentre as vertentes do direito à informação supramencionadas, o direito de ser informado se destaca, para fins desta monografia, e deve ser observado no consentimento informado, assim como o dever do médico em informar ao paciente. Para Edilson Farias (2001, p. 154), “a figura subjetiva do *droit* ou *fait*, ou seja, o direito de ser informado, possui características de um direito fundamental à prestação, que se concretiza por meio de uma ação positiva dos sujeitos que têm o dever jurídico de prestar as informações”. Em sendo um direito prestacional, o direito à informação faz surgir uma obrigação de fazer para aqueles que têm o dever de prestar informações, como o médico.

Hodiernamente, informação representa poder. O poder informativo pode ser visto como poder econômico ou poder de escolha através de informações obtidas. Na relação médico-paciente, “o médico é o detentor de um poder técnico baseado na informação técnica, e o paciente possui o poder de escolher, com base na sua autonomia e liberdade, os passos que lhe aprover”. Mas este poder de escolha somente poderá ser real se o paciente receber informação clara e adequada sobre seu estado de saúde e as possibilidades de tratamento. Percebe-se que a informação define a real liberdade de escolha do paciente. É, portanto, evidente a importância da informação na relação sob comento (MAIA, 2011, p. 88).

Para Maurílio Maia (2011, p. 91), informação esclarecida é pressuposto para escolhas e exercício da autonomia e liberdade. Com uma informação correta e clara, o paciente terá o poder de escolher exatamente o que lhe aprover, sem nenhum induzimento a uma terapêutica indesejada. Ademais, o direito à informação possui como base os seguintes princípios: democrático, republicano, isonômico, dignidade e liberdade.

Geralmente, ainda que presente a informação, esta não tem qualidade e não é suficiente. De acordo com Wilson Ligiera (2009, p. 62), o contrato existente entre médico e paciente é *intuito personae*, pois é estabelecido com base na confiança existente entre as duas partes, até porque, via de regra, a escolha do médico é realizada pelo paciente. Porém, destaca ainda o referido autor que, devido à mercantilização da medicina, não raro este relacionamento pessoal entre médico e paciente não mais existe. Isso reflete diretamente na qualidade da informação

prestada ao paciente.

Sempre que houver riscos, o paciente deve ser informado, para que consinta ou não. Para Marcela Oliboni (2016, p. 8), o paciente que vai se submeter a um ato cirúrgico, por mais simples que seja, sabe que corre riscos. E riscos inerentes ao ato. O que o médico tem que observar é o dever de informar a esse paciente que riscos são estes. Não os informando, responde pela eventual ocorrência dos mesmos. É um direito básico do consumidor. E um dever do médico. Para consentir com riscos, inclusive iatrogênicos, é preciso informação prévia.

Entretanto, o direito à informação não é absoluto, devendo o mesmo ser ponderado com o chamado privilégio terapêutico, previsto no art. 34 do CEM/2009²¹. Tal dispositivo está no Capítulo V do CEM, que diz respeito à relação com pacientes e familiares. É vedado ao médico deixar de informar ao paciente. Mas segundo o referido artigo, o médico poderá mitigar a incidência do direito à informação, mediante uma avaliação de custo-benefício para o paciente no recebimento da informação, devendo repassá-la a um representante legal do enfermo, de forma a não causar prejuízo à integridade psicofísica do paciente (MAIA, 2011, p. 93).

4.2.2 Dever de informação em torno da responsabilidade civil médica: o consentimento informado

Visando ampla compreensão acerca do direito à informação, atrelado à responsabilidade civil médica e ao consentimento informado, mister se faz esclarecer primeiramente todo um viés histórico que culminou no surgimento da Bioética e na determinação do uso do consentimento informado como meio de cumprimento do dever de informação imposto ao profissional médico. Ademais, necessário se faz suscitar pontos específicos a serem observados na análise da validade do consentimento, como a observância da capacidade do sujeito em consentir; bem como critérios a serem observados na prática médica, e esclarecimentos sobre como a jurisprudência vem entendendo acerca de aspectos formais do consentimento.

²¹ “CEM/2009, art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

4.2.2.1 Noções introdutórias

Ligado ao direito à informação, está o direito ao consentimento. Daí surge o consentimento informado, termo aplicado pela primeira vez em 1957, por um juiz americano. O consentimento informado, ou consentimento livre e esclarecido é um elemento central na relação médico-paciente. Resulta de um processo de diálogo e colaboração, visando salvaguardar a vontade e os valores do paciente. O médico tem como deveres, de acordo com os artigos 22 e 24 do CEM/2009, a obtenção de consentimento do paciente ou seu representante legal, e a garantia de que o paciente exercite o seu direito de decidir livremente. Há, portanto, um dever de transparência, com ampla informação ao paciente e sua família (SÁ; NAVES, 2015, p. 110-111)²².

Na antiguidade, quando os atos médicos ficavam restritos a curandeiros e sacerdotes, o êxito ou falha do tratamento dependia exclusivamente dos desígnios divinos. Com o período pós-revolução industrial, aumentou a consciência popular com os direitos humanos, e o médico foi obrigado a ver o ser humano como um sujeito de direitos, buscando um primor técnico contínuo, mas atuando ainda de forma bastante paternalista, pois seria o médico o único capaz de salvar vidas e resguardar a saúde. Tal atitude paternalista dificultava a informação do médico ao paciente, colocando, como consequência, a autonomia do paciente em risco (MAIA, 2011, p. 24).

Contudo, aumentava cada vez mais a consciência da sociedade quanto aos direitos humanos, sobretudo o direito à liberdade de escolha e disposição sobre o próprio corpo. Havia, assim, um quadro social permissivo ao direito ao consentimento livre, informado e esclarecido. Inicialmente, o consentimento servia para a busca da cooperação do paciente no tratar médico. Mas atualmente o consentimento se configura uma pedra angular no respeito à dignidade humana e do direito à autodeterminação (MAIA, 2011, p. 25).

Segundo Lydia Nunes (2007, p. 95), o tema consentimento informado interessa a várias ciências, como a medicina, a psicologia, o direito, dentre outras que estudam o

²² “Art. 22. 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. 24. 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”.

ser humano; possuindo, portanto, um caráter multidisciplinar. Na ciência jurídica, o Código de Nuremberg (1947) foi o primeiro documento que considerou o consentimento informado como um dos direitos dos pacientes. Tal diploma normativo foi “o germe do direito médico hodierno: o direito à autodeterminação do paciente”.

Ressalta-se que o código de Nuremberg é um marco histórico relevante quanto aos aspectos éticos na pesquisa com seres humanos. O fortalecimento do direito ao consentimento informado se deu após as atrocidades relacionadas com a experimentação em seres humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, onde pessoas eram remetidas a uma condição análoga a de ratos de laboratório. O Tribunal de Nuremberg, então, prolatou diversas sentenças, o que culminou na publicação do referido Código em 19 de agosto de 1947. Embora se trate de um Tribunal *ad hoc*, os ideais apresentados quanto aos princípios de ética na experimentação humana inspiraram a elaboração de importantes documentos que tinham o mesmo anseio de proteção humana (MAIA, 2011, p. 25-26).

Mas foi com o surgimento da Bioética que houve mais estudos e a sedimentação do consentimento informado. Pela Bioética, houve valorização da autonomia da vontade humana. Surgiram diversas Cartas de Direitos dos Pacientes, como a dos Estados Unidos da América, em 1972; e diversos documentos de organismos internacionais referenciados como precedentes formadores do consentimento informado, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966). O paciente passa a ser visto não mais como um figurante, e sim como um protagonista do destino de seu tratamento, havendo a consagração da necessidade de consentimento como um pressuposto da atuação médica (MAIA, 2011, p. 27).

No Brasil, as primeiras referências surgiram na década de 1980, a exemplo da Portaria nº 16 de 21 de novembro de 1981 da DIMED (Divisão de Vigilância Sanitária de Medicamentos do Ministério da Saúde), que previu o “Termo de Conhecimento de Risco” nos projetos com drogas não registradas. Contudo, foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990, que houve a imposição aos fornecedores de serviços do dever de informar de forma adequada, clara e segura, impulsionando desta forma o respeito ao consentimento informado, livre e esclarecido. Aos poucos crescerem as demandas judiciais cujas causas de pedir estavam relacionadas à informação e ao consentimento (MAIA, 2011, p. 28).

A Bioética possui muito interesse no estudo do consentimento informado. Trata-se de

uma ciência preocupada com discursos e práticas, “com novas tecnologias empregadas na conservação, alteração e fim da vida humana [...] com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana, que será o centro dessas experimentações”. Deste modo, é necessário que a pessoa tenha garantido o direito de se envolver, participar e de manifestar o seu consentimento (NUNES, 2007, p. 98-99).

A Bioética surgiu no final da década de 60, quando se passou a questionar questões morais atinentes aos experimentos na área médica. Em 1978, a National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, criada nos Estados Unidos da América (EUA) em 1974, publicou o relatório *Belmont Report: ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research*. Tal relatório influenciou a ética médica, estabelecendo princípios pilares da atuação médica, quais sejam: respeito às pessoas, beneficência e justiça. Houve uma verdadeira reação às atrocidades que vinham sendo cometidas na experimentação médica, a exemplo da injeção de células cancerosas vivas em idosos doentes, em 1963, no Hospital Israelita de doenças crônicas de Nova York (MATOS, 2007, p. 196).

O princípio da beneficência (*bonum facere*) impõe um atuar médico sempre em busca de fazer o bem ao paciente, através de uma avaliação de riscos e ponderando um mal causado frente a um bem, que é incerto, e por vezes, menor. O princípio do respeito às pessoas traduz-se no princípio da autonomia. Segundo tal princípio, cada indivíduo tem capacidade para conduzir a sua vida e tomar decisões acerca da sua saúde; atentando-se ainda que para o fato de que há ocasiões em que a autonomia pode estar diminuída. Em tais situações, a autonomia terá uma proteção especial (MATOS, 2007, p. 197).

