



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAURÍCIO LIMA DE OLIVEIRA FILHO

**RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E LESÕES IATROGÊNICAS:
DELINEANDO OS CONTORNOS DO DIREITO À
INFORMAÇÃO**

Salvador
2015

MAURÍCIO LIMA DE OLIVEIRA FILHO

**RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E LESÕES IATROGÊNICAS:
DELINEANDO OS CONTORNOS 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: Profa. Dra. Ana Thereza Meirelles Araújo

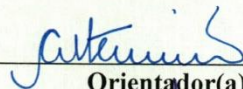
Salvador
2015

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

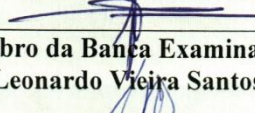
Aos 11 dias do mês de agosto de dois mil e quinze realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 17h , a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) **Maurício Lima de Oliveira Filho**, intitulada **Relação médico-paciente e lesões iatrogênicas: delineando os contornos do direito à informação..**, estando presente o (a) Orientador(a) prof.(a) **Ana Thereza Meireles Araújo** os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Leonardo Vieira Santos** e Prof(a) **Maurício Requião Sant'Anna** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:


Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Ana Thereza Meireles Araújo	9,0	
Leonardo Vieira Santos	9,0	
Maurício Requião Sant'Anna	9,0	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Orientador(a)
Ana Thereza Meireles Araújo


Membro da Banca Examinadora
Leonardo Vieira Santos


Membro da Banca Examinadora
Maurício Requião Sant'Anna

Salvador, 11 de agosto de 2015



Aos meus pais,
pelo amor a mim dedicado

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado saúde, força e determinação para superar as dificuldades.

Em segundo lugar à minha orientadora, Dra. Ana Thereza Meirelles, pelo auxílio, disponibilidade de tempo e material, sempre com uma simpatia contagiante e uma doçura peculiar.

À minha família pelo amor, carinho e apoio incondicional nos momentos que mais precisei.

À minha namorada Maria Eduarda, por toda paciência, compreensão, carinho e amor, e por me ajudar muitas vezes a achar soluções quando elas pareciam não aparecer.

Aos amigos de faculdade, que me apoiaram e que sempre estiveram ao meu lado durante esta longa caminhada, tornando-a mais leve e prazerosa.

A todos, o meu muito obrigado.

“Nas grandes batalhas da vida,
o primeiro passo para a vitória é o desejo de vencer”.

Ghandi

RESUMO

O presente trabalho se propõe ao estudo da evolução da relação médico-paciente, analisando a questão das lesões iatrogênicas conformando-a com o direito à informação. Inicialmente, se analisa as peculiaridades que circundam a relação médico-paciente, destacando a mudança de paradigma em relação à maior autonomia do paciente com o surgimento da Bioética e com o advento da Constituição Federal/88, que erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento fundante do ordenamento jurídico. A seguir, se analisa o instituto da responsabilidade civil, seus pressupostos e fundamentos, passando-se também a analisar mais especificamente a responsabilidade do profissional médico frente ao ordenamento jurídico. Em sequência, procede-se ao estudo das situações iatrogênicas, seus conceitos, divergências doutrinárias e jurisprudenciais, características, enquadrando-a como situação de excludente de responsabilidade civil. Por fim, passa-se ao estudo do direito à informação, nos seus mais variados aspectos, passando pela necessidade de obtenção do consentimento informado e concluindo a respeito da possibilidade de imputação de responsabilidade civil nas lesões iatrogênicas decorrentes de falha no dever de informar.

Palavras-chave: relação médico-paciente; responsabilidade civil; iatrogenia; direito à informação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
Des.	Desembargador
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Min.	Ministro
REsp	Recurso Especial

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	12
2.1 ASPECTOS EVOLUTIVOS DA RELAÇÃO: DA MEDICINA PATERNALISTA À MEDICINA CONTRATUALISTA	13
2.2 COMPLEXIDADE DA RELAÇÃO: OS RISCOS DA MEDICINA	16
2.3 DEVERES MÉDICOS	18
2.4 RELAÇÃO DE CONSUMO X RELAÇÃO DE NATUREZA <i>SUI GENERIS</i> : UMA DISCUSSÃO PERSISTENTE	22
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	26
3.1 ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS	26
3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS	27
3.3 ESPÉCIES	29
3.3.1 Responsabilidade Civil x Responsabilidade Penal	29
3.3.2 Responsabilidade Contratual x Responsabilidade Extracontratual	30
3.3.3 Responsabilidade Objetiva x Responsabilidade Subjetiva	32
3.4 OBRIGAÇÃO DE MEIO X OBRIGAÇÃO DE RESULTADO	34
3.5 PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	36
3.5.1 Conduta	37
3.5.2 Dano	39
3.5.3 Nexo causal	41
3.6 CULPA MÉDICA	43
4 A IATROGENIA NO DIREITO BRASILEIRO	45
4.1 CONCEITO	45
4.2 CARACTERÍSTICAS	47
4.2.1 Previsibilidade e necessidade	48
4.2.2 O enquadramento da iatrogenia como causa excludente de responsabilidade típica da atividade médica	49
4.3 ERRO MÉDICO X SITUAÇÃO IATROGÊNICA	52
4.3.1 Os parâmetros para a diferenciação	53

4.3.2 A diferença sinalizada na jurisprudência	58
5 A CONFORMAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO EM SEDE DE IATROGENIA	63
5.1 DA TRANSFORMAÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: A ASCENSÃO DA AUTONOMIA	64
5.1.1 Autonomia privada e autonomia da vontade	67
5.1.2 Capacidade	68
5.2 A INFORMAÇÃO	72
5.2.1 Adequação	74
5.2.2 Suficiência	75
5.2.3 Veracidade	76
5.3 O DEVER DE INFORMAÇÃO COMO UM PRESSUPOSTO DO CONSENTIMENTO	77
5.4 DA OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO	79
5.4.1 Conceito, forma e validade do consentimento livre e esclarecido	79
5.4.2 Termo de Consentimento Livre e esclarecido	82
5.5 INFORMAÇÃO E IATROGENIA: POSSIBILIDADES DE RESPONSABILIZAÇÃO	84
6 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá se debruçar sobre a nova relação médico-paciente estabelecida com o passar do tempo, principalmente com o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor do ordenamento jurídico nacional, erigido à condição de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988. Assim, a pessoa passa a ser o centro do ordenamento jurídico, merecedora de tutela integral quanto à sua vida e saúde.

É nesse contexto que deve ser entendida a atual relação entre o médico e paciente, uma vez tratar-se de relação de cunho essencialmente existencial, com vistas à melhoria da saúde e vida do paciente, bem como à efetivação do princípio da dignidade. Assim, merece destaque, como meio concretizador do referido princípio, a autonomia do paciente, entendendo-se como o poder de autodeterminar-se de acordo com suas próprias convicções e ideologias.

E é aí que, com a evolução da sociedade, cada vez mais complexa e dinâmica, constata-se essa mudança na relação médico-paciente. O crescente desenvolvimento tecnológico, aliado às mudanças ocorridas em outras áreas profissionais, sabidamente no campo da Ciência, como também o modo de pensar das pessoas mudaram a forma de atuação do médico. Hoje percebe-se, possivelmente em decorrência da maior especialização profissional, entre outros fatores, uma crescente impessoalidade nesta relação, o que fez com que se desconstruísse a visão de divindade que antes existia em torno dos médicos, bem como a ideia do médico de família. Desta forma, o paciente foi ganhando mais autonomia, não se submetendo de forma ampla e irrestrita aos dizeres médicos, participando de forma mais ativa na decisão de enfrentar determinado tratamento e, de certa forma, assumindo os riscos que dele poderão advir.

Assim, o direito à informação ganha especial relevo na medida em que se mostra imprescindível para o exercício da autonomia. Deve ser entendido então como um direito subjetivo do paciente através do qual poderá exercer o poder de autodeterminação em diversas situações.

Neste novo paradigma de relação médico-paciente, na qual se impõe ao médico o dever de informar seu paciente, com todas nuances que envolvem o direito à

informação, novas questões controvertidas foram surgindo, tendo como exemplo a questão das lesões iatrogênicas, que são aquelas nas quais o médico não contribuiu para a lesão com negligência, imprudência ou imperícia, não estando presentes, a priori, os elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Em outras palavras, são aqueles casos em que a lesão ocasionada era necessária e previsível em um determinado *iter* procedimental. Apesar disso, o dever de informação está presente e sua violação poderá acarretar em obrigação de indenizar.

O problema que mais interessa neste trabalho é justamente a delimitação do que vem a ser a lesão iatrogênica. Isto porque ainda se releva um instituto pouco difundido na jurisprudência nacional, havendo ainda divergências doutrinárias acerca da sua conceituação e alcance.

De posse de tais informações, e enquadrando-se o instituto na melhor forma do ordenamento jurídico, passará a se analisar as questões que a ele se relaciona no que diz respeito ao direito à informação. Ou seja, no caso de lesões iatrogênicas, que constituem, a priori, isenção de responsabilidade do profissional médico, poderá o facultativo ser responsabilizado em caso de falta do dever de informação?

Inicialmente, será analisado então o atual panorama da relação médico-paciente, os riscos inerentes à atividade médica, e a forma como a autonomia foi ganhando corpo dentro de uma relação construída, desde os primórdios, sob a égide do paternalismo. A seguir, será analisado, como não poderia deixar de ser, o ordenamento jurídico no que se refere ao instituto da responsabilidade civil, seus pressupostos e espécies, transitando pela responsabilidade civil específica dos médicos, de acordo com suas especificidades e normas postas no Código de Defesa do Consumidor.

Após, serão analisadas as lesões iatrogênicas, a delimitação do instituto proposta neste trabalho, o enquadramento no sistema jurídico, bem como será apresentado um breve estudo jurisprudencial a respeito da polêmica envolvendo a confusão em sua conceituação. Por fim, se analisará, nos diferenciados aspectos, o direito à informação, conformando-a à hipótese da iatrogenia. Se buscará analisar as hipóteses de responsabilidade por conta de seu inadimplemento.

Com isso, se buscará a elucidação completa do que deve ser entendido como lesão iatrogênica, conformando-a ao direito à informação, e suas hipóteses de responsabilidade.

2 DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A relação médico-paciente, no decorrer dos séculos, experimentou marcantes mudanças, reflexos do constante questionamento ético, de conquistas e conscientização dos direitos do homem.

No início da ciência médica, o empirismo regulava as relações entre médicos e pacientes, de forma que a arte da cura era totalmente desprovida de fundamentações racionais, não havendo qualquer conhecimento mais aprofundado sobre as doenças e como o organismo humano reagia aos processos de cura. Assim, o médico era visto como mago, sacerdote, dotado de poderes curativos sobrenaturais e a medicina, por conseguinte, era intrinsecamente ligada à religião (PEREIRA, 2011, p. 05).

Nesse período, não havia qualquer norma destinada à regulamentação da atividade médica, até mesmo porque ainda não se poderia falar em uma atividade exercida profissionalmente, sendo de um todo desarrazoado se responsabilizar alguém apenas pela adoção de práticas curandeiras, pautadas na religião e na fé (PEREIRA, 2011, p. 6). Apesar disso, não era incomum ver-se sanções aplicadas caso a cura não acontecesse, sob o pretexto de imperícia ou incapacidade do “taumaturgo”, revelando-se uma verdadeira responsabilidade objetiva. Nesse sentido é que Leonardo Santos (2008, p. 125), ao discorrer a respeito da responsabilidade médica, informa acerca da aura de impunidade que revestiam os médicos no período da medicina pré-científica ou, em sentido totalmente oposto, à bárbara responsabilização a que eram submetidos pelo simples fato de não obtenção da cura. Nas palavras de Kfoury Neto:

Evidencia-se, assim, que inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual: se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica, o médico o matou – e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com uma certa satisfação profissional, como o faz hoje: a operação foi muito bem sucedida, mas o paciente está morto (KFOURI NETO, 2001, p. 38).

A mudança neste quadro fático ocorre tão somente na Grécia antiga, com o surgimento da técnica hipocrática, refletida na obra *Corpus Hippocraticum*. Há certa aceitação de que o primeiro código de normas de condutas médicas foi desenvolvido a partir de então, com Hipócrates. Aqui, lentamente firma-se o princípio de que a culpa do médico não pode ser presumida apenas pelo fato de não ter obtido êxito no procedimento, mas deve ser analisada concretamente e individualizada com base na

conduta adotada pelo profissional. É também neste momento que a medicina começa a se desvincular da noção de curandeirismo, passando a adotar noções racionais e científicas (KFOURI NETO, 2001, p. 42-43).

Surge, então, o que se convencionou chamar de Código de Hipócrates, diploma este que continha os parâmetros para exercício da profissão médica. Desde então, o juramento hipocrático passou a ser um parâmetro de auto avaliação para os médicos, que passariam a se comprometer em usar a medicina em benefício do paciente, observando-se os princípios da beneficência e não maleficência.

Entretanto, é com o surgimento das primeiras universidades de medicina, a partir do século XIII, que a medicina vai definitivamente abandonando o seu caráter empírico, aliado ao desenvolvimento da ciência, através do aprofundamento dos estudos anatômicos e dos fenômenos patológicos que proporcionaram aos médicos conhecer mais a fundo o organismo humano, aproximando-se mais da ideia do cientificismo (KFOURI NETO, 2001, p. 48).

Com a transição do século XIX para o século XX, diversas outras modificações se verificaram, derivadas principalmente da evolução da medicina e sua conseqüente massificação. As especializações médicas, cada vez mais frequentes, fazem com que desapareçam a figura do antigo médico de família, do temor reverencial ao profissional, o que acaba gerando um maior distanciamento do médico para com seus pacientes (PEREIRA, 2011, p. 09). Tal relação começa a ser enquadrada como relação de consumo, de forma que a responsabilização destes profissionais pelos seus atos passa a ser mais questionada pela sociedade em razão dos novos delineamentos instituídos na Constituição Federal/88.

2.1 ASPECTOS EVOLUTIVOS DA RELAÇÃO: DA MEDICINA PATERNALISTA À MEDICINA CONTRATUALISTA

Atualmente, pode-se destacar quatro modelos de relação médico-paciente que se desenvolveram desde o surgimento da medicina. São eles o modelo paternalista/hipocrático, engenheiro, colegial e contratualista.

Por muito tempo, a dinâmica que regeu a relação médico-paciente, principalmente na antiguidade e existente até mesmo nos dias atuais, foi o modelo tido como o mais tradicional, o paternalismo. Baseado nos princípios da beneficência e não maleficência, pelos quais o médico apenas poderia utilizar-se de seus conhecimentos para alcançar o bem-estar do paciente, nunca para lhe ocasionar danos (DINIZ, 2011b, p. 57), adota-se uma postura paternalista, na qual não há espaço para a tomada de decisões de forma conjunta. Em outras palavras, há aqui uma relação de dominação do médico e de submissão do paciente às suas decisões, de modo que o processo decisório, de diálogo entre as partes é extremamente precário, sem que se perca de vista, contudo, o melhor resultado possível para o paciente (BEIER, 2010, p. 247).

Essa relação de paternalismo construía-se com base no respeito, confiança e amizade. Tal relação guardava um grande temor reverencial, no qual o paciente se mostrava grato e devedor em relação ao seu médico. Assim, as desconfiças e os questionamentos em relação à atuação do médico beiravam a inexistência (SÁ; NAVES, 2011, p. 81).

Já o modelo engenheiro, de pouca reverberação prática, contrapõe-se ao modelo hipocrático na medida em que transfere ao paciente todo o poder de tomada de decisão. Aqui, o paciente é visto apenas como cliente, e há um estado de comodidade do médico (GOLDIM; FRANCISCONI, 2010). Caracteriza-se principalmente pela não submissão do paciente ao dizeres do facultativo.

O modelo colegial pode ser entendido como o meio termo entre o hipocrático/paternalista e o engenheiro. Aqui o poder decisório é totalmente compartilhado, identificando-se uma maior interação do médico com o paciente, já se vislumbrando o direito destes à autodeterminação.

Por derradeiro, o modelo que, atualmente, mais se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, sem sombra de dúvidas é o modelo contratualista. Nele, “preserva-se a autoridade do médico como detentor de conhecimentos técnicos específicos e dá a ele a responsabilidade pela tomada de decisões. No entanto, o paciente participa ativamente de tal processo, exercendo seu poder de acordo com seus valores morais” (HENTZ, 2009, p 07). Desta forma, preserva-se a troca de informações entre médico

e paciente, como também a autoridade do médico como detentor dos conhecimentos técnicos específicos.

Diante disso, percebe-se uma mudança de paradigma na relação existente entre médico e paciente na medida em que se desenvolveu o ordenamento jurídico, assegurando maiores direitos e garantias individuais aos cidadãos, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988 (que erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana a status constitucional) e do Código de Defesa do Consumidor, como também em razão da globalização e massificação das relações sociais, que possibilitaram o acesso dos pacientes à informações que anteriormente eram de exclusividade dos exercentes da medicina, não mais se submetendo a determinados comportamentos.

Ademais, o surgimento da Bioética, em meados da década de 60, trouxe a lume a questão da autonomia do paciente, traduzindo-se na capacidade dele em gerir sua vida da forma que melhor lhe aprouver, inclusive, no que tange às decisões relativas à sua saúde (MATOS, 2007, p.196-197). Ainda segundo o autor, “a autonomia está intrinsecamente ligada à própria dignidade da pessoa humana, relacionada ao projeto de vida e às decorrentes exigências de respeito às suas convicções filosóficas, religiosas, morais e sociais”.

Deve-se, pois, reconhecer o paciente como sujeito autônomo e livre na busca da melhor decisão para sua vida e saúde. Entretanto, como bem assevera José Roberto Moreira Filho (2005), tal reconhecimento não se traduz na subjugação do médico à vontade absoluta do paciente, pois se deve reconhecer também a sua autoridade, enquanto detentor de conhecimentos e habilidades técnicas específicas, e que deve assumir a responsabilidade pela tomada de decisões técnicas.

Nesse contexto, em que a autonomia do paciente vai ganhando corpo, surgem questões de grande relevância, como a responsabilidade médica pelos erros praticados no exercício do esculápio, como também a questão das lesões iatrogênicas, tema a ser abordado neste trabalho.

2.2 COMPLEXIDADE DA RELAÇÃO: OS RISCOS DA MEDICINA

A atividade médica, sem dúvidas, é daquelas que possui contornos e características das mais peculiares. Pela sua própria natureza, o simples atuar médico, por si só, já carrega consigo a ideia de potencial risco de dano a outrem. Não existe médico ou paciente, por mais ingênuo ou esperançoso que sejam, que não estejam cientes dos riscos a que estão submetidos no início de um tratamento médico (FRANÇA, 2013, p. 277).

Tais particularidades decorrem logicamente do seu objeto de estudo, quais sejam, a vida e a saúde humana. Por tal razão, constitui-se em uma ciência inexata, não só por conta do estágio científico atual, como também em virtude da unicidade de cada organismo humano, sujeitos a reações imprevisíveis para um mesmo tratamento médico (SANTOS, 2008, p. 140). Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 276), ao discorrerem sobre as peculiaridades da medicina, asseveram:

Poucas atividades profissionais envolvem uma carga tão grande de emotividade quanto a medicina.

Ter a vida de um paciente, em suas mãos, esvaindo-se como grãos de areia na ampulheta, tendo de decidir os rumos a serem tomados, antes que seja tarde demais, é ter uma atribuição para verdadeiros vocacionados, como um sacerdócio estabelecido para o bem da coletividade.

É certo que no início da ciência médica, mais especificamente em sua era pré-científica, a medicina apresentava um grau muito menor de riscos ao paciente (FRANÇA, 2013, p. 278). Isso se dava muito em razão do modo como a medicina era exercida, através de práticas curandeiras, sem a utilização de técnicas profissionais, baseada tão somente no empirismo da época.

Por outro lado, o contínuo desenvolvimento da ciência, apesar de ter proporcionado ao homem inestimáveis proveitos, trouxe consigo um natural agravamento do risco a que estão submetidos os pacientes. Nas palavras de Genival França (2013, p. 277), “o homem vive a era dos riscos”.

Tal risco é agravado ainda mais no caso de técnicas mais invasivas, quando se faz necessária a realização de cirurgias ou a adoção de práticas que demandem um desgaste ou uma exigência maior do organismo humano, como no clássico exemplo do tratamento radiológico. Em diversas ocasiões, um tratamento julgado adequado

para determinada doença pode acabar ocasionando o surgimento de outras patologias, imprevistas ou até mesmo previsíveis.

Ressalte-se ainda que o risco inerente à atividade médica decorre também da incompletude desta ciência. Tal afirmativa pode ser facilmente verificada quando se considera a complexidade do corpo humano. A cada dia é possível acompanhar nos noticiários a descoberta de uma nova doença e, juntamente com ela, o tratamento específico para tratá-la. Por outro lado, diversas outras doenças que assolam a humanidade, dizimando milhares de vidas todos os anos, permanecem sem uma explicação satisfatória da ciência, como é o caso dos portadores de HIV e neoplasia (câncer). Suas causas e tratamentos ainda são desconhecidos, de forma que aos médicos cabe apenas a adoção de técnicas paliativas, que atenuem o sofrimento ou prolongue o tempo de vida do paciente.

Nesta linha de intelecção, Ana Thereza Meirelles (2005, p. 143) pondera:

O exercício da Medicina pressupõe um risco natural manifestado desde o seu nascimento. Um simples diagnóstico de doença comum ou uma intervenção cirúrgica de grande porte determinam, em suas respectivas proporções, um risco eminentemente natural, condizente com a natureza que exprime a essência da atividade médica: a busca da cura, a busca da saúde. A combinação dos processos, avanços tecnológicos e interações entre os médicos, fruto de um desenvolvimento científico como um todo, incrementa o risco dessa atividade profissional. A medicina e as técnicas que a compõem não são dotadas de exatidão e certeza de sucesso. A necessidade de relativização de cada caso e de cada paciente prova que não se trata de uma ciência exata. A especialidade e particularidade das enfermidades e patologias expressam o diferencial de cada paciente e sua possível reação a determinado tratamento ou procedimento.

No mesmo sentido, pertinentes ainda são as palavras de Antônio Couto Filho e Alex Souza (2010, p. 14), para quem

Em qualquer ramo da medicina há infinitas possibilidades de intercorrências que estão além da compreensão da própria ciência. Há ainda aquelas que, conquanto estejam já bastante compreendidas e, por isso, até previsíveis e muitas vezes esperadas para o caso, não inevitáveis. Para se traçar um paralelo de comparação, apenas para efeitos didáticos, podemos lembrar os fenômenos da natureza que, embora compreendidos e previsíveis, são inevitáveis e, por vezes, em determinadas regiões, causam transtornos e prejuízos irreparáveis, inclusive a morte de pessoas.

