

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO**

Vitor Jankunas de Oliveira

**A AUTONOMIA DO DEVER DE INFORMAR NA RESPONSABILIDADE
CIVIL MÉDICA**

Porto Alegre

2024

Vitor Jankunas de Oliveira

A AUTONOMIA DO DEVER DE INFORMAR NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Marco Fridolin Sommer Santos

Porto Alegre

2024

Vitor Jankunas de Oliveira

A AUTONOMIA DO DEVER DE INFORMAR NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel.” e aprovado em sua forma final pelo Curso de ciências Jurídicas e Sociais, obtendo conceito **A**.

Porto Alegre, 20 de agosto de 2024.

Prof. , Dr. Klaus Cohen Koplin
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marco Fridolin Sommer Santos
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof.^a Ma. Maria Luiza Bailo Targa
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof.^a Dra. Maria Cristina Cereser Pezzella
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

*Este trabalho é dedicado aos que, para além do amparo,
foram a motivação do próprio esforço.*

AGRADECIMENTOS

Serei o mais breve possível em meus agradecimentos, pois as pessoas verdadeiramente importantes para o presente trabalho já foram agradecidas pessoalmente pelo esforço em me manter no seu convívio diário, apesar de tudo.

Porém, iniciando as menções propriamente ditas, gostaria de agradecer ao professor Marco Fridolin, por ter aceito ser meu orientador, e suportado todas as dúvidas e dificuldades dessa empreitada de forma acolhedora e erudita ao mesmo tempo.

Agradeço aos meus pais, que me foram uma fortaleza durante todos os momentos de insegurança. Além deles, também agradeço às minhas irmãs, que conseguiram suportar minha presença na maioria das vezes esquecida dos afazeres domésticos em nosso apartamento, e algumas vezes irritada pelos desconsertos da vida.

Também agradeço aos meus amigos, tanto aos amigos da UFRGS, que, apesar de toda as situações, sempre foram uma fonte de risadas e agonias compartilhadas, quanto aos amigos do RMMG Advogados, e reitero a palavra amigo aos que inicialmente seriam apenas colegas de trabalho, mas se transformaram em um verdadeiro contato afetivo nos nossos convívios diários.

Por fim, quero agradecer especialmente a minha companheira, por ter me suportado nos momentos de maiores tristezas, tornando-se a mim uma fonte inesgotável de acalanto e inspiração. Obrigado por tudo, meu amor.

E reitero o agradecimento a todos que, de alguma forma, contribuíram para o presente trabalho.

*Longtemps je me suis couché de bonne
heure... (Marcel Proust)*

RESUMO

No presente trabalho traremos a tese da autonomia do dever de informar na responsabilidade civil médica. Para tanto, faremos considerações históricas sobre a atividade médica no tempo e a evolução do relacionamento entre médico e paciente, concluindo que o paciente, na ideia contemporânea de medicina, é o centro da atividade médica. Após essas considerações, traçaremos os contornos gerais sobre os pressupostos da responsabilidade civil médica em sentido lato. Ademais, traremos uma distinção inovadora formulado por Marco Fridolin, distinguindo a obrigação médica em três atividades principais, a saber, diagnóstico, prescrição e tratamento, ressaltando a função dos deveres informativos no adimplemento dessas obrigações. Feitas essas exposições, passaremos ao último grande capítulo, em que vamos discorrer sobre a tese da autonomia do dever de informar na responsabilidade civil médica propriamente dita. Fundamentaremos a tese da autonomia do dever de informar na responsabilidade civil médica, trazendo um diálogo entre normas deontológicas e o princípio da boa-fé objetiva, vislumbrados no julgamento do REsp n. 1.540.580/DF.

Palavras-chave: Responsabilidade médica; boa-fé, dever de informar; consentimento informado.

ABSTRACT

In this present work, we will address the thesis of the autonomy of the duty to inform in medical civil liability. To do so, we will provide historical considerations on medical activity over time and the evolution of the relationship between physician and patient, concluding that the patient, in the contemporary idea of medicine, is the center of medical activity. After these considerations, we will outline the general contours of the assumptions of medical civil liability in a broad sense. Furthermore, we will present an innovative distinction formulated by Marco Fridolin, distinguishing medical obligation into three main activities, namely, diagnosis, prescription, and treatment, emphasizing the role of informative duties in fulfilling these obligations. Having made these presentations, we will move on to the last major chapter, where we will discuss the thesis of the autonomy of the duty to inform in medical civil liability itself. We will ground the thesis of the autonomy of the duty to inform in medical civil liability, bringing a dialogue between deontological norms and the principle of objective good faith, envisioned in the judgment of REsp n. 1.540.580/DF.

Keywords: Medical liability; good-faith, duty to inform; informed consent.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	13
2.1 Discussões iniciais quanto à modalidade da responsabilidade médica	13
2.2 Pressupostos da responsabilidade civil médica	18
2.2.1 Conduta culposa médica	20
2.2.2 Dano no âmbito da atividade médica	29
2.2.3 Nexo de causalidade entre dano e conduta médica	32
2.3 Das categorias de atos médicos	34
3. AUTONOMIA DO DEVER DE INFORMAR NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	36
3.1 Fundamentação ética do dever de informar nas relações médico-paciente	36
3.1.1 - Construção da autonomia.	36
3.1.2 - Da autonomia para o consentimento	38
3.1.3 - Do conceito do consentimento informado	41
3.2 – Fundamentação Legal do Dever de Informar	44
3.3 Fundamentação da Autonomia do Dever de Informar na atividade Médica	47
4. CONCLUSÕES	52
5. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	54

1. INTRODUÇÃO

O Ato médico é todo o conjunto de atividades próprias do profissional em seu ofício como médico, isto é, o ato médico compreende as atividades realizadas pelo médico em sua esfera de atuação, visando a finalidade precípua de conservar ou melhorar a saúde humana (LOPEZ, p. 30, 1985).

Nesse sentido, o objeto de tutela da atividade médica é a integridade física e psíquica do ser humano. Justamente essa tutela de bens tão preciosos ao interesse social ressalta o seu caráter público em detrimento do caráter privado da atividade médica (FREITAS e SOUSA, 2016, p. 13).

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a importância do bem tutelado pela medicina é de tal relevância que omissões ou falhas podem ser fatais, não havendo possibilidade de contorno ao erro (2012, p. 405).

Isso tudo ressalta a necessidade de uma legislação atenta às vicissitudes dessa relação jurídica entre médico e paciente nas suas mais variadas vertentes, desde a posição fragilizada do paciente, até a necessidade de espaço para atuação inovadora do médico na busca de uma solução para a enfermidade.

O instituto da responsabilidade civil, como o conhecimento do que é justo e necessário, não só no sentido moral, mas também dentro de um sistema de obrigações e deveres, diante do que é lícito e devido, é justamente o espaço para essa discussão. A mesma ideia está contida nos escritos de Ulpiano:

“Há quem nos chame (a nós, juristas) sacerdotes. Na verdade, prestamos culto à Justiça; professamos a ciência do bom e do equitativo – separando o équo do iníquo, dizendo o que é justo e o que é injusto, discernindo o lícito do ilícito, esforçando-nos para que os homens sejam bons, não só através da ameaça das penas mas sobretudo pelo estímulo dos prêmios (inerentes ao cumprimento do devido)”. (D. 1, 1, 1, 1 = ULPIANUS, lib. 1 Institutionum)¹

Frisa-se que a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem

¹ Traduzido por CRUZ. Sebastião. *Direito Romano I*, 3ª Ed., Coimbra, ed. do Autor, 1980.

atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário (MORAES, 2014, p. 27)

Contudo, antes de se adentrar propriamente dito ao regime de responsabilidade civil do médico nas legislações atuais, merece destacar toda a perspectiva histórica da responsabilidade do médico perante o paciente a fim de melhor compreender o sentido principiológico dado pelas normas atuais.

Tal necessidade se dá não por uma razão de mero pedantismo. Muito pelo contrário, na medida em que o mundo jurídico é formado de contínuas intenções de valor que incidem sobre uma base fatos, convertendo-se em normas (REALE, 2010, p.124), entender as coordenadas históricas da sociedade em relação a um fato (o ato médico), possibilita uma profundidade de compreensão ao jurista das normas estudadas (regime de responsabilidade civil médica).

Indo além, essa compreensão histórica e aprofundada possibilita uma melhor coordenação do sistema normativo, na medida em que permite o diálogo entre as fontes, a partir da sua *ratio*, da finalidade narrada ou comunicada da norma (LIMA MARQUES, BENJAMIN, BESSA, 2022, p. 214)

Para o presente estudo, tal necessidade é evidente na medida em que visualizamos a incidência de diversos sistemas normativos para o regime da responsabilidade do ato médico, nomeadamente (i) o sistema normativo do Código Civil pelas cláusulas gerais dos artigos 186 e 927, e pela cláusula específica do art. 951; (ii) o sistema normativo do Código de Defesa do Consumidor pelo regime de responsabilidade do prestador de serviços instaurado pelas normas dos seus artigos 14 e 20; (iii) as normas do Código de Ética de Medicina e resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Isso tudo sem trazer à baila a discussão da responsabilidade do médico em sua natureza empresarial, incluindo-se nesse conceito hospitais, clínicas, laboratórios, casas de saúde etc. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 401).

Portanto, é extremamente relevante trazer essa perspectiva histórica da responsabilidade médica, do ato médico e da relação entre médico e paciente.

Iniciando esse intróito, na pré-história, o médico era tido como um xamã, por utilizar métodos de sugestão psicológica. Durante os séculos III e II a.C., tanto a morte como as doenças eram vistas como manifestação da vontade dos deuses. Por esse motivo, o médico era considerado um sacerdote, ostentando posição de superioridade em face do doente, já despontando a noção de responsabilidade

médica. Em contrapartida, na Grécia antiga, iniciou-se a perspectiva de renúncia das práticas mágicas e uma preocupação em aplicar a razão às doenças e aos meios curativos. Hipócrates é nomeado pelo responsável de trazer o propósito de racionalização dos processos de explicação da moléstia e de sua cura, pela observação e sistematização (CINTRA, 2012, p.12).

Nesse sentido, elenca-se que nas Institutas de Gaio já era possível antever uma espécie de tutela à integridade física, uma tutela à saúde em geral, conforme se pode ver na passagem abaixo:

(...) se não morreu, mas se feriu, apenas, a ação é pela quantia que o juiz calcular equitativa segundo o caso. O juiz deverá para isso considerar os honorários pagos ao médico e as outras despesas da moléstia, e, além disso, os trabalhos de que foi privada a vítima ou que será privada pela incapacidade superveniente (Gaio, Comentário ao Édito Provincial, livro II, D.9.3.7.)²

Contudo, com o advento do cristianismo, a análise das moléstias foi novamente impregnada de uma perspectiva espiritual, surgindo o processo de demonização. As doenças eram constantemente associadas a consequências espirituais, pecado e possessão.

Segundo a teoria simplista, presente à época, que remonta ao Direito romano e aos antigos costumes bárbaros, o indivíduo tem o direito subjetivo de propriedade sobre seu próprio corpo, de tal modo que todo ato de disposição sobre o próprio corpo seria válido (CINTRA, 2012, p.13). Para contornar essa pretensa onipotência, Santo Tomás de Aquino, na mesma perspectiva de direitos reais, vem a atribuir ao homem o usufruto de seu corpo e a sua propriedade a Deus (p.15).

Entretanto, o poder decisório e o correlato direito de informação permaneciam renegados, conforme já precursionava a tradição grega. Em texto atribuído a Santo Antonio de Florença encontra-se: “se um homem enfermo recusa os medicamentos prescritos por um médico chamado por ele ou seus parentes, pode ser tratado contra sua própria vontade, do mesmo modo que um homem pode ser retirado contra sua vontade de uma casa que está por ruir” (p.15).