Há a exigência de reconhecimento da autonomia das pessoas de um modo geral. Mas importa também a proteção daqueles que possuem uma autonomia diminuída. Deste princípio decorre a necessidade do consentimento informado. Este, por sua vez, impõe a obrigatoriedade de três elementos, a saber: informação, compreensão e voluntariedade (NEVES, 2006, p. 159).

Já o princípio da justiça exige um atuar governamental pautado em distribuir de forma equânime as conquistas médicas alcançadas nas pesquisas e nos serviços de saúde, de modo a alcançar a igualdade material (MATOS, 2007, p. 197). Traduz-se, pois, na exigência da “equidade na distribuição” (NEVES, 2006, p. 160).

O princípalismo, corrente da Bioética capitaneada por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, especificando a ética contida no relatório *Belmont Report*, desdobrou o princípio da beneficência, e deu origem ao princípio da não-maleficência (*primum non nocere*), que significa não causar o mal, maximizando os benefícios e minorando os riscos possíveis (MATOS, 2007, p. 196).

Os referidos princípios são basilares na Bioética, possuindo caráter normativo fundamental e axiomático. Orientam o melhor caminho a ser seguido quando da ocorrência de conflitos éticos, comumente surgidos na pesquisa científica e prática clínica médica (MATOS, 2007, p. 198). Os princípios servem como guia na resolução de dilemas morais, e permitem a formulação de regras específicas de conduta (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 123).

4.2.2.2 Especificidades do consentimento informado

Ao se falar de consentimento informado, se faz importante diferenciar autonomia privada e autonomia da vontade, pois há consequências práticas. Houve uma evolução do conceito de autonomia da vontade para a noção de autonomia privada. A autonomia da vontade tem por característica o individualismo exacerbado, que considerava o sujeito fora do contexto social. Segundo tal teoria, a pessoa se obriga por meio da declaração da vontade, que uma vez declarada, teria a força de desencadear efeitos jurídicos. Sendo teoria ligada ao momento do Estado Liberal, a vontade era suficiente para criar o direito, cabendo ao Estado apenas sancioná-la (BORGES, 2007, p. 50-53).

Já a autonomia privada se vincula aos valores constitucionais e ao Estado Democrático de Direito, estando orientada à dignidade da pessoa humana e delimitada pela ordem jurídica. O negócio jurídico não nasce da simples manifestação da vontade, e sim de uma declaração ou comportamento disciplinado pelo ordenamento jurídico, e que, por isso, deve observar todos os pressupostos de validade exigidos. Apenas a vontade que esteja de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar efeitos jurídicos desejados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara. A vontade autônoma, embora seja requisito para a existência de um negócio jurídico, não é suficiente para a sua validade (BORGES, 2007, p. 53-54).

A autonomia privada é a “concessão de poderes de atuação à pessoa”. Tal concessão é delimitada pelo ordenamento, que estabelece o conteúdo dos poderes conferidos aos particulares (SÁ; NAVES, 2015, p. 41-42). Quando se trata de consentimento informado, a autonomia privada é o seu princípio informador, imperando e sustentando toda a doutrina do consentimento informado, e deve estar presente na relação médico-paciente. O princípio da autonomia privada “fundamenta a manifestação de vontade livre da pessoa, sem defeitos ou vícios que possam macular o seu querer” (NUNES, 2007, p. 97 e 99).

O consentimento informado sintetiza o poder de autodeterminação do paciente. Maria Sá e Bruno Naves (2015, p. 108) sustentam que a autonomia privada, para produzir efeitos jurídicos, exige a observância de requisitos de validade, que excepcionam ou complementam os requisitos dos atos jurídicos previstos no art. 104 do Código Civil de 2002. O primeiro requisito é a informação. A decisão acerca do tratamento deve ser revestida da maior quantidade possível de informação. Não significa que o médico irá apenas passar a informação ao paciente. Deve haver uma comunicação com o paciente de forma acessível e abrangente²³.

O segundo requisito é o discernimento, que significa diferenciar, distinguir, fazer apreciação. O paciente deve ser capaz de compreender a situação na qual se encontra. No Direito, a capacidade de fato de exercício leva a uma presunção de discernimento; mas o médico deverá avaliar se o nível de consciência do paciente permite a tomada de decisões por ele. O terceiro e último requisito é a ausência de condicionadores externos diretos à manifestação externa de vontade. A vontade deve ser livre, sem vícios sociais ou do consentimento (SÁ; NAVES, 2015, p. 108-109).

O paciente não deve ser coagido. Mas não se deve ignorar que hoje não se pode conceber que um indivíduo tenha total liberdade, pois há coações sociais advindas da família e do modelo capitalista. A família influencia na decisão, mas isso não significa uma redução do discernimento e da autonomia, pois a família integra o projeto de vida do indivíduo. Contudo, o médico deve abster-se de qualquer influência ou indução nas decisões dos pacientes, auxiliando-o apenas com o repasse de todas as informações necessárias (MATOS, 2007, p. 200).

²³ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

Assim como nos Estados modernos, a nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, previu a dignidade da pessoa humana como seu princípio basilar, impondo o respeito à autodeterminação do indivíduo, que age conforme seu projeto pessoal de vida, informado por questões religiosas, sociais e filosóficas. A Bioética preza pela autonomia da pessoa humana, estabelecendo parâmetros relacionais entre médico e paciente. Há o reconhecimento do importante papel social da medicina, mas exige-se que o profissional atue com condutas positivas de informação, para que o paciente tenha condições de consentir com o tratamento mais adequado ao seu projeto pessoal de vida. A autonomia está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, ao projeto de vida e convicções morais, filosóficas, religiosas e sociais de cada indivíduo (MATOS, 2007, p. 196)²⁴.

Conforme o relatório *Belmont Report*, pessoa autônoma é “o indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir conforme as suas próprias decisões”. Não somente a saúde física deve ser preservada, mas principalmente a saúde mental, não sendo possível que um pseudobenefício justifique a ofensa às convicções do paciente. Por isso que o princípio da autonomia determina a obrigatoriedade de o médico estabelecer uma prévia comunicação com o paciente, informando-lhe de forma clara e adequada, todas as implicações acerca da doença, dos tratamentos possíveis e dos riscos, para que assim possa conseguir o consentimento do paciente que esteja condizente com o seu projeto de vida, preservando suas convicções e dignidade (MATOS, 2007, p. 197).

Porém, há momentos no curso da vida em que uma pessoa pode não ter condições de manifestar o seu consentimento, pois sua autonomia está reduzida, ou está vulnerável. A vulnerabilidade e a redução da autonomia são fenômenos distintos, que podem estar associados ou não, pois a perda da autonomia pode ser reversível, e indivíduos vulneráveis poderão ser autônomos (ALMEIDA, 2010, p. 539).

Para Leonor Almeida (2010, p. 538), autonomia e vulnerabilidade são “pilares que funcionam em articulação, devendo a autonomia ser pensada em função da vulnerabilidade, como componente indispensável, sendo esta entendida como pedido de apoio ou suporte”. Contudo, é preciso distinguir autonomia reduzida de

²⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

vulnerabilidade.

A palavra autonomia deriva do grego *autos*, que significa “próprio”; e *nomos*, que significa “regra”, “governo” ou “lei”. Foi empregada primeiramente com referência à autogestão ou autogoverno das cidades-estados independentes gregas. Mas, posteriormente, o termo autonomia estendeu-se aos indivíduos, abarcando sentidos diversos, como a escolha individual e a liberdade de vontade. Não se trata, assim, de um conceito unívoco, devendo, portanto, ser analisado à luz de objetivos específicos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 138).

O indivíduo autônomo “age livremente de acordo com um plano escolhido por ele mesmo”. Há duas condições essenciais para a autonomia, a saber: a liberdade, que significa a liberdade de influências controladoras; e a qualidade do agente, que significa a capacidade de agir intencionalmente. Uma pessoa autônoma tem capacidade de autogoverno, que pode ser evidenciada na compreensão, no raciocínio, na deliberação e na escolha independente. Haverá a escolha autônoma quando houver o ato de governar efetivamente (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 138).

Segundo Maria Guimarães e Sylvia Novaes (1999), “a autonomia é um princípio ético”. É autônoma a pessoa maior de idade, capaz de decidir livremente sobre questões pessoais ou de seus dependentes, suportando as consequências de suas decisões. A autonomia está ligada intrinsecamente a cada pessoa, não sendo extensível a um grupo ou população.

A autonomia é um conceito ético e individual. Atrelado a isso está o respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Significa que o respeito à autonomia do sujeito concretiza-se no consentimento após informação, ou consentimento livre e esclarecido, “no qual a permissão é fornecida por cada sujeito individualmente, não sendo eticamente possível a alguém consentir por outro que possua autonomia plena” (ALMEIDA, 2010, p. 539).

Percebe-se que a autonomia se materializa no consentimento após a informação, e esta permissão só pode ser dada por cada sujeito, individualmente. Ninguém pode consentir por outro que tenha autonomia plena. Caso isto ocorra, “a decisão é nula e eticamente incorreta”. Contudo, é importante salientar que nos casos de autonomia reduzida, a decisão do tutor ou responsável legal deve ser respeitada, mesmo quando

possa parecer estar errada (GUIMARÃES; NOVAES, 1999).

Porém, é possível que uma pessoa autônoma e com capacidade de autogoverno tenha restrições temporárias, impostas por uma doença física ou mental (como a depressão), pela ignorância, pela coerção, ou por condições que restrinjam suas opções. Caso esta pessoa assina um formulário de consentimento sem lê-lo ou compreendê-lo, embora esteja habilitada a agir autonomamente para dar um consentimento informado, na realidade ela não fez isso (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 138).