Ainda aqui, importante que se discorra a respeito das consequências jurídicas advindas do mencionado risco inerente à atividade médica. É que com o advento do Código Civil de 2002, a teoria da reponsabilidade civil objetiva, sem aferição de culpa, tomou novos contornos no ordenamento jurídico nacional (COUTO FILHO; SOUZA,

2010, p. 05). Tal teoria vem, no novel diploma legal, consagrada no parágrafo único do art. 927¹ e encontra substrato justamente da teoria do risco.

Assim, diversos foram os posicionamentos no sentido de se enquadrar a atividade médica na hipótese acima ventilada, pensamento este já superado, cabendo aqui, entretanto, algumas considerações a respeito. É que o Código Civil, ao mencionar a atividade de risco para descaracterização do elemento subjetivo na aferição da responsabilidade, não quis açambarcar todo e qualquer tipo de risco. Deve-se entender, pois, que o risco a que faz alusão o referido diploma legal quis restringir-se ao risco criado (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 07).

Assim, para que se impute responsabilidade objetiva, é preciso que o risco existente em razão do exercício da atividade desenvolvida seja criado pelo agente, sob pena dela não se configurar. Na atividade médica, indubitavelmente, o risco existente na prestação do serviço, como dito anteriormente, não é criado pelo profissional, mas decorre da própria natureza da atividade prestada, sendo, pois, um risco inerente a ela, que exsurge da própria limitação da ciência, não havendo que se falar, então, em responsabilidade objetiva dos facultativos fundada no Código Civil.

2.3 DEVERES MÉDICOS

Para que a relação médico-paciente transcorra da melhor maneira possível e que os atos ou procedimentos sejam realizados de modo adequado, o Código de Ética Médica elenca uma série de deveres, dentre os quais impõe destacar:

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

¹Art. 927 do Código Civil - 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

Tal diploma foi estabelecido através de resolução número 1931/09 do Conselho Federal de Medicina, órgão responsável em estabelecer e alterar as regras de conduta profissional, em conformidade com os avanços da medicina e das necessidades da sociedade. Dessa forma, para o exercício da medicina, a observância das ditas normas tem caráter vinculante, de forma que a sua inobservância podem gerar responsabilidades não só civis como administrativas. Assim, deverá o galeno ajustar sua conduta às normas éticas e jurídicas, tratando os pacientes com dignidade e respeitando suas crenças, convicções e valores (DINIZ, 2011b, 701-702).

A doutrina, da mesma forma, reconhece a existência de diversos deveres do galeno, como bem enumera Rui Stoco (2013, p. 722): aconselhar e informar adequadamente o paciente; tomar os cuidados necessários e manter sigilo; não cometer desvio ou abuso de poder; exigir o seu consentimento; não recusar atendimento nem omitir socorro.

Ao discorrer acerca dos deveres médicos, Genival Veloso de França (2013, p. 245-251) destaca o dever de informação, de atualização profissional, de abstenção de abuso e os deveres de vigilância, cuidado e assistência, de forma que tais esclarecimentos devem ser considerados como incondicionais e obrigatórios.

Nesta linha de intelecção, o médico tem o dever de informar sobre as condições no paciente, realizando uma análise clínica completa e registrando-as no prontuário. Do mesmo modo, deve o médico informar ao paciente todos os procedimentos que serão realizados, os riscos e consequência, as precauções a serem adotadas, tudo da forma mais simples e objetiva possível, atentando-se sempre à autonomia do paciente (FRANÇA, 2013, p. 245). Tal dever e suas peculiaridades serão abordadas mais adiante, em capítulo próprio, de sorte que tais esclarecimentos, por ora, se bastam.

O médico também deve estar sempre se atualizando em relação às novas técnicas e meios modernos de tratamento para que sempre possa empregar o tratamento mais adequado, proveitoso e recomendado ao seu paciente. Caso o médico cause uma lesão ao cliente em virtude de despreparo técnico, ou seja, falta de conhecimento das técnicas adequadas e ordinariamente conhecidas da profissão, decerto será responsabilizado pelos males causados em virtude de sua negligência ou imperícia (FRANÇA, 2013, p. 248).

O dever de abstenção de abuso se consubstancia na obrigação do facultativo em atuar com o máximo de cautela, observando os cuidados que a medicina recomenda para que não se cometa abusos e, conseqüentemente, cause danos ao paciente. Maria Helena Diniz (2011b, p. 704), assevera que “o médico não terá o direito de tentar experiências sobre o corpo humano, a não ser que isso seja imprescindível para enfrentar mal que acarreta o perigo de vida ao paciente”. O agir de modo precipitado ou arriscado é uma forma de desvio de poder, originando o dever de indenizar, caso ocorra algum dano. Assim, qualquer prática que fuja às normas técnicas ordinárias da medicina deve ser devidamente esclarecida ao paciente, obtendo-se seu consentimento esclarecido, em respeito à autonomia do paciente (FRANÇA, 2013, p. 250).

Não se pode olvidar ainda do dever de vigilância e cuidado do galeno para com seu paciente, não podendo se omitir a respeito de situações que influam em sua saúde. Deve pois, atuar com zelo, diligência, utilizando-se de todos os recursos disponíveis no estado atual da medicina (DINIZ, 2011b, p. 703). Destaque-se ainda a vedação ao abandono do paciente. Muito embora a decisão em iniciar um tratamento seja bilateral, dependendo da vontade do médico e do paciente, tendo em vista ser a medicina uma atividade livre, uma vez estabelecida a relação contratual, é imperiosa a continuação do atendimento, sendo esta uma obrigação absoluta (FRANÇA, 2013, p. 249).

Também não se pode esquecer de outros deveres igualmente importantes, como falar a verdade, prestar atendimento humanizado com o tempo e atenção necessários, esclarecer dúvidas e expectativas, dentre outros.

Sob outro prisma, existem também aqueles deveres ditos acessórios ou anexos às relações contratuais, extraídos do princípio da boa-fé objetiva, como a transparência e cooperação. Trata-se de instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, inserto com a vigência do Código Civil de 2002, mais especificamente nos arts. 113, 187 e 422, embora há muito já consagrado na doutrina brasileira. Por ele, impõe-se às partes o agir com honestidade, ética e confiança, tanto na relação pré-contratual como também na execução do contrato (LÔBO, 2011, p. 73). Sendo assim, a parte que se distancia destes ditos deveres anexos, também comete ato ilícito, passível, portanto de responsabilização.

Já em se tratando das proibições, o Código de Ética Médica também lista inúmeras condutas vedadas no exercício do esculápio, merecendo destaque aquelas insculpidas nos arts. 1º, 8º, 11, 12, 32 e 34.

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente

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.

De grande relevância mencionar que o médico deve cumprir todas as exigências legais sob pena de responsabilidade, que pode ser ética/administrativa, civil e penal. O descumprimento destes deveres pode implicar em negligência médica, o que impõe a responsabilização, ao menos civilmente.

Impende esclarecer ainda que, assim como o profissional, o paciente também deve cumprir algumas exigências para que o procedimento ocorra da melhor maneira possível. Num primeiro momento, é de extrema importância que o paciente esclareça ao médico todos os sintomas e queixas sobre a moléstia, desde quando começaram os sintomas até o estágio atual, o que é essencial para aferição do diagnóstico e estabelecimento do tratamento adequado.

Em um segundo momento, após realizado o diagnóstico e estabelecido o tratamento, deve o paciente seguir com todas orientações recomendadas, para que tudo transcorra da forma mais segura e ordinária possível.

Não observados, pelo paciente, os cuidados apontados pelo médico e vindo a ocorrer algum dano, não há que se falar em responsabilidade do facultativo ao argumento do insucesso do tratamento. Isto porque pode-se perfeitamente enquadrar tal situação em culpa exclusiva da vítima (paciente), de modo que o nexa causal entre a conduta do médico e o dano verificado resta prejudicado.

Finalmente, para o bom desenvolvimento da relação médico-paciente, necessário se faz a observância, por ambas as partes, dos cuidados atinentes à natureza da própria relação, constituindo verdadeira situação de cooperação e ajuda mútuas.

2.4 RELAÇÃO DE CONSUMO X RELAÇÃO DE NATUREZA *SUI GENERIS*: UMA DISCUSSÃO PERSISTENTE

Atualmente, conforme será tratado em tópico posterior, não há dúvidas acerca da natureza jurídica da relação médico-paciente, se contratual ou extracontratual. Ante tal discussão, doutrina e jurisprudência têm se inclinado pelo seu aspecto contratual, ou seja, “um negócio jurídico por meio do qual as partes estabelecem os efeitos que pretendem produzir a partir de sua declaração de vontade” (PEREIRA, 2011, p. 16).

Entretanto, o enquadramento do pacto ajustado entre médico e paciente ainda encontra posicionamentos divergentes entre os juristas. Há quem classifique tal relação como sendo um contrato de mandato, outros entendem como sendo um contrato de prestação de serviços, e há ainda aqueles que sustentam a natureza *sui generis* do negócio.

Isso se dá muito em razão das peculiaridades que circundam a relação médico-paciente, já que, além do aspecto patrimonial da relação (que consiste no pagamento pela prestação do serviço), dela emanam diversos outros direitos e deveres de ambas as partes, relativos a valores existenciais, como o dever de conselho, de guarda, de proteger o enfermo, entre outros (CAVALIERI FILHO, 2014, p.430). Tanto é assim que interpretação dos contratos médicos e dos respectivos dispositivos legais deve ser feita à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada negocial, além do já consagrado princípio da boa-fé contratual. Não se pode olvidar ainda das “regras morais, éticas, deontológicas, que guardam interdisciplinaridade com a Medicina e ciências afins, multiplicando exponencialmente os aspectos a serem considerados quando da interpretação desse negócio jurídico” (PEREIRA, 2011, p. 30).

Pois bem. O Código Civil não prevê expressamente o contrato médico, prevendo apenas a responsabilidade civil daquele que exerce atividade profissional, a qual se

inclui a atividade exercida pelo médico (art. 951). Conforme sustentam alguns juristas, a exemplo de Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 431) e José de Aguiar Dias (2006, p. 330), o contrato firmado entre médico e paciente embora se aproxime daquele previsto nos art. 593 a 609 do Código Civil, qual seja, o de prestação de serviços, não pode ser com ele confundido. A noção de um contrato *sui generis*, na visão desses juristas, seria muito mais compatível com a noção da assistência médica, uma vez que tais profissionais comprometem-se não só à prestação de serviços técnicos, mas também assumem a condição conselheiro, protetor. Nesse sentido, bem sintetiza Gustavo Tepedino (2003, p. 292).

Assim é que a natureza jurídica da relação instaurada entre médico e paciente, embora sem atrair o consenso doutrinário, pode ser considerada como uma locação de serviços *sui generis*, agregando à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais, essencial à natureza da avença. Daí a dificuldade de enquadramento do contrato de serviços médicos na disciplina da locação. Como se observou argutamente, o médico é, ao mesmo tempo que conselheiro, protetor e guarda do enfermo, que lhe reclama os cuidados profissionais. Diante disso, a soma excepcional de poderes do médico corresponde à característica limitação das faculdades do cliente.

Tais deveres, ao lado da intervenção técnica, prestação dirigida à cura propriamente dita, definem a função jurídica do contrato, oferecendo conotação peculiar à causa contratual, que o faz negócio atípico, diverso da locação de serviços convencionalmente disciplinada no Código Civil.

Já aqueles que defendem a ideia de contrato típico de prestação de serviços, a exemplo de Alfredo Costa e Flávio Fávero, o fazem por considerar que a única distinção entre os serviços prestados pelo profissional da medicina e aqueles prestados por qualquer outro profissional reside no fato da “reminiscência da antiga concepção de que, não podendo ser expressa em dinheiro a retribuição do profissional liberal, por aversão à ideia de que alugasse os seus serviços, o preço deles é mais considerado homenagem (honorários), que paga” (DIAS, 2006, p. 330).

Em relação à corrente que sustenta ser uma relação mandatária, Paula Pereira (2011, p. 34) a rechaça, ao argumento de que a função representativa no mandato é elemento integrante do contrato, o que não existe na relação médico-paciente, pois ausente aqui a figura do representante.

Por fim, impende registrar ser a relação médico-paciente regida pelas normas instituídas no Código de Defesa do Consumidor. Muito embora o Código de Ética Médica, em seu inciso XX, determine que a natureza personalíssima da atuação médica não caracterize relação de consumo, qualquer relação jurídica que, nos

termos da Lei, tenha de um lado alguém se que enquadre no conceito de consumidor e, de outro lado, um fornecedor, ligados entre si através da prestação de um serviço, deverá se sujeitar às normas instituídas no referido diploma legal. Isto porque o Código de Ética Médica - muito embora se reconheça sua enorme contribuição no que diz respeito ao exercício da medicina - não passa de uma Resolução, editada de Conselho Federal de Medicina, de forma que, em hipótese alguma, poderia se sobrepor ao Código de Defesa do Consumidor, pois lei. Assim, qualquer pessoa que procure um médico com o objetivo de curar de alguma patologia ou prevenir doenças, naturalmente será um consumidor de serviços médicos (MARQUES, 2004, p. 12-14).

Noutro sentido é o posicionamento de Antônio Couto Filho e Alex Souza (2002, p. 34), para quem uma análise mais acurada da relação médico-paciente impede a atribuição de natureza consumerista, justamente em razão da função social desempenhada pelos profissionais de saúde. Para eles, haveria cristalina incompatibilidade dos serviços prestados na área da saúde com a noção concebida no Código de Defesa do Consumidor em relação aos bens e serviços de consumo. Nesse sentido, confiram-se:

A vida e a saúde não são bens de consumo, não podendo ser comparadas a um produto qualquer. Também não podem ser vistas como serviços prestados oriundos da relação médico-paciente, até porque desta relação não são oferecidos bens de consumo. Não há garantias ou prescrições de regras frias e escritas. O dom da vida é para ser preservado e essa relação essencialmente humana, não pressupõe a existência de produto (COUTO FILHO, SOUZA, 2002, p. 34-35).

Para os autores que seguem a mesma linha doutrinária, sustentam ainda que a relação médico-paciente difere em muito daquelas deduzidas no Código de Defesa do Consumidor. Isso porque a essência das relações de consumo seria o conflito de interesses, justificado na ideia de que, enquanto o fornecedor quer oferecer serviços e/ou produtos a um custo mais baixo, aumentando, por conseguinte, seus lucros, o consumidor tenta, ao máximo, adquiri-los com o menor ônus possível. Já na relação travada entre médicos e pacientes tal hipótese não se verifica, uma vez que o objetivo de ambos consiste na busca pela cura e bem-estar do enfermo (BARBOSA, 2013, p. 06).

Entretanto, a jurisprudência pátria, se posicionando a respeito da matéria, estancou qualquer resquício de dúvida, adotando-se pacificamente o entendimento que, sobre

as relações médico-paciente, deve-se incidir as normas relativas ao Código de Defesa do Consumidor, por configurar nítida relação de consumo. Nesse sentido, confira-se:

RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA. I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14. II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido (STJ, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 13/12/2005, T3 - TERCEIRA TURMA).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante a jurisprudência deste STJ, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive o prazo prescricional previsto no art. 27 do CDC. 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ. 3. No caso concreto, para alterar a conclusão do Tribunal de origem quanto à data em que o consumidor teve conhecimento inequívoco do dano seria necessário o reexame de fatos e provas, o que é inviável em recurso especial. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 499.193/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 10/02/2015).

Assim, de acordo com tudo quanto exposto, há de se adotar o posicionamento capitaneado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de incidência nas normas insertas no Código de Defesa do Consumidor à relação médico-paciente, reconhecendo-se a vulnerabilidade do paciente, ainda que se trate de um contrato de prestação de serviços *sui generis*.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O tema proposto perpassa por diversas áreas do direito, de modo que o estudo da responsabilidade civil decerto contribuirá para melhor compreensão do tema, confrontando-se, posteriormente, as possibilidades de responsabilização do médico e as questões iatrogênicas, aliado ao direito à informação.

Com essas transformações e avanços, fez-se necessária uma nova definição para o termo “responsabilidade civil”, de modo que seus pressupostos e fundamentos possam ser bem compreendidos e aplicados.

3.1 ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS

O termo “responsabilidade” advém do latim *respondere*, que corresponde a assegurar ou garantir o cumprimento daquilo pelo que se obrigou. Em sentido amplo, pode ser conceituada como a obrigação de alguém em reparar um prejuízo causado por ela, ou por quem dela dependa.

Está, pois, intimamente relacionada à noção de não ocasionar dano a outrem. A responsabilidade civil pode ser entendida como a obrigação imposta a alguém de reparar o dano causado a terceiro mediante uma conduta comissiva ou omissiva. Nos dizeres de Rui Stoco (2013, p.158):

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

No mesmo sentido, para Cavalieri Filho (2014, p. 14-15), a responsabilidade civil expressa-se no dever de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever. Seria, pois, sempre um dever jurídico sucessivo, originado em razão da necessidade de se restabelecer o *status quo ante*, em virtude da violação de um dever jurídico

originário. Desta forma, pressupõe sempre um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Por fim, pode-se afirmar que constitui elemento fundamental para a paz social, uma vez que não se pode admitir que pessoas sejam vítimas de danos e permaneçam sem a devida reparação. Com maestria, assevera Rui Stoco (2013, p. 175) que “em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade”.

3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

A concepção de responsabilidade civil passou por grandes transformações ao longo do tempo.

A necessidade de regulamentação da vida em sociedade pode ser confundida com o próprio surgimento dos grupos sociais. Mesmo antes de se concretizar a organização das sociedades em forma de Estado, o homem já se mostrava responsável pelos seus atos perante o grupo social a que fazia parte (SILVA, 1998, p. 01).

A história revela que as sociedades primitivas adotavam a responsabilidade sem aferição da culpa, ou seja, a reparação pelo mal causado era devida independentemente de aferição do aspecto subjetivo. O sujeito lesado exercia a autotutela, de forma que a responsabilidade civil do causador do dano era muito mais vinculada a uma ideia de vingança privada, exercida pela vítima ou pelo grupo social no qual estava inserida (GONÇALVES, 2014, p. 47). Nesta época, sequer havia diferenciação entre responsabilidade civil e penal, de forma que ambas poderiam ser resumidas a uma pena imposta ao causador do dano, independentemente de sua natureza.

No entanto, essa forma primitiva de responsabilização, posteriormente regulamentada como Lei do Talião, passou a ser condenada, uma vez que a reparação da lesão se dava ocasionando um outro dano. Assim sendo, tornou-se necessária uma nova forma de sanar o prejuízo causado, o que resultou na auto composição e, posteriormente, na arbitragem.

O direito de punição do causador do dano passou então a ser reservado ao Estado e, partir de então, houve a necessidade de se exigir um elemento subjetivo que permitisse a imputação do dano ao seu agente causador. É nesse contexto que se dá a edição da *Lex Aquilia*, no direito Romano, “cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 55), se incorporando à ideia da responsabilidade civil a aferição de culpa, deixando, pois, o referido instituto de ter uma noção estritamente objetiva. Nesse sentido, confira-se a doutrina de Alvino Lima:

É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a ideia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido.

Partindo para o direito brasileiro, o Código Civil de 1916, influenciado pelo Código de Napoleão - que houvera substituído a ideia primitiva de pena pela ideia de reparação do dano - trouxe como fundamento da responsabilidade civil a culpa, adotando a teoria da responsabilidade subjetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 56).

Todavia, a noção de responsabilidade subjetiva mostrou-se incapaz de albergar adequadamente todas as situações. Isto porque certas atividades são perigosas pela sua própria natureza e o risco proveniente dessas atividades deve ser suportado por aquele que obtém o lucro. Desta forma, e alinhado aos avanços tecnológicos que dificultaram ainda mais a aferição de culpa em determinadas atividades, o princípio da equidade deu o substrato necessário ao fortalecimento da responsabilidade objetiva (DINIZ, 2011, p. 42).

Nesse contexto, o Código Civil de 2002, em seu art. 927, contemplou a teoria da atividade de risco, um dos fundamentos da responsabilidade civil objetiva, declinando ainda a possibilidade da lei regulamentar outras situações que se faça necessária a dispensa do elemento subjetivo. Pode-se citar, a título exemplificativo, os casos que envolvam acidente de trabalho, as relações de consumo, e a legislação ambiental.

Com essas transformações e avanços, fez-se necessário uma nova definição para o termo “responsabilidade civil”, de modo que seus pressupostos e fundamentos possam ser bem compreendidos e aplicados.

3.3 ESPÉCIES

A responsabilidade subdivide-se em civil e criminal. Também deve ser vista sob o enfoque da natureza jurídica da norma violada e quanto ao seu fundamento. Quanto ao primeiro critério, pode-se subdividir em contratual e extracontratual. No que se refere ao seu elemento fundante, poderá ser conceituada em responsabilidade subjetiva e objetiva.

3.3.1 Responsabilidade Civil x Responsabilidade Penal

Indubitavelmente, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal têm semelhanças entre si, mas, sob hipótese alguma devem ser confundidas. A semelhança de maior magnitude está no fato de que ambos os institutos jurídicos representam uma sanção imposta coercitivamente pelo estado pela violação de um direito/norma. Se, por um lado, cabe ao direito penal a repressão das condutas abstratamente tidas como mais graves, por outro é de incumbência do direito civil a reparação dos danos advindos das condutas mais corriqueiras, de menor potencial lesivo. Até por isso é possível afirmar que o direito penal constitui a *ultima ratio*, ou seja, apenas deve incidir o direito penal quando nenhum dos outros ramos do direito se mostrarem suficientes para solucionar determinada situação.

Assim, de fácil constatação que ambas as espécies de responsabilidade advêm da violação a um dever jurídico preexistente, muito embora seus efeitos e finalidades se distingam pela própria natureza da sanção (DIAS, 2006, p.14).

Enquanto a responsabilidade penal impõe ao causador do dano uma sanção de natureza pessoal, geralmente com a restrição de sua liberdade, o ilícito civil carrega, no mais das vezes, uma coação patrimonial ressarcitória, ou seja, o indivíduo causador do dano é obrigado, com o seu patrimônio, a reparar o dano causado ao ofendido.