O primitivo estado da técnica, a ignorância quanto aos meios de cura, protegiam o médico sob um manto quase *sacerdotal*, conferido pelo ideal ético de juramento de Hipócrates e revestido (quase que *aureolado*) por sua autoridade

² Tradução encontrada em SANTOS. Marco Fridolin Sommer. Acidente de consumo entre a seguridade social e responsabilidade civil. 1.ed. São Paulo: LTr; 2008.

balsâmica diante da debilidade daquele que se encontrava prostrado no leito de dor (p.16).

O profissional da medicina era visto como um ser inatingível e sua função aproximava-se de algo sagrado, pela importância da atividade exercida. O caráter sacerdotal chegava a tal ponto que a relação com o paciente transformou-se numa submissão completa, incapacitando-o de reagir juridicamente frente à imperícia negligente do chamado imperialismo médico (p.18).

A concepção sacerdotal do médico trazia, em seu bojo, a perspectiva do paciente como um ser desprovido do discernimento necessário para decidir sobre as intervenções médicas, cabendo ao médico dedicar-lhe os mesmos cuidados e atenção conferidos a uma criança que desconhece o que é melhor para ela.

Estipula-se que somente a partir da metade do século passado a profissão médica começou a perder os vínculos com a ética clássica e seu “paternalismo” foi perdendo força (FRANÇA, 2021, p.54).

A grande mudança cultural no contexto da relação médico-paciente se dá com a promoção da autonomia deste, deixando o médico a antiga posição paternalista em que decidia sozinho. Inaugura-se uma relação de parceria terapêutica, em que o profissional compartilha decisões com aquele que é diretamente afetado por elas, através do consentimento informado (CINTRA, 2012, p. 19).

Por um lado, verifica-se uma ampla valorização da autonomia privada do paciente, o qual passa a tomar a gerência das decisões sobre sua saúde junto com o médico. Por outro lado, começa-se a se estabelecer uma série de regramentos ao exercício da atividade médica (p.20).

No avançar da história, em que pese os crimes contra os direitos humanos perpetuados na Segunda Guerra mundial, o efeito contraposto após esse período foi justamente o de recrudescimento das normas relativas aos direitos sobre os corpos humanos, inclusive o Tribunal de Nuremberg, de 1947, em resposta a isso, veio a estabelecer uma série de premissas como reguladoras dos procedimentos de ensaios clínicos em seres humanos (p.17).

Se antes o poder de decisão sobre o tratamento estava sob a mão exclusiva do médico, a escolha passa a ser, no mínimo, compartilhada com o paciente, que, de modo autodeterminado, poderá optar qual tratamento melhor se adequa às suas necessidades (BERGSTEIN, 2012, p. 16).

Segundo Ruy Rosado Aguiar, antigamente o ato médico se resumia a uma relação de confiança do cliente diante de uma relação de consciência do médico. Contudo, essa relação, seguindo a tendência de massificação das relações, criou um distanciamento entre as partes, de forma a determinar o ato médico como uma forma de prestação de serviço (2002, p.2).

Assim, o Ato médico passa determinar-se pela clareza das informações ao paciente, a fim de orientar-se em sua tomada de decisão, devendo o médico precisar quanto aos riscos que podem advir dessa opção (FREITAS e SOUSA, 2016, p. 35)

Nesse sentido, visando sistematizar os critérios e parâmetros para o exercício dessa escolha, a doutrina europeia começa a construir a dogmática do consentimento informado, considerado a pedra angular de uma ruptura conceitual do paciente que se transforma no consumidor dos cuidados de saúde, chegando-se a fase do consentimento autêntico, na qual o médico não só deve prestar uma informação efetiva ao paciente, mas também deve comprová-la de maneira válida juridicamente (BERGSTEIN, 2012, p. 17-18).

De tal movimento pendular, há doutrinadores receosos da criação de uma suposta medicina defensiva, argumentando que o temor pela responsabilização judicial do profissional acabaria com o espaço de iniciativa do médico para tomar decisões arriscadas, porém necessárias em situações de urgência (CINTRA, 2012, p. 29).

Contudo, a tese aqui esposada é justamente contrária à tal pensamento: a informação eficaz e comprovada ao paciente assegura ao médico esse espaço de atuação inovadora no seu ofício.

Na medida em que o paciente é o centro da atividade médica, o ato médico só estará realmente apto a ser realizada com a confirmação da autonomia de escolha do paciente. Por essa razão, a informação eficaz dada ao paciente deve funcionar como validadora do seu consentimento, autorizando, assim, um espaço de competência para a atividade médica (p. 30).

Portanto, conforme se demonstrará nas páginas seguintes, o dever de informar é de relevância ímpar ao estudo da responsabilidade médica, pois, ao mesmo tempo que acentua a autonomia do paciente, possibilita a atuação positiva do profissional médico.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

2.1 Discussões iniciais quanto à modalidade da responsabilidade médica

Antes de nos adentrarmos na discussão quanto à responsabilidade do médico pela prestação de informação ao paciente, trataremos sobre aspectos gerais da responsabilidade médica, a fim estabelecer os pressupostos básicos para o dever de indenizar na atividade médica.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, em que pese a especificidade da atividade médica, a responsabilidade do profissional está enquadrada no preceito geral da responsabilidade civil, exigindo para sua configuração o nexo de causalidade, o dano, o ato ilícito e a culpa.

Assim, pelo princípio jurídico segundo o qual todas as pessoas são obrigadas a responder por danos causados a terceiros, a fim de que sejam resguardados os interesses dos indivíduos no seio da coletividade, o médico também responde pelos danos praticados no âmbito de sua atuação.

Embora houvesse uma corrente contrária a qualquer responsabilidade, por entender a medicina como “um mandato ilimitado junto à cabeceira do doente, ao qual só pode aproveitar essa condição” (FRANÇA, 2021, p. 58), já verificou-se no tópico anterior que tal entendimento está ultrapassado, devendo ser aplicada o instituto da responsabilidade na atividade médica.

Para a presente discussão, o ponto de real importância é a discussão quanto à modalidade de responsabilidade da atividade médica e sua relevância para a tese esposada aqui acerca da autonomia e relevância do dever de informar do médico perante o paciente. Anteriormente ao regime normativo instaurado pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor, havia larga discussão quanto à modalidade de responsabilidade da atividade médica.

Pontes de Miranda asseverava que, se o serviço médico provém de direito público ou de prestação caridosa, isto é, não havendo contraprestação pecuniária direta ao profissional ou à entidade que disponibiliza o serviço, estar-se-ia diante de responsabilidade extracontratual (2002, p. 524).

Nesse sentido, convém refletir sob a perspectiva da tutela do dano à saúde, isto é, sobre lógica das relações entre seguridade social e responsabilidade civil. O direito à saúde decorre do art. 196 da Constituição Federal, o qual dispõe que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo Marco Fridolin, o art. 196 da CF consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo-se em favor de todo e qualquer cidadão um acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (2015, p. 456). À luz do princípio da universalidade, esse artigo deve ser lido como uma cláusula geral do direito à saúde, correspondendo um dever de proteção ao direito por parte do Estado, o que legitimaria essa obrigação de todo médico a servir como protetor.

Nesses casos, a doutrina, então, distinguiria uma responsabilidade extracontratual da modalidade da responsabilidade contratual dos médicos em seu ofício propriamente dito, justamente pela necessidade de se aferir, além do dano, a demonstração de sua relação causal com a conduta do titular do dever (que pode ser um dever genérico de não lesar), agravada pela culpa *lato sensu* (MIRAGEM, 2021, p. 352).

Contudo, conforme Ruy Rosado Aguiar, o ônus probatório é a distinção fundamental entre os regimes de responsabilidade: enquanto na responsabilidade contratual, basta comprovar a existência do contrato e adimplemento, na responsabilidade extracontratual, o autor deve provar ainda a culpa *lato sensu* do réu (2002, p. 6).

A relutância inicial, então, em aceitar que a responsabilidade médica fosse de caráter contratual se originava na presunção de culpa do devedor pelo inadimplemento do contrato, que recairia sobre o médico toda vez que não fosse alcançada a cura do paciente, apesar da óbvia aléa nos contratos de prestação de serviços médicos (KUHN, 2002, p. 62).

Contudo, tal discussão, no âmbito do regime da responsabilidade médica, resulta inócua nesse novo momento normativo instaurado pelo novo Código Civil de 2002, conjugado com o Código de Defesa do Consumidor. Isso ocorre, pois, além do regramento civilista estabelecer a responsabilidade do ato médico pela culpa contratual com fundamento no art. 389 do Código Civil, o ônus probatório pela responsabilidade pessoal do médico pela prestação de serviço deve sempre ser

apurada mediante culpa, por força da regra de exceção do art. 14, parágrafo 4, do CDC.

Mesmo no regime anterior do Código Civil de 1916, já se entendia que, apesar da responsabilidade do médico estar colocada no capítulo dos atos ilícitos, sua modalidade é eminentemente contratual.

Nesse mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves pontua que não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico (2020, p. 379), havendo inclusive respaldo na jurisprudência estrangeira, nomeadamente o Tribunal Francês que a responsabilidade do médico é contratual, mesmo ainda quando sua assistência é puro ato de cortesia.

Da mesma forma se posiciona o português João Álvaro Dias, afirmando que a responsabilidade médica, em regra, tem caráter contratual, sendo este contrato pessoal, de execução continuada, sintagmático, oneroso e não formal (2000, p. 225).

Entretanto, há um dilema nos casos de tratamentos prestados pelo médico em seu dever legal de cuidado dos feridos inconscientes – nessa situação, sem o consentimento do paciente ou de representante legal para intervenção em seu corpo, não haveria autonomia para o médico cumprir seu dever legal, contudo trata-se de situação totalmente a contrário senso em que o médico seria responsabilizado não pela ação invasiva, mas pela omissão de prestação do dever de assistência (p.157).

A grande questão nessas situações a ser resolvida fundamenta-se na seguinte aporia: *i*) por um lado, todas operações ou intervenções médicas são ataques à integridade física ou psíquica do paciente (risco de dano à saúde, em caso de erro), devendo haver uma causa que a justifique; *ii*) por outro lado, o médico possui um dever de assistência geral imposto pela própria lei (PONTES DE MIRANDA, 2002, p.524-525).

Jean Louis Baudouin, em um estudo comparado da responsabilidade médica, assevera que os regimes jurídicos atuais do mundo para justificarem tal intromissão fundamentaram-se numa convenção tácita entre médico e paciente, fundamentada por um contrato social, variando apenas quanto à sua qualificação como contrato inominado, ou de mandato, ou de prestação de serviço e etc (BAUDOUIN, 1991, p. 157).

Pontes de Miranda traz uma solução semelhante, supondo um consentimento implícito do paciente, fundamentando-se no interesse social, porém reitera que essa

manifestação de vontade é não negocial, limitada pela indisponibilidade do direito ofendendo, por proibição ética ou legal (2002, p. 526), de forma que, nesses casos, a responsabilidade seria extracontratual.

Escusado o brilhantismo de Pontes de Miranda, como pontua Ruy Rosado de Aguiar, a doutrina moderna caminha para a unificação desses dois campos, embora hoje ainda se admita a dualidade sistemática da responsabilidade civil (2002, p. 56).

Reitera-se que distinção entre deveres contratuais e extracontratuais, sejam eles deveres legais ou decorrentes da incidência de princípios jurídicos, como o da boa-fé, perde força em vista de uma tendência de aproximação do tratamento das diferentes fontes das obrigações, de forma que as obrigações contratuais e extracontratuais interagem entre si, justamente pelo respeito aos princípios do sistema jurídico (MIRAGEM. 2021, p.352).