A autonomia de muitos sujeitos não é tão ampla, seja por causas temporárias ou definitivas, de ordem biológica. Os códigos de ética e pesquisa consideram os menores de idade e os deficientes mentais, mas não apenas eles, como tendo autonomia reduzida. Isso significa que estes estão impossibilitados de consentir, mesmo após serem informados. Contudo, ressalva-se que é necessário, ainda assim, explicar a estas pessoas as circunstâncias às quais se encontram, e obter sua concordância (GUIMARÃES; NOVAES, 1999).

Frequentemente pessoas institucionalizadas, como presos ou portadores de deficiência mental, tem a sua autonomia reduzida. Ao menos em algum aspecto, estas pessoas são controladas por outros, ou são incapazes de deliberar, ou de agirem com base em seus desejos e planos. Essas pessoas geralmente não são autônomas, mas podem, por vezes, fazer escolhas autônomas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 138).

Quanto à vulnerabilidade, de acordo com Maria Guimarães e Sylvia Novaes (1999), esta “pressupõe o estabelecimento de relações desiguais entre indivíduos ou entre um grupo minoritário e outro nacional envolvente, que além de diferentes são desiguais, por razões sociais, culturais, políticas, educacionais, econômicas, de saúde ou étnicas”.

Esses sujeitos preenchem os requisitos para serem autônomos, pois são maiores de idade, e não possuem deficiência mental que os impeça de decidir. Entretanto, são incapazes de decidir livremente, pois condições sociais, culturais, políticas, educacionais, econômicas, de saúde ou étnicas dificultam a manifestação de sua decisão (GUIMARÃES; NOVAES, 1999). O ser vulnerável é aquele que “possui cidadania frágil, não conseguindo exercer seu direito à integridade física e psicológica

como condição de acesso à plenitude existencial em sociedade” (ALMEIDA, 2010, p. 539).

A palavra vulnerabilidade é derivada do latim *vulnus (eris)*, que significa “ferida”. Deste modo, vulnerabilidade pode ser definida como suscetibilidade de ser ferido. Historicamente, podem ser observados grupos de pessoas que se encaixam como vulneráveis, a exemplos dos judeus; pessoas institucionalizadas, como prisioneiros e órfãos; mulheres, dentre outros. Ao qualificar pessoas e populações como vulneráveis, impõe-se a obrigatoriedade ética de sua defesa e proteção, para que não sejam “feridas”. Neste sentido, o Relatório Belmont afirmou que a proteção dos vulneráveis deverá ser assegurada pelos seus três “princípios éticos básicos” já elencados (NEVES, 2006, p. 158-159).

A definição de vulnerabilidade pode ser encontrada na Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, na seção II.28, definida como:

Estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido.

Destacam ainda Maria Guimarães e Sylvia Novaes (1999), que a vulnerabilidade pode se manifestar de forma individual ou em grupo, pois a vulnerabilidade é decorrência de uma relação histórica entre segmentos sociais diferenciados, onde a diferença entre eles se transforma em desigualdade.

A exacerbação da vulnerabilidade leva à redução ou perda da liberdade individual, impedindo a escolha livre. Nestes casos, é necessário explicar, numa linguagem acessível, e de forma extensa e cuidadosa, o que se pretende fazer, a fim de incentivar uma decisão livre do sujeito. Tal conduta difere do paternalismo, como se verá adiante, pois aqui o sujeito deve decidir por si só (GUIMARÃES; NOVAES, 1999).

Percebe-se que a bioética tem seu estudo centrado na autonomia. A autonomia privada se opõe ao paternalismo, que por sua vez estrutura a cultura médica. Certamente tal princípio encontra resistência dentro da comunidade médica, pois muitos profissionais agem como se a escolha da submissão ou não a certo tratamento lhes coubesse, e não ao paciente. Mas o surgimento ou não do dever de indenizar está relacionado ao cumprimento do dever de informar. Somente o paciente, no exercício de sua autonomia, poderá decidir se vai ou não assumir os riscos inerentes à terapêutica (NUNES, 2007, p. 99).

A vulnerabilidade deve ser combatida a partir da proteção dos vulneráveis. Isso só será possível através da ampliação e rigorosidade da exigência do consentimento informado. Este deve ser enunciado como uma regra de ação voltada ao cumprimento do princípio da autonomia, pois a pessoa autônoma tem capacidade de se autodeterminar, rejeitando qualquer protecionismo paternalista (NEVES, 2006, p. 160).

Destaca Lydia Nunes (2007, p. 99), que é “obrigação ética do médico obter o consentimento informado do seu paciente”. Na ética médica o principal objetivo da atuação do médico (a) é a busca pelo melhor interesse do paciente, que certamente será alcançado quando o profissional presta ao seu paciente todas as informações pertinentes em relação aos procedimentos que são necessários para a promoção e recuperação da saúde.

De acordo com Lydia Nunes (2007, p. 100), “o respeito pela autonomia privada impõe ao médico, na relação com o paciente, tratá-lo como um fim em si mesmo, e não como um meio para alcançar outros fins, em especial quando o consentimento for necessário para a investigação e pesquisa”. Toda intervenção médica invade a esfera particular e íntima do paciente, desde uma simples anamnese, até um procedimento cirúrgico. Daí a importância do consentimento informado, em respeito aos direitos da personalidade, que estão em estreita vinculação com a dignidade humana.

Contudo, ressalta Lydia Nunes (2007, p. 101) que a liberdade de consentir ou não num consentimento informado não tem o mesmo sentido da liberdade de consentir ou não na conclusão de um contrato de cunho patrimonial. A relação entre o médico e o paciente é especial, pois é pautada na fidúcia, sendo que o que é mais importante é a saúde do paciente.

A liberdade para consentir em intervenções médicas está, à partida, condicionada - não quero dizer viciada – pelo estado de saúde do paciente. Esta encontra-se em relação ao médico numa situação de inferioridade, inferioridade essa estrutural, se não de dependência. Além disso, tem pouca ou nenhuma escolha, uma vez que quer recuperar a sua saúde. Falta-lhe poder negocial. Por isso, até poderá estar disposto para consentir. É neste contexto que ganha particular relevância a informação previamente prestada que cria uma relação de confiança pessoal [...]. O consentimento prestado em relação à pessoa de um determinado médico não aproveita, sem mais, a outro médico, precisamente em atenção à relação de confiança pessoal criada. O consentimento prestado é, sempre, livremente revogável. (HÖRSTER *apud* NUNES, 2007, p. 102)

A exteriorização da vontade do paciente só pode se dar após ter sido suficientemente esclarecido sobre o tratamento e procedimentos a que se submeterá. Além disso, o

paciente deve ter capacidade para entender e querer, o que pressupõe capacidade jurídica, ou seja, ser maior e capaz, a fim de que o consentimento seja plenamente eficaz. Sendo incapaz, necessária se faz a representação ou assistência (NUNES, 2007, p. 103).

É importante frisar que a capacidade jurídica é aquela adquirida pelo implemento de uma idade mínima. Trata-se de uma capacidade presumida, sendo uma ficção jurídica, que somente é afastada se demonstrado que a pessoa não possui discernimento em razão de algum mal físico ou psíquico (MATOS, 2007, p. 208).

Destaca Lydia Nunes (2007, p. 103), que, devido à especialidade do objeto da relação médico-paciente, aquele não pode receber o tratamento geral dispensado a um negócio jurídico patrimonial, pois há uma elevada natureza pessoal, dizendo respeito à pessoa na sua individualidade.

Doutrinadores médicos e jurídicos são unânimes em afirmar que é necessário um regime específico para a capacidade de consentir em intervenções médico-cirúrgicas. Parte-se da capacidade, devendo o profissional médico, no caso concreto, avaliar e fundamentar essa (in)capacidade. É uníssono que, para se afirmar a capacidade para consentir, na concreta situação, é preciso que o sujeito tenha capacidades intelectuais, volitivas e emocionais que lhe permitam decidir. Tal decisão deve estar consoante aos valores que a pessoa assumiu para si (NUNES, 2007, p. 103).

Para que haja consentimento, é preciso que o paciente seja suficientemente informado previamente. Somente quando informado, será possível que o paciente se manifeste sobre a autorização ou recusa quanto a determinada intervenção médica. Tal manifestação é necessária ao seu tratamento. Segundo Lydia Nunes (2007, p. 104), “o médico e todas as pessoas envolvidas, no tratamento a que será submetido o paciente, têm o dever de informar e esclarecer os procedimentos que serão adotados, as possibilidades de sucesso e os riscos a que está sujeito”. Percebe-se que se trata de uma informação a ser prestada por uma equipe multidisciplinar, de forma que o paciente possa obter a maior e melhor quantidade de informações possíveis.

A manifestação do paciente no consentimento informado, segundo a bioética, tem como objeto o direito à integridade física e moral, à saúde e à vida. Tais direitos são direitos da personalidade, de natureza personalíssima, o que significa que somente o

titular pode manifestar-se sobre tratamento (NUNES, 2007, p. 105).

Ainda de acordo com Lydia Nunes (2007, p. 105), “a manifestação só será válida quando o paciente for capaz de compreender as informações que lhes foram prestadas acerca do tratamento, as possíveis consequências do tratamento, com as vantagens e riscos”. Destaca ainda a referida autora que, mesmo aquelas pessoas não tenham capacidade jurídica, às vezes poderão externar sua vontade em consentir ou recusar o tratamento médico, o que deve ser respeitado.

Quanto àquelas pessoas sem qualquer discernimento, a exemplo dos recém-nascidos e dos pacientes em estado de inconsciência, primeiramente é preciso verificar se o incapaz tem ou não um representante legal. Havendo um representante legal, será ele o responsável pelo consentimento (NUNES, 2007, p. 105).