Na responsabilidade civil há, pois, a necessidade de se restabelecer o *status quo ante*, materializada através da indenização *in natura*. Apenas no caso de impossibilidade desta é que deve haver a conversão para indenização pecuniária, através da

quantificação do dano, ou de uma compensação pelo mal causado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 46)

Diferentemente, na responsabilidade penal o que se procura é a punição do indivíduo pela conduta praticada, é o restabelecimento na ordem social (DIAS, 2006, p. 13). Tanto é assim que a pena do indivíduo é calculada na medida da reprovabilidade do ato.

Contudo, pertinente que se diga que uma mesma conduta poderá resvalar em ambos os tipos de responsabilidade. A respeito, cita-se o artigo 935 do Código Civil, que preceitua a independência da responsabilidade civil frente a criminal. Desse modo, a título de exemplificação, poderia um médico ser responsabilizado tanto civil como criminalmente pela negligência no esculápio, caso tal conduta proporcione a morte de um indivíduo.

3.3.2 Responsabilidade Civil Contratual x Responsabilidade Extracontratual

A responsabilidade civil tanto pode decorrer da violação a preceito de lei como também pode decorrer da violação às avenças de um contrato anteriormente estabelecido, daí porque a clássica bipartição em responsabilidade civil contratual e extracontratual (CARVALHO, 2013, p. 24).

Como visto, qualquer pessoa que, por violação a um dever jurídico causar dano a outro, estará obrigado a repará-lo. Este dever pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou seja, decorrer de um contrato previamente firmado pelas partes, ou pode ter como causa geradora “uma obrigação imposta por preceito geral do Direito, ou pela própria lei” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30).

A primeira delas, a responsabilidade civil contratual, é justamente aquela que se caracteriza pelo descumprimento de uma obrigação jurídica contratual. O dever de reparar, neste caso, surge a partir do inadimplemento das cláusulas do contrato ou com a mora, elementos configuradores de dano.

Já pela responsabilidade extracontratual, também denominada aquiliana, o dever de reparar o dano nasce da violação a um dever legal ou do dever de não lesar –

neminem laedere -, não existindo qualquer relação jurídica preexistente entre o lesado e o causador do dano.

Merece destaque a observação levada a efeito pelo Des. Cavalieri Filho (2009, p. 31), pela qual, no sistema brasileiro do Código Civil/2002, a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não foi feita de forma estanque. Ao revés, afirma o insigne jurista, “há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que as regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.”

Em alinhamento a tal posicionamento, Arnaldo Rizzardo exemplifica:

[...] no contrato de transporte, em que se encontra ínsita a cláusula de incolumidade, pela qual o transportador se obriga a conduzir as pessoas sãs e salvas ao destino almejado. Se, porém, surge um ato ilícito, ou nasce a obrigação de um ditame da lei, também enseja-se a reparação, mas não em razão de um contrato. É a lei que determina, embora, no fundo, sempre se dá a desobediência à lei, inclusive na violação contratual, porquanto a lei é que define a obrigatoriedade de suas cláusulas (RIZZARDO, 2007, p. 41).

Decorrente de tal classificação, distinção das que mais nos interessa é aquela que se relaciona ao ônus da prova quanto à culpa em cada tipo de responsabilidade.

Na responsabilidade extracontratual subjetiva, a regra é a culpa provada, de forma que cabe ao lesado não só a prova do dano experimentado, como também a prova do agir culposo do causador do dano.

Já na responsabilidade contratual, não é necessário que o lesado comprove a culpa do inadimplente do descumprimento da avença para obter a reparação respectiva, basta que se prove o inadimplemento. Desta forma, o ônus da prova caberá ao devedor, a quem cumprirá demonstrar a inexistência de culpa ou então a existência de alguma das causas excludentes do nexo causal.

Todavia, esta presunção não resulta do simples fato de se estar diante de responsabilidade contratual, mas também guarda relação com o tipo de obrigação que fora pactuada no contrato, assunto este a ser abordado no próximo item.

Trazendo tais considerações para a relação médico-paciente, pode-se afirmar a existência de uma obrigação contratual. Ressalte-se que o contrato, obviamente não precisa ser escrito, nos termos como preceitua o Código Civil, em seu art. 104, inciso III, c/c 107, donde se depreende que os negócios jurídicos se perfazem por qualquer

meio pelo qual se apure a emissão volitiva, seja pela escrita, pela fala e até mesmo pelo silêncio, desde que não prevista em lei alguma forma especial ou solene.

Entretanto, excepcionalmente, a responsabilidade civil do médico também pode se dar sob a modalidade extracontratual em situações não abrangidas por contrato ou até mesmo por manifestação de vontade do paciente, como é o caso dos atendimentos emergenciais, na hipótese de inconsciência de paciente desacompanhado, entre outras (VASSILIEFF, 2006, p. 502). Nestes casos fica clara a natureza extracontratual da relação, pois o médico age em razão de um dever profissional de solidariedade, e não por um mandamento contratual.

3.3.3 Responsabilidade Objetiva x Responsabilidade Subjetiva

A culpa como fundamento da responsabilidade civil representou um grande avanço na história da civilização, que, abandonando o objetivismo típico da antiguidade, passou a exigir um elemento subjetivo que viabilizasse a imputação do dano ao seu agente causador (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 121).

Na reparação civil, “conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada como elemento da obrigação de reparar o dano” (GONÇALVES, 2014, p. 59). Em se tratando de responsabilidade subjetiva, apenas restará configurado o dever de indenizar caso comprovado que o autor do fato agiu com dolo ou culpa em sua conduta (GONÇALVES, 2014, p. 59-60).

Rui Stoco, com a lucidez que lhe é peculiar, assevera:

No mundo da culpabilidade, o dolo, como já esclarecido, é a consciência e vontade dirigida a um fim ou resultado sempre ilícito e desconforme com o Direito. É a ofensa a um dever preexistente de forma consciente e desejada. A culpa, *stricto sensu*, é o agir inadequado, equivocado, por força de comportamento negligente, imprudente ou imperito, embora o agente não tenha querido o resultado lesivo, desde que inescusável. Aliás, geralmente seu objetivo é lícito, ausente a intenção de prejudicar (2013, p. 183).

A culpa tem como base três elementos: voluntariedade da conduta do agente, previsibilidade e violação de um dever jurídico. O primeiro seria a vontade do agente em praticar a conduta, ainda que não esperasse o resultado lesivo. O segundo elemento é a possibilidade de se prever o resultado por um indivíduo comum, com cuidado e diligências normais. Só há o dever de evitar o dano no que for razoável

prever. Finalmente, tem-se a violação de um dever legal de cuidado como elemento fundamental para caracterização da culpa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50-52).

Sob outro prisma, com os avanços tecnológicos, sobretudo a Revolução Industrial, e consequentemente a dificuldade de se provar a culpa decorrente das novas atividades emergentes, tornou-se necessário um novo fundamento que desse ensejo à reparação civil. (RIZZARDO, 2007, p. 33)

Assim desenvolveu-se a teoria objetiva, na qual existem situações em que a lei impõe o dever de indenizar independente da apreciação do elemento culpa, o que denomina-se por responsabilidade objetiva. Uma das teorias na qual se funda a dita responsabilidade é a teoria do risco, na qual toda pessoa que exerce uma atividade que crie risco de danos acima da média a terceiros, caso ocorram, deve ser sempre reparado, independentemente de culpa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 180-181).

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2011, p. 68), “a responsabilidade objetiva funda-se num princípio da equidade, existente desde o direito romano; aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou desvantagens dela resultantes”.

No Brasil adota-se, como regra, a teoria clássica ou subjetiva, na qual a responsabilidade civil afere-se mediante a comprovação da culpa, seja pela desobediência do agente a um dever geral de cautela por negligência, imprudência ou imperícia (entendida também como culpa *stricto sensu*), seja pelo propósito de prejudicar, o que, em outras palavras, configura o dolo do agente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 122).

Isso se dá justamente em razão da exigência do legislador de que, para que haja a imposição do dever de indenizar, se valore o elemento anímico de motivação da conduta. Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2011, p. 71), tal modalidade se divide ainda em direta ou indireta. Tratando-se de ato próprio, levado a efeito pelo próprio agente ao qual a responsabilidade será imputada, tem-se a responsabilidade direta. Já quando o indivíduo responsável pelo ressarcimento não será o próprio causador do dano e sim terceiro ou coisa ligados a si por previsão legal, tem-se a responsabilidade indireta.

Importante ressaltar que, muito embora a regra seja a responsabilidade subjetiva, com culpa provada ou presumida, o ordenamento jurídico brasileiro não deixou de contemplar a teoria objetiva, como se vê nos casos de acidentes resultantes de

atividade perigosa (art. 927, parágrafo único, CC), furto de valores praticado por funcionários de hotéis em face dos hóspedes (art. 932, IV e 933, CC), e na queda de objetos de um edifício (art. 938, CC), conforme exemplifica Maria Helena Diniz (2011, p. 71/76).

3.4 OBRIGAÇÃO DE MEIO x OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

No atuar médico, pertinente que se distinga a obrigação de meio da de resultado.

A obrigação de meio é aquela em que o indivíduo deve agir com o máximo de acuidade para alcançar o resultado almejado sem, contudo, estar obrigado a atingi-lo.

Na lição de Arnaldo Rizzardo (2007, p. 325), na obrigação de meio, a assunção de obrigações limita-se ao desempenho ou emprego de determinados meios ou de conhecimentos específicos, de práticas recomendadas. Desta forma, se objetiva alcançar um resultado, entretanto não há a garantia de que ele será implementado. Promete-se fazer o melhor para conseguir o objetivo pretendido, com o emprego de boas diligências no cumprimento da obrigação e de acordo com o estágio atual da ciência (VENOSA, 2007, p. 53).

No escólio de Humberto Theodoro Júnior:

[...] na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo. O objeto do contrato limita-se à referida atividade, de modo que o devedor tem de empenhar-se na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com zelo e de acordo com a técnica própria de sua função; a frustração, porém, do objetivo visado não configura inadimplemento, nem, obviamente, enseja dever de indenizar o dano suportado pelo outro contratante. Somente haverá inadimplemento, com seus consectários jurídicos, quando a atividade devida for mal desempenhada. (THEODORO JÚNIOR, 2000, p.154)

Por estas razões, defende-se que, no caso das obrigações de meio, esta constitui exceção à regra de presunção de culpa na responsabilidade contratual, de modo que a responsabilidade civil será fundada na culpa provada. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 336).

Já no que tange à obrigação de resultado, promete-se um determinado objeto que obrigatoriamente deve ser alcançado para que se tenha o adimplemento. Impõe-se em entregar ou conseguir o resultado combinado, sob pena de inadimplemento e

consequente responsabilização (RIZZARDO, 2007, p. 326). Aqui, a inexecução implica necessariamente em falta contratual, podendo-se inferir a presunção de culpa do contratado no inadimplemento da obrigação.

Ressalte-se que a presunção de culpa referida não se confunde com hipótese de responsabilidade objetiva, na qual este elemento é dispensável para imposição do dever de indenizar. Trata-se, pois, de inversão do ônus da prova, na qual o contratado/inadimplente é quem tem o ônus de provar que não agiu com culpa ou dolo, ou demonstrar qualquer das causas excludentes de responsabilidade.

Nesse contexto, depreende-se ser a obrigação assumida pelo médico, em regra, de meio, considerando a própria natureza da atividade, tendo em vista não ser a medicina uma ciência exata como também em função das reações do corpo humano ainda serem, em boa parte, uma incógnita para os que lhe têm como objeto de estudo.

Desta forma, como explanado anteriormente, embora trate-se de obrigação contratual, a relação médico-paciente impõe obrigação de meio, de modo que para que haja a possibilidade de imputação de responsabilidade civil ao médico, decorrente de danos causados ao paciente, em regra, é necessário a demonstração de culpa.

Por outro lado, como toda regra admite exceção, doutrina e jurisprudência debatem acerca da natureza da obrigação em casos de vasectomia, exames radiológicos, transfusão de sangue, etc. A jurisprudência dominante entende que para tais tipos de situação, deve-se considerar que a obrigação assumida pelo facultativo constitui dever de resultado (TEPEDINO, 2003, p. 293; BARBOZA, 2004, p. 56). O principal desdobramento deste entendimento repousa na distribuição do ônus da prova, que, neste caso, recai sobre o médico, uma vez que sua culpa será presumida, cabendo-lhe provar que atuou dentro das técnicas atuais que lhe eram exigidas e de acordo com os parâmetros ordinariamente postos (SOUZA, 2003, p. 57-58).

No caso específico das cirurgias estéticas, atualmente os Tribunais pátrios não convergem no mesmo pensamento, o que revela uma mudança em relação ao entendimento de considera-las sempre como sendo uma obrigação de resultado. Tal posicionamento se dá em razão da maior aceitação e compreensão de que a medicina é uma ciência inexata, e portanto, não poderá nunca se exigir que seja absolutamente infalível (SCHAEFER, 2012, p. 38).

3.5 PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Pressupostos ou requisitos são e condições que em conjunto produzem a obrigação de indenizar. Sem dúvidas, o instituto da responsabilidade civil foi um daqueles que mais sofreu alteração ao longo da história, com o desenvolvimento da ciência e do direito. Por isso mesmo, apesar de manter um núcleo que permite identifica-lo no decorrer da história, os seus pressupostos nem sempre foram os mesmos.

Compreendia-se, por exemplo, que a culpa era um elemento essencial à responsabilidade civil, entendimento este esposado no Código Civil de 1916. Mais tarde, com a evolução do pensamento acerca do instituto, o legislador pátrio entendeu por bem introduzir modificações de modo a reintroduzir, no Código Civil de 2002, a necessidade da prova da culpa no rol de pressupostos da responsabilidade civil.

Outras modificações também ocorreram, como é o caso da obrigação de ressarcir gerada por conduta lícita. São hipóteses restritas e, como tal, só ocorrem mediante previsão legal, como é exemplo aquelas postas nos art. 927, 1285, 1289, 1293, §3º, todos do Código Civil.

Hoje, a jurisprudência do STJ é pacífica quanto aos pressupostos da responsabilidade civil: conduta, dano e nexo de causalidade. Como elementos acidentais, temos a culpa e o ato ilícito, uma vez que cabe ao legislador determinar quando serão levados em conta para se determinar a responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2014, p. 59; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 27).

No mesmo sentido, vale a transcrição do quanto ponderado por Leonardo Santos:

Ora, levando em conta que o parágrafo único do art.927 do CC/02 prevê expressamente a “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” e tendo em vista que se entende “pressuposto” como os “fatos e condições” sempre ocorrentes, constata-se que no Brasil, necessariamente, o ato ilícito e a culpa são, apenas, elementos acidentais da responsabilidade civil. Dessa maneira é bom repetir que se sob a égide do CC/16, que não previa expressamente a responsabilidade objetiva, só acatada, para alguns, em microssistemas jurídicos, justificava-se a polêmica, hoje, com o novel Código Civil, as discussões deste jaez indubitavelmente perderam substância (SANTOS, 2008, p. 41).

De acordo com a doutrina mais autorizada, a exemplo de Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 33), são pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil a conduta

voluntária, o dano sofrido, e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Registre-se que, a despeito da responsabilidade médica não se afastar dos pressupostos acima referidos, que são aqueles gerais da responsabilidade civil para toda e qualquer pessoa, esta, em especial, deve ser vista de modo diferente, tendo em vista as normas de conduta que estão postas no Código de Ética Médica. Dessa forma, a culpa médica verifica-se quando o agente age com negligência, imperícia ou imprudência no exercício do esculápio.

Tal entendimento tem embasamento no Código Civil Brasileiro que estabelece, em seu art. 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nesse contexto, pode-se extrair os pressupostos gerais da responsabilidade civil, quais sejam, conduta culposa, dano e nexo causal.

Passa-se então ao estudo de cada um dos pressupostos, de forma pormenorizada.

3.5.1 Conduta

Por conduta entende-se o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação comissiva ou omissiva (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 24).

Sálvio Teixeira (2000, p.190) faz importante alerta: esse fato capaz de ensejar a responsabilização civil não será necessariamente ilícito. Possível que nenhuma infração se consuma, e nasça o dever de reparação. Não somente as condutas censuradas pelo ordenamento jurídico com a cominação de uma sanção podem causar um dano indenizável. O estado de necessidade, por exemplo, é um fato lícito que, a despeito de ser uma das excludentes de antijuridicidade para fins penais, obriga a reparação do prejuízo causado a quem não o tenha provocado.

Sob outro aspecto, importante acrescentar que o agente deve possuir a livre escolha em proceder ou não com aquela conduta, não se confundindo tal hipótese, ressalte-se, com a vontade de causar o dano, mais comumente chamado de dolo. A voluntariedade, qualidade essencial da conduta humana, não significa que os resultados foram desejados pelo agente, mas sim que ele poderia ter previsto os danos e agido de maneira diversa, mas não o fez (SANTOS, 2008, p. 43) Representa,

pois, a liberdade de escolha do agente. Sem este elemento não haveria de se falar em ação humana ou responsabilidade civil.

Fala-se ainda em imputabilidade, sem a qual não há como responsabilizar alguém pela prática de um ato danoso. Por ela entende-se a capacidade do indivíduo de entender o caráter reprovável de sua conduta e determinar-se de acordo com esse entendimento. Em reforço, “é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 26).

Assim, uma criança ou um adolescente que não tenha completado 18 anos não deverá responder pessoalmente pelo dano, salvo na hipótese do *caput* do art. 928, CC/02, que determina que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

Superadas tais preliminares conceituais, passa-se, ainda neste tópico, à análise da culpa *lato sensu*, uma vez que esta apenas ganha relevância jurídica quando integra a conduta humana, razão pela qual alguns doutrinadores optam por considerá-las como um único pressuposto da reponsabilidade civil, analisando-as conjuntamente.

Conforme exposto anteriormente, para aferição da responsabilidade civil subjetiva, necessário se faz o exame do elemento culpa, sendo esta subdividida em dolo e culpa *stricto sensu*.

Pelo dolo, entende-se como sendo a conduta voluntária, dirigida a determinado fim de modo consciente e intencional. Em outras palavras, é a violação intencional a um dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem (TARTUCE, 2013, p. 445). Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo (2011, p. 64), “o ato ilícito doloso consiste na intenção de ofender o direito ou de prejudicar o patrimônio de alguém por atuação positiva (*dolus in committendo* ou *in faciendo*) ou negativa (*dolus in omittendo*)”.

Já a culpa *stricto sensu* tem por essência o descumprimento de um dever jurídico geral de cautela, de cuidado. Convivendo em sociedade, o homem deve pautar sua conduta de modo a não causar danos ao próximo, observando-se a cautela necessária até mesmo na execução dos atos lícitos (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 32).

A não observância de tal dever exterioriza-se através da imprudência, negligência ou imperícia. A imprudência consubstancia-se na falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva. É o caso daquele que dirige com excesso de velocidade, ou avança o sinal vermelho. Na negligência temos a mesma violação, mas agora por uma conduta omissiva. Exemplifica-se com o médico que não atenta para os cuidados devidos ao realizar uma cirurgia. Já a imperícia decorre da falta de habilidade para a consecução de determinada atividade. É o caso clássico daquele que dirige sem habilitação. Tais situações serão aprofundadas quando da sua correlação com o exercício da medicina, em tópico posterior.

3.5.2 Dano

O dano é o pressuposto essencial, ou melhor, a pedra de toque da responsabilidade civil. Não há que se falar em indenização ou ressarcimento se não restar configurado o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial. Anderson Schreiber (2013, p. 108) conceitua dano como sendo lesão a um interesse juridicamente tutelado. Nos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 93) “conceitua-se dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como honra, moral etc.”

Para que seja indenizável, devem ser aferidas a sua certeza, atualidade e subsistência. Somente o dano certo, efetivo, é indenizável, sendo que a certeza se refere a existência do dano, e não a sua quantificação. Deve ainda subsistir o dano, dado que ilógico seria reparar algo que já foi devidamente compensado por livre espontaneidade.

Passando às espécies de dano, a doutrina costuma fazer referência a três espécies: o dano patrimonial, o dano moral e o dano estético (MELO, 2008).

O dano patrimonial é aquele que atinge o patrimônio da vítima que pode ser mensurado em pecúnia. Pode-se dizer que há um interesse econômico em jogo. Pressupõe sempre ofensa ou diminuição do patrimônio do lesado. O dano material pode atingir não somente o patrimônio atual da vítima como também o patrimônio

futuro (CAVALIERI, 2014, p. 94), razão pela qual o Código Civil fala em prejuízo efetivamente sofrido (dano emergente) como também aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar (lucros cessantes) – art. 402, Código Civil.

O dano emergente caracteriza-se por ser o prejuízo efetivamente experimentado pela vítima, ou seja, pela direta e imediata diminuição de seu patrimônio. Os lucros cessantes, por sua vez, são os prejuízos mediatos e futuros ao patrimônio da vítima, consistentes na perda daquilo que razoavelmente se deixou de ganhar (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94-95; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 83).

Com o advento da Constituição Federal/88, a pessoa passou a ser o centro do ordenamento jurídico pátrio, de forma que o patrimônio, antes aclamado, passou a ser relegado a segundo plano. É nesse contexto que surge a proteção aos direitos da personalidade, ao patrimônio imaterial do homem, dando azo à indenização pelos danos causados em face destes. Por tal instituto convencionou-se chamar de dano moral.

Em relação a ele, há vários conceitos atribuídos pela doutrina e jurisprudência, de modo que vale destaque aquele que o define como sendo o dano que atinge o aspecto extrapatrimonial do sujeito, podendo-se citar como exemplo o dano aos direitos personalíssimos.

Tem previsão expressa na Constituição Federal/1988, em seu art. 5º, V e no art. 186 do Código Civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 92).

Quanto ao dano estético, os Tribunais Superiores têm entendido que não se confundem com o dano moral. Enquanto este refere-se ao sofrimento mental, dor da alma, aflição, angústia, aquele diz respeito a alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa. Dessa forma, devem ser analisados autonomamente, independentemente de ambos comporem danos extrapatrimoniais. Ressalte-se ainda que a matéria não recebeu disciplina própria no Código Civil de 2002, razão pela qual são admitidas maiores divergências doutrinárias.

Dessa forma, o dano estético pode ser compreendido como as lesões causadas no indivíduo que tenham relação com deformidades físicas, como no caso de marcas, cicatrizes, e que causem a vítima desgosto ou complexo de inferioridade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 135-136).