E, realmente, apesar da legislação anterior lhes atribuir diferentes consequências, essa distinção já vinha sendo abandonada pela moderna doutrina, que nela não via utilidade, fazendo residir o fundamento único da responsabilidade civil no contrato social (COUTO e SILVA, 1988, p.9).

Assim, mesmo nas situações de intervenções não consentidas expressamente, o paciente manifesta sua vontade tacitamente, a qual está fundamentada no interesse social e no dever geral de assistência do médico, podendo, contudo, ser posteriormente ratificada ou revogada.

Tal resolução, inclusive, encontra respaldo na doutrina da causa dos pandectistas, de forma que um contrato seria formado pela existência de uma causa jurídica relevante, que dentro de certas circunstâncias fáticas, viria a legitimar a sua existência, mesmo que ausente requisitos formais para a formação de algum dos tipos contratuais legais (ZIMERMAN, 1996, p. 552).

Nesse sentido, deve ser aplicado aquilo que Pontes de Miranda chamou de dever de medicação ou dever de operação, pautada pela responsabilidade profissional do médico, ainda que não haja um contrato oneroso entre paciente e profissional (2002, p. 526).

Assim a responsabilidade civil médica origina-se da transgressão de um dever de conduta, consubstanciado especificamente no dever não violar as obrigações de atender de forma adequada o que está ajustado no contrato com o paciente, ou seja, na chamada obrigação de tratamento, o qual independe de um contrato escrito, estando estabelecido tão somente pelos atos de concordâncias tácito entre paciente

e médico, caracterizados da seguintes maneira: aquele disponibilizando o corpo ao tratamento do médico e esse aceitando a incumbência de lhe oferecer um tratamento adequado (FRANÇA, 2012, p. 57).

Para Marco Fridolin, o contrato médico, intermediado pela doutrina italiana, trata-se de um contrato *sui generis*, uma espécie de contrato intelectual, suplantando a prestação de serviços gerais pelas normas deontológicas da profissão em espécie (1999, p. 67). Assim, apesar de não ser legalmente típico, trata-se de um contrato de tipo social, reconhecido pela doutrina e jurisprudência (p. 68).

Ainda que se entendesse, como Pontes de Miranda, que nos casos de falta de capacidade do paciente para exprimir sua vontade, tornando-se um contrato deficitário e, portanto, mera gestão útil de negócio alheio – ainda assim deve ser aplicada a responsabilidade contratual decorrente de negócio jurídico unilateral (2002, p. 587).

Segundo Fernando de Noronha, em matéria de responsabilidade pelo inadimplemento, tanto os negócios jurídicos unilaterais como os bilaterais, ou contratos, estão sujeitos a regime jurídico idêntico, e que é diverso do aplicável àquelas obrigações que aqui incluímos na expressão *responsabilidade civil*, em sentido estrito (responsabilidade civil extracontratual) (1993, p. 18).

Dessa forma, deve se dar razão a doutrina moderna no entendimento de que a responsabilidade civil médica é eminentemente contratual, seja pelo consentimento tácito do paciente gerando um regime de inadimplemento de negócio jurídico unilateral, seja pelo dever de tratamento do médico, formando um contrato *sui generis* de prestação de serviço entre médico e paciente. Nesse sentido, Gustavo Tepedino assevera 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. O negócio jurídico firmado entre médico e paciente possui como objeto, além da intervenção técnica, dirigida à cura propriamente dita, os deveres mencionados, que dão conotação peculiar ao contrato, fazendo-o atípico, diverso da locação de serviços convencional disciplinada pelo Código Civil" 2003; p. 19).

Esse entendimento ressalta a importância da autonomia do dever de informar, na medida em que, por ser um contrato *sui generis*, a relação médico-paciente só

será legítima pelo consentimento esclarecido do paciente, criando um espaço de atuação sob seu corpo ao profissional médico.

2.2 Pressupostos da responsabilidade civil médica

Estabelecida a responsabilidade médica dentro do regime da responsabilidade contratual, passaremos ao estudo dos pressupostos gerais ensejadores do dever de indenizar.

O pressuposto (também chamado “condição” ou “requisito”) é o elemento estrutural cuja existência há de estar comprovada para que o instituto desempenhe os fins a que está voltado; quanto ao instituto da responsabilidade civil, os pressupostos gerais são: *i*) a conduta juridicamente qualificada; *ii*) o dano e *iii*) o nexo causal a existir entre o dano e a conduta juridicamente qualificada (MARTINS COSTA, 1998, p. 6)

Mais à frente trataremos quanto ao regime jurídico a que está sujeito o dever de indenizar pela conduta médica, porém esses três elementos tratam-se de pressupostos básicos, devendo haver a presença cumulativa dos três para atribuir-se o efeito consistente no pagamento da indenização por perdas e danos (p. 7).

A conduta juridicamente qualificada diz respeito a um ato em contrariedade ao direito, porém ressaltando, que jamais se tratará de um elemento contrário ao direito, pois o ilícito é antijurídico e não a-jurídica, devendo pertencer ao mundo do Direito, para que assim produza efeitos jurídicos (p.8).

Assim, a conduta trata-se de fato pertencente ao mundo fático ao qual o direito atribui relevância. Mais especificamente a conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, das quais há a possibilidade de produção de consequências jurídicas (CAVALIERI FILHO, 2016, p. 38).

Por um lado, temos, então, a ação culposa como conduta que viola o dever geral de abstenção de causar dano a outrem, e, por outro lado, a omissão como conduta que viola um dever específico de agir, juridicamente qualificado seja por imposição legal, contratual ou extracontratual (p. 39).

Importante destacar que a culpa *lato sensu* é mera qualificação da conduta contrária ao direito, isto é, a contudo como ilícita está fundamentada na

antijuridicidade, a qual, por sua parte, pode advir de: *i*) uma violação de direito alheio; *ii*) uma afronta à lei; ou *iii*) um exercício de direito próprio, de modo manifestamente contrário aos princípios gerais do direito (boa-fé, função social e fim econômico) (MARTINS COSTAS, 1998, p. 8).

Frisa-se que a antijuridicidade é de natureza objetiva e fundamenta a conduta culposa, assim há antijuridicidade quando um ato ou um fato ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém (NORONHA, 1993, p. 7).

Quanto ao dano, esse é caracterizado como o prejuízo sofrido por alguém, em consequência da violação de um seu direito, ou, dito de outra forma, em consequência de ato ou fato antijurídico imputável a outrem (p. 7).

A diferença central entre qualquer prejuízo e o dano indenizável reside assim na noção de lesão a interesse juridicamente tutelado, portanto o dano deve ser entendido como uma diminuição ou subtração de um interesse juridicamente protegido (MARTINS COSTA, 1998, p. 17-18).

Portanto, em que pese haja uma verdadeira inundação de danos ressarcíveis nada criteriosa é patente que não é qualquer prejuízo que gera o dever de indenizar, mas somente aquele dano efetivo a bem tutelado pelo direito (CAVALIERI FILHO, 2016, p. 93).

Nesse sentido, tendo em vista que a longa listagem de novos danos (perda de uma chance, danos estéticos e etc) se limitam a meras subespécies de danos já existentes, a melhor doutrina entende que o dano é classificável apenas em dano material ou patrimonial e dano moral ou extrapatrimonial (p. 94).

Enquanto o dano patrimonial atinge bens integrantes do patrimônio da vítima (isto é, o conjunto de relações jurídicas dotáveis de apreciação econômica), o dano extrapatrimonial decorre da violação dos direitos e atributos inerentes à personalidade (p. 95-97).

Por fim, em relação ao nexo de causalidade, trata-se, segundo Judith Martins Costa, da relação necessária ou adequada entre a conduta culposa e o evento danoso, determinando a quem se deve atribuir o resultado prejudicial (1998, p. 20).

Frisa-se aqui que não se deve confundir nexo causal, com nexo de imputação, enquanto naquele se discute uma relação subjetiva de *imputatio iuris*;

nesse discute-se uma relação objetiva de *imputatio facti* (SERPA LOPES, 1995, p. 219).

Contudo, não se deve entender o nexo de causalidade como uma mera relação naturalística de causa e efeito; pelo contrário, o nexo de causalidade é um conceito jurídico normativo, referencial entre a conduta e o resultado (CAVALIERI FILHO, 2016, p. 63).

Apesar das diversas teorias sobre o nexo de causalidade, prevalece o entendimento de que o Código Civil adotou a teoria da causalidade adequada, a qual estabelece que nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes, só as sendo, em concreto, a partir da ponderação acerca do caso concreto. (p. 66). Trata-se, então, de questionar qual dos fatos, ou culpas, foi adequado para a criação ou agravamento do evento danoso, ensejando, assim, a responsabilização do agente perante a vítima (p. 67).

Assim, feitos os esclarecimentos quanto aos pressupostos gerais da responsabilidade civil, iremos tratar sobre a aplicação específica desses elementos gerais à responsabilidade civil da atividade médica.

2.2.1 Conduta culposa médica

Adentrando na conduta culposa no âmbito da atividade médica, tratando-se de responsabilidade de profissional liberal dentro de seu escopo de atuação, importante desde já traçar-se a distinção entre obrigações de resultado e de meio.

Reitera-se que aqui o objeto da relação obrigacional médico-paciente se caracteriza como uma obrigação de fazer visando à preservação da vida, a cura ou prevenção da doença ou moléstia, assim como a melhoria das suas condições pessoais (MIRAGEM, 2021, p. 339).

Fica nítido que a obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa, de forma que nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar o doente ou de salvá-lo, mormente quando em estado grave ou terminal (CAVALIERI FILHO 2016, p. 458).

Portanto, deve-se entender a obrigação médica como obrigação de meio, isto é, a obrigação quando o profissional se compromete a prestar um serviço “ao qual

dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com os seus títulos, com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com o resultado” (AGUIAR JUNIOR, 2000, p. 6).

Assim, a responsabilidade civil médica, apesar de contratual, exige a presença de culpa para sua configuração, ou seja, a demonstração de uma falta do profissional em relação aos deveres decorrentes da obrigação de prestação de serviços médicos, que denote o dolo, a negligência, a imprudência ou a imperícia no cumprimento dessa obrigação (MIRAGEM, 2021, p. 341).

Contudo essa culpa é no sentido de ônus ao médico comprovar a sua devida conduta médica. Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto, citando os irmãos Mazeaud, transcreve:

“O credor não tem, então, que provar que o devedor tenha sido negligente, é ao devedor que incumbe estabelecer que obrou com toda prudência desejável e esperada. Na prática ter-se-ia o seguinte: o paciente afirma que não foi curado. O médico não pode, então, permanecer numa posição de negativa, pura e simples, dizendo: prove minha imprudência, pois do fato de não haver atingido o resultado a que, sem dúvida, não se obrigou a alcançar, mas para o atingimento do qual havia prometido empenhar-se, resulta uma presunção de negligência contra ele. O médico tem, portanto, que provar necessariamente a prudência e a diligência com que se houve. Por isso, conforma-se aos princípios da obrigação de meios obrigar os médicos a estabelecerem a certeza de que não atuaram com culpa” (1994, p. 123-125).

Assim, qualquer que seja a forma de avaliar a responsabilidade de um profissional em determinado ato médico, no âmbito ético ou legal, é imprescindível que se levem em conta seus deveres de conduta (FRANÇA, 2012, p. 284).

Nesse sentido, importante estabelecer os deveres atinentes à atividade médica. Segundo Genival Veloso os deveres dos médicos em sua atividade podem ser divididos em quatro categorias: *i*) dever de informação; *ii*) dever de atualização; *iii*) dever de vigilância e de cuidados; e, por fim, *iv*) dever de abstenção de abuso (2012, p. 284).

Quanto ao dever de informação, esse será melhor aprofundado em tópicos futuros, porém pode-se dizer que o conteúdo do dever de informar do médico compreende todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, assim como sobre seus riscos e as

respectivas consequências do tratamento ou procedimento a ser realizado (Miragem, p. 346). Conforme Gustavo Tepedino assevera:

“(...) o dever de informação diz com os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens e desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e ao quadro clínico e cirúrgico, salvo quando esta informação possa afetar psicologicamente o paciente” (2000, p.75.)