Não havendo um representante legal, a atuação médica deve ser submetida à autorização judicial, se não for um procedimento urgente. Mas sendo caso de urgência ou emergência, as decisões tomadas pelo médico serão de sua inteira responsabilidade, e, posteriormente, serão submetidas à apreciação judicial. O médico deve pautar suas escolhas tendo como objetivo o melhor interesse do paciente e a sua vontade presumida (NUNES, 2007, p. 106).

A atuação médica em emergências, via de regra, não são precedidas de consentimento ou informação, pois são momentos que exigem decisões rápidas. Quando houver risco iminente à vida, o médico tomará a decisão pelo paciente, havendo, portanto, uma mitigação excepcional do dever de informar. Porém, passado o momento crítico, e restabelecida a autonomia do paciente, esse deve ser devidamente informado, para que possa consentir com o prosseguimento do tratamento (MATOS, 2007, p. 200 e 203). Trata-se de situação prevista, inclusive, no Código de Ética Médica (2009), em seu art. 22.

Todavia, por outro lado, deve-se respeitar o direito do paciente em não querer saber. O doente pode preferir não saber sobre o seu estado de saúde, nem sobre as terapêuticas a que está sendo submetido e suas consequências. Ainda assim, deve o paciente ser respeitado. Esta sua opção não deve ser interpretada como ausência de consentimento para qualquer tratamento (NUNES, 2007, p. 105).

Vale ressaltar ainda que o dever de informar que se impõe ao médico diz respeito exclusivamente ao paciente, e não à sua família. “Sendo ele incapaz de compreender

e discernir, ou ainda, tratando-se de menor, esse dever alcança o representante legal, que pode ou não ser da família”. O mesmo quanto ao consentimento. Somente o paciente, se em condições de se manifestar, poderá exteriorizar sua vontade, fruto de sua convicção pessoal. Para que haja a prestação de informações à família, o paciente deve autorizar, se for capaz de discernir e manifestar-se (NUNES, 2007, p. 107).

Para Rui Stoco (2011, p. 623), o médico deve esclarecer ao seu paciente sobre a sua doença, riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e seus familiares sobre todas as precauções, com esclarecimentos em termos compreensíveis. Conclui o autor que, além de outras hipóteses de responsabilização, o médico poderá ser responsabilizado pela falta de informação.

4.2.2.3 Aspectos relevantes e práticos acerca do consentimento informado

O consentimento informado protege não só a liberdade de escolha do paciente, como também os direitos constitucionais à vida e à dignidade humana. Para preservar tais direitos, o médico precisa, como regra, obter o consentimento informado do paciente, fazendo com que este exercite o seu direito de livre escolha, com base na liberdade, igualdade e da faculdade de autodeterminação. Isto porque o paciente só pode escolher, protegendo a dignidade e a vida, se conhecer as consequências de suas escolhas, e para isso é imprescindível a informação, que deve ser clara e inteligível ao nível intelectual do paciente. Para que o consentimento seja juridicamente válido, é preciso informação prévia (MAIA, 2011, p. 30-32).

O consentimento é um meio para que o médico realize legalmente o tratamento de saúde. Em sendo a saúde, segundo o art. 196 da Constituição Federal de 1988, um “direito de todos e dever do Estado”, o consentimento informado é um meio de protegê-la. Há a busca pela preservação do bem-estar biopsicossocial do paciente, com base na manifestação de sua vontade (MAIA, 2011, p. 35).

O consentimento informado possui base constitucional no que diz respeito aos direitos à vida, à dignidade, à liberdade (autodeterminação), à igualdade e à saúde. Infraconstitucionalmente, o Código Civil de 2002 consagrou os direitos da personalidade, do artigo 11 ao 21, conferindo ampla tutela protetora à pessoa humana. Dessa forma, o consentimento informado é uma garantia de proteção aos

direitos da personalidade do paciente, e é medida impositiva para salvaguardar todos estes direitos do paciente, mantendo a atuação do profissional dentro dos parâmetros legais (MAIA, 2011, p. 35-39).

O consentimento com a prévia e devida informação é fonte de legitimação do ato médico durante todas as fases de um tratamento ou experimentação, sendo determinante para a formação e continuidade do contrato de saúde. A presença, falta ou deficiência da informação gera consequências diretas para a validade do consentimento e da responsabilização médica (MAIA, 2011, p. 97). Ademais, somente quando devidamente informado, o indivíduo será capaz de buscar a efetividade do cumprimento dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos (MATOS, 2007, p. 198).

A exigência do consentimento informado é um meio de respeito à autonomia do paciente. O dever de informar significa que a relação médico-paciente deve ser aberta ao diálogo. Sem prejuízo de outros, podem ser destacados alguns elementos principais que devem ser informados, a saber: o diagnóstico; a gravidade da doença; os exames necessários; os tratamentos existentes e adequados ao caso, com indicação de quais são mais invasivos e dolorosos; os benefícios possivelmente alcançados; e os riscos dos procedimentos. A informação deve ser clara e com linguagem acessível. Quando a par destas informações, o paciente poderá confrontar as opções terapêuticas existentes com as suas convicções pessoais decorrentes do seu projeto de vida, e, ao fim, consentir ou não com o tratamento (MATOS, 2007, p. 199).

O consentimento não significa que o paciente está dispondo do próprio corpo, o que é vedado por lei. Em verdade, significa aceitar um tratamento que apresente melhor custo-benefício, fixando limites à atuação do profissional, de modo a torná-la lícita. Ademais, a liberdade no tratamento está ligada à informação e à autodeterminação do paciente, limitando-se às questões de ordem pública. A violação do direito à informação pode resultar num consentimento inválido, e por isso ilícito, sendo possível a reparação no âmbito da responsabilidade civil (MAIA, 2011, p 33).

Entretanto, no Brasil, o consentimento informado tem-se convertido em mais um documento a ser assinado pelo paciente. Infelizmente, não há a preocupação em verificar se o paciente compreendeu os riscos e as opções de tratamento. Geralmente, o termo de consentimento informado é redigido em linguagem de difícil compreensão

para o cidadão comum. Ademais, via de regra, o paciente está fragilizado e vulnerável, sendo-lhe apresentado um documento padronizado para assinatura. Neste momento, querendo ver agilizado o seu processo de internação, apenas assina, sem nada compreender, pois não houve um diálogo que conformasse sua consciência deliberativa (SÁ; NAVES, 2015, p. 37).

Documentos padronizados e genéricos não são aceitos pela doutrina e jurisprudência como juridicamente válidos para reconhecer o respeito à autonomia do paciente. O necessário consentimento informado “não poderá nunca se resumir em um documento preestabelecido ou elaborado pelo hospital com informações gerais e solicitação de autorização de tratamentos”. Em verdade, o consentimento informado não se resume a um mero documento a ser assinado pelo paciente. Isto porque é possível consentir de toda e qualquer forma válida e verificável, desde que tenha havido uma prévia e eficaz informação de todas as implicações médicas conhecidas (MATOS, 2007, p. 199-200).

Neste sentido, destaque-se importante trecho da ementa de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual se evidencia a necessidade do diálogo entre médico e paciente, e o fato de que o consentimento independe de uma forma previamente estabelecida, desde que haja a prévia informação (TJRS – 9ª Câmara Cível – AC 0205235-27.2018.8.21.7000 – Rel. Des. Eugênio Facchini Neto – Unânime – DJ. 26/09/2018):

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO E ADOÇÃO DE PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS INVASIVOS DESNECESSÁRIOS. CONSENTIMENTO INFORMADO NÃO VERIFICADO. DANO MORAL CARACTERIZADO. [...] 3. Pacientes são sujeitos de direitos e não apenas objeto de atenção médica. Cabe a eles, no exercício de sua autonomia, participar das decisões que lhe digam respeito, dando a palavra definitiva sobre os limites das atuações médicas a eles concernentes. Portanto, atualmente tem-se que o médico somente afasta sua responsabilidade pelos efeitos danosos decorrentes de uma intervenção médica, mesmo na ausência de qualquer falha técnica sua, se tiver previamente esclarecido seu paciente sobre todas as circunstâncias envolvendo o procedimento, particularmente os riscos existentes, bem como as alternativas presentes, seus custos, os efeitos de cada uma, além de outros elementos, de forma a obter o consentimento devidamente informado e esclarecido do paciente. 4. *O consentimento é ‘um processo (um diálogo), uma explicação passo a passo, não uma formalidade’.* Portanto, não se esgota na coleta de uma assinatura do paciente em um formulário previamente redigido pelo médico. *Como regra, o consentimento pode ser manifestado por qualquer forma, oral ou escrita. Igualmente a informação que o precede segue o regime da liberdade de forma.* [...] (grifo da autora)

Por óbvio, para o médico, é preferível que haja o consentimento por escrito, inclusive

para fins probatórios. Mas se não for possível, é sugerido que o processo de obtenção do consentimento seja documentado formalmente mediante testemunhas, consoante recomendação da Declaração de Helsinque, em seu art. 22 (MATOS, 2007, p. 202).

Além disto, Cláudia Marques (2004, p. 11-48) invoca ainda a teoria da perda de uma chance, afirmando que a falha de informação adequada leva o paciente a perder a chance de tratar-se com outro médico, que teria prestado os esclarecimentos e respeitado sua liberdade de escolha.

Em síntese, para que o consentimento seja válido, é preciso: a) informação; b) não haver ingerências externas; c) capacidade jurídica; e d) discernimento. Quanto ao discernimento, ainda que ausente, ainda assim deve haver a participação destas pessoas na tomada de decisões, intervindo na medida do possível no procedimento de autorização (MATOS, 2007, p. 211-212).