Vale aqui transcrever os ensinamentos de Neri Tadeu Câmara Souza (2001), para quem

O dano estético é aquilo que agride a pessoa nos seus sentimentos de auto-estima, prejudicando a sua avaliação própria como indivíduo. Denigre a imagem que tem de si. Por isto não precisa estar exposto, ser externo, nem ser de grande monta para que se caracterize a sequela física como dano estético. Mesmo deformidades em áreas íntimas da pessoa que, dificilmente, nas situações sociais estejam expostas à vista de terceiros, caracterizam o dano estético já que a presença de alterações físicas, mesmo que diminutas, têm conscientizada sua presença pelo portador e sabe este que em situações de maior intimidade com outras pessoas as mesmas aflorarão, tornar-se-ão visíveis. Isto lhe traz um indizível sofrimento interno, psicológico. Até em situações cotidianas, hoje em dia, já que na sociedade moderna o uso de pouca roupa é bastante freqüente, haverá exposição destas alterações na aparência, causando constrangimento ao seu portador, variável de indivíduo para indivíduo, mas sempre presente.

Frise-se ainda que, a teor do que dispõe a súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça, admite-se a cumulação de danos morais e estéticos, o que ratifica o posicionamento anteriormente esposado.

3.5.3 Nexo causal

No que tange ao nexos causal entende-se por ser justamente o elo entre a conduta humana voluntária a o dano. Aqui apura-se se determinado agente realmente deu causa ao resultado danoso. É o pressuposto que deve ser examinado até mesmo anteriormente ao elemento culpa, uma vez que não há sentido em responsabilizar alguém se este não deu causa ao evento de que decorreu o dano (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 61-62).

Entretanto, o tema de extrema controvérsia se deu em relação ao critério que seria utilizado para se chegar à conclusão de que uma causa foi determinante para se alcançar o resultado.

Nos primórdios do estudo da responsabilidade civil, vigia a Teoria da Equivalência das Condições (ou *conditio sine qua non*), pela qual se imputa responsabilidade a todas as pessoas que concorreram de alguma forma no resultado lesivo, seja de forma direta, seja indireta. Por ela, se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todos tem o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem (GONÇALVES, 2014, p. 478), daí porque denomina-se “teoria da equivalência das condições”.

Todavia, a teoria sofreu diversas críticas, justamente em razão possibilidade de ampliação infinita do nexa causal. Dessa forma, na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender a responsabilidade pelo evento danoso ao fabricante da arma pela qual o dano se perpetrou. Em outra situação, poderia se atribuir responsabilidade não só a quem dirige um veículo com imprudência e causa dano a outrem, mas também a quem vendeu o automóvel.

Já pela Teoria da causalidade adequada, elaborada pelo filósofo Von Kries, somente se considera causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Em outras palavras, “nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65). Desta forma, há uma maior limitação do nexa de causalidade às circunstâncias realmente essenciais e suficientes para a ocorrência do dano.

Ainda nesse sentido, e procurando amenizar e conciliar as duas correntes de pensamento, surgiu a Teoria dos danos diretos e imediatos ou Teoria da interrupção do nexa causal. Por ela, apenas a conduta imediatamente relativa ao resultado pode ser considerada como causa do dano. Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves,

A interrupção do nexa causal ocorreria toda vez que, devendo impor-se um determinado resultado como normal consequência do desenrolar de certos acontecimentos, tal não se verificasse pelo surgimento de uma circunstância outra que, com anterioridade, fosse aquela que acabasse por responder por esse mesmo esperado resultado. Tal circunstância outra se constituiria na chamada causa estranha (2014, p. 479).

Exemplificando, se A é agredido por B, e, ao ser levado ao hospital por uma ambulância morre por conta de uma batida de carro, B não é responsável pois, apesar de ter concorrido para o resultado morte, não o foi de forma direta e imediata.

Para os defensores desta teoria, o Código Civil Brasileiro a teria contemplado em seu art. 403, ao prever que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Em reforço a tal entendimento temos juristas de peso como Aguiar Dias (2007), Cavaliere Filho (2014), Carlos Roberto Gonçalves (2014), entre outros.

Nessa esteira de pensamento, impõe-se mencionar as causas excludentes de responsabilidade civil, que são aquelas circunstâncias que eliminam um dos pressupostos de sua constituição, fulminando, por conseguinte, o nexa de

causalidade. Pode-se citar a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, estado de necessidade, legítima defesa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p.101).

3.6 CULPA MÉDICA

Analizados os pressupostos da responsabilidade civil em sua teoria geral, pertinente se faz sua análise mais específica no que se relaciona à atividade médica.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a atividade médica submete-se, em regra, à responsabilidade civil contratual, como devidamente explanado anteriormente. Ainda assim há uma minoria na doutrina que defenda tratar-se de responsabilidade extracontratual, tendo em vista ser a atividade médica extremamente normatizada (SANTOS, 2008, p. 144), de forma que os deveres profissionais devem ser cumpridos ainda que inexistente contrato entre as partes envolvidas. Ainda assim, caso configurada a violação, existente o dever de reparar extracontratualmente (DINIZ, 2011, p. 330).

Quanto à responsabilidade civil do profissional liberal, da leitura conjugada dos art. 951 do CC e 14, § 4º do CDC, depreende-se que sua natureza é subjetiva, ou seja, deve haver comprovação do agir culposos, com imprudência, negligência ou imperícia, para que seja condenado a reparar o dano causado.

Assim, considerando ser a atividade médica, em regra, objeto de relações contratuais, assim como desenvolvida por profissional liberal submetida ao Código de Defesa do Consumidor, resta esclarecer como tais institutos podem conviver de forma harmônica, justamente em razão da diferenciação em relação à presunção de culpa, em se tratando de relação contratual.

Para tanto, deve-se perquirir acerca do tipo de obrigação assumida pelo profissional médico, se de meio ou de resultado. Como anteriormente explanado, caso se trate de obrigação de meio, como é a regra deste tipo de relação, caberá ao paciente comprovar a culpa do médico na concorrência para o dano, seja através da negligência, da imprudência, da imperícia ou até mesmo do dolo. “Assim, a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor

comprometido a um resultado determinado ou simplesmente a conduzir-se de certa forma” (DIAS, 2006, p. 331).

Já em se tratando de obrigação de resultado, vista pela doutrina principalmente nos casos de cirurgia plástica, como anteriormente explanado, haverá presunção de culpa do médico caso algum dano seja causado ao paciente, ou, até mesmo, caso o resultado esperado não seja alcançado. Dessa forma, impõe-se ao médico o ônus da prova em relação à sua culpa, ou seja, deve ele utilizar-se dos meios adequados para eximir-se da responsabilidade em reparar o dano, já que sua culpa é presumida.

Finalmente, a respeito do tema, arrebatada José Carlos Carlos Maldonado de Carvalho (2013, p. 27) ao afirmar que “a regra prevalente para a responsabilidade civil dos profissionais liberais é a da responsabilidade subjetiva: com culpa provada, para as obrigações de meios, e com culpa presumida, para as obrigações de resultado”.

4 A IATROGENIA NO DIREITO BRASILEIRO

Nos últimos anos tem-se verificado, certamente em decorrência das mudanças ocorridas na relação médico-paciente já mencionadas neste trabalho, e por conta da cada vez maior impessoalidade existente nesta relação, um aumento vertiginoso das demandas relacionadas ao exercício da medicina. Assim, novas questões controvertidas foram surgindo na relação médico-paciente, a exemplo das lesões iatrogênicas que, a partir deste ponto, passa-se a analisar.

4.1 CONCEITO

Em contraponto ao dano que ocasiona a responsabilidade civil médica, tem-se hoje o que se convencionou chamar em dano iatrogênico. Etimologicamente falando, iatrogenia deriva do grego *iatron* que significa o local onde os médicos davam consultas, guardavam seus instrumentos, mais *geno*, aquilo que gera, produz. José Carlos Maldonado de Carvalho (2013, p. 3), citando Miguel Sorin, revela o sentido dado à iatrogenia por este autor como sendo o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes. Seriam, portanto, os males provocados em decorrência da ação ou omissão do médico no exercício da profissão.

Entretanto, da forma como a doutrina médica conceitua hoje o dano iatrogênico, sendo ele todo dano causado ao paciente em razão do exercício do ofício pelo médico ou decorrente do tratamento prescrito, termina por restringir de forma total a imposição de responsabilidade civil ao médico. Daí a extrema necessidade em se diferenciar tais espécies, no âmbito jurídico, de modo a compatibilizar os institutos à ordem jurídica nacional (CARVALHO, 2013, p. 8).

Na seara médica, a iatrogenia pode ser classificada em dois tipos: positiva e negativa. “Na iatrogenia positiva, as alterações produzidas no estado do paciente são inócuas. Na negativa, o estado do paciente sofre algum dano pela ação médica” (CARVALHO, 2013, p. 4-5). A iatrogenia negativa pode ainda ser dividida em necessária e desnecessária. Na primeira, o risco do dano é devidamente calculado pelo especialista, existe um conhecimento prévio acerca do resultado, que é até mesmo

esperado. É o risco que se assume para que o resultado possa ser alcançado, uma vez que se mostra como o procedimento mais adequado. Já na segunda, o dano produzido poderia ser completamente evitado, não só por existir outras técnicas disponíveis, como também por não ser aquela técnica utilizada a mais adequada. Por conta disso, posiciona-se a doutrina médica como sendo inadmissível (CARVALHO, 2013, p. 5).

José Carlos Maldonado de Carvalho (2013, p. 8), ao introduzir o tema na seara jurídica, atenta para o fato de não haver consenso entre a doutrina e jurisprudência acerca do conceito de iatrogenia.

Na posição de alguns, dentre os quais o eminente jurista Rui Stoco (2013, p. 765-766) se alia, a lesão iatrogênica se consubstancia não apenas naquelas lesões previsíveis, esperadas ou não, decorrentes de um atuar médico prudente, dirigido a um determinado resultado, revelando-se também necessária, como também naquelas lesões decorrentes de um atuar médico falho, passível, portanto, de responsabilidade civil (MORAES *apud* CARVALHO, 2013, p. 8). “Sob esta ótica, os erros médicos, tal como disciplinados no Código de Ética Médica (imperícia, imprudência e negligência) se enquadram na categoria de iatrogenias, no entendimento contemporâneo” (TAVARES, 2007, p. 181).

No mesmo sentido, Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza (2010, p. 21) definem iatrogenia como sendo as doenças ou danos causados a alguém por um ato médico, ressalvando a ideia de que tal instituto deve ser compreendido sob dois aspectos: a iatrogenia *lato sensu e stricto sensu*.

Na dimensão ampla, entende-se como sendo justamente qualquer dano causado ao paciente no exercício da medicina, seja o ato praticado dentro parâmetros técnicos recomendados, seja proveniente de falha no atuar, com negligência, imprudência ou imperícia (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 21). Neste aspecto, mesmo considerando-se o dano como iatrogênico, defendem os autores a possibilidade de imposição do dever de indenizar.

A iatrogenia *stricto sensu*, por outro lado, se consubstanciaria no dano decorrente da atuação médica, porém proveniente de um atuar correto, com observância de toda técnica exigida para o ato. Assim, além da intenção benéfica, há um proceder preciso e correto (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 22).

Já para José Carlos Maldonado de Carvalho (2013, p. 7), os institutos da responsabilidade civil e da iatrogenia são terminantemente inconciliáveis e excludentes. Segundo ele, uma vez caracterizada a iatrogenia, não se pode imputar de maneira alguma responsabilidade civil ao médico causador do dano. Desta forma, o dano “ocasionado por médico em pessoas sadias ou doentes, através do uso de técnicas e de fármacos necessários para vencer crises ou surtos, não caracterizaria, ao revés, responsabilidade civil e, conseqüentemente, direito à indenização reparatória” (CARVALHO, 2013, p. 8).

Dentro desta perspectiva, as lesões iatrogênicas, na visão do autor, seriam apenas as lesões previsíveis, esperadas ou não, e decorrentes do próprio iter procedimental. As lesões ocasionadas por falha no atuar médico, seja por imperícia, imprudência ou negligência se subsumiriam às regras da responsabilidade civil (CARVALHO, 2013, p. 09), impondo, pois, o dever de indenizar.

Neste trabalho, adotar-se-á a visão do jurista José Carlos Maldonado de Carvalho (2013), por nos parecer mais pertinente, uma vez que não se mostra lógico considerar o termo “iatrogenia” para os casos em que a conduta médica gere o dever de indenizar, inserindo-se, por sua vez, no campo da responsabilidade civil.

4.2 CARACTERÍSTICAS

Diante do novo quadro fático e jurídico, como também em razão da relevância do tema e sua atualidade, pertinente se faz uma análise acerca dos elementos caracterizadores do dano iatrogênico e seu enquadramento frente ao ordenamento jurídico nacional. Tal estudo mostra-se extremamente relevante para melhor compreensão do tema, na medida em que se permite avaliar em quais situações poderá o jurista se valer de tal instituto para que a responsabilidade civil do médico seja desconsiderada.

4.2.1 Previsibilidade e necessidade

Conforme já discorrido anteriormente, José Carlos de Carvalho (2013, p.8) ao adentrar no tema iatrogenia, destaca a posição sustentada por Irany Novah Moraes, para quem a lesão iatrogênica poderia se consubstanciar em 3 tipos distintos. Na primeira hipótese, estaria configurado o dano iatrogênico naquelas situações em que a lesão ocasionada não só é previsível como também esperada, pois inexorável ao próprio *iter* procedimental. Dele não poderia se afastar uma vez ser a técnica adequada e atual para o tratamento da doença diagnosticada. É o caso, por exemplo, das cirurgias mutiladoras, como a amputação de uma perna para o tratamento da diabetes, por ser a medida mais recomendada para que se evite um mal ainda maior à saúde do paciente (SANTOS, 2008, p. 164).

Na segunda hipótese vislumbra-se as situações previsíveis, porém inesperadas para o caso. Decorrem do risco inerente a todo e qualquer procedimento médico. Como já visto, a medicina, por sua própria natureza incompleta e complexa, se sujeita a perigos muitas vezes desconhecidos. Não se sujeita, pois, à exatidão da matemática, física, engenharia, nem tampouco à subjetividade interpretativa conferida ao direito e à filosofia. Assim, os médicos, no exercício do esculápio, ao tratarem com o organismo humano singular e complexo, estão sujeitos às suas variáveis, de forma que imputar-se responsabilidade ao médico em casos deste jaez terminaria por limitar em muito o exercício desta profissão tão nobre e importante a toda humanidade. A título exemplificativo, poderia citar as reações alérgicas decorrentes do uso de contrastes radiológicos, hipótese na qual não é possível identificar os pacientes que terão reação alérgica, muito embora seja de conhecimento do facultativo tal possibilidade (JATENE *apud* STOCO, 2013, p. 767).

Já o terceiro e último tipo, Irany Novah Moares (1995, p. 196) reserva àquelas situações nas quais o médico agiu em desconformidade com os parâmetros técnicos da profissão. Há aqui falha no comportamento do médico, adotando uma técnica inadequada ou até mesmo agindo com dolo, de modo a prejudicar a saúde do paciente. Como já ressaltado em tópico anterior, neste trabalho tal hipótese não é adotada como iatrogenia, uma vez que tais situações adentram no campo da ilicitude,

impondo, pois, o dever de indenizar, de forma que se torna despropiciada maiores digressões a respeito.

Feitas tais considerações, é imperioso reconhecer ser característica própria das situações iatrogênicas a questão da previsibilidade. Não há como se configurar uma lesão iatrogênica se o dano ocasionado ao paciente não for, ao menos, previsível. Poderá o médico até ser isento da responsabilidade civil por conta das clássicas causas excludentes de responsabilidade, a exemplo do caso fortuito ou força maior.

Entretanto, importante ressaltar que a previsibilidade deve ser avaliada de acordo com o estágio atual de desenvolvimento da ciência médica, pois constitui a iatrogenia “meio lícito para se atingir o fim colimado, de acordo com o procedimento técnico recomendado pela doutrina e prática médicas” (CARVALHO, 2013, p. 09). Assim, o médico deve estar consciente que aquele determinado resultado *vai* ou *pode*, ao final do tratamento, ocorrer.

Aliado a tal requisito, deve-se também ponderar a questão da necessidade de ocorrência da lesão (CARVALHO, 2013, p. 09). Afinal de contas, por todo este trabalho, permeou-se a ideia de proteção à saúde do paciente. O médico deve sempre pautar sua conduta de acordo com as normas éticas e profissionais, atualizando-se com as novas técnicas descobertas pela ciência em favor do seu cliente. Assim, o resultado danoso apenas poderá ser admitido caso inexista outra técnica mais benéfica ao paciente e que alcance os mesmos resultados.

Finalmente, pode-se inferir que dois são os requisitos identificadores do dano iatrogênico: a previsibilidade do dano e a necessidade de sua produção. Na lição de José Carlos Maldonado de Carvalho, que a tantas vezes se fez referência, o dano iatrogênico decorre “de um atuar médico dirigido a um determinado resultado, que, por ser previsível, é necessário. ”

4.2.2 O enquadramento da iatrogenia como causa excludente de responsabilidade típica da atividade médica

Como é cediço, a teoria da culpa prevê algumas situações nas quais, mesmo havendo uma conduta humana tendente a causar dano ao universo jurídico de outrem, há

circunstâncias em que o nexo de causalidade entre a conduta e o dano é rompido, de modo que a pretensão à reparação indenizatória resta totalmente prejudicada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 121).

Tais circunstâncias são amplamente conhecidas e debatidas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, e encontram, em sua maioria, previsão normativa do Código Civil de 2002, a exemplo do art. 188. São elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Nesse contexto, é de extrema relevância que se adeque à realidade do ordenamento jurídico brasileiro a questão das lesões iatrogênicas. Em outras palavras, seria correto considerar as lesões iatrogênicas, no sentido adotado neste trabalho, como uma das causas eximentes de responsabilidade já conhecidas? Ou seria razoável a defesa deste instituto como uma causa autônoma e específica da relação médico-paciente de exclusão da responsabilidade civil?

Como já visto, as lesões iatrogênicas consubstanciam-se naquelas condutas levadas a efeito pelo profissional médico, no exercício do esculápio, que, antevendo a possibilidade de ocorrência de um resultado danoso ao paciente durante um tratamento e em razão de determinada técnica, decide pela sua adoção, tendo em vista a necessidade de ocorrência da lesão. São, portanto, dois os requisitos caracterizadores: previsibilidade e necessidade.

Para José Carlos Maldonado de Carvalho (2013, p. 07), iatrogenia e responsabilidade civil seriam termos terminantemente inconciliáveis e excludentes. Uma vez caracterizada a iatrogenia, impossível se falar em dever de reparar o dano pelo agente causador. Neste contexto, poderia se cogitar a iatrogenia como erro escusável, muito embora, tecnicamente, tal situação não configure exatamente um erro por parte do profissional médico, e sim uma opção lícitamente exercida.

Por conseguinte, e em alinhamento a tal pensamento, torna-se imperioso reconhecer a iatrogenia como uma causa excludente de responsabilidade civil, embora de difícil enquadramento nas circunstâncias tradicionalmente conhecidas (SANTOS, 2008, p. 166).

Nos ensinamentos de Rui Stoco, (2013, p. 767), tal questão, eminentemente doutrinária, deve ser tratada como exercício regular de direito. Para ele, o “exercício

regular de uma atividade médica ou cirúrgica justifica-se formalmente porque consiste no exercício regular de uma atividade legítima e materialmente porque constitui meio justo para um justo fim ou meio adequado para um fim reconhecido pela ordem estatal”. Tal argumento é afastado na medida em que se considera que a necessidade de se adotar determinado procedimento, com vistas a afastar um mal maior, decorre muito mais de um dever do facultativo do que de um direito deste (SANTOS, 2008, p. 166).

Sob outro prisma, Antônio Couto Filho e Alex Souza (2010, p. 23) sustentam tratar-se, em verdade, de caso típico de força maior, hipótese mais uma vez refutada ao se considerar que “a iatrogenia em sentido estrito não é absolutamente inevitável, decorrendo de uma decisão técnica, à luz da melhor ciência, onde o médico e o paciente ponderam os prós e os contras do quanto decidido”. (SANTOS, 2008, p. 166).

Há também aqueles que defendem a possibilidade de inserção das lesões iatrogênicas na hipótese de estado de necessidade, uma vez ser característica intrínseca das ditas lesões a necessidade de adoção da técnica lesiva. Dessa forma, tal prática seria considerada absolutamente necessária à remoção de um perigo iminente (SANTOS, 2008, p. 166). Entretanto, em posição diametralmente oposta, pode-se afirmar que tal excludente de responsabilidade civil apenas se consubstanciaria, neste caso, se o lesado for culpado do perigo a que está submetido, a teor do que dispõe o art. 929 do Código Civil, o que se mostra de um todo desarrazoado, em se falando doenças que acometem as pessoas. (SANTOS, 2008, p. 166).

A despeito da discussão doutrinária a respeito do enquadramento da iatrogenia nas hipóteses excludentes de responsabilidade tradicionalmente conhecidas, sobreleva destacar ser a iatrogenia, em verdade, uma causa típica de excludente de responsabilidade civil do médico, independentemente do enquadramento se que dê a ela. Não encontra, portanto, delineamento em qualquer das hipóteses anteriormente suscitadas.

Antônio Couto Filho e Alex Souza (2010, p. 24) defendem ainda a necessidade de se reconhecer, na atualidade, a extensão da incidência da iatrogenia não somente no campo da medicina, mas a todos outros segmentos que a ela se relacionam, que, ao

ter como objeto de estudo a saúde do indivíduo, estão sujeitos aos riscos a ela inerentes.

Entretanto, vale aqui a ressalva de que o instituto da iatrogenia não pode ser desvirtuado para fins escusos, como, por exemplo, eximir de responsabilidade civil alguém que, em verdade, age com dolo ou culpa no exercício da profissão. Bem por isso seus conceitos e fundamentos devem ser bem alicerçados e compreendidos, a fim de que tais situações sejam rechaçadas pela jurisprudência pátria, observando-se ainda o princípio da reparação integral do dano, instituído pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.

4.3 ERRO MÉDICO X SITUAÇÃO IATROGÊNICA

É bem verdade que atualmente os Tribunais vêm, cada vez mais, sendo assoberbados por demandas relacionadas ao exercício da medicina, muitas das quais fundadas na falsa concepção do que vem a ser erro médico, não só por parte dos bacharéis em Direito, mas também e principalmente por conta da concepção adotada pelos pacientes. Elias Farah (2010, p. 62), ao tratar da matéria, bem sintetiza:

O furor indenizatório contra médico foi desencadeado pela previsão na Constituição Federal de 1988 da indenização por danos morais. Fortalecido, depois, o senso dos direitos do consumidor, pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990, os Tribunais foram surpreendidos com reivindicações indenizatórias de proporções encorchantes, à moda americana. A tendência, no princípio, induziu o Judiciário a decisões de iníquos exageros. Os tribunais já foram, hoje, despertados para a nova realidade – o de estarem sendo instrumentos de reivindicações abusivas ou ilegítimas. O médico, embora instruído em uma ciência complexa, não escapa da sina da falibilidade de todos os profissionais.