Nesse momento, trata-se de uma mera alusão ao tema do dever de informar na responsabilidade civil médica, portanto temas como a autonomia do dever de informar, consentimento informado e fundamentação desse dever serão deixados para capítulos futuros.

Agora, quanto ao dever de atualização técnica e perícia, trata-se de dever implícito à atividade do profissional liberal, na medida em que o profissional não só deve estar legalmente habilitado em seu órgão de profissão, mas também estar apto a realizar o ato médico, implicando assim o aprimoramento continuado, adquirido através dos conhecimentos mais recentes de sua profissão, no que se refere às técnicas de exame e aos meios de tratamento, seja nas publicações especializadas, nos congressos, nos cursos de especialização ou nos estágios em centro hospitalares de referência (FRANÇA, 2012, p.288).

Nesse contexto, importante ressaltar a singularidade do erro médico, na medida em que o exame do cumprimento dos deveres de técnica e perícia, como também do dever de diligência, está no cerne da maior parte dos casos em que a violação caracteriza a culpa médica.

O erro médico caracteriza-se como a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente, denotando imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais, de forma a sopesar as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados (FRANÇA, 2012, p. 293).

Contudo, deve-se fazer uma distinção entre erro médico (culpa) e erro profissional, na medida em que o erro profissional ocorre quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; por outro lado, há imperícia quando a técnica é correta, mas a conduta médica é incorreta, estando o erro profissional ligado à falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana, de

forma que será escusável quando invencível à mediana cultura médica, tendo em vista circunstâncias do caso concreto (CAVALIERI FILHO, 2016, p. 459).

Ademais, deve-se ter em vista também a possibilidade de estar-se diante de resultado incontrolável, o qual seria aquele decorrente de uma situação grave e de curso inexorável, de forma que deva ser afastada a responsabilidade do profissional pelo resultado adverso (FRANÇA, 2012, p. 294).

Deve-se atentar aqui sobretudo à liberdade do médico em atuar de forma inovadora em busca de uma resposta à enfermidade do paciente, cabendo a sua responsabilização somente nas situações em que desvirtua sua atividade médica:

Ocorre que o chamado erro médico, como já afirmado, constitui um juízo de valor sobre a conduta profissional, promovendo uma comparação entre o procedimento adotado e aquele que, em tese, teria evitado o dano já conhecido. Em outras palavras, o juízo valorativo do erro não está propriamente interessado na maior ou menor diligência adotada pelo médico, não indaga se desejava ele ou não produzir o dano, não identifica se a legítima confiança do paciente na conduta do médico foi violada. A noção de erro avalia apenas se a conduta médica adotada diferiu de outra conduta que possivelmente não ocasionaria o dano. O médico absolutamente diligente, que, diante de dois tratamentos igualmente cabíveis (segundo o mais apurado conhecimento científico) para determinado quadro clínico, prescreve um deles e não consegue curar o enfermo, na acepção corrente do termo, errou tanto quanto aquele que prescrevesse um terceiro tratamento, totalmente inapropriado (MORAES, 2016. p.48

Em relação ao dever de vigilância e de cuidados, trata-se de dever básico do profissional médico na medida em que o paciente lhe confere poderes de gestão sobre seu corpo, devendo, portanto, agir com cuidado.

Nesse sentido o ato médico, quando avaliado na sua integridade e licitude, deve estar isento de qualquer tipo de omissão que venha a ser caracterizada por inércia, passividade ou descaso (FRANÇA, 2012, p. 289). Para elucidação Genival Veloso França, traz os seguintes exemplos de violação ao dever de cuidado e diligência:

É omissor do dever de vigilância o médico que não observa os reclamos de cada circunstância, concorrendo para a não realização do tratamento necessário, a troca de medicamento por letra indecifrável e o esquecimento de certos objetos em cirurgias. É omissor do dever de vigilância o profissional que permanece em salas de repouso limitando-se a prescrever sem ver o paciente, medicar por telefone sem depois confirmar o diagnóstico ou deixar de solicitar os exames necessários (2012, p. 289)

Por fim, o dever de abstenção de abusos, refere-se à infringência aos deveres básicos do paciente, aproveitando-se o médico de sua posição frente àquele. Nessa hipótese, quando da avaliação do dano produzido por um ato médico, deve ficar claro, entre outros, se o profissional agiu com a cautela devida e, portanto, descaracterizada de precipitação, inoportunismo ou insensatez (FRANÇA, 2012, p. 290).

Na linha do abuso de poder, ressalta-se sobretudo as experiências médicas, tratamentos arriscados ou de êxito duvidoso, cirurgias de prognóstico incerto ou desaconselháveis em face das condições físicas ou do estado do doente, ou que poderiam evitar-se mediante cuidados clínicos. Em princípio, o médico não pode obrigar o seu cliente a submeter-se a um dado tratamento, uma vez que cada um é senhor de seu corpo, cabendo ao interessado autorizá-la (CAIO MÁRIO, 2020, p. 232).

Estabelecidos, então, os deveres do profissional médico, fica patente as hipóteses de desvios de conduta e qualificadoras da conduta culposa ensejando a responsabilidade indenizatória, nos casos de imprudência, negligência e imperícia.

Contudo, o estudo da responsabilidade civil médica abrange, além do profissional da medicina, a responsabilidade das instituições hospitalares, clínicas e demais estabelecimentos destinados à prestação de serviços de assistência à saúde (MIRAGEM, 2021, p. 157).

Nesse sentido, importante distinguir a atuação médica dos hospitais e dos profissionais liberais, havendo dois âmbitos normativos quanto ao regime da culpabilidade da responsabilidade médica.

Por um lado, a responsabilidade do médico, enquanto profissional liberal, é subjetiva, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC, assim também no regime do Código Civil, pela incidência do seu art. 186, conforme explanado no tópico anterior.

Por outro lado, contudo, no caso de clínicas e hospitais particulares, considera-se que oferecem serviços no mercado de consumo mediante remuneração, seno assim fornecedoras de serviços, e sua responsabilidade, portanto, é independente de culpa, nos termos do art. 14, caput, do CDC:

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

O hospital, repisa-se, possui uma obrigação de resultado, estando comprometido com um fim específico da obrigação a ser cumprida, de forma que ao lesado, incumbe provar além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido (AGUIAR JÚNIOR, 2000, p. 7).

Contudo, a responsabilidade do hospital está limitada à prestação efetiva de serviço, não cabendo em casos pelos quais não possui gerência. Nesse tocante, é importante salientar que o STJ fixou o entendimento no REsp n. 1.145.728/MG (relator Ministro João Otávio de Noronha, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/6/2011, DJe de 8/9/2011) que a responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 E 335 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REDIMENSIONAMENTO DO VALOR FIXADO PARA PENSÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:

(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);

(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano;

(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata - subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i).

3. De fato, infirmar a decisão recorrida demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é defeso a este Tribunal, ante o óbice contido na Súmula 7 do STJ.

4. Inexiste violação ao art. 335 do CPC, uma vez que a solicitação de aplicação das regras de experiência, no caso vertente, veicula pedido juridicamente impossível, uma vez consubstanciar manifesta infringência à norma expressa do Ministério da Saúde - Portaria 96/94.

5. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes exigidos pelo RISTJ, à míngua de similaridade fática entre os julgados confrontados.

6. Ausência de violação do art. 334 do CPC, porquanto a confissão não vincula o Juízo, que, em razão do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), dar-lhe-á o peso que entender adequado.

7. A instância ordinária considerou adequado o valor de um salário mínimo "a partir da data em que esta completar 14 anos até superveniente e total convalescença", de modo que proceder à nova análise probatória para redimensionar a pensão, com vistas a formar novo juízo entre a capacidade de trabalho perdida e a repercussão econômica na vida da recorrida, ultrapassa os limites constitucionais do recurso especial, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ.

8. O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data da prolação da decisão em que arbitrado o seu valor, merecendo reforma o acórdão recorrido neste ponto.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, apenas para determinar a incidência da correção monetária a partir da fixação do valor da indenização.

Sucumbência mínima da recorrida, razão pela qual se preserva a condenação aos ônus sucumbenciais fixada pelo Tribunal.

(REsp n. 1.145.728/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/6/2011, DJe de 8/9/2011.)

Tratam-se de distinções importantes quanto às intersecções entre o regime de culpabilidade do hospital e o do profissional liberal médico.

Primeiramente, estipula-se uma limitação quanto à responsabilidade do hospital em relação aos serviços prestados em suas dependências, determinando a responsabilidade objetiva da empresa médica tão somente pelas obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar.

Segundo, temos uma hipótese de inimputabilidade ao hospital por fato de outrem, haja vista que não há como atribuir ao hospital a responsabilidade pelo dano decorrente de conduta médica, sem que tenha participação na relação jurídica ou fática entre paciente e profissional médico liberal.

Por fim, há a situação de prática de ato médico por profissional vinculado ao hospital, cabendo à vítima provar a culpa do profissional e da instituição hospital, em que pese haja a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Considera-se, neste último caso, como a responsabilidade contratual do hospital por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, na medida em que deixou de cumprir

com seu dever legal de gerir devidamente a equipe médica sob sua responsabilidade administrativa (FRANÇA, 2012, p. 326).

Por fim, no presente tópico sobre conduta médica culposa, deve-se elencar uma segunda hipótese de exceção ao regime de culpabilidade do médico como obrigação de meio

Em que pese a doutrina seja pacífica quanto à obrigação de meio do médico, no que toca à cirurgia estética, há grande polêmica sobre a atribuição de responsabilidade como obrigação de resultado ou não.

Segundo a jurisprudência consolidada do STJ, trata-se de obrigação de resultado, atraindo a presunção de responsabilidade do médico, que deve comprovar alguma excludente de sua responsabilização pelos danos causados ao paciente. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AFRONTA AOS ARTS. 3º, § 2º, E 4º DO CDC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSÃO DE PREQUESTIONAMENTO FICTO. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 1.022 DO NCP. CIRURGIA PLÁSTICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. EXCLUDENTES. AUSÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Decisão agravada reconsiderada, na medida em que o agravo em recurso especial impugnou os fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre, exarada na instância a quo.

2. Esta Corte de Justiça, ao interpretar o art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015, concluiu que "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 4/4/2017, DJe de 10/4/2017).

3. Consoante a jurisprudência desta Corte, "possuindo a cirurgia estética a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, cabe a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente" (AgRg no REsp 1.468.756/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJe de 24/5/2016).

4. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada e, em nova análise, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial. (AgInt no AREsp n. 1.988.403/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 24/2/2023.)

Isso decorre, segundo Sérgio Cavalieri Filho, pelo objeto da obrigação prestada, a qual tem como objetivo melhorar a aparência, corrigir alguma

imperfeição física – afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto, de forma que o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido (p. 470).

Contudo, aponta Genival Veloso que, pelas dificuldades intrínsecas a essa especialidade, com destaque nos serviços de urgência e emergência – exigir-se se nestas circunstâncias uma obrigação de resultado é, no mínimo, desconhecer os princípios mais elementares dessa especialidade cirúrgica (2012, p. 362).

Nesse ponto, a doutrina que, junto com Genival Veloso, discorda da obrigação de resultado no tocante à cirurgia estética traz um acervo verdadeiramente rico sobre a autonomia dos deveres anexos na relação médico paciente. Em apertada síntese, há uma exacerbação dos deveres anexos, sobretudo no dever de informar, conforme sintetiza Sérgio Domingos Pittelli:

Tentando sintetizar todo o arrazoadado acima, registramos que a obrigação, no que respeita aos aspectos médicos em sentido estrito, deve ser entendida como de meios e que sua responsabilidade deve ser analisada de modo particularmente severo no que respeita ao fornecimento de informações e quanto às expectativas geradas, cabendo-lhe, de forma exacerbada, o dever jurídico de informar com critério de boa-fé objetiva, destacando-se dos demais cirurgiões quanto a esse aspecto apenas (2002, p. 134).

Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto (2003, p. 168), assevera que o cirurgião plástico deve, primeiramente, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente, sopesar os riscos a enfrentar e os respectivos resultados esperados e, a partir disso, verificar a oportunidade da cirurgia, incumbindo-lhe, sobretudo, expor ao paciente todos os aspectos considerados nessa equação, a fim de obter seu consentimento esclarecido.

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. IMPLANTE DE PRÓTESE DE SILICONE. INEXISTENTE ERRO MÉDICO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade do médico é apurada mediante o exame da presença de culpa. O direito de informação do paciente deve ser observado. As circunstâncias pertinentes à cirurgia e ao resultado devem ser previamente transmitidas à pessoa a ser tratada. Hipótese em que o dever de informação foi observado. Termo de consentimento firmado pela autora. Na espécie, não foi constatado o erro médico na cirurgia realizada, que era estética. Prova pericial que atesta a correção no procedimento. A informação adequada foi transmitida previamente à paciente. Em face dos elementos concretos dos autos, que indicam a inexistência de erro médico, a obrigação de indenizar não deve ser atribuída ao réu. Apelação não provida. (Apelação Cível, Nº 50041554720158210010, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em: 23-02-2023)

Trata-se de perspectiva em concordância com a tese aqui esposada, porém busca-se no presente trabalho ir além, determinando a autonomia do dever informar não só nas circunstâncias particulares da cirurgia estética, mas de toda a atividade médica, fundamentado no diálogo das fontes entre os princípios da boa-fé objetiva, regime de protetivo ao consumidor esculpido no Código de Defesa do Consumidor, bem como pela autonomia da vontade do paciente e essencialidade do contrato médico.

2.2.2 Dano no âmbito da atividade médica

Requisito da existência de responsabilidade civil é a verificação de um dano ou prejuízo a ser ressarcido, assim o fato ilícito e culposo só determina responsabilidade caso venha a causar um dano a terceiro (BARRA, 2014, p. 24).

Conforme Fernando Noronha, o dano é o prejuízo sofrido por alguém, em consequência da violação de um seu direito, ou, dito de outra forma, em consequência de ato ou fato antijurídico imputável a outrem (1993, p. 7).

Indo além, Miguel Kfoury Neto assevera, para que tenha origem a responsabilidade médico-hospitalar deve existir um dano ao paciente, de qualquer tipo ou espécie: lesão a um direito (à vida, à integridade física, à saúde), lesão de um interesse legítimo, danos patrimoniais ou danos morais (2002, p. 61).

No tocante à atividade médica, o dano, a princípio, parece decorrer tão somente do erro médico, do qual se poderia gerar um dano moral e extrapatrimonial. Contudo a prática de um ato médico é susceptível de causar uma multiplicidade de danos de distinta natureza, quer patrimoniais, quer não patrimoniais. (BARRA, 2014, p.24

Não apenas isso, mas o dano na atividade médica pode decorrer também de atividade adjunta ao ato médico. Por exemplo, o ressarcimento por danos decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art.6, inc. VI, conjugado com o art. 37, ambos do Código de Defesa do Consumidor (MELLO, RODRIGUES e ALVIM, 2022, p. 67).

Ademais, elenca-se também a incidência das normas protetivas de dados, nomeadamente do O § 4º do art. 11 da LGPD³ veda o compartilhamento de dados

³ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas à prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir: *(i)* a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular e *(ii)* as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços relacionados à saúde. De forma que eventual descumprimento de dever quanto ao tratamento de dados também ensejará o dano ao paciente passível de ser ressarcido (p, 86).

Interessante novidade também fora trazida na Resolução CFM nº 2.336/2023, possibilitando a utilização de fotos antes e depois dos pacientes, o que abriria ensejo para uma possível indenização pelo uso da imagem, sem o consentimento do titular.

Agora, no tocante aos danos gerados dentro da atividade médica propriamente dita, Ruy Rosado Aguiar entende que a ofensa à pessoa pode trazer danos de variadas naturezas: *i)* provocando morte, doenças, incapacidades orgânicas ou funcionais; *ii)* gerando consequência de ordem psíquica, sexual ou social; *iii)* frustrando o projeto de vida da vítima (2000, p. 15).

Dentro do leque de danos patrimoniais, encontram-se os danos emergentes, que se traduzem nos danos que vieram a ser desencadeados pela prática de um determinado ato de terceiro (por exemplo as despesas resultantes dos tratamentos sucessivos a que o doente tenha de ser submetido e os fármacos que tenha de adquirir (BARRA, 2014, p.25).

Além dos danos emergentes, há também a figura dos lucros cessantes, que correspondem aos montantes que o lesado deixou de auferir devido à prática de um ato ilícito (por exemplo a hipótese de a deficiência originada afetar a capacidade laboral do doente e, por conseguinte, prejudicar o seu desempenho profissional (BARRA, 2014, p. 26).

No tocante aos danos morais, Kylie Michelle, citando G. Viney, traz três subcategorias possíveis de prejuízo a ensejarem dano extrapatrimonial: *i)* a diminuição da capacidade física desprovida de incidência econômica; *ii)* os sofrimentos suportados pela pessoa doente; e, por fim, *iii)* o dano de aferição, isto é,

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

o dano suportado pelos familiares com a morte ou o agravamento da doença do enfermo.

Por fim, deve-se questionar quanto à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no âmbito da atividade médica. Conforme leciona Sérgio Cavalieri Filho, a teoria da perda de uma chance começou a ser utilizada pela doutrina francesa – *perte d'une chance* – na década de sessenta do século passado para indicar os casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor (2016, p. 98).

Indo além, o doutrinador carioca assevera que a teoria da perda da chance determina a existência do dever de indenizar quando, em que pese a impossibilidade de comprovar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, estiver demonstrado que o réu deixou de empreender todas as diligências possíveis para minimizar a possibilidade de ocorrência do evento danoso.

No que toca à atividade médica, não só plenamente possível a aplicação da teoria da perda de uma chance, como também já acolhida pela jurisprudência do STJ. Em que pese discussões quanto à relativização do nexo causal, o STJ firmou o entendimento de que a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Nesse sentido a seguinte ementa:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE.

ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA. 1. Ação ajuizada em 14/11/2003. Recursos especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/2016.

Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral.

3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Precedentes.

4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal.

5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

6. Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica.

7. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido.

Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado.

(REsp n. 1.662.338/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe de 2/2/2018.)

Conforme o entendimento firmado pela Terceira Turma do STJ, concluiu-se que para a aplicação da referida teoria nas situações em que é discutida a ocorrência de erro médico, faz-se necessário observar: *(i)* uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; *(ii)* uma ação ou omissão do defensor que tenha nexos causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); *(iii)* o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético (REsp 1104665/RS, DJe 04/08/2009; REsp 1254141/PR, DJe dia 20/02/2023; REsp 1622538/MS, DJe 24/03/2017).

Em específico na seara da saúde, há recente julgado pelo STJ, fixando o entendimento de que “aplica-se a responsabilidade civil pela perda de uma chance no caso de atuação dos profissionais médicos que não observam orientação do Ministério da Saúde, retirando do paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar”.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATENDIMENTO MÉDICO EM HOSPITAL PÚBLICO. FATO 1: PARTO CESÁREA. INFECÇÃO. HISTERECTOMIA PUERPERAL (RETIRADA DO ÚTERO DA AUTORA) QUE DECORREU DE CIRCUNSTÂNCIA EXTERNA. MODIFICAÇÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO A QUO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. FATO 2: MORTE DA FILHA DO CASAL RECORRENTE. DIAGNÓSTICO DE PNEUMONIA BACTERIANA. AUSÊNCIA DE INTERNAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE ORIENTAÇÃO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO COMPROVADA.

1. Fato 1 - A instância recorrida, soberana no reexame dos elementos que instruem o caderno processual, concluiu pela inexistência de falha no atendimento médico prestado à parturiente autora.

2. Quanto a esse primeiro episódio, a alteração das premissas adotadas pela Corte de origem, no sentido de que a histerectomia puerperal (retirada do útero da recorrente) se deu por circunstâncias alheias ao serviço de saúde ofertado pelo ente público recorrido, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo

fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Fato 2 - Já com relação à segunda ocorrência versada na demanda (morte de uma paciente bebê com nove meses), o Distrito Federal não se desincumbiu do ônus de comprovar que o óbito da infante não teria decorrido da ausência de internação hospitalar no momento em que se detectou a pneumonia bacteriana, especialmente quando considerada a orientação emanada pelo Ministério da Saúde sobre a necessidade dessa internação para crianças portadoras de doença de base debilitante (displasia broncopulmonar), perfil no qual se encaixava a pequena filha dos recorrentes.

4. Convém ponderar que, com base na teoria da perda de uma chance, se a infante, diagnosticada com pneumonia bacteriana pela equipe médica do Distrito Federal, tivesse sido oportunamente internada na unidade hospitalar, sua morte poderia ter sido evitada, acaso providenciado o monitoramento médico de que necessitava em razão da sua grave condição de saúde.

5. Recurso especial parcialmente conhecido (apenas em relação à responsabilidade estatal pela morte da impúbere) e, nessa extensão, provido.

(REsp n. 1.985.977/DF, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/6/2024, DJe de 26/6/2024.)

Portanto, plenamente possível a aplicação da teoria da perda de uma chance, desde que ressalvadas certas situações em que não se verifique os pressupostos elencados acima.

2.2.3 Nexo de causalidade entre dano e conduta médica

O Nexo causal, como liame fático e lógico entre dano e conduta juridicamente qualificada, estabelece o limite da obrigação de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2016, p. 59).

Conforme mencionado em tópico anterior, das diversas teorias de aferição do nexo causal, adotou a doutrina brasileira a teoria da causalidade adequada. Assim, no âmbito médico, a definição da causa do evento deverá dar-se não pela qualidade do efeito, ou mesmo pela relevância que tiveram no caso concreto, como outros autores tentaram anteriormente, sem sucesso, caindo em contradições, mas sim pelo potencial em abstrato que possui, para dar origem ao evento danoso (CINTRA 2012, p. 146).

Numa primeira fase, deve ter-se em conta se o ato praticado foi uma condição *sine qua non* da produção do dano, tendo o julgador que fazer uma reconstrução do encadeamento dos acontecimentos que antecederam a consumação do estado final em que o doente se situa, e caso conclua que o enfermo não teria sofrido o dano, então o ato médico integra uma condição da sua verificação (BARRA, 2014, p. 27).

Nesse sentido, Genival Veloso traz parâmetros práticos para a aferição do nexo causal entre conduta médica e dano sofrido:

Assim, para se estabelecer o nexo de causalidade na avaliação do dano corporal é necessário que: a) a lesão seja produzida por determinado traumatismo, portanto, que seja real e apropriada àquelas circunstâncias; b) a lesão tenha efetivamente uma etiologia traumática; c) o local do traumatismo tenha relação com a sede da lesão; d) haja relação de temporalidade (um prazo legal e um prazo clínico), ou seja, exista uma coerência entre a idade da lesão e a ocorrência dos fatos; e) exista uma lógica anatomo-clínica de sinais e sintomas típicos; f) haja exclusão da preexistência de danos relativamente ao traumatismo; g) inexistam causas estranhas à ação traumática (2016, p.333)

Quanto à interrupção do nexo causal, Antonio Cintra elenca os seguintes pressupostos para sua verificação: 1) a existência de um nexo causal entre o primeiro fato e o dano que vem a ser interrompido; 2) que o segundo fato não seja consequência do primeiro; 3) que o segundo fato tenha força suficiente para causar o dano, independentemente dos efeitos do primeiro (2012, p. 157).