Percebe-se que desde o surgimento da Bioética houve grandes avanços no que diz respeito à observância do princípio da autonomia. Tais avanços influenciaram a edição do atual Código de Ética Médica, que prevê a exigência do consentimento informado no atuar médico. Para Gilson Matos (2007, p. 203), o referido código se coaduna com os princípios informadores da bioética, demonstrando que a classe médica respeita os direitos humanos universalmente consagrados. Eventuais violações serão devidamente sancionadas, através de processos ético-disciplinares; e pela via judicial, através da responsabilidade civil ou penal, ocasionalmente.

4.2.3 Análise de julgados pertinentes

Comumente na prática forense há pleitos indenizatórios decorrentes de alegações de erro médico que demandam dilação probatória. Os juízos *a quo* e *ad quem* costumam acatar laudos de perícias médicas. Tais laudos geralmente descartam o erro médico e classificam o ocorrido como iatrogenia, não sendo passível de indenização, e os magistrados julgam neste sentido. Ou seja, o fundamento da não responsabilização por erro médico acaba sendo, equivocadamente, a iatrogenia, e não a ausência de imperícia, negligência ou imprudência.

A iatrogenia acaba por tornar-se uma tese de defesa frente ao possível erro médico.

São poucos os julgados que enfrentam a iatrogenia em si, e a possibilidade ou não de reparação frente a ausência de um consentimento livre e esclarecido acerca das consequências dos procedimentos médicos, que embora previsíveis, podem não ser desejadas pelo paciente.

4.2.3.1 Apelação Cível nº 9161934-33.2008.8.26.0000, da Comarca de Campos do Jordão. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Quarta Câmara de Direito Privado.

Trata-se de apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedente uma ação de indenização por erro médico, ao argumento de que não fora demonstrada culpa do réu. A apelante alegou que em decorrência de uma cirurgia para correção de varizes da perna esquerda, sofreu lesão do nervo sural, o que a impossibilitou para o trabalho, justificando a sua aposentadoria por invalidez junto ao INSS.

O laudo subscrito por um neurocirurgião indicado pela Sociedade Brasileira de Neurologia foi no sentido de ser a lesão do nervo sural intercorrência previsível e aceitável na realização da safenectomias, ou seja, seria uma iatrogenia.

O relator ressaltou que a apelante argumentou o recurso com base na falta de esclarecimento anterior à cirurgia acerca do risco de lesão ao nervo sural, e por isso a lide deveria ter outro resultado. Durante o julgamento, prevaleceu o entendimento pela confirmação da decisão do juízo *a quo*, sob o argumento de que não fora demonstrada a culpa do médico.

Os desembargadores da Quarta Câmara de Direito Privado do TJSP, por maioria, negaram provimento ao recurso, como pode ser extraído da ementa:

Responsabilidade civil. Cirurgia de correção de varizes e lesão do nervo sural, com incapacidade para o trabalho. Erro médico. Indenização por danos morais. Não configurada a culpa do médico. *Risco estimado e previsível*. Cirurgia recomendada. *Dever de informar correlato ao aconselhamento*. Ausência de prova. Causa que não é suficiente para autorizar indenização. Recurso desprovido. (grifos da autora)

Destacaram os doutos desembargadores que houve inovação da causa de pedir, pois a apelante alegou não ter sido informada dos riscos da cirurgia, e deste modo concluíram que seria inviável adotar este argumento em sede de apelação, pois não teria sido concedido ao apelado a oportunidade de se contrapor à afirmada omissão.

Salientaram ainda que a cirurgia não era somente recomendada, como também necessária, e que se trata de um procedimento invasivo, ou, uma modalidade de serviço de “periculosidade inerente”, cujo resultado não foi integralmente satisfatório devido a uma causa previsível. Além disso, a apelante também não teria insinuado que, diante do risco estimado de 20%, deixaria de ter realizado o procedimento como forma de tratar o mal que lhe acometia, sendo isto fundamental para análise de critérios hipotéticos ou de probabilidade.

Ademais, quanto ao dever de informar, entenderam que este seria “correlato ao aconselhamento, além do que envolve o ‘padrão subjetivo do doente’ criando uma relação médico-paciente, de modo a sugerir aprofundado exame seus dados e suas circunstâncias para se concluir por alguma falha profissional”. Não seria razoável utilizar-se a não informação como fator determinante para autorizar a indenização pleiteada pela apelante, sobretudo porque a prova técnica seria de indiscutível primazia, afastando a culpa do profissional, devendo a sentença ser mantida.

O relator teve seu voto vencido, mas é imprescindível que se observe os seus fundamentos, pois houve o enfrentamento sobre a consequência da ocorrência do dano iatrogênico frente à não informação. Ele entendeu que o recurso deveria ser provido em parte, e preparou a seguinte ementa:

Responsabilidade civil – Cirurgia de correção de varizes e lesão de nervo sural, com incapacidade para o trabalho – *Aplicabilidade da teoria res ipsa loquitur, em virtude de não ter sido a paciente informada dos riscos e da total falta de prova da previsibilidade desse tipo de dano* – Provimento, em parte, para fixar a indenização por danos morais em R\$ 20.000,00. (grifo da autora)

Destacou que o recurso desafiava o fundamento do laudo no sentido de ser a lesão do nervo sural uma intercorrência previsível e aceitável na realização de sanfenectomias, e centralizou a argumentação na falta de consentimento esclarecido sobre tal risco.

O médico que subscreveu o laudo não teria explicado o motivo pelo qual seria recorrente, na cirurgia de correção de varizes, a lesão do nervo sural. Irany Moraes (2003, p. 490), citada pelo presidente e relator vencido, Des. Ênio Santarelli Zuliani (2009), afirma que é grave a confusão que se faz entre a veia safena e a artéria femoral durante a safenectomia, e que a extração produz um quadro que evolui para gangrena, tratando de um caso de imperícia.

Além disso, realçou o relator que o juiz não está adstrito aos laudos periciais para

julgar uma causa. Estaria claro que a apelante foi submetida a uma intervenção indicada para correção de varizes e acabou sofrendo uma lesão do nervo sural classificada como grave, o que resultou em sua aposentadoria por invalidez.

A literatura médica trazida no laudo não trouxe garantias de previsibilidade quanto a possibilidade de fragmentar o nervo sural em cirurgia de varizes. Não houve nenhum documento da literatura médica anexado sobre a previsibilidade de lesão do nervo, não sendo aceitável o desfecho que levou à invalidez da apelante.

Evidenciou o relator que a “boa-fé, inclusive do requerido, não é uma excludente de responsabilidade”, e a autora sofreu uma anormalidade não justificada pelo próprio médico ou pelo perito. O fato de o procedimento de correção de varizes ser não complexo e poder ser invasivo de acordo com o critério de diagnóstico médico, obrigaria a obtenção de um consentimento esclarecido sobre os riscos da medida a ser executada.

Ademais, a responsabilidade do médico não decorre única e exclusivamente da ausência de informação para obter consentimento assumido do paciente, mas, sim, de acontecimento que fala por si próprio (teoria da *res ipsa loquitur* ou *the thing speaks for itself*). Há a presunção de culpa, caracterizada quando o dano deriva de uma anormalidade provocada por ato de controle exclusivo do médico, excluída qualquer participação da vítima.

Em não tendo havido prova da habitualidade de lesão do nervo sural, com dados estatísticos e com raciocínio científico, e não tendo a vítima atuado de forma a permitir que se instalasse a lesão que a incapacitou, concluiu o relator que o dano existiu *in re ipsa*, e sugeriu provimento em parte no tocante ao valor da indenização, pois a autora pleiteou 100 salários mínimos, mas analisando a extensão do dano, deveria a indenização ser arbitrada em R\$ 20.000,00.

4.2.3.2 Remessa Necessária e Apelação Cível nº 1999.51.01.061340-1, da Décima Primeira Vara Federal do Rio de Janeiro. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Oitava Turma Especializada.

Trata-se de Remessa Necessária e Apelação Cível interposta pela ré (Universidade

Federal do Rio de Janeiro) contra sentença prolatada nos autos de uma ação ordinária que julgou procedente o pleito indenizatório por danos morais, condenando a ré a pagar ao autor indenização no valor de R\$ 13.600,00; a fornecer prótese ocular, arcando com as despesas necessárias para a implantação; e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor apurado a título de danos morais.

O apelado fez tratamento oftálmico no Hospital Universitário Clementino Fraga Filho para a retirada de catarata no olho esquerdo. Em 1997 foi operado pelo Dr. Nelson, e após 11 dias da operação, seu olho não abria devido a uma endoftalmite. Posteriormente foi informado pelo referido médico que o olho deveria ser retirado e substituído por uma prótese. O olho foi retirado, mas não houve colocação da prótese. Sentindo-se prejudicado, ajuizou ação ordinária que tramitou na Décima Primeira Vara Federal do Rio de Janeiro.

O juízo *a quo* entendeu que houve “falha no serviço estatal, o que concorreu para a imposição de dano ao autor”. Segundo o laudo pericial, a infecção não foi adquirida no interior do hospital, pois não fora advinda da má esterilização dos instrumentos utilizados na cirurgia, nem houve soluções contaminadas. A infecção aparenta ter ocorrido devido às inadequadas condições de higiene que o autor conferiu ao olho operado.

Apesar disso, o relator ressaltou que é necessário que se esclareça adequadamente ao paciente acerca dos riscos a que se encontra sujeito. O dever de informar sobre os riscos “é ínsito da atividade médica, matéria inclusive objeto de disposições do Código de Ética Médica”. Da análise dos documentos acostados aos autos, não se verificou que o autor tenha sido orientado acerca dos riscos que se submeteria pela inobservância das necessárias condições de higiene com o olho operado, ou dos objetos em contato com o olho.

Acrescenta-se a isso o fato de o apelado ser idoso e com reduzido grau de escolaridade, necessitando, pois, de maiores cuidados na prestação de informações. A omissão na prestação das informações “constitui-se em condição eficiente para ocorrência do dano”. Por outro lado, se a informação tivesse sido prestada adequadamente, o autor ainda poderia ser acometido pela endoftalmite. Mas neste caso, inexistiria responsabilidade médica ou do hospital.