E continua, dissertando agora a respeito da pretensão infundada dos pacientes, encorajada pela onda da reparação integral:

A profilaxia do erro profissional está em debate. O paciente insatisfeito com o tratamento médico, correto que tenha sido, é um demandante judicial potencial. No relato, que faz ao causídico constituído para a demanda, o paciente dramatiza os fatos eivados de rancores e distorções. O paciente ou interessado tende a incutir no interlocutor desavisado uma imagem do médico como um desafeto. Se faltar ao causídico escrúpulo ou se embriagar com os acenos de uma sucumbência judicial polpuda, capitulará à tentação da aventura judicial (FARAH, 2010, p. 62).

É nesse contexto que ganha relevância a distinção que aqui se propõe, principalmente quando se constata a tentativa, hoje recorrente, de desvirtuação do instituto da iatrogenia, de forma a eximir os profissionais médicos da responsabilidade civil em razão dos erros cometidos no exercício do esculápio (CARVALHO, 2013, p. 09).

O erro médico e a situação iatrogênica são conceitos distintos e que merecem especial atenção no que diz respeito à responsabilidade civil médica. Isto porque, como já explanado em tópico antecedente, o dano iatrogênico, quando configurado, não enseja o dever de reparação pelo agente causador. Por outro lado, uma vez constatado o erro médico, em qualquer de suas modalidades, imperiosa seria a imputação de responsabilidade àquele que deu causa ao resultado danoso.

Para José Carlos de Carvalho (2013, p. 09), a razão de se ter como indefinida, atualmente, a linha divisória entre a iatrogenia e o erro médico se dá muito em razão da ausência de marcos jurídicos específicos e da análise mais específica do instituto da iatrogenia por parte da jurisprudência e até mesmo da doutrina brasileira. Nesse sentido é que o referido autor assevera que

é por se aproximar da denominada imperfeição de conhecimentos científicos, escudada na falibilidade médica, que a iatrogenia tem servido de anteparo aos erros médicos, afastando, por conseguinte, a responsabilidade civil. Independentemente do enfoque que se dê, certo é que algumas ações médicas que provocam efeitos psicossociais indesejáveis, 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 (CARVALHO, 2013, p. 09).

É nesse contexto que se abordará os parâmetros diferenciadores do erro médico em relação à iatrogenia, como também o que a jurisprudência hodierna tem produzido a respeito do tema ora em debate.

4.3.1 Os parâmetros para a diferenciação

O erro médico e a culpa, embora possuam conceitos diversos, estão intimamente relacionados. A culpa *lato sensu* pode ser entendida como o elemento subjetivo aferível quando da conduta de determinada pessoa, ao agir com negligência, imprudência, imperícia ou dolo. O erro médico, por sua vez, não encontra um conceito pacífico na doutrina brasileira. Assim, muitas das vezes verifica-se que os “autores

chegam a vincular expressões idênticas a significados diametralmente opostos” (SANTOS, 2008, p. 155).

Dentre as conceituações existentes, merecem destaque aquelas trazidas por Priscila Ramos (2001, p. 245). Na primeira corrente doutrinária, o erro médico constituiria hipótese mais genérica, através da qual se poderia subsumir qualquer conduta ou ato médico que colida com os dispositivos insculpidos no Código de Ética Médica. Em uma segunda perspectiva, esta mais adequada à visão adotada pelos pacientes, o erro médico constituiria qualquer “resultado diverso ou frustrante em relação ao desempenho do médico, isto é, seu advento está atrelado a uma expectativa não correspondida pelo médico, no que tange ao diagnóstico ou tratamento por ele utilizado” (RAMOS, 2001, p. 245). Finalmente, para a terceira corrente, sustentando uma interpretação mais restrita ao conceito de erro médico, advoga ser ele a conduta do profissional médico que, agindo com negligência, imprudência ou imperícia, cause danos à esfera jurídica do paciente.

Leonardo Vieira Santos (2008, p. 155-156) citando Fernando Santana, chama atenção para o posicionamento de alguns doutrinadores, para quem o erro médico diz respeito não apenas aos atos culposos praticados no exercício do esculápio, mas sim qualquer resultado de insucesso. Desta forma, a culpa não seria inerente ao erro médico, de modo que seria possível se cogitar o erro médico sem obrigação de indenizar.

Entretanto, há de ser ressalvado que nem todo resultado adverso na prestação de um serviço médico pode ser tido como erro. Nem todos os resultados atípicos e indesejáveis merecem ser cobertos com o manto da ilicitude (FRANÇA, 2013, p. 253). Nesse sentido, estariam aqueles que defendem a utilização da expressão “erro médico” apenas aos atos danosos decorrentes de negligência, imperícia e imprudência. (SANTOS, 2008, p. 156). Assim são os ensinamentos de Kfoury Neto (2010, p. 64), para quem o “erro médico é aquele culposo em razão do procedimento com negligência, imprudência ou imperícia”. Compartilham tal entendimento Genival Veloso de França (2013, p. 253) e Maria Helena Diniz (2011b, p. 738), ao afirmarem ser o erro médico o mau resultado involuntário, causado ao paciente através de uma conduta quase sempre culposa. Para a aferição e caracterização da hipótese, deve-se perquirir acerca das condições de atendimento, necessidade da ação e os meios empregados. Seriam decorrentes, pois, “de uma forma anômala e inadequada de

conduta profissional, contrária à *lex artis* e capaz de produzir danos à vida ou à saúde do paciente por imprudência ou negligência” (FRANÇA, 2013, p. 253).

A imperícia se consubstanciaria no despreparo técnico ou intelectual do profissional, ocorrendo quando o médico fizer mal o que deveria ter sido bem feito, praticando o ato sem saber aquilo o que, em razão do seu ofício, deveria ser de conhecimento ordinário. Assim, imperito seria o médico que opera determinado paciente sem ter o conhecimento da técnica a ser utilizada, causando-lhe, por isso, lesão (DINIZ, 2011b, 740). Genival França (2013, p. 262), discordando, entretanto, da possibilidade de aferição de culpa do facultativo através da imperícia, assevera:

Nosso pensamento é que o médico habilitado – profissional e legalmente – não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstância, por mais palpável que seja essa situação, uma vez que consideramos imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou ausência de conhecimentos necessários para desempenhar uma atividade. Consiste ela justamente na incapacidade para determinado ofício. É a falta de prática rudimentar exigida numa determinada profissão, pois sabemos que todas elas possuem alguns princípios primários, os quais devem ser conhecidos por todos aqueles que a ela se dediquem.

Ora, se um homem tem nas mãos um diploma que lhe confere um grau de doutor e uma habilitação legal, será extremamente difícil a alguém provar que essa pessoa seja incapaz. Ou se é capaz, ou não. Não é lógico atribuir-se imperícia, em uma situação isolada, a um profissional habilitado e com provas de acerto em outras tantas situações.

Assim, no pensamento do autor, caso um médico venha a causar um prejuízo ao paciente em razão da desatualização ou por não observar uma técnica adequada, estaria ele agindo, a depender do caso, com negligência ou imprudência pois, entre os deveres médicos já tratados neste trabalho, está, por exemplo, o dever de atualização.

Já a imprudência se revela quando há um atuar desidioso do profissional. Aqui, o médico age sem observar as cautelas necessárias, comumente relacionadas à intempestividade, precipitação, insensatez, entre outros. Nesta dimensão, a imprudência teria, no mais das vezes, caráter comissivo (FRANÇA, 2013, p. 255). Consiste, pois, em fazer algo que não deveria ser feito, havendo íntima relação com a inobservância dos cuidados indispensáveis ao procedimento (DINIZ, 2011b, p. 741; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 176).

Vale ressaltar que a capacidade de previsão do resultado da ação é necessária à caracterização da imprudência, uma vez que, na hipótese, o profissional de saúde age irrefletidamente, embora sejam plenamente previsíveis as consequências de sua

conduta. Tal previsibilidade, tida como sendo a possibilidade de antevisão do resultado nas condições em que o sujeito se encontrava, deve ser avaliada de acordo com o momento da conduta e considerando o atuar mediano do homem comum, nas mesmas condições (CARVALHO, 2013, p. 06). Assim, na lição de José Carlos de Carvalho (2013, p. 67),

Partindo-se da premissa de que a falta ou falha do serviço é verificada levando-se em consideração o atuar de um profissional *medius*, colocado nas condições concretas em que o dano ocorreu, há de ser previamente questionada, como identificador da responsabilidade civil médica, “a possibilidade de o sujeito, “segundo suas aptidões pessoais e na medida de seu poder individual”, prever o resultado”.

Já a negligência pode ser entendida como a conduta omissiva, por meio da qual é violado um dever de cuidado, de forma que a atuação do médico não se revela de acordo com os parâmetros recomendados. Aqui, o médico não faz aquilo que deveria ter sido feito (DINIZ, 2011b, p. 741). É a atitude negativa levada a efeito pelo profissional da medicina que não emprega todas as diligências necessárias à efetiva cura do paciente. Caracteriza-se pela inação, indolência, inércia ou passividade (FRANÇA, 2013, p. 255). A título exemplificativo, pode-se citar o abandono do paciente, a omissão de tratamento, a negligência do médico pela omissão do outro (um médico, confiando na pontualidade do outro, vem a deixar o plantão e aquele que deveria chegar não chega e, em consequência disso, um paciente vem a sofrer danos em razão da ausência de um profissional), o esquecimento de objetos no corpo do paciente, quando da realização de cirurgias, etc.

Genival Veloso de França (2013, p. 253-254) esclarece ainda que o erro médico pode decorrer tanto de questões de ordem pessoal como questões de ordem estrutural. No primeiro caso, estaria configurado o erro médico em razão de despreparo técnico e intelectual do profissional, através do qual se verificaria um erro grosseiro ou descaso. São os casos já tratados aqui anteriormente, em razão de imprudência, imperícia ou negligência. Em uma segunda perspectiva, em razão de ordem estrutural, estaria configurado o erro médico quando ineficazes e/ou insuficientes os meios e condições de trabalho para o alcance de um resultado satisfatório. Em endosso a tais considerações, Maria Helena Diniz (2011b, p. 745) acrescenta que em razão do erro médico decorrer da própria falibilidade humana, não deve ser este confundido com a má prática médica, caracterizada pela intenção deliberada de causar um mal ao paciente, de modo consciente e voluntário.

Impende ressaltar ainda a visão trazida por Elias Farah (2010, p. 63) pela qual a noção de previsibilidade sempre estaria embutida na concepção de erro médico. Assim, constituiria erro médico “o ato ou fato danoso ao paciente que estava dentro da previsibilidade e, podendo ser dispensado, ainda assim foi praticado”.

Importante que se trate, ainda nesta seção, dos critérios distintivos entre o erro médico e o acidente imprevisível, como também do resultado incontrolável. Enquanto no erro médico considera-se que o resultado lesivo decorreu de uma conduta falha do profissional médico, o acidente imprevisível caracteriza-se quando o resultado lesivo é oriundo de caso fortuito ou força maior, sendo, portanto, totalmente imprevisível e inevitável (FRANÇA, 2013, p. 253; DINIZ, 2011b, p. 746). Por outro lado, o resultado incontrolável decorre de uma situação grave e de curso inexorável. Seria, pois, “aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução, para o qual as condições atuais da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução” (FRANÇA, 2013, p. 253). Em qualquer dos casos acima narrados não há que se falar em responsabilidade civil do médico, uma vez que o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado (dano) inexistente.

Rui Stoco (2001, p.109) ainda chama atenção para diferenciação entre o erro médico e o que apelida ser o erro de técnica ou erro profissional. Para o doutrinador, tal hipótese decorre principalmente dos casos controvertidos e duvidosos, nos quais o médico deve fazer uma escolha entre esta ou aquela técnica, sem que se vislumbre, de imediato, qual geraria o melhor resultado. Ao final, se verificando um resultado danoso, restaria configurado o erro profissional. Nestes casos, pode-se dizer então que a conduta empregada pelo profissional médico é correta, mas a técnica não. Significa dizer que o “médico aplica corretamente uma técnica ruim para aquele caso”. Assim, se reconheceria como erro escusável, justificável, desde que se trate de uma técnica usual, conhecida ordinariamente. Tal pensamento encontraria seus pilares na própria incerteza e incompletude da medicina (GONÇALVES, 2014, p. 344).

Tal situação se diferenciaria da imperícia, imprudência ou negligência na medida em que estas se verificam quando a técnica é correta e adequada para o caso em questão, mas o modo como foi aplicada pelo médico se revela desastrosa, falha, incorreta. Estaria, pois, configurado o erro inescusável, passível de reparação no plano civil (STOCO, 2013, p. 768).

Deve-se mencionar que uma vez configurado o erro profissional, não cabe ao magistrado valora-lo. Não deve, pois, adentrar no mérito de ser aquela técnica boa ou má, ou se existia uma outra técnica melhor. É nesse sentido que Yussef Cahali citado por Stoco (2013, p. 768) alerta para o fato de que “ao juiz é defeso, por não ser de sua competência, pronunciar-se sobre essa ou aquela escolha, optar por esse ou aquele método operatório”. Afinal de contas, seria muito fácil, depois de ocorrida a situação danosa, se identificar que a escolha daquela outra técnica seria mais benéfica ao paciente.

Diante de tudo quanto aqui abordado, verifica-se a ausência de um conceito pacificamente adotado pela doutrina brasileira no que se refere ao erro médico, de modo que, para os fins deste trabalho, adotar-se-á como erro médico a conduta omissiva ou comissiva do profissional da medicina que, no exercício do esculápio, age com negligência, imprudência ou imperícia, ocasionando danos ao paciente. Em outras palavras, seria a inobservância culposa das regras fixadas pela ciência médica que causem danos ao paciente passíveis de reparação civil. As condutas médicas culposas, mas que não causem danos ao paciente não interessam ao Direito, de modo que devem ficar restritas ao âmbito ético-disciplinar.

4.3.2 A diferença sinalizada na jurisprudência

Em que pese o já mencionado aumento vertiginoso nas demandas envolvendo a relação médico-paciente, a abordagem jurisprudencial a respeito do enquadramento da lesão iatrogênica, contrapondo-a com o erro médico, ainda se encontra em fase primitiva, conforme se passará a expor.

Como já se disse, não há consenso na doutrina e na jurisprudência a respeito do que vem a ser iatrogenia, o que vem ocasionando confusão na delimitação e configuração dos referidos institutos. Isso se dá muito em razão da ausência de análise mais profunda acerca dos critérios próprios de cada instituto, como asseverado anteriormente. Num primeiro aspecto, a jurisprudência tem tratado a iatrogenia como qualquer alteração provocada pelo médico no paciente. Ou seja, mesmo nos casos de patente erro médico, tem-se atribuído a figura da iatrogenia à certas situações em que o profissional médico, mesmo tendo agido com negligência, o dano foi tratado

como iatrogênico. A despeito disso, o dever de indenizar também fora imposto ao profissional médico.

Num primeiro caso digno de nota², foi levado a conhecimento do Poder Judiciário a situação de um paciente que teve seu intestino perfurado quando se submeteu a uma cirurgia para retirada de um cálculo renal, relacionada, pois, ao rim. Desse modo, não se considerou que a perfuração ao intestino do paciente poderia ser decorrência natural do ato cirúrgico, reconhecendo-se a ocorrência de crasso erro médico, imputando ao médico o dever de indenizar. Em tal situação, asseverou ainda o Desembargador “ [...] a iatrogenia consiste em alteração física no paciente provocada pela atuação médica, e pode configurar erro médico”. Assim, adotou-se aqui o conceito de iatrogenia no seu sentido *lato*, ou seja, considerou-se a ocorrência de dano iatrogênico, mesmo imputando-se responsabilidade médica.

Em um segundo caso³, a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou como lesão iatrogênica o caso de uma paciente que, após a realização de cirurgia para extração de nódulos no pescoço, verificou a ocorrência de lesão motora no nervo espinhal que lhe causavam fortes dores e lhe prejudicam o movimento no ombro e no pescoço. Verificou-se assim a existência de lesões que ultrapassam aquelas decorrentes do próprio procedimento cirúrgico, decorrente de falha no procedimento, reconhecendo-se o dever de indenizar do Hospital pelo ato de preposto.

² ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL PÚBLICO. CIRURGIA RENAL. PERFURAÇÃO DO INTESTINO. IATROGENIA. Ação indenizatória derivada de danos causados em cirurgia de eliminação de cálculo renal que perfurou o intestino. A pessoa jurídica de direito público responde de forma objetiva pelos danos que seus servidores provocam a terceiros. Muito embora a perícia conclua pela inexistência de falha na cirurgia, a cujo laudo não se vincula o julgador, patente o dever de indenizar do Município, pois não se pode considerar a perfuração do intestino como intercorrência normal do ato cirúrgico para tratar de outro órgão, o rim. A iatrogenia consiste alteração física no paciente provocada pela atuação médica, e pode configurar erro médico. No caso, manifesta a falha médica, pois impossível admitir como fato normal a perfuração do intestino na cirurgia de retirada de cálculo renal. E se considerada como intercorrência normal na cirurgia, como classificou o Dr. Perito, houve falha médica ao deixar de observar na própria cirurgia, se teria ocorrido perfuração do cólon. Comprovado o dano material pelas despesas feitas em razão do tratamento a que se submeteu a vítima. Presente o dano estético nas cicatrizes abdominais que transfiguram o físico da vítima. Manifesto o dano moral em vista do padecimento do Autor, que ficou meses sob tratamento médico. Recurso provido.

³ Apelação cível. Responsabilidade civil objetiva. Erro médico. Hospital municipal. Dever de reparação. Autora que resta com lesão motora no nervo espinhal que lhe prejudica os movimentos do ombro e pescoço acarretando dores intensas após cirurgia em hospital público da rede municipal para extração de nódulo do pescoço. Subsunção às regras legais do art. 37 §6º CF/88 e 14 c.c 22 Lei 8.078/90. Laudo pericial que confirma lesão iatrogênica (provocada por médico). Comprovação dos danos físicos e nexos causal. Inexistência de prova de excludentes. Danos materiais provados referentes a gastos com medicamentos e exames. Gastos futuros que não integraram o pedido. Respeito ao princípio da congruência. Dano moral in re ipsa pelas dores, trauma e perda da capacidade laborativa. Valor da indenização fixada em 1º grau que deve prevalecer. Ausência de razões recursais a respeito. Pensionamento que melhor se aquilata em um salário mínimo em face da prova dos autos. Inteligência do art. 1.539 CC/16. Desprovimento do recurso do município. Provimento parcial do recurso autoral.

Assim, em ambos os casos é possível verificar que constituem situações completamente antagônicas ao conceito de iatrogenia tratado neste trabalho. Isto porque as lesões iatrogênicas apenas restam configuradas quando presentes os requisitos da previsibilidade e necessidade de ocorrência do dano. Constitui um meio lícito para se atingir o fim colimado, desde que de acordo com o quanto recomendado pela prática médica. Uma vez configurada a iatrogenia, é causa de excludente de responsabilidade civil do médico, não havendo que se falar em dever de indenizar.

Nesse sentido, verificam-se diversas decisões corroborando o entendimento aqui esposado. Primeiramente, vale citar o acórdão proferido quando do julgamento da Apelação Cível nº 2008.001.24823⁴. A análise de seu inteiro teor evidencia o caso de paciente que, após realização de exame de colonoscopia, foi submetido a três cirurgias em decorrência de perfuração do intestino ocorrida no decorrer do referido exame, em razão de falha no aparelho. De acordo com o voto condutor, seguido à unanimidade, “[...] não há que se falar em iatrogenia ou complicação decorrente do atual estágio da medicina capaz de excluir a ilicitude da conduta uma vez que tal perfuração não é inerente ao ato cirúrgico em questão”. Desta forma, afastada a tese suscitada pela defesa de que a lesão ocasionada é inerente ao procedimento médico,

⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. LAUDO PERICIAL. COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS DEVIDOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO BEM ARBITRADO. O conjunto probatório carreado aos autos, notadamente o laudo pericial, é claro ao afirmar que o autor, após ser submetido a exame de colonoscopia no Hospital Universitário Pedro Ernesto, administrado pela ré, necessitou realizar três cirurgias reparadoras, apresentando cicatriz cirúrgica, com secreção purulenta espessa com odor fétido. A conclusão pericial é clara ao afirmar que “há nexos de causalidade entre a perfuração ocorrida durante o exame colonoscópico e a evolução patológica da doença diverticular de diverticulose para peridiverticulite.”. Não há que se falar em iatrogenia ou complicação decorrente do atual estágio da medicina capaz de excluir a ilicitude da conduta uma vez que tal perfuração não é inerente ao ato cirúrgico em questão. Ademais, o autor não foi informado dessa “possível complicação”, sendo necessário informar o paciente de forma clara e precisa sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contra-indicações, para que ele próprio possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. Assim a falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos do ato invasivo. A CRFB/88, no art. 37, §6º determina que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Assim, presente os elementos ensejadores da responsabilidade civil objetiva do hospital administrado pela ré, quais sejam, fato, dano e nexos de causalidade. Inegáveis os prejuízos morais perpetrados ao paciente, situação a evidenciar erro médico causado pela imperícia do profissional, por falta não intencional, ipso facto. Não merece reparo o decreto monocrático com relação ao arbitramento da indenização por danos morais, considerando como parâmetros: o dano, a situação anterior (status quo ante), o poder financeiro e econômico das pessoas envolvidas, as circunstâncias do caso e a gravidade da falta cometida pelo lesante. Em tais circunstâncias, a sanção dos danos morais decretada no valor de R\$ 19.000,00 guarda ampla compatibilidade com os princípios clássicos da razoabilidade, equidade, Justiça e de vedação do enriquecimento sem causa. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

concluiu-se pela imputação de responsabilidade civil ao hospital, impondo-se o dever de indenizar os males causados.

Da mesma forma foi o julgamento da apelação nº 0021725-47.2002.8.13.0710⁵ levado a efeito pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O caso analisado envolve algumas peculiaridades de relevante discussão jurídica. Isso porque, da leitura do inteiro teor do referido acórdão, depreende-se que a paciente, após nove meses de gestação, se dirigiu à emergência do hospital para realização de parto cesariano. No decorrer do parto, verificou-se que o feto nascera morto, em razão de sofrimento fetal (fezes do feto no líquido amniótico). De acordo as provas testemunhais produzidas, ao iniciarem o procedimento de fechamento do campo cirúrgico, os médicos não conseguiram estancar o sangramento, percebendo que havia um tumor, circunstância esta que indicava a absoluta necessidade de remoção do útero, dado o risco de morte da parturiente. Assim, face a absoluta impossibilidade de obtenção do consentimento da paciente em razão da anestesia geral, recorreram ao consentimento dos familiares presentes, aprovando a conduta médica. Face a tudo isso, a autora requereu a condenação do hospital ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais sofridos, em razão da retirada de seu útero sem o seu consentimento, o que teria lhe causado grandes abalos emocionais.