Outro elemento importante na aferição do nexo causal, é a concausalidade, conceituada como fator etiológico estranho à relação principal, inserindo-se na cadeia causal iniciada pela conduta médica e desenvolvendo até o resultado final (CINTRA, 2012, p. 158). Trata-se, então, de elemento que integra o processo para o resultado danoso, como uma condição preexistente, concomitante ou superveniente (FRANÇA, 2016, p.334). Para exemplificar esse elemento, Antonio Cintra traz um exemplo muito didático sobre concausas cumulativas:

Tome-se o caso de um indivíduo que nasce com um defeito congênito de válvula de uretra posterior (a uretra é obstruída) e o médico A, podendo fazer o diagnóstico e proceder ao tratamento, falha em seu dever. Em razão disso, o paciente evolui com insuficiência renal e é obrigado à realização de um transplante de rim que, por sua vez, o deixa imunossuprimido. Em nova cirurgia, agora realizada pelo médico B, este acaba culposamente lesionando a alça intestinal. O paciente que se encontrava imunossuprimido, evolui com grave infecção e vem a óbito. Percebe-se que tanto o médico A como o médico B, de forma culposa, causaram danos ao paciente, mas nenhum deles capaz de levar à morte. A soma de ambos os fatores, entretanto, acaba dando ensejo ao resultado mais gravoso (2012, p. 160).

No tocante à tese aqui esposada, sobre a autonomia do dever de informar na responsabilidade civil médica, o nexo de causalidade é destacado da atividade do médico sob o corpo do paciente. O que se quer trazer aqui é um nexo causal direto entre o rompimento da boa-fé objetiva consubstanciada no dever de informar, com o

gravame personalíssimo na autonomia do paciente, agravado pela essencialidade do contrato de prestação de serviços.

2.3 Das categorias de atos médicos

Até o dado momento, traçou-se os contornos gerais da responsabilidade civil médica, contudo em momento algum fez-se uma elucidação sobre o ato médico em espécie e suas categorias. Isso ocorre, porque ao se discutir responsabilidade civil médica somos muito mais juristas do que médicos. Interessados pela abstração, os doutrinadores tratam tão somente do erro médico na sua mais alta abstração e, quando muito, conseguem concretizá-lo num erro médico de uma cirurgia.

Decorrente dessa perspectiva, compreender a autonomia do dever informativo na responsabilidade civil médica é tarefa extremamente árdua para juízes e, inclusive, doutrinadores em geral.

Nesse sentido, é de extrema valia a classificação trazida por Marco Fridolin, o qual distingue o ato médico (contrato médico) em três obrigações principais, a saber, o diagnóstico, a prescrição e o tratamento (1999, p. 73).

Tratam-se das obrigações principais do ato médico em sentido geral, no sentido de que anexas a elas também encontraremos os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, especificamente ressalta-se os deveres informativos, os quais possuem relevância suficiente para que o seu inadimplemento enseje o inadimplemento da obrigação médica como um todo (p. 74).

Merece destacar que os deveres informativos, no âmbito médico, assumem tamanha importância que, em determinados momentos da prestação do serviço, eles próprios serão a obrigação principal, conforme se verá no presente tópico.

De toda forma, iniciemos um esboço geral sobre as obrigações contidas no ato médico. Primeiramente, temos o diagnóstico, o qual consiste na atividade do médico, na busca de informações aferidas do paciente como objeto de análise, para atestar sua normalidade ou anormalidade de seu estado de saúde (p. 78).

Aqui merece destacar uma inversão interessantes nas contraprestações, no sentido de que, apesar de a obrigação principal ser do profissional da saúde em realizar o diagnóstico, surge um dever informativo do paciente, entregando o máximo de informações ao médico para que se chegue ao adimplemento da obrigação (p. 79).

A partir disso, conseguimos ver o acentuamento da aléa médica, não só em relação ao seu conhecimento técnico para descobrir a enfermidade, mas também da disposição de informações trazidas pelo paciente.

Reforça-se aqui a responsabilidade subjetiva do médico, decorrente da inexatidão das ciências da saúde, o que é bem sopesado no dispositivo legal do art. 951 do Código Civil, abaixo reproduzido:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Após a elaboração do diagnóstico, teremos o início da segunda etapa, o tratamento, o qual consiste “no conjunto de atuações médicas destinadas à proteção da saúde do paciente, com a finalidade de cura da doença ou alívio de suas consequências” (SANTOS, 1999, p. 98).

O tratamento, portanto, pode consistir tanto num medicamento escolhido pelo médico, como também no próprio procedimento operatório. Aqui, cabe destacar, a importância dos deveres informativos dos médicos.

A prescrição, quando se tratar de medicamento ou conjunto de medidas farmacológicas, temos uma situação que a obrigação principal é o próprio dever informativo. Isso porque a prescrição será ciência do paciente aos meios curativos e descrição dos métodos, para ele alcançar o efeito satisfativo da prestação do serviço médico.

Além disso, mesmo que o tratamento possa consistir numa operação, conforme vimos anteriormente, o consentimento do paciente é que cria esse espaço de atuação profissional médico, de forma que só será legalmente válido quando estiver suplantado pelo cumprimento do dever informativo.

3. AUTONOMIA DO DEVER DE INFORMAR NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Traçados os contornos da responsabilidade civil médica e também da obrigação médica, no presente capítulo trataremos o desenvolvimento da tese sobre a autonomia do dever de informar na atividade médica.

Ao longo da exposição supra, alguns pontos da presente tese já foram delineados. Ainda que de forma superficial, ficou claro que busca-se aqui um diálogo entre as diversas fontes normativas incidentes sobre a atividade médica no âmbito da responsabilidade civil.

O presente diálogo tem como base, então, as seguintes fontes: *i)* Código Civil, especificamente o capítulo da responsabilidade civil e a criação de deveres anexos em decorrência da boa-fé objetiva; *ii)* o Código de Defesa do Consumidor, como microssistema protetivo do consumidor estendido ao paciente na relação médico-paciente, em vista do reconhecimento de sua vulnerabilidade; e *iii)* Código de Ética Médico como normativa especialíssima sobre a relação médica entre médico e paciente, além de questões atinentes à autonomia da vontade do paciente com fundamento no consentimento informado.

Não apenas isso, mas ressaltou-se que a importância dos deveres informativos decorrem da obrigação médica em si, e não apenas de suas prescrições legais e contratuais.

De toda forma, no capítulo que segue faremos uma fundamentação ética e legal do dever de informar, questionando posteriormente sobre o seu inadimplemento como ato autônomo para configurar o dever de indenizar.

3.1 Fundamentação ética do dever de informar nas relações médico-paciente

3.1.1 - Construção da autonomia.

Antes de tudo, devemos fazer um questionamento sobre o que é a autonomia, sobre o que é uma manifestação livre da intenção?

Para Kant, a liberdade é erigida a partir do momento que o homem está livre para seu auto-impor deveres, mais precisamente, a liberdade é a independência em relação ao mecanismo causal da natureza, expressando a possibilidade de o homem elevar-se acima das necessidades contingentes (REALE, ANTISERI, 2005, p.382).

Pode-se objetar que a maioria dos deveres da presença (estrutura ontológica da personalidade) não são assunções independentes, mas pré-decidas pelo mundo circundante dos outros, o impessoal (Es-Man) segundo Heidegger (2005, p.80). Ainda assim, o próprio filósofo alemão caracteriza o impessoal como “a fuga de si mesma da presença”, e vai além, indicando a angústia como o descortinar da

própria presença (p.247). É justamente nessa abertura da disposição da angústia que Sartre condena o homem à liberdade (1998, p.542).

A liberdade do homem, então, será a possibilidade de fazer-se (*se faire*), de criar um horizonte de sentido para cada ato individual, em resumo, a liberdade é consciência (intencional) de ser (YAZBEK, 2005, p. 142). Ou seja, liberdade é ser a sua própria pessoa.

Justamente pela proximidade entre os autores existencialistas e Tomás de Aquino, vale aqui trazer o seu conceito de personalidade, que reside substancialmente na palavra “*persona*”, isto é, na capacidade de raciocinar, possuir uma alma intelectual (EBERL, 2006, p. 5). Porém, além de um ser intelectual, o homem é um ser material, residindo sua essência nessa união entre matéria e inteligência (p. 7). Nesse sentido, a autonomia está justamente nessa união do homem entre alma material e racional, na forma de se fazer pessoa, mediante sua “*voluntas*” (p. 9).

Contudo, indo além de uma expressão do ego, a autonomia é também o elemento integrativo da sociedade, no sentido de que cada um deve preservar a autonomia do outro, disso decorrendo, no âmbito da teoria legal, o axioma de que em contraposição a um direito, sempre haverá um dever (FADEN, BEAUCHAMP, 1986, p. 24.). Portanto, a autonomia está na fundação da nossa sociedade.

Segundo Ruth R. Faden (FADEN, BEAUCHAMP, 1986, p. 26), dentro dessa perspectiva de autonomia e sociabilidade, elenca que a Teoria Ética Moderna encontra 3 princípios fundantes de nossa sociedade.

Primeiro, temos a justiça, num sentido de integração e cooperação de uma determinada sociedade. Depois, temos a beneficência, num sentido de busca pelo bom. E, por fim, temos o respeito à autonomia, significando a proibição de intervir na liberdade do outro ser a si mesmo.

Por óbvio, essa reverberação filosófica chegou à teorização da autonomia do paciente para manifestar a liberdade de intervenção do médico sobre seu corpo. Conforme lecionam Pellegrino e Thomasma:

The autonomy ‘model’ of clinical decision-making is firmly grounded in the dignity of human persons and the claim they have on each other to privacy, self-direction, the establishment of their own values and life- plans based on information and reasoning, and the freedom to act on the results of their cogitations. (1987, p 24.)

Portanto, findamos o presente tópico com a conclusão de que a autonomia está intrinsecamente ligada à capacidade de se auto-manifestar. Contudo, outro questionamento deve ser suscitado antes de adentrarmos na teoria do consentimento informado, a saber, como se deu a transição do respeito à autonomia para o consentimento.

3.1.2 - Da autonomia para o consentimento

Antes de iniciarmos, cabe aqui reprisar os dois conceitos de liberdade para Berlin. Por um lado, temos a liberdade negativa, consistente na capacidade de expulsar interferências externas à autonomia. Por outro lado, temos a liberdade positiva, no sentido de que somos mestres de nossas próprias escolhas (STEINBOCK, 2007, p. 85).

Assim, imbuídos desse pensamento, devemos questionar sobre essas duas faces na autonomia para consentir. Sabemos que a principal consequência do respeito à autonomia implica na capacidade de fazer decisões livres, sem interferências externas e na expectativa de que essa manifestação será aceita como válida para firmar relação com os outros (liberdade negativa).

Além disso, porém, o respeito à autonomia também implica que ninguém terá a liberdade de interferir em nossos corpos sem nosso consentimento, isto é, que somente nós poderemos manifestar o consentimento para agirem sobre o nosso corpo (MCLEAN, 2010, p. 40).

Segundo, André Lalande consentimento é “o ato de vontade pelo qual decidimos ou mesmo declaramos expressamente que não nos opomos a uma ação determinada cuja iniciativa é tomada por outrem” (LALANDE, 1999, p. 4).

Nessa perspectiva a autonomia para consentir transforma-se num direito subjetivo, o qual segundo Pucht, qualifica-se como possibilidade ou capacidade de a pessoa realizar a sua liberdade moral, quer dizer, se realizar como pessoa, através desse poder de decisão, que lhe é exclusivamente atribuído, sobre um objeto (LARENZ, 2002, p. 37).