A endoftalmite infecciosa pós-operatória, conforme dito pelo perito, “é uma infecção

intra-ocular que pode ser encontrada após qualquer procedimento cirúrgico oftalmológico”. Aludiu o apelante que, por maiores que sejam os cuidados empregados no tratamento, fatores imponderáveis podem advir, não sendo lícito atribuir responsabilidade ao médico por resultado pretensamente insatisfatório, sem a prova cabal de negligência. Não teria sido demonstrado onexo causal entre a lesão e a conduta do médico, que excluiria a responsabilidade da autarquia.

Contudo, ressaltou o relator que a existência ou não do dever de reparar não está na ocorrência da endoftalmite, mas sim pela não observância do dever de informar, esclarecendo ao paciente quanto aos riscos inerentes ao pós-operatório. Assim como dito pelo juízo *a quo*, a informação deveria ter sido observada para afastar qualquer tipo de infortúnio, sobretudo a respeito dos riscos mais prováveis que podem advir de uma cirurgia de correção de catarata. A omissão da informação, agravada pela idade avançada do apelado e seu baixo nível de escolaridade; juntamente com o dano, torna inegável a existência do nexo entre a omissão e o prejuízo não pecuniário experimentado pelo autor, havendo, assim, a obrigação de indenizar.

Percebe-se que houve nexode causalidade, pois o dano sobreveio do atuar médico. Certamente a apelante tentou afastar a configuração da imprudência, negligência ou imperícia, pretendendo-se a configuração de um dano iatrogênico. Mas isso não se sustenta, pois não houve o cumprimento do dever de informação necessário ao esclarecimento do apelado, no que concerne às necessárias condições de higiene, bem como a falha na resolução do processo infeccioso intraocular.

O relator conheceu do recurso e da remessa necessária, para dar-lhe parcial provimento, o que culminou na edição da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA - CATARATA. INFECÇÃO OCULAR. FALTA DE HIGIENE. NEGLIGÊNCIA. PERDA DO OLHO. CONFIGURAÇÃO DE NEXO CAUSAL. DANOS MORAIS. JUROS. 1 – Ajuizou-se ação ordinária, objetivando a condenação da ré em indenização por danos morais, na base de 500 (quinhentos) salários mínimos vigentes no país, pela lesão sofrida; verba para tratamento médico, incluindo toda medicação utilizada, bem como toda e qualquer despesa com intervenções cirúrgicas, quantas forem necessárias, a serem apuradas em liquidação de sentença; e, verba para transplante de córnea. 2 – Com efeito, a uma, no que concerne ao nexo etiológico, conforme anotado pelo Ministério Público Federal restou configurado, na medida em que o dano experimentado, insofismavelmente, sobreveio do atuar médico pretérito; a duas, que em realidade, o que se intenta afastar é a qualificação de imprudente, negligente ou imperito deste atuar, *pretendendo-se a configuração, afinal, de um dano iatrogênico, o que todavia não se sustenta, na medida em que, não houve o cumprimento do dever de informação necessário ao esclarecimento do autor, a par da falta de condições de higiene*

do nosocômico, bem como a falha na resolução do processo infeccioso intraocular, a permitir o reconhecimento da conduta, nos moldes epigrafados; a três, que a fixação do valor do dano moral, atendeu aos parâmetros, usualmente apontados pela jurisprudência, havendo assim proporcionalidade do valor fixado ante as circunstâncias fáticas, em tela, o poder econômico do ofensor, e o caráter educativo da sanção; a quatro, que a taxa de juros adequada deve se orientar pela data da ocorrência do evento lesivo, sendo de 6% ao ano. 3 – Remessa e recurso conhecidos, para dar-lhes parcial provimento. (grifo da autora)

Destarte, os Membros da Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, conheceram da remessa e do recurso, para dar-lhes parcial provimento.

4.3 A SUPERAÇÃO DA MEDICINA PATERNALISTA E O NECESSÁRIO DEVER DE INFORMAR EM ÂMBITO DE IATROGENIA

Segundo Leonardo Fabbro (1999), a autonomia do paciente, compreendida como o respeito à sua autodeterminação, e a sua participação ativa no processo terapêutico é algo recente na história da medicina. Habitualmente, sempre se identificou uma tendência paternalista na conduta do médico.

A relação paternalista pode ser caracterizada pelo fato de o médico não conceder a participação do paciente na tomada de decisões, dando-lhe pouca ou nenhuma informação sobre seu estado de saúde e tratamentos possíveis (MATOS, 2007, p. 198).

Antigamente era comum a figura do médico de família, pessoa de confiança, que possuía uma relação de respeito e amizade para com o paciente e sua família. Nessa relação não havia espaço para desconfianças e questionamentos sobre a qualidade dos serviços prestados (SÁ; NAVES, 2015, p. 101). Sob o argumento de que o paciente deve ser poupado de mais sofrimento, que seria ocasionado pela consciência acerca da doença que lhe acomete e do tratamento indicado, tradicionalmente sempre houve violação dos direitos do paciente em ser informado e de poder escolher livremente (FABBRO, 1999).

André Pereira (2010, p. 02-03), cita afirmações extraídas de literaturas médicas que evidenciam o paternalismo. A exemplo, o francês Louis Faure, na obra “a alma do cirurgião”, publicada em 1929, afirmou o seguinte: “Eu penso que há até o direito de

operar sempre, até contra a vontade do doente. Penso e tenho-o feito [...] Por duas vezes no hospital fiz adormecer doentes contra a sua vontade [...]”. Noutro exemplo, o médico espanhol Marañon, em 1952, afirmava que: “Devemos declarar heroicamente que o médico não só pode, mas que deve mentir [...] Na medicina não há praga mais odiosa que a dos médicos que dizem quase por sistema a verdade”. Hodiernamente tais pensamentos e ações não são admissíveis em hipótese alguma, pois a cultura hipocrática paternalista foi superada pelo primado do princípio da autonomia do paciente.

Além disso, os profissionais médicos, rotineiramente, devem harmonizar os princípios da autonomia, da beneficência e da não-maleficência. Há situações que exigem ponderação do profissional, a exemplo dos casos de emergência, que por sua própria natureza, inviabiliza o processo informativo (FABBRO, 1999).

Beneficência vem do latim *bonum facere*, que, literalmente, quer dizer “fazer o bem”, num viés comissivo. Já a não-maleficência diz respeito a não fazer o mal, num viés omissivo. Há duas obrigações morais distintas, sendo que, tradicionalmente, com o Juramento de Hipócrates, a obrigação imperativa ao médico era a de fazer o bem, ao passo que o não prejudicar era uma obrigação subsidiária. Hodiernamente, é o contrário, ou seja, a obrigação principal é não prejudicar, e jamais se favorece o paciente sem que este dê o consentimento (SÁ; NAVES, 2015, p. 35).

O profissional médico deve buscar o melhor interesse do paciente. Tal entendimento é o objetivo do princípio da beneficência, segundo o qual o melhor interesse deve ser do ponto de vista do médico, sem considerar as manifestações pessoais do paciente. Este princípio está estampado no famoso Juramento de Hipócrates, da seguinte forma: “Pelo que respeita à cura dos enfermos, ordenarei a dieta segundo o meu melhor parecer e mantereí afastado deles todo o dano e todo o inconveniente” (NUNES, 2007, p. 100).

Apesar de tal juramento possuir um papel importante na ciência médica, como a confidencialidade, parte-se de um pressuposto de que o paciente deveria entregar ao médico todas as decisões, sem questionamentos, pois o médico (a) teria toda a sabedoria técnica e moral para tratar da melhor forma a doença. Muitas críticas permeiam o Juramento de Hipócrates, sendo o paternalismo a mais pronunciada (NUNES, 2007, p. 101).

A Bioética surgiu diante de uma necessidade frente à revolução científica e técnica ocorrida nas ciências biológicas e médicas, a partir dos anos 1950. O cientista passou a deter o poder, derivado do saber científico, técnico e moral. Ao cientista cabia dizer o que era verdadeiro, e o que era falso. Neste contexto surgiu o paternalismo médico. Os médicos passaram a se enxergar como grandes salvadores das pessoas, pelo fato de descobrirem doenças e saberem como tratá-las. Contudo, para isso, deveria haver uma submissão às suas determinações. Os médicos estavam, portanto, acima do bem e do mal, não sendo possível, neste contexto, falar em ética da ciência (SÁ, NAVES, 2015, p. 4-5).

Isto só começa a mudar nos idos de 1930 e 1940, devido a dois eventos importantes, quais sejam: a utilização bélica da energia atômica e a experimentação médica nos campos de concentração nazistas. Percebeu-se que havia necessidade de limites, surgindo a Bioética, que imporia obrigações éticas nas práticas dos profissionais de saúde (SÁ, NAVES, 2015, p. 5 e 7).

Segundo Wilson Ligiera (2009, p. 1), “dentre os principais motivos do incremento das ações de indenização *mala praxis*, está a desmistificação da figura do médico”. Outrora visto como um sacerdote infalível e intangível, o profissional médico hodiernamente é visto como um prestador de serviços, que assim como todos os demais profissionais, deve ser responsabilizado por eventuais danos causados aos consumidores.

Destaca Wilson Ligiera (2009, p. 1), que “com o desaparecimento do antigo médico de família, amigo e conselheiro, e o alargamento da intermediação dos serviços de saúde, tem havido uma constante deterioração da relação entre médico e paciente”. As consultas são cada vez mais rápidas, num processo mecanizado, o qual faz com que o paciente questione a atuação do médico, e desconfie se a terapêutica adotada é realmente a adequada para seu caso.