O Tribunal de Justiça, ao se posicionar a respeito do tema, entendeu, acertadamente, pela ocorrência de dano iatrogênico, negando à autora a indenização pelos danos sofridos. Vale aqui a transcrição do seguinte aresto, *in verbis*:

[...] não restou comprovado a ocorrência de erro médico, uma vez que a autora sofreu uma lesão iatrogênica, isto é, o procedimento médico estava correto, dentro dos padrões ditados pela medicina, mas mesmo assim sobreveio uma seqüela irreversível e permanente à paciente, mas, por outro lado, era o único tratamento indicado pela ciência médica capaz de salvar a vida da mesma. Destarte, caracterizada a iatrogenia em sentido estrito há a ruptura do nexo de causalidade entre o dano e a conduta da equipe médica, por ser óbvio que a lesão iatrogênica é inevitável e, às vezes, imprevisível. (TJMG - Apelação Cível 1.0710.02.002172-5/001, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/11/2006, publicação da súmula em 19/12/2006).

⁵ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - FUNDAÇÃO - ERRO MÉDICO - INOCORRÊNCIA - IATROGENIA - AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. - As pessoas jurídicas de direito público e aquelas de direito privado que prestam serviços públicos respondem por eventual dano causado a terceiros segundo a regra da responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da caracterização do elemento subjetivo da culpa, consoante o disposto no §6º do art. 37 da CF/88. - Para a configuração do dever de indenizar, imprescindível a demonstração do nexo de causalidade existente entre o funcionamento do serviço público e o dano sofrido pelo administrado. (TJMG - Apelação Cível 1.0710.02.002172-5/001, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/11/2006, publicação da súmula em 19/12/2006)

Desta forma, percebe-se a nítida divergência jurisprudencial, embasada na própria divergência doutrinária a respeito do tema iatrogenia, de modo que o estudo mais aprofundado se revela de extrema relevância para que se entenda a atribua à iatrogenia o conceito que mais se adeque ao ordenamento jurídico nacional, já devidamente explorado neste trabalho anteriormente.

5 A CONFORMAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO EM SEDE DE IATROGENIA

Dentre os inúmeros direitos e deveres atrelados à relação médico-paciente, conforme demonstrado em tópico anterior, está o dever de informação, considerado hoje um dos pilares da dita relação. Entretanto, nem sempre foi assim. Nos primórdios da medicina, a posição de superioridade dos detentores do conhecimento médico em relação aos seus beneficiários era notória, uma vez que a arte médica era tida como algo divino, sobrenatural (DANTAS, 2009, p. 588). Assim, o médico procedia à intervenção em seus pacientes como bem entendia, tudo em nome dos princípios hipocráticos da beneficência e da não maleficência.

Foi somente com o surgimento da bioética, em meados da década de 60 do século passado, aliado à promulgação da Constituição Federal de 1988 – que erigiu a dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico nacional – que se passou a reconhecer, na relação médico-paciente, o princípio do respeito às pessoas, traduzido, hoje, no conhecido princípio da autonomia, pelo qual se extrai o dever de se alcançar o consentimento informado (MATOS, 2007, p. 196). A Constituição Federal/88, ao trazer em seu art. 5º, inciso II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, consagra, de forma inequívoca, a autonomia do cidadão frente ao ordenamento jurídico nacional, devendo permear todas as relações entre as pessoas (DANTAS, 2009, p. 596).

É exatamente neste contexto que ganha corpo e maiores delineamentos o direito à informação, entendido hoje como um direito subjetivo de todo cidadão, que integra e se destina à proteção dos direitos fundamentais da pessoa, e que deve ser exercido não só em face do Estado, como também dos particulares (PEREIRA, 2011, p. 76). Tem sua previsão nos princípios deontológicos e jurídicos insculpidos na Constituição Federal/88, como também no Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente no seu art. 6º, inciso III, donde se extrai ser direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Tratando-se da relação médico-paciente, tal direito/dever deve ser visto como uma via de mão dupla: dever do médico em informar e direito do paciente de ser informado

sobre todas as circunstâncias do procedimento a ser adotado, de forma que possa consentir com o tratamento proposto; dever do paciente e direito do médico de ser informado sobre todos os sintomas que se manifestaram no decorrer da doença, bem como a respeito de todas as peculiaridades do sujeito, como predisposições genéticas, alergias, etc, cooperando para a escolha do melhor tratamento possível.

Neste trabalho, o dever de informação será estudado no primeiro aspecto, do médico para com o paciente, de forma a examinar como deve ser entendida e alcançada a autonomia destes nos dias atuais, conforme o ordenamento jurídico pátrio, conformando-o à questão das lesões iatrogênicas e à possibilidade de responsabilização em caso de sua inobservância. De logo, e em razão das notas introdutórias aqui expostas, já pode-se firmar a premissa de que o dever de informação decorre logicamente do dever de obter o consentimento do paciente, uma vez que este só será válido quando existir a compreensão adequada dos fatos que giram em torno da decisão a ser tomada.

5.1 DA TRANSFORMAÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: A ASCENSÃO DA AUTONOMIA

Nos primeiros séculos do desenvolvimento da medicina, sua prática era verdadeiramente vista como algo divino, sobrenatural, não existindo qualquer tipo de questionamento acerca das decisões e determinações dos profissionais de saúde. A relação travada era muito mais personalíssima, envolvendo a ideia do médico de família, que acompanhava o paciente desde o seu nascimento, havendo não só uma relação de passividade como também de confiança (SÁ; NAVES, 2011, p. 81). Neste ponto, a vontade do paciente era totalmente ignorada. Assim, cabia ao médico, detentor do conhecimento técnico, qualquer deliberação acerca da saúde e vida do paciente, de forma que a este restava apenas submeter-se à sua decisão (PEREIRA, 2011, p. 05; KFOURI NETO, 2001, p. 45). Considerava-se a falta de capacidade do paciente em entender as peculiaridades dos tratamentos médicos uma vez que não detinha a *lex artis*.

A ideia de que o paciente possuía direitos que se relacionavam com sua autodeterminação e, por conseguinte, com sua própria personalidade, em razão da

sua condição de ser humano, começa a se manifestar quando da Revolução Francesa e Industrial (DANTAS, 2009, p. 589). É assim que, paulatinamente, o médico vai perdendo o seu caráter divino, dando lugar à concepção de uma pessoa comum, que, exercendo a profissão médica, está sujeito a falhas e a questionamentos, decorrentes da própria falibilidade humana. Mais atualmente, a massificação da medicina e a despersonalização do atendimento – com maior especialização médica, em substituição à ideia do médico da família – deram ainda maior destaque à necessidade de respeito à autonomia do paciente, traduzido na capacidade de se autodeterminar de acordo com as circunstâncias que o envolvem (DANTAS, 2009, p. 589).

Nesse contexto, importante ressaltar que o primeiro documento jurídico a se referir ao consentimento informado e, portanto, à autonomia do paciente como um direito seu, foi o Código de Nuremberg de 1948, destinando-se mais especificamente à experimentação clínica de pacientes portadores de doenças (NUNES, 2007, p. 96). Na oportunidade, o Tribunal Internacional de Nuremberg condenou médicos nazistas por conta das práticas não autorizadas de pesquisas científicas com prisioneiros de guerra. Neste ponto, vale colacionar os comentários de Eduardo Dantas (2009, p. 591):

O próprio caráter cosmopolita e o momento histórico do julgamento se encarregaram de conferir ao Código de Nuremberg um incremento na doutrina do consentimento, fazendo com que os mais diversos códigos deontológicos e as legislações nacionais passassem a se preocupar não somente com o conteúdo, mas também pela qualidade da informação prestada pelos médicos, e não apenas aquelas relativas a pesquisas, mas especialmente as pertinentes ao tratamento e intervenções cirúrgicas. Em outras palavras, o consentimento meramente formal do paciente não bastava, se desacompanhado do exercício pleno de sua autonomia.

Outro importante parâmetro a ser mencionado reside no caso *Schoendorff v. Society of New York Hospitals*. Neste caso, em que o autor da demanda sofrera, sem prévio consentimento, uma intervenção cirúrgica, a Corte de Nova York resolveu por atribuir responsabilização ao hospital e aos médicos por violação à integridade física do paciente, mesmo tendo o autor obtido resultado benéfico. Na ocasião, ressaltaram os magistrados, na sentença, que “*every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body*”⁶ (DANTAS, 2009, p. 590-591).

⁶ Todo ser humano, adulto e em pleno gozo de suas faculdades mentais, tem o direito de determinar o que será feito com o seu próprio corpo.

É nesse contexto que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao erigir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, homenageia, dentre outros, o princípio da autonomia, corolário da dignidade. Assim, a pessoa humana se torna o centro do ordenamento jurídico nacional, constituindo, ao mesmo tempo, o fundamento e o fim da sociedade, tendo o Estado como instrumento de alcance e preservação da dignidade da pessoa humana (TAVARES, 2013, p. 436). Vale aqui a ressalva de que muito embora a autonomia seja clara manifestação do princípio da dignidade, não se confunde com elemento essencial. Tanto é assim que não se pode considerar como indignos aqueles transitoriamente impossibilitados de autodeterminar-se, sob pena de incorrer em sério contrassenso. Recomendável, pois, considerar-se a autonomia como elemento importante à concreção do princípio da dignidade (REQUIÃO, 2014, p. 20-21).

É sob essa perspectiva atual que deve ser entendida e interpretada a relação médica, de forma que a autonomia do paciente seja preservada com vistas a assegurar-lhe a dignidade instituída na Constituição Federal de 1988. Desse modo, não mais se coaduna com a ordem jurídica nacional a ideia de medicina paternalista, na qual o médico, apoiado nos princípios da beneficência e não maleficência, decide unicamente os rumos do tratamento, ignorando a capacidade de autodeterminação do paciente, como sujeito de direitos (SÁ; NAVES, 2011, p. 81). A relação deve ser alicerçada, pois, em um processo dialógico, em que deve existir o intercâmbio mútuo de informações entre os sujeitos da relação (PEREIRA, 2011, p. 77).

No escólio de Maria Helena Diniz (2011b, p. 537):

O paciente tem direito de opor-se a uma terapia, de optar por tratamento mais adequado ou menos rigoroso, de aceitar ou não uma intervenção cirúrgica, de mudar ou não de médico ou hospital, etc. O objetivo do princípio do consentimento informado é aumentar, como diz Mark Hall, a autonomia pessoal das decisões que afetam o bem-estar físico e psíquico. Esse direito de autodeterminação dá origem ao dever *erga omnes* de respeitá-lo, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse consentimento dado pelo paciente, após receber a informação médica feita em termos compreensíveis, ou seja, de maneira adequada e eficiente, é uma condição indispensável da relação médico-paciente, por ser uma decisão que leva em consideração os objetivos, os valores, as preferências e necessidades do paciente, e por ele tomada depois da avaliação dos riscos e benefícios.

Não se pode olvidar, entretanto, para a possibilidade do facultativo expor sua opinião quanto ao que acredita ser o caminho mais adequado a ser seguido na situação específica. Afinal de contas, é ele o detentor dos conhecimentos técnicos, e sua

opinião pode ser de fundamental importância na tomada de decisão (DANTAS, 2009, p. 594). O que não poderá fazer, de modo algum, é impor sua vontade com relação ao tratamento, ou omitir informações sobre os caminhos ou outros possíveis tratamentos aplicáveis ao caso.

5.1.1 Autonomia privada e autonomia da vontade

A autonomia privada deve ser vista como um princípio fundamental do Direito Privado, esculpida na liberdade do ser humano de edificar sua própria vida, exercendo o seu consentimento em suas escolhas existenciais e no desenvolvimento das relações patrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 140).

Maurício Requião (2014, p. 21) chama atenção para multiplicidade de significados atribuídos à autonomia privada: por vezes encontra-se relacionada como sinônimo da autonomia da vontade, em outras é vista como a possibilidade do indivíduo criar normas para si, ou ainda é confundida com a iniciativa privada. Desta forma, percebe-se que não há consenso no que se refere ao conteúdo do referido princípio.

Para Francisco Amaral (2014, p. 84-85), a autonomia privada constitui-se como o poder que os particulares têm em, a partir de sua vontade, regular as relações que escolhem participar, atribuindo eficácia normativa e disciplina jurídica às relações travadas. Nos dizeres de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 141-142), pode ser precisamente entendida como “o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico”.

Não deve, pois, jamais ser confundida com a autonomia da vontade, uma vez que a esta deve ser empregada uma conotação muito mais subjetiva, psicológica do sujeito, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade do indivíduo de um modo mais objetivo, concreto (AMARAL, 2014, p. 84).

O princípio da autonomia privada tem, como pressuposto, a liberdade individual, que, filosoficamente, é a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou não fazer, e sociologicamente, ausência de condicionamentos materiais e sociais. Do ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido em por lei, e, de modo positivo, é o poder que as pessoas tem de optar entre o exercício e o não-exercício de seus direitos subjetivos. A autonomia privada significa, assim, o espaço que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica,

reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente (AMARAL, 2014, p. 85).

Hoje a concepção de autonomia da vontade resta superada. De acordo com os argumentos expendidos pelos voluntaristas, defensores da teoria, a simples vontade das partes seria suficiente para a consecução de negócios jurídicos. A simples declaração de vontade poderia ser considerada fonte de direitos. Assim, embasada no princípio do consensualismo, “reconhecia-se força jurígena a um acordo de vontades, como se tais vontades pudessem gerar efeitos jurídicos, sem ter consciência do ordenamento jurídico em que estivessem inseridas” (BORGES, 2000, p. 52).

Assim, a teoria da autonomia da vontade foi frontalmente combatida pela autonomia privada, ao argumento de que o puro consenso não é capaz de gerar direitos a quem quer que seja. O consenso apenas seria fonte de direitos quando devidamente legitimada pelo ordenamento jurídico que estiver inserido.

Atualmente, o poder de gerar regras jurídicas para as próprias situações ou relações não está na simples vontade da pessoa, mas na declaração de vontade que estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, conteúdo, capacidade, e legitimidade do sujeito. Assim, a manifestação de vontade, pura e simplesmente, não tem, por si, a força de gerar aquisição, modificação ou extinção de direitos. Apenas a vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar os efeitos desejados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara. A manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme à moral e os bons costumes (BORGES, 2000, p 54).

Nesse contexto, pode-se inferir que a vontade constitui requisito de existência do negócio jurídico, de forma que deve sempre perquirida na sua formação, entretanto é a autonomia privada o poder que as pessoas têm de desencadear efeitos jurídicos voluntários.

5.1.2 Capacidade

Relevante questão a se tratar neste tópico diz respeito à capacidade para o exercício da autonomia do paciente, influenciando, pois, diretamente, no consentimento deste. Como é cediço, o Direito brasileiro elenca diversas hipóteses nas quais a capacidade

de autodeterminação para os atos da vida civil inexistente ou é reduzida em razão de critérios etários ou psicobiológicos (MATOS, 2007, p. 208).

A capacidade, então, revela-se como requisito inexorável à validade do consentimento, sem a qual se torna nulo de pleno direito, incapaz de produzir efeitos na órbita jurídica. É por essa razão que se deve analisar se, em determinado caso, aquele que consentiu com o tratamento proposto realmente tinha as condições plenas de discernimento para tal ato, sob pena de total ineficácia.

Pode-se afirmar então que a capacidade jurídica constitui elemento de validade de todo e qualquer negócio jurídico, entendida esta como a aptidão genérica do agente em adquirir direitos e contrair obrigações. A capacidade jurídica deve ser entendida ainda como gênero, pela qual comporta duas subdivisões, assim elencadas pela doutrina: a capacidade de direito e a capacidade de fato.

A primeira delas, a capacidade de direito ou capacidade de gozo, refere-se à possibilidade de qualquer pessoa em ser sujeito de direitos na órbita jurídica, em figurar em um dos polos de uma relação jurídica. É característica inerente a qualquer ser humano, adquirindo-a a partir do nascimento com vida (FARIAS, ROSENVALD, 2012a, p. 322), e estabelecida no artigo primeiro, que inaugura o Código Civil Brasileiro, pelo qual “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Por outro lado, a capacidade de fato não é genericamente atribuída a todos, mas sim a partir de determinados critérios estabelecidos em lei, pelos quais há uma presunção relativa de capacidade. É, pois, “a medida para prática de determinados atos da vida” (PEREIRA, 2011, p. 47). A título exemplificativo, pode-se citar a capacidade com base na faixa etária, que, a teor do que preceitua o Código Civil de 2002 em seu art. 5º, se adquire aos 18 anos completos. Relaciona-se, pois, à aptidão de se exercer pessoalmente os atos da vida civil. Apenas aquela pessoa que seja possuidora tanto da capacidade de direito como da capacidade de fato estará no gozo da capacidade jurídica plena, podendo, portanto, exercer pessoalmente os atos da vida civil (FARIAS; ROSENVALD, 2012a, p. 325)

Transmutando-se o instituto para a relação médico-paciente, o paciente, evidentemente, caracteriza-se como um dos sujeitos da relação jurídica travada para o restabelecimento de sua saúde e, para tanto, deve possuir a capacidade jurídica necessária à perfeita consolidação da relação, de forma a anuir com o tratamento

proposto. É evidente que nesta relação há costumeiramente situações nas quais o paciente não é detentor da capacidade jurídica plena, a exemplo dos atendimentos emergenciais, pelos quais os pacientes encontram-se transitoriamente incapazes de exprimir sua vontade, bem como no caso de pacientes menores de dezoito anos, que, por não possuírem a capacidade de fato, necessitam de representação ou assistência legal, a depender da incapacidade, se absoluta ou relativa, artigos 3º e 4º do Código Civil (PEREIRA, 2011, p. 46; MATOS, 2007, p. 208-209).

Neste aspecto, impõe ressaltar que na relação médico-paciente, por tratar-se de relação essencialmente extrapatrimonial com o objetivo comum de se alcançar o melhor interesse do paciente, deve-se haver uma ponderação quanto à capacidade jurídica etária (PEREIRA, 2011, p. 46; FARIAS; ROSENVALD, 2012a, p. 354-355).

Nos dizeres de Paula Francesconi Pereira,

[...] em virtude do aspecto existencial da relação e do objetivo de qualquer procedimento médico ser o melhor interesse do paciente, essa capacidade irá além da capacidade de fato que estabelece o artigo 104, inciso I do Código Civil, pois, em alguns casos, ultrapassa o próprio requisito legal. Isso porque os critérios de capacidade estabelecidos pelo Código Civil quando se trata de decisões médicas não são soberanos. O paciente deve ter a capacidade de compreender seu estado de saúde, independentemente de sua idade ou eventuais transtornos mentais ou enfermidade, podendo, em várias situações, apesar de incapaz para os termos da lei civil, expressar sua vontade e, em outras, capaz, mas sem condições de decidir (PEREIRA, 2011, p. 46).

Para Gilson Matos (2007, p. 208) não há no ordenamento jurídico brasileiro norma que discipline especificamente o tema, devendo tal análise ser construída a partir de uma interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico.

A questão do exercício pleno da autonomia deve ser apreciada numa interpretação harmônica entre o Código Civil, que estabelece a regra da presunção da plenitude da capacidade etária, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura o respeito à autonomia tanto da criança quanto do adolescente. Essa autonomia, erigida como respeito à dignidade humana pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, encontra limites na própria capacidade de discernimento, inteligência e grau de maturidade da pessoa, afastando, assim, uma ficção jurídica (MATOS, 2007, p. 208).

Nesse sentido, pertinente que se veja com outros olhos o instituto da capacidade jurídica no que se refere às relações existenciais, com vistas a se efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e prestigiar a personalidade dos indivíduos (FARIAS; ROSENVALD, 2012a, p. 325). Assim sendo, o simples fato do paciente não se enquadrar na hipótese legal de capacidade jurídica plena em razão da faixa etária não poderá desqualificar, automaticamente, a manifestação de vontade deste indivíduo.

O médico deverá, em cada caso, levar em consideração o grau de maturidade, compreensão, desenvolvimento psicológico, espiritual e social da criança ou do adolescente, de modo a prestigiar as decisões por ele tomadas referentes à sua própria vida e saúde.

Tal construção doutrinária é derivada da teoria norte-americana do menor maduro. Por ela, “sempre que o grau de compreensão da criança e do adolescente permitir sua participação na tomada de decisões, deve ser respeitada sua autonomia” (MATOS, 2007, p. 209). Havendo conflito entre a decisão tomada pela criança ou adolescente em relação àquelas defendidas por seus pais ou representantes legais, deve a questão ser levada a conhecimento do Poder Judiciário, de modo a assegurar a mais completa autodeterminação da pessoa.

Corroborar tal entendimento o Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina, em seu art. 28, §1º que, sempre que possível, deve ser considerada a opinião manifestada pela criança ou pelo adolescente quanto às decisões que possam influenciar em sua vida. Por estas razões é que apenas nas situações em que o menor não possuir maturidade e amadurecimento necessário para compreender o alcance da intervenção médica é que a decisão deverá ser tomada única e exclusivamente pelos seus representantes legais.

Arrematando, vale transcrever a ponderação levada a efeito por Gilson Matos (2007, p. 209) que considera que

Não querem a lei e a sociedade que crianças e adolescentes, ainda em processo de formação enquanto pessoas aptas a responder por seus atos, ajam de forma a suprimir a opinião ou mesmo governo que seus pais ou representantes legais têm sobre si. O que se busca é permitir que todos os envolvidos possam compreender esse complexo processo médico de pesquisa e tratamento dos males físicos e psíquicos. Assim, embora a participação efetiva da criança ou adolescente seja imperativa ante o respeito à sua autonomia, devem os pais ou representantes legais deter a última palavra sobre o consentimento – poder só mitigado em casos especiais.