Contudo, essa manifestação de vontade não é meramente um negócio jurídico. Dessa forma, para além dos requisitos de validade de um negócio jurídico, essa manifestação é ainda mais qualificada, exigindo pressupostos materiais de validade, segundo a teoria do consentimento informado (BERGSTEIN, 2012, p. 161).

Dentro da perspectiva da autonomia, o consentimento, então, é justamente a expressão máxima do princípio da autonomia, constituindo um direito do paciente e um dever do médico (BARBOZA, 2004, p.10).

Portanto, justamente pelo seu grau de essencialidade, essa manifestação de liberdade sobre o corpo, necessário muito mais do que uma simples manifestação, porém um consentimento juridicamente qualificado.

Nesse sentido, a doutrina do consentimento informado chega a quatro requisitos para a manifestação do consentimento, a saber, intencionalidade, compreensão, livre-intenção e autenticidade. Apesar de certas dúvidas quanto à inclusão ou não da autenticidade, optamos por seguir a linha de Ruth Faden que a inclui nos requisitos do consentimento informado.

Primeiramente, quanto à intencionalidade, o consentimento deve ser manifestado de forma reflexiva tanto sobre o ato em si, como sobre suas consequências (FADEN, BEAUCHAMP, 1986, p. 248).

Aqui, apreciando de forma mais próxima do Código Civil que nos interessa, devemos ressaltar a capacidade para manifestar essa intenção, devendo ser um sujeito capaz para tanto (BERGSTEIN, 2012, p. 163). Além da capacidade de fato, o sujeito deve ser plenamente capaz para aquiescer com o procedimento a ser realizado sobre seu corpo. (p. 164).

Segundo, quanto à compreensão, trata-se da capacidade de cognição do sujeito acerca das consequências finais dos atos, mas, não apenas isso, trata-se também da capacidade em si do agente sobre seus atos no geral (FADEN, BEAUCHAMP, 1986, p. 251).

Nesse sentido, deve-se novamente perquirir sobre aspectos subjetivos do emissor, isto é, sobre sua capacidade, como capacidade de direito, supõe aptidão para agir [que] supõe uma capacidade natural de querer e entender” e que, portanto, não devem estar providas de capacidade de exercício as pessoas que, por falta de experiência mediana, por anomalia mental ou defeito de caráter, não possam determinar com normal esclarecimento ou liberdade interior os seus interesses (BERGSTEIN, 2012, p, 166).

No âmbito da teoria do consentimento informado, Becky Cox White traz o conceito “*Competence to Consent*”, ressaltando o entendimento e a intencionalidade do ato de consentir para procedimentos médicos (WHITE, 1994, p.187).

Quanto ao requisito da livre intenção, trata-se da ausência de interferências alienígenas à própria vontade da pessoa. De valia aqui ressaltarmos os vícios do estado de perigo e coerção, conceituados respectivamente como estado “quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa” (art. 156 do Código Civil) e situação que “incute ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens” (art. 151 do Código Civil).

Entretanto, muito mais do que isso, a livre intenção também diz respeito à ausência de manipulação e persuasão num limite extraordinário que impeça o sujeito de consentir de forma autônoma (p. 258, Ruth Faden).

Ressalta-se, porém, que inviável um sujeito livre de qualquer tipo de forma de controle, pois a sociedade em geral estipula vários tipos de controle, inclusive pela cultura, o que se busca aqui é um standard mínimo de não-interferência externa (FADEN, BEAUCHAMP, 1986, p. 259).

Por fim, ainda que um ato seja intencional, que o sujeito tenha compreensão e que a intenção seja livre, podemos ter situações em que ainda assim é discutível a autonomia do consentimento, como em situações de doenças mentais ou distúrbios psicossomáticos. Situações em que não está afetada a capacidade de consentir, mas questiona-se sobre a autonomia do consentimento. (FADEN, BEAUCHAMP, 1986, p. 261). Exemplo dessa situação seria um jovem com distúrbios depressivos consentir em realizar um procedimento de eutanásia.

Assim, Ruth Faden traz um quarto requisito para a autonomia de consentir, a saber, a autenticidade do ato. Nesse sentido, a autenticidade diz respeito justamente ao fundamento do ato, no sentido de que o consentimento expresse os valores, motivos, e plano de vida do agente (FADEN, BEAUCHAMP, 1986 p.263).

Para Gerald Dworkin, a autenticidade é a condição de maior importância para a teoria da autonomia, pois a autenticidade precisa trazer a precisa invenção da autoria das motivações e princípios do sujeito (DWORKIN, 1988, p. 24).

Atingindo-se esses três requisitos, temos a transição da autonomia para o consentimento. Feita essas conclusões, devemos agora trazer o conceito de consentimento informado.

3.1.3 - Do conceito do consentimento informado

Estabelecer um conceito de consentimento informado é uma tarefa demasiadamente complexa. Porém, pelo que já expomos, podemos ver duas facetas do consentimento informado.

Por um lado, visto de uma perspectiva legal, o consentimento informado refere-se a um padrão legal prescrevendo condutas para médicos e outros profissionais da saúde em suas interações com o paciente, sob pena de responsabilização legal. Por outro lado, o consentimento informado, na perspectiva de bioética, refere-se a uma doutrina ética acerca da autodeterminação do paciente durante o tratamento médico. (BERG, APPELBAUM, LIDZ, PARKER, 2001, p. 3).

Contudo, visto de uma forma mais prática, o consentimento informado é entendido como processo de comunicação entre médico e paciente, o qual “representa uma atmosfera de abertura e honestidade, alimentada por um diálogo permanente entre médico e paciente, que começa a partir do primeiro encontro e perdura por toda a relação (PITHAN, 2009, p. 24).

Apesar dessa perspectiva mais prática, deve-se ter em vista que o objetivo precípua do consentimento é instrumentalizar a decisão autônoma do paciente demarcando a área na qual ele assumirá eventuais risco decorrentes do tratamento, de forma a exigir um relação substancial e real entre paciente e médico (BERGSTEIN, 2002, p. 208).

Lívia Hauger, traz a ideia de um “*consent process*”, ou “*informed consent process*”, contrariando a ideia de um evento único, estático e anterior a prestação da assistência médica, e consignando uma noção de uma série de eventos vinculados ao desenvolvimento e a uma evolução gradual da relação médico-paciente. (p. 24).

Consoante Alberto Ferreres “não se deve assemelhar o formulário do consentimento informado com o consentimento informado propriamente dito, já que se confunde o que deve ser um processo de troca, evolução e análise mútua de informação com a obtenção de uma assinatura de um documento (p.25).

Também esposa essa posição doutrinária, Julio César Galan Cortes, asseverando que os documentos e formulários devem ser específicos e individualizado, não sendo válidos documentos genéricos. Portanto, os formulários estandardizados ou padronizados não alcançam a função precípua de esclarecer

para consentir em decisão autônoma, segundo as necessidades de cada paciente (p.15). Nesse sentido, o Parecer CREMERJ n. 124/2003, aprovado em Sessão Plenária de 05/02/03 dispõe que:

Por mais que reconheçamos as vantagens que possam advir da assinatura do mesmo é nossa impressão de que é muito difícil para qualquer paciente dar uma "carta branca", uma autorização para qualquer procedimento que tenha de ser feito, pois cada ato médico tem naturalmente a sua adequada indicação, risco, vantagem e desvantagem na sua realização e é muito mais lógico que o paciente, diante de cada um, ao receber os devidos esclarecimentos do seu médico assistente, concorde com o mesmo ou, em sua impossibilidade de analisar/opinar, os seus responsáveis o façam salvo nas situações emergências. Além disto, por mais que queira um Diretor normatizar, cada médico tem seu ponto de vista, sua forma de relacionamento médico-paciente e sua responsabilidade na proposição dos procedimentos diagnósticos e terapêuticos, sempre em busca da conduta ideal. (CREMERJ, n. 124/2003)

Gilberto Bergstein, então, assevera que, da sua perspectiva legal, o consentimento informado só realmente alcançará seu valor de elemento jurídico-probatório, quando cumpre sua função bioética de respeito à autonomia do paciente (2012, p. 209). Tal disposição doutrinária também encontra respaldo na jurisprudência, elencando-se abaixo interessante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CIRURGIA PARA RESSECÇÃO DE TUMOR. SUS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA MÉDICA. SEQUELA DE LESÃO DO NERVO FIBULAR. INTERCORRÊNCIA PREVISTA NA LITERATURA. CULPA NÃO EVIDENCIADA. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO, TODAVIA, CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR. 1. A responsabilidade civil do hospital por atendimento prestado no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) é objetiva, consoante o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. A responsabilidade objetiva, contudo, não dispensa a prova do dano, do nexo de causalidade e da culpa do médico, preposto do nosocômio, a fim de possibilitar eventual condenação da entidade hospitalar. Precedentes(...). 3. Sem descuidar que a cirurgia realizada era a mais adequada - e necessária - para o tratamento da patologia que acometia a autora Luani, bem como de que a intercorrência havida durante o procedimento está dentre as previstas na literatura, em razão da localização do nervo fibular comum com a região do tumor, consoante se extrai do laudo pericial, não se verifica dos autos que os demandantes tenham recebido informações claras a respeito do procedimento cirúrgico (benefícios e riscos). Falha no dever de informação. Dever de indenizar configurado. 4. Dano moral reconhecido pelo Juízo a quo. Ausente insurgência recursal do hospital demandado. Quantum indenizatório mantido em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a autora Luani. Indenização decorrente da falha no dever de informação, e não da intercorrência havida no procedimento cirúrgico e conseqüente sequela ("pé equino"), inexistindo razão para considerar que o prejuízo sofrido por ela - à época menor de idade e sem condições de adequadamente entender as conseqüências do tratamento a que estava sendo submetida - em razão da falta de

esclarecimentos sobre a cirurgia tenha sido superior a de seus genitores. 5. Inexiste nexo de causalidade entre a falha no dever de informação e a limitação física da demandante Luani, que está diretamente relacionada à cirurgia. A prova técnica, a propósito, apontou que o procedimento realizado pela menor era o mais adequado para tratamento da patologia, e portanto necessário, não se podendo cogitar de sua não realização. Portanto, em que pese a seqüela física, o pedido de majoração da indenização por danos morais vai desacolhido, assim como o de dano estético, pelo mesmo fundamento. 6. Ônus sucumbenciais redistribuídos. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA MÉDICA RECONHECIDA, DE OFÍCIO. APELAÇÃO PREJUDICA. APELO DOS AUTORES E DO HOSPITAL DEMANDADO DESPROVIDOS. (Apelação Cível, Nº 50007988420148210013, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Julgado em: 28-03-2023)

O julgado acima nos interessa sobremaneira, na medida em que o dano moral indenizável decorreu tão somente na falha do dever informativo. Mas não apenas isso, deve-se declinar a informação também de que fora disponibilizado termo de consentimento pelo Hospital, porém fora reconhecido como um documento genérico, não estando apto para atestar o cumprimento dos deveres informativos, conforme Voto do Desa. Relatora Thais Coutinho:

[...] percebe-se, de igual forma, que os autores não foram suficientemente advertidos acerca do referido risco, porquanto ausente qualquer documento hábil para sua demonstração, existindo, no ponto, uma inobservância do dever de cuidado profissional, manifestando negligência aos deveres de informar, sendo esta a modalidade de culpa necessária à caracterização da Responsabilidade Civil Subjetiva que recai à primeira requerida. A propósito, foi nesse sentido a resposta da perita ao quesito nº 2 do segundo requerido, cujo teor colaciono a seguir:

“A instituição disponibilizou todas as condições para o procedimento. Contudo, não encontramos nos autos termo de ciência informando sobre possíveis intercorrências. O único documento próximo a isso que localizamos é o de fls. 85v ao rodapé (Termo de Responsabilidade)”

Quanto ao “Termo de Responsabilidade” de fl. 85v, mencionado pela perita judicial, urge tecer algumas considerações.