A beneficência é um dever ético secundário que rege a conduta médica, que por sua vez deve ser sempre subordinada ao consentimento do paciente. Isso rechaça o paternalismo e respeita a autonomia do paciente. O princípio da autonomia pode ser entendido como o reconhecimento de que a pessoa possui capacidade de se autogovernar, de modo livre e sem influências externas (SÁ; NAVES, 2015, p. 36).

A relação médico-paciente sofre considerável transformação com o princípio da

autonomia. A relação, que antes era de autoridade e submissão, perde espaço para a consideração de que o paciente é um sujeito partícipe do processo terapêutico. Para que isto ocorra, é preciso uma intervenção transparente, permitindo que o paciente tenha o máximo de informações antes de decidir. Informação esta que deverá ser clara, com linguagem acessível, sem termos técnicos que dificultem o entendimento (SÁ; NAVES, 2015, p. 36-37).

O aspecto paternalista é fruto de uma interpretação equivocada do modelo hipocrático. O Juramento de Hipócrates é um documento histórico, e, como tal, deve ser interpretado à luz do momento histórico de sua elaboração. Gilson Matos (2007, p. 196 e 198), esclarece que a compreensão na ciência médica acerca do caráter relacional entre médico e paciente tem promovido diversas críticas ao paternalismo, que por sua vez, é inconciliável com os escopos modernos da bioética informada pelos princípios da beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça. Com a consolidação de tais princípios, a ação médica começou a ser conceituada de forma diferente, afastando-se cada vez mais do paternalismo, que impunha uma dependência e subordinação do paciente em relação ao médico.

Ainda há resquícios de paternalismo, pois é comum que em algumas patologias, como o câncer, os médicos digam aos pacientes quantos meses ou anos lhes restam de vida; ou as porcentagens de suas chances de cura. O médico assume um papel sentenciador, marcando quando será o momento do óbito, como se fosse senhor da vida e da morte (SÁ; NAVES, 2015, p. 112).

Numa sociedade capitalista, é sabido que informação é poder. André Pereira (2010, p. 03-05), aponta a existência de um neo-paternalismo médico. Parece haver uma angústia no compartilhamento de informações, pois isso, para alguns, levaria a uma partilha ou perda do poder advindo da informação. Haveria também um desejo de manter o desequilíbrio e assimetria, mantendo o cidadão doente numa posição inferior, como um indivíduo carente e débil, inabilitado à tomada de decisões. Este indivíduo deveria, portanto, colocar-se nas mãos do médico, para que este faça o que considera melhor, pois este teria a capacidade técnica e intelectual para decidir o melhor caminho terapêutico.

Neste contexto, entra o dever de informar em iatrogenia. Os danos iatrogênicos são conhecidos e previsíveis, mas podem não ocorrer no caso concreto. Assim sendo, geralmente não são informados ao paciente. Contudo, cada indivíduo possui um

projeto de vida que, juntamente com a informação, lhe permite a tomada de decisões. Ademais, o princípio da autonomia é o cerne a ser observado na relação médico-paciente. Para André Pereira (2010, p. 11), o médico deve informar todos os riscos previsíveis. A informação deve abranger vantagens e inconvenientes do tratamento proposto. Simplesmente porque o paciente pode não querer assumir o risco para si. A visão paternalista, que antes não aconselhava a revelação dos riscos aos doentes, encorajando o médico a escondê-los, não é mais concebível na moderna ética médica e no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, têm-se os ensinamentos de Nehemias Melo (2008, p. 127):

A maior gama de iatrogenias não implica a responsabilidade profissional, tendo em vista que são previsíveis ou decorrentes de fatores individuais e próprios de cada paciente. Sabemos que as pessoas são diferentes entre si, em maior ou menor proporção. Ademais, o estado físico e psicológico de cada doente varia em razão das especificidades orgânicas, de tal sorte que a sensibilidade e reação podem ocorrer, sem qualquer relação de causa e efeito com a atuação do médico, à técnica empregada ou ao medicamento ministrado. Desde que o paciente tenha consentido, desde que tenha sido previamente informado e esclarecido sobre as possíveis consequências iatrogênicas, ainda que venha a ocorrer dano, não se poderá falar em responsabilizar o profissional.

Destarte, percebe-se que o que exclui a responsabilidade do médico não é a iatrogenia, e sim o consentimento prévio, informado e esclarecido do paciente sobre os possíveis riscos iatrogênicos. Tendo o profissional médico cumprido o necessário dever de informar, com a prestação de todas as informações ao paciente, e tendo havido o consentimento, não haverá responsabilização civil.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil é um instituto que está sempre em constante conformação com a evolução da sociedade. Quanto à medicina não é diferente. Em tempos imemoriais, quando a medicina era exercida por sacerdotes e curandeiros, e a doença e a cura eram vistas como desígnios divinos, não se vislumbrava a possibilidade de haver responsabilização daquele que agia *longa manus* de Deus.

Contudo, conforme a sociedade evoluía, surgiram as demandas judiciais contra aqueles que exerciam a medicina profissionalmente, embora tais demandas, muitas vezes, terem carecido de resolução, pois os processos em regra não tinham seguimento e não eram publicizados. Historicamente, tal situação chegou ao limite devido às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, o que fez surgir a Bioética e seus princípios informadores, sobretudo o princípio da autonomia, que impôs limites à atuação da medicina. Tais princípios foram incorporados na deontologia da profissão no Brasil, e juntamente com o ordenamento constitucional e civilista pátrio, dão as diretrizes do atuar médico, a fim de que haja o respeito aos direitos e deveres advindos da relação médico-paciente.

Isso não significa que a medicina perdeu a sua importância social enquanto profissão. Pelo contrário. A medicina exerce imprescindível função social, estando presente na vida de todos os indivíduos desde a concepção até a morte, e por isso deve ser valorizada. Entretanto, deve-se ter em mente que a medicina pautada na cultura hipocrática não mais encontra respaldo na moderna principiologia e no ordenamento jurídico hodierno.

O tema iatrogenia possui muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, mas deve ser analisado à luz de nossa Lei Maior. A Constituição Federal de 1988 possui previsão expressa do direito à informação no seu rol de direitos e garantias fundamentais. É, portanto, uma cláusula pétrea, não podendo ser violado. Ademais, o Código Civil de 2002 positivou o princípio da boa-fé objetiva, do qual deriva o dever anexo de informação, que deve ser observado em todas as relações jurídicas.

O dano iatrogênico é aquele conhecido na literatura médica, e, portanto, previsível, havendo alta probabilidade de sua ocorrência quando da intervenção médica. Embora muitas vezes a lesão iatrogênica seja algo inerente à atividade do profissional médico,

este deve cumprir com os deveres da sua profissão, previstos no Código de Ética Médica, dentre os quais: o dever de informar. O paciente está, via de regra, em condição de hipossuficiência. Deve haver entre o binômio médico-paciente uma relação de confiança, com mútuo respeito, em que ambos sejam probos em informar o necessário. O médico, sendo conhecedor dos procedimentos e seus riscos, tem o dever de informar ao paciente, para que não haja surpresa do mesmo, sob pena de o dano ocorrido ensejar reparação civil.

Cada indivíduo possui um projeto de vida, formado com base em suas crenças e preceitos. Quando este indivíduo se torna paciente, possui o direito de ser munido de todas as informações sobre seu estado de saúde, possibilidades terapêuticas e os riscos aos quais poderá se submeter, caso queira anuir. Tal anuência se dá pelo consentimento informado, que deve ser amplamente difundido na relação médico-paciente para resguardar a autonomia e dignidade do paciente, e para dar respaldo ao exercício da medicina, protegendo o profissional de eventuais pleitos indenizatórios infundados e abusivos.

Certamente o dano iatrogênico puro e simples não ensejará o dever de indenizar. Caso ensejasse, seria um óbice ao exercício da medicina. A priori, não há nestes casos a responsabilidade civil médica. Somente na situação de erro médico, ou seja, nos casos de imprudência, imperícia e negligência, que nasce o dever de reparação, pois configura-se uma conduta ilícita do profissional.

Entretanto, quando da ocorrência de um dano iatrogênico, deve-se analisar se houve ou não o consentimento informado acerca dos riscos. O paciente deve estar prévia e adequadamente informado para consentir. E o médico possui o dever de informar, que também lhe é benéfico, pois uma vez informando o seu paciente adequadamente, e realizando a coleta do consentimento informado, estará isento de quaisquer responsabilidades pelo dano iatrogênico.

Ademais, a relação médico-paciente é peculiar, devido à fidúcia; todavia é uma relação de consumo, regida pelo CDC. Os Tribunais brasileiros costumam reconhecer o dever de indenizar nas relações de consumo, quando ausente a devida informação. Já há, portanto, decisões em que a ausência de informação conduz à indenização. Não é admissível que quando se trate de relação médico-paciente seja diferente. Até porque o paciente tem direito a se autodeterminar, de ser informado e decidir livremente sobre qual rumo tomar no cuidado com sua saúde.

Em contrapartida, não deve isso causar ao médico o medo de exercer sua profissão, devido à possibilidade de haver ações aventureiras, que são fomentadas por uma verdadeira indústria indenizatória. Não pode o instituto da responsabilidade civil servir como forma de enriquecimento sem causa. Por isso, cabe ao médico resguardar-se através do consentimento informado. Frisa-se ainda que, cabe ao estado-juiz a tutela daqueles que estão em situação de hipossuficiência, neste caso os pacientes; mas deve também analisar todos os pressupostos de admissibilidade de uma ação indenizatória, de modo que não torne a medicina uma profissão impossível de ser exercida hodiernamente.