No que se refere aos incapazes acometidos por doenças que afetem a sua capacidade para autodeterminação e, conseqüentemente, de consentir, deve ser-lhe nomeado curador para a defesa dos seus direitos. Não se pode olvidar que, mesmo nestes casos, deve-se avaliar concretamente a possibilidade do sujeito exprimir sua vontade de forma consciente e, neste caso, impor limites ao curador, tudo com vistas à efetivação da autonomia do paciente (PEREIRA, 2011, p. 52). Dessa maneira, mesmo os doentes mentais que tiverem assegurado o direito à ampla informação,

podem, em certas situações, dar o seu consentimento para intervenções médicas, assegurando-se o princípio bioético da autonomia.

5.2 A INFORMAÇÃO

O direito à informação, no ordenamento jurídico brasileiro, tem fundamento primeiro na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no seu art. 5º, incisos XIV, XXXIII, LXXII. Constitui, pois, direito fundamental, tendo seus pilares principiológicos no direito à liberdade, autonomia, dignidade da pessoa humana, dentre outros (BOMTEMPO, 2013, p. 10).

Atualmente, não há como se pensar o direito de informação dissociado do princípio da boa-fé objetiva. Este princípio, na atual estrutura do Direito Civil brasileiro, introduzido no Código Civil de 2002 a partir do art. 113, constitui verdadeira fonte de obrigações nos contratos entre os sujeitos (FARIAS; ROSENVALD, 2012a, p. 128). Já no Código de Defesa do Consumidor, em razão da tamanha importância, houve a positivação do direito à informação em vários de seus dispositivos, a saber: art. 4º, inciso IV; art. 6º, inciso IV; arts. 30, 31, 36, 37 e 38, dentre outros.

No âmbito da boa-fé objetiva, a prestação principal dos negócios jurídicos cinge-se no mais das vezes a uma obrigação de dar, fazer ou não fazer. Tais obrigações nascem, ordinariamente, em decorrência da conduta volitiva das partes (FARIAS; ROSENVALD, 2012a, p. 129). Todavia, outros deveres anexos se impõem a esta relação, totalmente desvinculados da dita obrigação principal originariamente assumida pelas partes.

É nesse contexto que a boa-fé objetiva atua, seguindo sua função integrativa, através da qual são estabelecidos deveres anexos àqueles postos no contrato. Em outras palavras, se revelam verdadeiros deveres implícitos em todas as relações jurídicas travadas pelas pessoas. São eles os deveres de lealdade, respeito, probidade, garantia e, o que aqui mais nos interessa, o dever de informação (PEREIRA, 2011, p. 82).

A boa-fé objetiva impõe às partes contratantes deveres que não são os centrais ou nucleares, mas que estão conexos, marginais, laterais ao contrato e que muitas vezes nem sequer foram redigidos. São obrigações decorrentes

justamente daquela justa expectativa que existe em nossas relações sociais de sempre lidar com pessoas íntegras e probas. São deveres de proteção ao contratante (MARTINS-COSTA, 2009, p. 38).

A boa-fé objetiva difere ainda da boa-fé subjetiva, de modo que esta última se adere muito mais à ideia de estado psicológico do sujeito, à consciência do agente em um determinado agir. Nesse sentido, bem observa Judith Martins Costa (2009, p. 332-334):

A boa fé subjetiva (ou boa-fé psicológica) traduz a ideia naturalista de boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios. Manifesta-se, também, pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica.

Diferentemente, a expressão boa-fé objetiva exprime o standard de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o *civilliter agere* que deve pautar as relações inter-subjetivas regradas pelo Direito. Essa é a razão pela qual enquanto no sentido subjetivo a boa-fé se esgota num dado fato, no sentido objetivo o princípio da boa-fé revela um potencial jurísgênico, isto é, produtivo de normatividade, servindo, assim, ao direcionamento de condutas no tráfego jurídico.

Sendo assim, os deveres irradiados da boa-fé objetiva guardam íntima relação com a segurança do contratante, de forma a resguardar o sigilo, a plena informação dos termos contratados, o zelo e a lealdade que devem sempre permear as relações entre as pessoas (NICOLAU, 2007, p. 117). Devem, assim, estar presentes desde a fase pré-contratual, até a fase pós-contratual.

É nesse contexto que Fernanda Nunes Barbosa (2008, p. 106) defende que o direito/dever de informar pode constituir, dependendo da relação posta, tanto uma obrigação principal dos sujeitos – quando o pacto firmado expressamente o prevê delimitando seus limites e alcance – como obrigação acessória, decorrente “da lei ou exclusivamente do dever de obrar de boa-fé que compete a todos os que convivem em sociedade”.

Paula Pereira (2011, p. 82-83), ao transladar a dita obrigação para a relação médico paciente, entende que o dever de informar constitui obrigação principal da relação, tendo em vista o caráter predominantemente existencial. Para a autora, “a informação dos riscos e possibilidade de erros faz parte da prestação do serviço médico, seja qual for a atividade contratada (serviços de diagnósticos, terapêuticos, cirúrgicos, de prevenção, pesquisa em seres humanos, entre outros)”. Sendo assim, sua inobservância geraria inexecução contratual, passível, pois, de responsabilização.

Nesta relação, importante salientar que o direito à informação tem especial destaque na medida em que se torna fundamental para concretização da autodeterminação do paciente (PEREIRA, 2011, p. 76). Devidamente informado acerca das circunstâncias que envolvem a sua situação clínica, poderá o paciente escolher – de acordo com suas próprias convicções e dentro das possibilidades propostas – o tratamento a que irá se submeter. Constitui, portanto, um instrumental para concreção da autonomia do paciente, na medida em que este, dotado das informações necessárias, poderá consentir com o tratamento proposto.

Assim, é de fundamental importância, que, além dos deveres de cuidado e sigilo inerentes à atividade médica, atente-se o médico para o fornecimento ao paciente de todas as informações necessárias a respeito da terapêutica indicada para o tratamento da patologia, indicando os riscos do procedimento e possíveis resultados adversos. Sempre que houver um mínimo risco, por menor que o seja, deve o médico obter o consentimento informado do paciente, ressalvando-se os casos excepcionais nos quais a obtenção do consentimento resta totalmente prejudicada (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 379).

Nessa toada, para que o dever de informar seja completamente satisfeito e se possa obter o consentimento livre e esclarecido, a doutrina brasileira identifica três requisitos a serem observados: adequação, suficiência e veracidade.

5.2.1 Adequação

O primeiro dos critérios a serem abordados se refere à adequação com relação aos meios de informação utilizados para expressar o conteúdo que se quer transmitir. Na relação médico-paciente, deve-se perquirir se o que foi descrito pelo médico ao seu paciente o levará a uma compreensão plena dos fatos que envolvem a sua situação clínica, possibilitando-o o amplo exercício de sua autonomia, na medida em que poderá ele optar pela realização ou não de determinado tratamento. Dessa forma, se oportunizará ao paciente a tomada de decisão válida sobre os rumos do tratamento (LÔBO, 2011, p. 605).

Nesse contexto, para que a informação seja adequadamente transmitida ao paciente, informando-o acerca do diagnóstico, prognóstico, riscos do tratamento e possíveis efeitos colaterais, deve o profissional médico utilizar-se de linguagem clara, acessível e, sobretudo, compatível com o nível cultural e de instrução do seu paciente (KFOURI NETO, 2002, p. 297). Todos esses fatores devem ser considerados pelo médico quando da transmissão da informação.

Nos dizeres de Carlos Maldonado de Carvalho (2013, p. 126) “a informação, como um dos princípios norteadores da relação de consumo, deve ser transmitida de forma correta e transparente, sobre todas as circunstâncias que, no momento em que o consumidor tenha que decidir, possam influenciar em sua vontade”.

A utilização de linguagem estritamente técnica, como aquela utilizada no âmbito acadêmico, não se revela capaz de transmitir a informação de modo adequado até mesmo para pessoas mais letradas. É que a medicina, como toda ciência biológica, é dotada de termos técnicos extremamente específicos, de modo que a utilização destes termos prejudica a transmissão da informação de modo satisfatório.

Dessa forma, a adequação na transmissão da informação é alcançada quando o interlocutor (médico) expressa o conteúdo da informação de modo que o receptor (paciente) possa efetivamente compreender o que se quer informar, utilizando-a posteriormente para formação de um juízo de valor de acordo com suas crenças e convicções próprias.

5.5.2 Suficiência

A suficiência, por outro lado, “relaciona-se com a completude e integralidade da informação” (LÔBO, 2011, p. 606). Pode ser entendida como a necessidade de se apresentar uma informação que descreva de forma pormenorizada não apenas o *status* do paciente, como também o tratamento mais adequado para que se alcance a cura e as consequências dele advindas, assim como os riscos a ele inerentes.

Não pode o profissional médico deixar de transmitir ao paciente qualquer informação que possa resultar em vício de consentimento. É nesse sentido que o Código de Ética Médica preceitua em seu art. 34 que é vedado ao médico “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”.

Neste caso, percebe-se que o Código de Ética Médica, até mesmo nos casos em que se torna inviável a prestação de informações diretamente ao paciente, exige que esta seja feita ao seu representante legal, sob pena de incorrer em infração ético-disciplinar. É a concreção do princípio da transparência, que deve nortear a relação travada entre o médico e seu cliente (BOMTEMPO, 2013, p. 13)

Entretanto, vale frisar que a suficiência de informação não deve nunca se confundir com a hiperinformação. É que muitas vezes o excesso de informação pode acarretar em situação de desinformação (MIRAGEM, 2013, p. 193-194). Assim, a quantidade de informação a ser prestada pelo profissional médico deve ser aferida casuisticamente, em cada caso concreto posto diante do profissional, devendo ser consideradas todas as peculiaridades, e efetuado um filtro através do qual se possibilite, tanto quanto possível, a consecução da autonomia do paciente. Desta forma, conclui-se ser de muito mais relevância a qualidade da informação prestada pelo médico do que a quantidade em si.

5.2.3 Veracidade

A veracidade da informação corresponde às reais características do produto ou do serviço a ser prestado (LÔBO, 2011, p. 606). No âmbito das relações médico-paciente, corresponde ao dever do médico em não mentir ou enganar o paciente, seja por motivos econômicos, morais ou até mesmo protecionistas (BOMTEMPO, 2013, p. 10).

Vale frisar que a relação travada entre médico e paciente, conforme já estudado anteriormente, revela verdadeira natureza contratual, submetida, pois ao Código de Defesa do Consumidor e aos ditames gerais do Código Civil, o qual requer, para a validade dos negócios jurídicos, a inequívoca manifestação de vontade das partes contratantes. Nesse contexto é que a falta de veracidade do médico quando da prestação das informações ao seu paciente, mesmo que imbuído de boas intenções,

poderá induzir o paciente em erro, estando assim configurado dolo necessário à invalidação do negócio firmado.

A veracidade como requisito da informação tem íntima relação também com o princípio da transparência, que deve sempre permear a relação entre o médico e seu paciente. Para que se alcance tal princípio, deve-se primar pela adoção de medidas que visem o fornecimento de informações verdadeiras, objetivas e precisas. Sempre pertinente que se diga que os deveres decorrentes do princípio da transparência, no mais das vezes revelam-se como deveres secundários, uma vez que sequer necessitam estar expressos no pacto firmado (LISBOA, 2001, p. 101).

Desta forma, seja pelo princípio geral da boa-fé, que deve reger as relações entre os particulares quando da consecução de negócios jurídicos, seja pelas disposições expressas no Código de Defesa do Consumidor, o dever de prestar informações verídicas e precisas, é, atualmente, de extrema relevância.

5.3 O DEVER DE INFORMAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DO CONSENTIMENTO

A relação médico-paciente, a esta altura já amplamente abordada, apresenta, pela sua própria natureza complexa, algumas peculiaridades pois, além do aspecto patrimonial que evidentemente permeia esta relação, há o aspecto existencial, já que o alvo principal da dita relação objetiva a vida e saúde da pessoa humana, a promoção de sua dignidade (PEREIRA, 2011, p. 13-16). Bem por isso, dela emanam diversos direitos e deveres conexos, a exemplo do direito de recusa a tratamento ou intervenção médica, direito de sigilo e, o que aqui mais nos interessa, o direito à informação. Kfourri Neto (2002, p. 281) citando João Vaz Rodrigues, bem esclarece que “ao lado dos deveres de tratar, de agir segundo a *leges artis*, de organizar o processo clínico e de observar o sigilo, na consecução do tratamento médico deve respeitar o paciente, dever este que se desdobra no de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento”.

O direito à informação, nos dias atuais, ganha ainda maiores contornos quando se considera ser ele uma das bases do Código de Defesa do Consumidor, dispondo o legislador ordinário, em diversas passagens do referido diploma legal, a obrigação das

partes em agir em observância ao dever de informação, constituindo direito básico do consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 190).

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988, ao eleger como princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio a dignidade da pessoa humana, acabou por elevar à *status* constitucional, por ato reflexo, diversos outros princípios a ele inexoráveis. Assim, acabou por referendar a mudança de paradigma na relação médico-paciente, uma vez que não mais tem lugar a ideia de medicina paternalista, pela qual o médico, exclusivamente, “tomava as rédeas” da relação, decidindo, com base nos princípios da beneficência e não maleficência, o que entendia ser melhor ao paciente (SÁ, NAVES, 2011, p. 81-83). Muito pelo contrário, atualmente deve-se primar pelo alcance da autonomia do paciente, devendo ele ser parte integrante na tomada de decisões que afetem a sua própria vida e saúde.

A relação médico-paciente sofre substancial transformação com a consideração do princípio da autonomia. A relação de autoridade perde espaço para a consideração do paciente como sujeito partícipe do processo de tratamento. Para tanto, o processo de intervenção deve ser transparente, permitindo que o paciente tenha o máximo de informações antes de decidir. Daí a exigência do consentimento informado (SÁ; NAVES, 2011, p. 34).

É nesse contexto que o direito à informação deve ser entendido, como meio de concreção da autonomia do paciente, afinal de contas não é logicamente possível se imaginar o exercício da autonomia desvinculado da ideia de consentimento, que apenas pode ser alcançado caso a parte vulnerável na relação esteja de posse de todas as informações necessárias para tomada de decisão.

O consentimento, por sua vez, nada mais é do que o comportamento pelo qual se autoriza a alguém determinada atuação. Relacionando-o ao ato médico, consiste então em uma autorização para atuação na esfera físico-psíquica do paciente, através da qual se objetiva a melhoria da saúde deste (KFOURI NETO, 2002, p. 281). Não se pode olvidar ainda a contribuição dada pelo desenvolvimento da bioética no sentido de fortalecimento da ideia de obtenção do consentimento. Nos ensinamentos de Ely Matos (2007, p. 198-199):

Como consequência da consolidação dos princípios basilares da bioética e, dentre eles, a autonomia, definida como respeito às pessoas, desenvolveu-se a necessidade do atuar médico pautado no dever de informar ao paciente e de obter seu consentimento para legitimar a intervenção necessária. A exigência do consentimento informado sintetizou o respeito à autonomia do paciente, sendo amplamente reconhecido nos Códigos de Ética Médica de vários países [...]

A informação, então, é de tenaz importância, pois além de concretizar os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, garantindo a cooperação, respeito e lealdade nas relações contratuais, tratados anteriormente neste trabalho, caracteriza-se como pressuposto inarredável à obtenção do consentimento (KFOURI NETO, 2002, p. 289).

Deve, pois, partir de um pressuposto inafastável: que através dela, o paciente possa, com a liberdade que lhe é assegurada pela Constituição Federal, ausente de qualquer coação, receber todos os dados necessários e úteis para exprimir, de forma inequívoca, o seu consentimento em relação ao tratamento recomendado.

5.4 DA OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Atualmente, o consentimento livre e esclarecido, além de promover a autonomia do paciente, concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana. O médico, ao proceder ao tratamento em seus pacientes, deve obter o consentimento destes não apenas para que se alcance o referido princípio, mas também para que se exima de responsabilidades, cumprindo com o dever de informação nos casos em que haja risco inerente ao procedimento a ser adotado e que, por isso, possa vir a ser responsabilizado em caso de dano ao paciente. É nesse contexto que se passará a abordar os requisitos e formas para a obtenção do consentimento informado, de modo a se satisfazer plenamente a autonomia do paciente, aliada à necessidade premente de garantia dos profissionais médicos pelos futuros riscos do tratamento.

5.4.1 Conceito e validade do consentimento livre e esclarecido

Nos dias atuais, a obtenção do consentimento livre e esclarecido deve decorrer de um processo de diálogo entre o paciente e o profissional médico. Deve haver a exposição das terapêuticas existentes e disponíveis no mercado, que estejam ao alcance do facultativo, de acordo com o estado atual da ciência. A informação dos riscos e benefícios deve ser passada em linguagem acessível, considerando o desenvolvimento intelectual, sociológico e cultural do receptor da informação. Só

assim poderá o paciente escolher livremente se deseja ou não se submeter a determinado tratamento (BOMTEMPO, 2013, p. 18).

Nelson Konder (2003, p. 61), ao conceituar o consentimento livre e esclarecido assevera que

[...] é possível conceituar o consentimento livre e esclarecido como a anuência, livre de vícios, do paciente, após a explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confidencialidade de dados, assim como sua liberdade para recusar ou interromper o procedimento a qualquer momento, tendo o profissional a obrigação de informa-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda.

É, pois, ato de decisão consciente e voluntária do paciente que, depois de informado e esclarecido, desvinculado de qualquer vício de vontade, decide sobre o tratamento proposto, anuindo ou recusando a indicação médica. Note-se que o consentimento na relação médico-paciente ganha conotação diversa daquela atribuída às relações patrimoniais, uma vez que nestas há o acordo de vontade de ambas as partes para consecução do negócio jurídico, ao tempo que na relação de saúde o que se tem é uma manifestação unilateral de vontade que visa a resguardar a autonomia do paciente na disposição de sua própria vida e saúde (PEREIRA, 2011, p. 114).

Ainda a respeito da conceituação do instituto, quem entenda ser o consentimento livre e esclarecido uma vertente do consentimento informado, desenvolvido para fins de alcance mais efetivo da autonomia (MATOS, 2007, p. 201). Para os defensores deste entendimento, a exemplo de Arthur Magno, o consentimento livre e esclarecido constituiria um consentimento qualificado. Assim, a mera informação não bastaria para que se alcance a autonomia, mas esta deve ser buscada através do esclarecimento completo do paciente, após o estabelecimento de um canal de comunicação claro e completo entre os sujeitos da relação, “de forma a não só informar-lhe do mal que o aflige, mas também dos exames necessários, tratamentos possíveis e consequências advindas de todo plano de ação médica” (MATOS, 2007, p. 201). Desta forma, a informação apenas não seria suficiente para embasar a compreensão do paciente, sendo necessário o seu esclarecimento.

Não é, entretanto, distinção que nos parece relevante, pois, ainda que se considere que a expressão “esclarecido” constituiria um *plus* em relação à informação, o uso de uma ou outra expressão não implica em atribuição de menor ou maior obrigações ao

médico. Isto porque, conforme já abordado em tópico específico, o respeito à autonomia do paciente constitui um meio de concreção da dignidade da pessoa humana, e esta só poderá ser alcançada a partir do consentimento, que, por si só, abrange não apenas a informação, mas deve considerar todas as peculiaridades e circunstâncias do caso. Ademais, o direito à informação, como pensado hoje no ordenamento jurídico, deve ser prestado da forma mais ampla possível, em respeito aos princípios da boa-fé e da transparência e devem reger a relação médico-paciente.

Assim, o consentimento informado ou livre e esclarecido não pode, em qualquer hipótese, ser confundido com a obrigação efetiva de informar ao paciente, uma vez que a dita obrigação compõe, integra o consentimento, mas este não se esgota nela (DANTAS, 2009, p. 592). Afinal de contas, constituindo o consentimento informado a concordância na aceitação do tratamento proposto pelo médico, claro é que o paciente deverá estar de posse de todas as informações a respeito da intervenção médica para que adequadamente exerça seu consentimento. Mas não só isso. Deve-se assegurar ao paciente o pleno exercício de sua liberdade, de modo que possa analisar os diversos aspectos do procedimento sem qualquer tipo de coação, livre de qualquer ingerência externa que possa macular sua decisão (MATOS, 2007, p. 200).

Deve-se ponderar, entretanto, que o paciente, como pessoa humana sujeita às diversas variáveis da sociedade, não se encontra alheio às influências do seu próprio meio familiar e social. É impossível se conceber hoje um indivíduo que esteja em gozo de uma plenitude de liberdade tal que o desvencilhe das coações sociais inerentes ao atual modelo familiar e capitalista (MATOS, 2007, p. 199). Imaginar que a família na qual está inserida e o meio social ao qual pertence não influenciará o paciente na tomada de decisão ou que não haverá o mínimo de coação psicológica no paciente é desnaturar o próprio indivíduo como um ser sociável. Assim, essa interferência, tida como natural, jamais poderá ser considerada relevante a ponto de descaracterizar a validade do consentimento dado pelo paciente ou reduzir-lhe o discernimento necessário ao exercício da autonomia, uma vez que compõe o próprio projeto de vida do indivíduo (MATOS, 2007, p. 200).

Por outro lado, o mesmo não pode ser dito em relação ao médico. Este deve abster-se de qualquer influência psicológica no âmbito decisório do paciente. Deve restringir-

se a fornecer as informações pertinentes, completas e adequadas para que o paciente possa, autonomamente, decidir. Não se pode negar, entretanto, que o médico, detentor do conhecimento técnico, deve expor sua opinião, até mesmo em obediência ao dever de cuidado e de aconselhamento que deve guardar para com o paciente. Mas, em hipótese alguma, deve induzir o paciente à tomada de determinada decisão tida por ele como mais adequada (DANTAS, 2013, p. 594; MATOS, 2007, p. 200-201).

No que se refere aos requisitos para que o consentimento informado seja tido como válido e eficaz, a doutrina moderna elenca três critérios: a capacidade, a informação e a voluntariedade. No que se refere ao primeiro requisito, remete-se o leitor ao tópico 5.1.1 que, ao tratar da capacidade para o exercício da autonomia, se aplica aqui em todos os seus termos. Assim, deve-se verificar a aptidão do paciente para a prática do ato de consentir, ou seja, se está ele dotado ou não do discernimento necessário para entender as informações que lhe são apresentadas e assimila-las, para assim chegar a uma decisão (SÁ; NAVES, 2011, p. 88)

Quanto à informação necessária, esta já foi amplamente abordada, nos seus mais variados aspectos, de modo que deve atender os critérios da adequação, veracidade e suficiência. Sendo assim, satisfeito o dever de informação e de posse das orientações médicas, poderá o paciente autodeterminar-se de acordo com suas próprias convicções.