Salienta-se que, na prática médica, um dos maiores desafios ao dever de informar é a vulnerabilidade. O indivíduo vulnerável possui sua capacidade de autodeterminar-se tão reduzida, que sua liberdade fica minorada ou eliminada, sendo impossível que este sujeito possa realizar uma escolha livre. Daí a importância de aplicação dos princípios bioéticos basilares na prática médica, de modo a proteger os vulneráveis através da ampla utilização do consentimento informado. Consentimento este que deve ser voluntário, e precedido de informação que seja suficiente para a compreensão do paciente acerca dos riscos de lesões iatrogênicas.

O ordenamento jurídico brasileiro impõe a todos uma conduta proba, pautada no corolário da boa-fé objetiva. Desta resulta o dever de informar, que juntamente com o direito constitucional à informação, impõe que o profissional médico atue de maneira proba, prestando todas as informações de forma clara e precisa, sob pena de ser responsabilizado civilmente.

Desta forma, o dano iatrogênico não deve ser utilizado como uma excludente de responsabilidade médica para toda e qualquer circunstância. Violado o direito à informação (seja pela sua ausência ou por sua insuficiência), e ocorrido o dano iatrogênico, haverá o dever de indenizar.

Outrossim, do desenvolvimento do presente trabalho monográfico, restou demonstrado que é necessário que os Tribunais Superiores enfrentem a temática do dano iatrogênico e firmem entendimento consolidado acerca da sua ocorrência frente à violação do direito à informação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RDC, v. 14, abr./jun. 1995, p. 20-27.

ALMEIDA, Leonor Duarte de. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. **Revista Bioética**. v. 18, n. 3, 2010, p. 537-548.

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Atlas, 2007.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26/08/2018

_____. Decreto n. 44.054 de 19 de julho de 1958. Aprova o regulamento do Conselho Federal e Conselhos Regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=21716:decreto-440451958-aprova-o-regulamento-do-conselho-federal-e-conselhos-regionais-de-medicina-a-que-se-refere-a-lei-nd-3268-de-30-de-setembro-de-1957-modificado-no-art-24-pelo-decreto-68212009- Acesso em: 06/09/2018

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2018.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em: 20 de mar. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Resolução nº 196, de 1996. Dispõe sobre a ética em pesquisa. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/Web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_ve rsao_final_196_ENCEP2012.pdf> Acesso em: 26/08/2018

_____. Protocolos de Intervenção para o SAMU 192 – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência. Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolo_suporte_basico_vida.pdf>. Acesso em: 07/11/2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Remessa necessária e Apelação Cível nº 1999.51.01.061340-1 – Proc. 9900613406. Apelante: Universidade Federal do Rio de Janeiro. Apelado: Eufrazio Fernandes Bastos. Relator: Des. Federal Poul Erik Dyrlund. Rio de Janeiro, DJ 25 out. 2005. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&requiredfields=%28%28NumProcessoPublico%3A199951010613401%29%7C%28numero_cnj_judici%3A199951010613401%29%7C%28NumProcesso%3A199951010613401%29%29.DescrRecursoFinal%3AAPELA%3C%87%3C%83O+C%3C%8DVEL.%28%28DescrRelatorFinal%3APOUL+ERIK+DYRLUND%29.%28DescrRelatorAcordaFinal%3APOUL+ERIK+DYRLUND%29%29&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entsp=a&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1&partialfields=DescOrgaoJulgador%3A8%C2%AA+TURMA+ESPECIALIZADA>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRITO, Andréa Carvalho de. **A boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientador: prof. Dr. Washington Luiz da Trindade.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANINEU, Rafael *et al.* Introgenia em medicina intensiva. **Revista Brasileira de Terapia Intensiva**, São Paulo, v. 18, mar. 2006, n. 1, p. 95-98. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbti/v18n1/a15v18n1> Acesso em: 08/10/2018

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Introgenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. 2. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampli. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. _____. 11. ed. rev. e ampli. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM nº 1.931 de 17 de setembro de 2009. Brasília: CFM, 2009.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade civil médica e hospitalar**: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS FILHO, Joaquim José de Barros. **Princípio e cláusula geral da boa-fé objetiva e suas aplicações no sistema processual civil brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – faculdade de Direito, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife. Orientador: Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

DIAS, Lucas Teixeira *et al.* Ruptura gástrica por reanimação cardiopulmonar: Relato de caso. **Revista Brasileira de Terapia Intensiva**. v. 18, n. 2, abr./jun. 2006, p. 207-211. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-507X2006000200017>. Acesso em: 07/11/2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil**: Atual. De acordo com o novo Código Civil (lei 10.406, de 10-01-2002). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.7.

DUZ, Sérgio. **A importância da perícia frente à iatrogenia e a responsabilidade civil no exercício da odontologia**. 2002. Tese. (Doutorado em Odontologia) – Faculdade de Odontologia de Piracicaba, Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, Piracicaba. Orientadora: Profa. Dra. Gláucia Maria Bovi Ambrosano.

FABBRO, Leonardo. Limitações jurídicas à autonomia do paciente. **Revista Bioética**. v. 7, n. 1, 1999. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/286> Acesso em: 26/08/2018

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Edmilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. 2001. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. Orientador: Prof. Silvio Dobrowolski.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 7. ed. São Paulo: Fundação BYK, 2001.

_____. **Direito Médico**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11 ed., revista, atualizada e ampliado. São Paulo:

Saraiva, 2013.

GÓIS, Veruska Sayonara de. Direito constitucional à informação: reflexões sobre garantias possíveis. **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró: ESMARN, v. 3, n. 2, set. 2006, p. 689-704.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Maria Carolina; NOVAES, Sylvia. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. **Revista Bioética**. v. 7, n. 1, 1999. Disponível em:
<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288/427>
Acesso em: 26/08/2018

HALFELD, Taciana Márcia de Araújo. **Responsabilidade civil médica**. 2011. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LAGO JÚNIOR, Antonio. **A responsabilidade civil à luz da boa-fé objetiva: uma análise a partir dos deveres de proteção**. 2013. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. Orientadora: Prof. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

LEITE, Renata Antunes de Figueiredo. **Direito à informação em saúde: revisão integrativa**. 2015. Tese. (Doutorado em Enfermagem) – Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo – USP, Ribeirão Preto. Orientador: Profª Drª Carla Aparecida Arena Ventura.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **A responsabilidade civil do médico e o consentimento informado**. 2009. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo.

MAIA, Maurilio Casas. **O direito à informação e as responsabilidades decorrentes da relação entre o médico e o paciente**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Paraíba – UFPB, João Pessoa. Orientador: Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 827, set. 2004, ano 93, p. 11-48.

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/view/41/44>

Acesso em: 23 out. 2018.

MEIRELLES, Ana Thereza; BARBOSA, Amanda Souza. Dano iatrogênico e erro médico: o delineamento dos parâmetros para aferição da responsabilidade. **Revista Thesis Juris**. São Paulo: RTJ, v. 6, n. 1, jan./abr. 2017, p. 186-209.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2008.

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

Orientadores: Mônica Areal e Nelson Tavares. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2010/tulamenezes.pdf Acesso em: 13 out. 2018.

MONTENEGRO, Magda. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade e o meio ambiente**. 2003. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife. Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Revista Brasileira de Bioética**. v. 2, n. 2, 2006, p. 157-172. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/ojs311/index.php/rbb/article/view/7966/6538>> Acesso em: 24 out. 2018.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 29, jan./mar. 2007, p. 95-110.

OLIBONI, Marcella L. de C. Pessanha. **Responsabilidade civil do médico no CDC e iatrogenia. Deveres de informação. Consentimento informado.** Disponível em: <<https://fabioschwartzdotcom.files.wordpress.com/2013/05/responsabilidade-civil-do-mc3a9dico-no-cdc-e-iatrogenia.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

PEREIRA, Afonso Celso *et. al.* Iatrogenia em cardiologia. **Arquivos Brasileiros de Cardiologia.** São Paulo, v. 75, n. 1, p. 75-78, jul. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2000000700009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 out. 2018.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na experiência europeia.** Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20Andr%C3%A9%20Pereira%20Ribeir%C3%A3o%20Preto.pdf>> Acesso em: 24 out. 2018.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relação Médico-Paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e suas Consequências Jurídicas.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RACY, Vivien. **A cláusula geral da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002.** 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo. Orientadora: Prof^a. Dra. Regina Vera Villas Bôas.

REY, Luis. **Dicionário de Termos Técnicos de Medicina e Saúde.** 2. ed. São Paulo: MedFarma, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 0205235-27.2018.8.21.7000. Nona Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 26 set. 2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc> Acesso em: 26 out. 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **Responsabilidade do profissional liberal.** Aula ministrada no curso de graduação em Direito, Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 11 de outubro de 2017.

SANTOS, Leonardo Vieira. **Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2008.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 20 nov. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9161934-33.2008.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Teixeira Leite. Julgado em 17 set. 2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4082208&cdForo=0>>. Acesso em: 26 out. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Ricardo Henrique Alves da. *et al.* Iatrogenia: modalidade culposa ou excludente de ilicitude. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 103, jan./dez. 2008, p. 675-683. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67824/70432 Acesso em: 10 out. 2018

SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. **Iatrogenia e a responsabilidade civil objetiva do médico nos procedimentos de cirurgia plástica**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2af209a360a2217e>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico. **Revista civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, 2013, p. 01-27. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Souza-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf> Acesso em: 06/09/2018

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Responsabilidade civil no erro médico**. Disponível em: <https://docplayer.com.br/9484269-Responsabilidade-civil-no-erro-medico.html> Acesso em: 03 set. 2018

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil: Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 1, janeiro/março 2000, p. 41-75.

VASCONCELOS, Camila. **Judicialização da medicina no Brasil**: uma análise crítico-propositiva de um problema persistente sob a ótica da bioética de intervenção. 2017. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de ciências da saúde, Universidade de Brasília – UNB, Brasília. Orientador: Prof. Dr. Volnei Garrafa.

VIEIRA, Luzia Chaves. **Responsabilidade Civil Médica e Seguro**: Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