Em relação ao último e derradeiro critério, deve-se observar voluntariedade do indivíduo no ato de consentir. Em outras palavras, o consentimento deve ser dado livre de quaisquer coações ou manipulações, sejam elas físicas, psicológicas ou emocionais (PEREIRA, 2011, p. 120), ressaltando-se as interferências sociais inerentes à condição do homem como ser sociável, objeto de estudo linhas atrás.

5.4.2 Termo de Consentimento livre e esclarecido

Outro aspecto importante a se considerar quando da obtenção do consentimento diz respeito à forma que deverá ser revestida, que poderá ser expressa – verbal ou escrita – ou tácita. Neste caso último caso, a anuência do paciente decorrerá do seu próprio

comportamento, que indica, de modo sempre inequívoco, sua aceitação para com o tratamento proposto (PEREIRA, 2011, p. 119).

Visando-se a resguardar a possibilidade de responsabilização do profissional médico, muitos autores defendem a necessidade de o consentimento ser documentado, principalmente nos casos em que envolvam maior risco de sequelas ao paciente. Mesmo nos casos em que se dê verbalmente, é indicada a presença de testemunhas (KFOURI NETO, 2002, p. 300-301). Para que seja válido, o documento deve ser claro, contendo informações precisas e certas, de modo que possam ser compreendidas por qualquer pessoa que tenha acesso a ele (BOMTEMPO, 2013, p. 21). Ademais o necessário consentimento nunca poderá ser obtido a partir de um documento preestabelecido e elaborado pelo médico com informações genéricas e abstratas (MATOS, 2007, p. 199). Ao contrário, deve conter todas as particularidades do caso em questão, indicando os riscos inerentes ao tratamento, os resultados esperados, sob pena de se ter como inválido o consentimento obtido através dele.

Kfouri Neto (2002, p. 313) chama atenção ainda para a impossibilidade de obtenção do consentimento informado única e exclusivamente a partir de um formulário, sobrepondo-se à troca de informações. Com efeito, o consentimento informado caracteriza-se muito mais como um processo de comunicação e diálogo entre as partes envolvidas na relação do que em um ato formal e hermético de assinatura de documentos que evidenciem a declaração de vontade do indivíduo (MATOS, 2007, p. 200).

Vale ressaltar que o consentimento colhido deficientemente ou a falta de comprovação da anuência do paciente gerará presunção de que o ato médico foi realizado sem a aquiescência do enfermo (KFOURI NETO, 2002, p. 314). Isto porque cabe ao médico o ônus da prova em relação a tal fato, ou seja, cabe a ele demonstrar que procedeu de acordo com o consentimento manifestado pelo paciente, e diante da sua não comprovação, poderá ser responsabilizado civilmente.

5.5 INFORMAÇÃO E IATROGENIA: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO

Em razão da mudança de paradigma na relação médico-paciente, em que o respeito à autonomia vai ganhando maiores delineamentos, o direito à informação surge como instrumento de efetivação da autonomia. O médico, nesse contexto, além do dever de agir com a *lexis artis*, de organizar o processo clínico e de observar o sigilo, deve respeitar o paciente desde a concepção do tratamento, observando o dever de informar e de obter o consentimento informado do paciente (PEREIRA, 2011, p. 175).

A informação deve ser vista, atualmente, como requisito necessário ao devido exercício da autonomia. Não há como se autodeterminar, como exercer o poder decisório se não houver o respeito ao direito de informação. Para que se alcance seus objetivos, a informação deve ser transmitida de modo claro e preciso, fornecendo os aspectos principais do serviço médico, o esclarecimento a respeito do diagnóstico, do estado de saúde, histórico clínico do paciente, riscos e benefícios da intervenção médica, possíveis sequelas, dentre outros fatores relevantes. Deve-se assegurar, ainda mais, a compreensão, pelo paciente, das instruções e informações que lhe foram transmitidas.

Em atendimento ao princípio da autonomia, incumbe ao profissional médico a prestação das informações de acordo com as individualidades e particularidades de cada paciente: deve-se observar o nível intelectual e cultural do receptor da informação, abstendo-se da utilização de termos técnicos incompreensíveis, sob pena de invalidade do consentimento. O médico que não expõe com clareza e tipo de tratamento a ser utilizado, os riscos prováveis, e se utiliza de termos técnicos incompreensíveis, viola não somente o direito à informação, mas também a boa-fé, o dever de lealdade para com o paciente (BOMTEMPO, 2013, p. 26).

O médico que falta com o dever de informação, sem esclarecer o paciente de forma suficiente e adequada acerca das peculiaridades do seu caso, fere de morte o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que priva a parte vulnerável na relação em exercer a autonomia, de autodeterminar-se e escolher os rumos de sua vida e saúde.

Da mesma forma, a inobservância do dever de informação pelo médico sugere intervenção não autorizada, uma vez que não há consentimento apto a legitimar o ato

médico. Assim, estará o profissional da medicina responsável por todo e qualquer dano decorrente do procedimento realizado, até mesmo nos casos de lesões iatrogênicas (PEREIRA, 2011, p. 177).

Ressalte-se, contudo, que a obtenção do consentimento informado do paciente não exime completamente a responsabilidade do médico. Estará ele ainda sujeito às disposições relacionadas à responsabilidade civil, ou seja, havendo ocorrência de um dano proveniente de um atuar negligente, imprudente ou imperito, haverá o dever de indenizar (SANTOS, 2008, p. 189). Assim, o consentimento informado apenas atribui ao paciente ou seu representante legal uma parcela da responsabilidade pelos resultados possivelmente adversos.

Nesse contexto, vale conformar o dever de informação no âmbito das situações iatrogênicas. Da noção de lesões iatrogênicas pode ser extraída a ideia de riscos provenientes do próprio *iter* procedimental. São, pois, as consequências maléficas previstas na literatura médica que, justamente por serem previsíveis, são necessárias. Tais lesões, não decorrem, portanto, de culpa do médico, qualquer se seja sua modalidade. Assim, a ideia de previsibilidade sempre permeará a lesão iatrogênica, ou seja, sempre será de conhecimento do profissional médico a possibilidade de dano em razão da adoção do tratamento prescrito (CARVALHO, 2013, p. 09). Justamente pela ideia de previsão do dano, a opção pela recomendação do tratamento apenas pode se dar caso seja ele necessário. Nunca poderá ser feito a título de experimentação. Havendo outro procedimento menos danoso ao paciente e de conhecimento ordinário da literatura médica, este deverá ser o escolhido.

Desta forma, para que o médico proceda a um tratamento que cause uma lesão iatrogênica, deverá ele, invariavelmente, obter o consentimento informado do paciente, uma vez que cabe a este, no exercício de sua autonomia e avaliando o custo-benefício do tratamento proposto, optar por fazê-lo ou não. Através do consentimento, nas lesões iatrogênicas, o paciente assume parte da responsabilidade pela existência e possibilidade de ocorrência de lesões já previamente conhecidas, decorrentes do procedimento médico adotado e escolhido de forma livre e esclarecida.

Assim, como bem se conceituou neste trabalho, mesmo considerando-se a iatrogenia como uma causa excludente de responsabilidade civil específica da atividade médica, faz-se necessária a prestação da informação, com o devido esclarecimento e

obtenção do consentimento informado do paciente. Assim, somente após o paciente exercer sua autonomia, devidamente informado e anuído com o tratamento, a lesão poderá ser enquadrada como iatrogênica, isentando de reponsabilidade civil o profissional médico.

De tudo isso, pode-se concluir que o inadimplemento do dever de informar e, por tabela, de obter o consentimento esclarecido do paciente acaba por objetivar a responsabilidade civil do médico, na medida em que o profissional acaba sendo responsável por qualquer dano proveniente da intervenção não autorizada, ainda que inerente ao próprio procedimento. Em outras palavras, não havendo obediência ao dever de informação, será o médico responsável por qualquer lesão ocasionada no paciente em decorrência do tratamento empreendido, excetuando-se apenas os casos emergenciais, nos quais a obrigatoriedade de se obter o consentimento informado resta relativizado, em razão da própria condição do enfermo.

Vale ressaltar ainda que, nesses últimos casos, caberá ao médico o ônus da prova em relação à impossibilidade de se colher o consentimento, uma vez que o dever de informar constitui obrigação de resultado (PEREIRA, 2011, p. 189) e, nas obrigações de resultado, há presunção relativa de culpa em caso de inadimplemento. Assim, a culpa será apenas aferível em relação à obtenção do consentimento pelo médico, que caso comprove a impossibilidade de obtenção do consentimento nas circunstâncias em que ocorreram, apenas responderá pelas lesões a título de culpa, restabelecendo a responsabilidade subjetiva típica dos profissionais liberais.

Por fim, impende ressaltar ainda a possibilidade de responsabilização do médico em razão da violação ao dever de informação mesmo nas hipóteses em que não haja lesão corporal ou diminuição da saúde do paciente. Isto porque o direito à informação constitui instrumento de concretização da autonomia do paciente. Este, por sua vez, possui íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que a ofensa a algum desses preceitos, através da intervenção médica não autorizada – violando a autonomia e a liberdade – acaba por desaguar na possibilidade de responsabilização por afronta aos direitos da personalidade.

6 CONCLUSÃO

A relação médico-paciente sofreu diversas modificações com o passar dos anos. Com o advento da Bioética, aliado à promulgação da Constituição Federal de 1988, a relação que anteriormente era vista sob o prisma paternalista, onde os médicos, apoiando-se nos primados da beneficência e não maleficência, decidiam os rumos do tratamento a ser adotado, passa a ser vista sob o prisma da autonomia do paciente.

Deve-se reconhecer o paciente como sujeito de direitos, autônomo e livre na busca da melhor decisão para sua vida e saúde. Não mais se coaduna com a ordem jurídica a ideia de paternalismo, devendo esta ser substituída pela ideia de autodeterminação. O indivíduo deve ser visto com um fim em si mesmo, e não mais como um instrumento para consecução de determinadas finalidades.

A relação travada entre médico e paciente, muito mais do que relação patrimonialista, deve ser enxergada sob o ponto de vista predominantemente existencial, por envolver interesses relativos, à saúde, integridade física, psíquica, bem como a dignidade. Da natureza existencial da relação se irradiam diversos deveres, tanto do médico para com o paciente, como do paciente para com o médico. São eles o dever de cooperação, assistência, aconselhamento, informação, lealdade, dentre outros.

Atualmente, a responsabilidade civil médica deve ser vista sob o aspecto subjetivo, na medida em que o Código de Defesa do Consumidor excetua da norma geral da responsabilidade objetiva a responsabilidade dos profissionais liberais. Assim, o art. 14, §4º estabelece que o dever dos médicos em responder pelo defeito na prestação do serviço deve ser aferido com base na culpa, seja através da imprudência, negligência ou imperícia.

Por muito tempo se discutiu a natureza jurídica da relação médico-paciente, entendendo-se atualmente pela natureza contratual da relação. E não apenas, isso, pois, além de se submeter às normas gerais da teoria dos contratos, constitui nítida relação de consumo, de modo que as normas instituídas no Código de Defesa do Consumidor têm plena aplicabilidade à dita relação. Tratando-se de relação contratual, pertinente que se perquiria a respeito da natureza da obrigação assumida pelo médico.

Via de regra, têm entendido a doutrina e jurisprudência dominante que a obrigação assumida pelo facultativo constitui obrigação de meio. Assim, estaria ele obrigado a se utilizar de todos os métodos disponíveis e das melhores técnicas conhecidas para o alcance do resultado, agindo com zelo, cuidado, visando o restabelecimento da saúde do paciente. Não poderá nunca assegurar um resultado preciso, justamente em razão da imprevisibilidade inerente à prática da medicina. Apenas nos casos de cirurgia meramente estética o entendimento se transmuda no sentido de que a obrigação assumida passa a ser de resultado, devendo o médico alcançar o resultado pretendido, sob pena de responsabilização pelo inadimplemento. Vale ressaltar que, tratando de obrigação de meio, a responsabilidade do facultativo depende de culpa provada. Por outro lado, tratando-se de obrigação de resultado, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao médico provar qualquer das causas que o isente de responsabilidade, uma vez que o inadimplemento, presume-se, se deu por culpa do devedor.

Importante elemento a se tratar na relação médica diz respeito à informação. Na relação médico-paciente, ganha especial relevo quando se considera um instrumento imprescindível para o exercício da autonomia. Entendida como uma via de mão dupla, deve partir tanto do médico para o paciente, quanto do paciente para o médico.

No primeiro aspecto, é imperioso que o médico se utilize de todos os meios necessários para a transmissão da informação de forma adequada, suficiente e veraz, considerando ainda as particularidades de cada paciente. Deve-se levar em consideração o nível de desenvolvimento intelectual, sociológico e cultural. Deve também se abster da utilização de termos técnicos incompreensíveis. O estado de saúde, diagnóstico, prognóstico, alternativas de tratamento, riscos e sequelas possivelmente advindas do tratamento devem ser abordadas suficientemente pelo profissional. Apenas munido de todas as informações, poderá o paciente exercer satisfatoriamente o consentimento livre e esclarecido e autodeterminar-se diante da situação posta, concretizando o direito à autonomia e a liberdade.

Num segundo aspecto, o paciente deve fornecer ao médico todas as informações relativas ao histórico clínico, suas predisposições genéticas, e desenvolvimento da patologia.

Ademais, o direito de ser informado decorre da boa-fé objetiva que deve reger os contratos entre particulares. A boa-fé como norma criadora de deveres anexos, tem força normativa, e a não observância aos seus preceitos gera inadimplemento contratual, passível, pois, de responsabilidade. Há quem entenda ainda a informação como obrigação principal da relação médica, de modo que transcenderia à própria ideia de dever decorrente da boa-fé, e, neste caso, constituiria obrigação de resultado, devendo ser obrigatoriamente alcançada pelo médico.

O desenvolvimento da ciência, aliada à complexidade e incompletude próprias da medicina trouxe consigo diversas situações novas à prática da medicina. Dentre elas pode-se destacar a questão das situações iatrogênicas. A iatrogenia pode ser caracterizada como lesões previsíveis, esperadas ou não, decorrentes do próprio *iter* procedimental, e que, por serem previsíveis, são absolutamente necessárias. Seria um dano ocasionado ao paciente, mas que decorreria de um atuar médico correto, preciso, em observância às normas técnicas ordinariamente exigidas pela prática médica. Decorre, pois, da própria incompletude da medicina. Assemelha-se à noção de “erro escusável”, embora de erro não se trate, uma vez que há a adoção de todos os cuidados necessários, não havendo culpa do médico no resultado danoso.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se enquadrar as lesões iatrogênicas como uma causa excludente de responsabilidade típica da atividade médica. Na responsabilidade civil, como é cediço, há situações nas quais, mesmo havendo conduta humana tendente a ocasionar danos a outrem, existem circunstâncias nas quais o nexo de causalidade é rompido, não havendo dever de indenizar, como no caso de estado de necessidade, força maior, culpa exclusiva de terceiro, etc. É o caso típico das lesões iatrogênicas que, uma vez configuradas, não ensejam, a princípio dever de indenizar. Dessa forma, a responsabilidade civil e iatrogenia seriam termos inconciliáveis e excludentes. Por não encontrar delineamentos em qualquer das causas excludentes de responsabilidade classicamente conhecidas, deve-se considerar como uma causa autônoma, aplicável às relações médico-paciente.

Inobstante isso, embora seja considerada como causa de isenção de responsabilidade, nas lesões iatrogênicas deve-se observar com atenção o dever de informação, vez que este ganha contornos ainda maiores nestas situações, de modo

que sua inobservância acarreta o dever de indenizar. É que nas ditas lesões, devido à previsibilidade inerente a elas, o médico, de antemão, é conhecedor das possíveis consequências advindas do tratamento escolhido. As sequelas e riscos já são previamente estipuladas e sopesadas pelo médico. Assim, é imperativo que todas essas informações sejam devidamente transmitidas ao paciente para que, devidamente esclarecido e ciente dos riscos a que está submetido, possa exercer sua autonomia e através do consentimento informado.

O consentimento, por sua vez, deve constituir um processo dialógico, de troca mútua de informações entre os participantes da relação. Tem como principal objetivo a preservação e efetivação da autonomia do paciente, de modo que, para que se alcance o consentimento válido, deve-se não apenas informar o paciente, mas esclarece-lo.

A não observância do direito à informação e, conseqüentemente, da obtenção do consentimento nas relações médico-paciente acaba até mesmo por desnaturar a ideia de responsabilidade subjetiva do profissional médico. Isto porque, não havendo consentimento informado do paciente, ou sendo este inválido em razão do vício de vontade pela prestação incorreta da informação, ter-se-á uma intervenção ilegítima na saúde e vida do paciente. Sendo assim, qualquer lesão, por mínima que seja, ocasionada ao paciente, deverá ser objeto de reparação, uma vez que não houve consentimento válido.

É bem verdade que, nos dias de hoje, a prestação da informação de modo completo e adequado ainda parece ser tarefa das mais árduas. O nível de educação das pessoas, os precários métodos de atendimento, o número elevado de pacientes, a banalização do ensino médico, o descaso dos pacientes com as informações transmitidas são alguns dos obstáculos hoje existentes à completa efetivação do direito à informação. Entretanto, deve-se reconhecer que apenas com o exercício da autonomia, e respeitando-se a dignidade da pessoa humana, haverá uma atenuação das demandas envolvendo erro médico.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8 ed. ver., atual e aum. Rio de Janeiro. Renovar, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Conceito de Ato Ilícito e o Abuso de Direito. *In*: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital (Coord). **Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2005.

BARBOSA, Amanda Souza. A (im)prescindibilidade da culpa provada nas ações de responsabilidade civil de hospitais privados por erro médico. **Direito Unifacs: Revista Eletrônica mensal**. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2444>>. Acesso em 13 maio, 2015.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade Civil Médica no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro. v. 15. ano 5, p. 49-64, jul./set., 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 set, 2014.

_____. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 17 nov. 2014.

_____. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 set., 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 731078 / SP**. Relator: Exmo. Ministro Castro Filho. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 13/12/2005. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=recur>

so+especial+erro+medico+cirurgiao+plastico+profissional+liberal&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em 17 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 499193 / RS**. Relator: Exmo. Ministro Antônio Carlos Ferreira. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 03/02/2015. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201400794896&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 12 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0121037-55.2001.8.19.0001 (2007.001.42592)**. Relator: Exmo. Des. Henrique de Andrade Figueira. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível. Julgamento: 30/01/2008 Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=200700142592&CNJ=0121037-55.2001.8.19.0001>>. Acesso em 11 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível 0015774-62.2003.8.19.0066 (2007.001.62582)**. Relator: Exma. Desa. Cristina Tereza Gaulia. Órgão Julgador: Décima Oitava Câmara Cível. Julgamento: 19/02/2008 Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003E2E252B8FC10B9691E3ABDC5CEF1ECA1DCC402081917>>. Acesso em 14 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2008.001.24823**. Relator: Exmo. Des. Roberto de Abreu e Silva. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 30/06/2009. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00030CB7328794A4D9EAB4F83B44F64AD9F43FC40220544A>>. Acesso em 14 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 0021725-47.2002.8.13.0710**. Relator: Exma. Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Julgamento: 09/11/2006. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=iatrogenia&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 17 maio 2015.

BEIER, Mônica. Algumas considerações sobre o paternalismo hipocrático. **Revista Médica de Minas Gerais – RMMG**, América do Norte, 2010. Disponível em <<http://www.rmmg.org/artigo/detalhes/320>>. Acesso em 16 abr. de 2015.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Informação: Direito Fundamental do Consumidor na Relação Médico-Paciente. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. v. 12, n. 83, maio/jun. 2013.

CARVALHO, José C. Maldonado de. **Iatrogenia e erro médico: sob o enfoque da responsabilidade civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico: iatrogenia, teoria da perda de uma chance, filtragem constitucional, perícia médica judicial, legislação**. 2 ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **A improcedência no suposto erro médico: obrigações de meio e de resultado?** 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.931/09. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em 28 fev. 2015.

DANTAS, Eduardo. Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; BARROS, Daniel Conde (coords.). **Temas de Direito Civil Contemporâneo: estudos sobre o direito das obrigações e contratos, em homenagem ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 587- 612.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil** – ver. Atualiz. E ampl. Por Rui Berford Dias. São Paulo, Renovar, 2007.

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

_____. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. rev. Aum e atual. São Paulo: Saraiva, 2011b.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**, v. 2. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012a.

_____. **Curso de Direito Civil: teoria geral e contratos em espécie**, v 4. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012b.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. III.

GOLDIM, José Roberto; FRANCISCONI, Carlos Fernando. **Modelos de relação médico-paciente**. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/relacao.htm>> Acesso em: 27 mar. 2015.

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

HENTZ, André Soares. **A relação médico-paciente e o dever de informar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2146, 17 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12858>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: o caso dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 15, p. 41-75, jul./set. 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A informação como direito fundamental do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais**. Coleção Doutrinas Essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2011.

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

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

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

MEIRELLES, Ana Thereza. Gerenciamento de riscos da atividade médica sob a ótica da Legislação Civil. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. Porto Alegre: Síntese, v.5, 2001, p. 143-152.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maria Celina Bondin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. A bioética e a relação médico-paciente. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=518>. Acesso em 21/09/2014.

NICOLAU, Gustavo Rene. Implicações práticas da boa-fé objetiva. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coord.) **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

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.

RAMOS, Priscila Chaves. Responsabilidade Civil do Médico. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mario Veiga (coords.). **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 243-252.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.) **Discutindo a autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014, p. 13-30

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei 10.406/2002**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SALLES, Alvaro Angelo. Transformações na relação médico-paciente na era da informatização. **Revista Bioética**, Brasília, v. 18, n. 1, junho de 2010. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/535/521> Acesso em: 14 abr. 2015.

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

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**. 11 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

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

SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade civil: teoria e prática das ações**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUZA, Néri Tadeu de Câmara. **O Dano Estético na atividade do médico**. Publicado no cd-rom **Juris Síntese**, nº 29, Mai/Jun, de 2001. Porto Alegre: Editora Síntese.

_____. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas: LZN Editora, 2003.

STOCO, Rui. Iatrogenia e responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.784, ano 90, p. 105-110. Fev. 2001.

_____. **Tratado de responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9 ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 3 ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Cap. 8, p. 181-207.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Responsabilidade Civil por erro médico: aspectos processuais da ação. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. nº4. Porto Alegre, p.154, março-abril, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, Felipe de Medeiros. Reflexões acerca da Iatrogenia e Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**. v. 31 n. 2, maio/agosto. Rio de Janeiro 2007. p. 180-185.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: ALVIM, Arruda; CESAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 291-314.

VASSILIEFF, Silvia. A responsabilidade civil profissional do médico no direito civil e no direito do consumidor. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). **Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial**. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.