Vê-se que o documento de fl. 85v não foi digitalizado, quando da transformação dos autos de físicos para eletrônicos, embora as partes não tenham impugnado a digitalização. Não obstante, este juízo teve acesso aos autos físicos, que estão em cartório, e visualizei o teor do documento, bem como determinei nesta sentença a digitalização do mesmo, para eventual cotejo das partes acerca de seu conteúdo e eventual análise da instância superior.

Quanto ao teor do mencionado documentos, percebe-se que é genérico e não descreve ou alerta sobre qualquer modalidade de intercorrência que pudesse acometer Luani em razão dos efeitos normais da obrigação de meio que a ré Michele se propunha a realizar. Ademais, também se nota que, ainda que tal termo de responsabilidade tivesse maior condão informativo, fora assinado pela própria autora Luani que, à época dos fatos, se tratava de criança com apenas 08 (oito) anos de idade. Ou seja, tal

documento foi assinado por alguém absolutamente incapaz para a prática dos atos jurídicos da vida civil, não se tratando de ato socialmente típico, o que infirma por completo a validade de tal certificação.

É cediço que dentre os deveres de um médico há exatamente o de informar. Dessa maneira, o profissional deve explicitar ao paciente ou seu representante legal as vantagens e desvantagens inerentes às técnicas que serão empregadas, os riscos do procedimento cirúrgico e informações que se mostrarem necessárias e úteis no contexto fático que se amolde.[...]

Assim, em consonância aos argumentos anteriores, o centro da questão, no tocante ao consentimento informado, está na forma como a comunicação é estabelecida entre cliente e profissional médico, bem como as formas de adaptação entre a linguagem técnica do domínio médico com a necessidade de informações do paciente (BRANCO. 2000, p. 151.).

Portanto, o termo de consentimento deve ser a expressão documental de uma parte integrante do processo de consentimento informado. Assim sendo, trata-se do registro escrito, realizado usualmente no início da relação médico-paciente, do cumprimento dos deveres instrumentais informativos, pelos médicos, bem como o registro do compromisso assumido pelos pacientes em cumprir os deveres de cooperação que lhes incumbem para a busca da eficácia terapêutica (PITHAN, 2009, p. 32).

3.2 – Fundamentação Legal do Dever de Informar

Franz Wieacker aponta como transição feita pelo BGB⁴ a passagem da teoria da vontade da pandectística para o princípio da confiança, fundamentado na interpretação objetiva “segundo a boa-fé” (1997, p. 594).

O Código Civil de 2002 marcou o ponto de transição da autonomia patrimonial para a autonomia existencial, ou seja, os valores idealizados no liberalismo burguês beirando um individualismo possessivo foram suprassumidos pelo valor da pessoa humana (CASTRO, MORAES, 2014, p. 793). Isto não quer dizer que o patrimônio deixou de ser tutelado, mas sim deixou de ser um fim em si mesmo, para se tornar um meio para a pessoa alcançar seu sentido de vida (p.794).

Nesse sentido, ainda anteriormente ao Código Civil de 2002, Clóvis do Couto e Silva ressalta a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos,

⁴ O Bürgerliches Gesetzbuch (ou BGB) é o código civil da Alemanha. Em desenvolvimento desde 1881, tornou-se efetivo a 1º de janeiro de 1900 e foi considerado um projeto grandioso e inovador.

especificamente na atividade criadora dos magistrados romanos, valorizando os comportamentos ético das partes sob *iudice*, sobretudo nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do iudes se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico (p. 32).

Trata-se, então, a boa-fé de uma cláusula geral, isto é, gênero de norma aberta, que, a princípio, adstringe-se aos seguintes tipos: *i*) de tipo restritivo, af operando contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como nos casos da restrição à liberdade contratual; *ii*) de tipo regulativo, regulando todo um domínio de casos, como ocorre com a regulação da responsabilidade por culpa ou com o direcionamento da conduta contratual; e *iii*) de tipo extensivo, por forma a ampliar uma determinada regulação por meio da possibilidade, expressa no dispositivo, de chamar a atuação de princípios e regras dispersos em outros textos, como é o caso das disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal, que asseguram, aos seus destinatários, a tutela prevista em acordos e tratados internacionais e na legislação ordinária (MARTINS COSTA, 2012, p. 142).

Apesar das múltiplas significações da boa-fé, aqui exclui-se aquela conotação anímica que se reconhece à pessoa e que constitui fato relevante para o preenchimento do suporte fático de certas normas jurídicas, consistente na boa-fé subjetiva (MIRAGEM, 2021, p. 79).

Trataremos aqui da boa-fé objetiva, a qual é definida por Paula Forgioni da seguinte maneira:

Evitando as armadilhas da definição de noções jurídicas que dão ampla margem à interpretação, reconheçamos que, para o direito comercial, agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos “comerciantes cordatos”, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado [ou “em certo ambiente institucional” sempre de acordo com o direito (2023, p. 125).

A seu turno, Cláudia Lima Marques, discorrendo sobre o tema, define o instituto da boa-fé como sendo:

“..uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva,

cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes" ; 2002; p. 181/182).

A boa-fé objetiva, então, como *standard* de conduta, desempenha as seguintes funções no direito obrigacional: (a) como fonte autônoma de deveres jurídicos, sua função jurígena; (b) como limite ao exercício de direitos subjetivos, sua função limitativa; e (c) como critério de interpretação e integração dos negócios jurídicos, sua função hermenêutica (MIRAGEM, 2021, p. 82).

Especificamente como função jurígena, ressalta-se o aumento de dever, para além daqueles convencionados entre as partes, criando-se, inclusive, deveres para o credor, o qual tradicionalmente seria apenas titular de direito (COUTO E SILVA, 1998, p. 33).

Decorrente dessa função jurígena, temos o dever de informar, o qual surge relacionado com a colaboração e proteção do interesse tanto dos contratantes quanto de terceiros que possam estar relacionados com o negócio jurídico. No âmbito da prestação de serviços, então, temos o Código de Defesa do Consumidor que abre todo um espaço normativo diferenciado sobre os deveres informativos.

O art. 31 do CDC dispõe que a oferta de produto e serviço deve assegurar informações corretas, claras e precisas. Por isso, a apresentação de dados sobre procedimentos, produtos e serviços é dever de todo fornecedor e mais ainda daqueles que se mantêm na posição de prestadores de serviços públicos concedidos, os quais, na esteira do artigo 22 do código consumerista, devem ser adequados e eficientes.

Questiona-se, então, se o descumprimento desse dever anexo ensejaria o inadimplemento contratual, possibilitando o pleito indenizatório, diante da outra parte. A doutrina e jurisprudência aponta para a resposta que sim.

Nesse sentido, calcado em dispositivo do Código Civil, é o Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil do STJ: "Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".

O STJ também possui entendimento semelhante, conforme voto da Min. Nancy Andrighi, no REsp 595.631/SC :

(...) dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de recurso especial, nos casos em que o quantum determinado revela-se irrisório ou exagerado (REsp 595.631/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004).

Concluído, portanto, que o descumprimento do dever de informar, positivado pela boa-fé objetiva que rege as relações contratuais entre as partes, gera *per si* um inadimplemento e, por conseguinte a possibilidade de um pleito indenizatório.

3.3 Fundamentação da Autonomia do Dever de Informar na atividade Médica

Justamente por se tratar de uma obrigação de meio, as regras deontológicas influem sobremaneira na prestação da obrigação médica. Ressalta-se que, decorrente do princípio da autonomia da vontade, possibilita-se a ordenação por parte dos Conselhos Profissionais (SANTOS, 2014, p. 270).

Marco Fridolin fundamenta a aplicação das regras deontológica emitidas pelos Conselhos Profissional, trazendo um embate entre o princípio da desconcentração das Agências regulatórias e o princípio da subsidiariedade, mas não visto de sua vertical, mas horizontal, como limite de ordenação da fonte do direito:

Nel diritto brasiliano, la decentrazione della competenza legislativa a favore delle Agenzie regolatrici è una realtà, come si può dedurre nella Costituzione brasilian all' art. 21, XI, per i servizi di telecomunicazione e all' art. 177, § 2, per la regolazione del monopoli statale del petrolio. A Livello infracostituzionale sono stae create diverse Agenzie regolatrici, dove si ammette la loro competenza regolamentare. Si parla di decentrazione, di regolamentazione autonoma dell'amministrazione, però, non di fonti del diritto create dai privati, basate sulle consuetudini; si parla di principio di sussidiarietà, ma non della disitinzione tra i principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale e della loro applicazione come regola ordinatrice della fonti del diritto (Norme deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento brasiliano (2014, p. 16).

No caso em espécie, vimos, no tópico anterior, que a fundamentação do consentimento informado está calcada em raízes filosóficas e éticas, de forma que sua afloração no Código de Ética Médico deve ser visto, para além de uma norma regulatória da profissão médica, mas também como um pressuposto da dignidade humana do paciente.

Nesse sentido, deve-se asseverar que o Código de Ética Médico traz uma vedação expressa a prática de conduta médica sem o consentimento do paciente (relembrando seu conceito como consentimento informado):

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte

Trata-se de situação em que necessita-se de uma espécie de aceite devidamente fundamentado para o início do tratamento médico. semelhante ao que Couto e Silva expressa este como deveres de esclarecer ao outro participante da relação jurídica, para explicitar determinada circunstancia de que o *alter* tem conhecimento imperfeito ou errôneo. Constitui-se em resultado do pensamento cognitivo, uma declaração de conhecimento e não volitivo, tendo, então, caráter constitutivo (1998, p. 176).

Contudo, visto na relação médica, o paciente possui uma situação de vulnerabilidade, fático e jurídico, de modo para alcançar um consentimento livre e esclarecido, carece da informação clara, suficiente e leal do médico, de modo que os deveres de informação são mais intensos perante parceiros considerados frágeis (CORDEIRO, 1984., p. 584).

O dever de informação é moldado, portanto, pelo correlato direito que possui o paciente, ou seu representante legal, de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, cuja guarida está no Código de Ética Médica (Resolução do CFM n. 1.931, de 17.9.2009), art. 31, Da Relação com pacientes e familiares. Confira-se, na íntegra, o que diz o normativo:

É vedado ao médico

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

É certo, ademais, que o dever de informação encontra balizas no estado de saúde do paciente e na preservação de seu equilíbrio psíquico, sendo, nesses termos, sempre ponderada a utilidade de ser repassada a informação sobre o diagnóstico e os riscos do tratamento ao próprio doente, quando a comunicação puder provocar-lhe dano. Isso é o que prevê, também, o Código de Ética Médica, em seu art. 34.

É vedado ao médico

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

Esse dever de informar trata-se de uma obrigação ampla, abrangendo os deveres de alerta e aconselhamento, na fase pré-contratual e pós contratual, segundo Claudia Lima Marques:

Trata-se de um dever de informar clara e suficientemente os leigos-consumidores (*hinreichende Aufklärung*), pessoalmente (in einem persönlichen Gespräch) sobre os riscos típicos (typische Gefahren) e aspectos principais (wesentliche Umstände) do serviço médico naquele caso específico. Um dever diretamente oriundo das exigências de boa-fé (Pflicht aus Treu und Glauben) na conduta do expert em relação ao leigo durante todo o desenvolver da relação jurídica de confiança (Vertrauensverhältnis), atingindo, na fase prévia, graus de dever de alerta (Warnpflicht) e de aconselhamento/dever de conselho (Beratungspflicht) visando alcançar o consentimento informado, válido e eficaz do paciente (wirksame Einwilligung des Patienten), geralmente conhecido pela expressão norte-americana informed consent (2004, p. 12)

Completando esse raciocínio, Bruno Miragem assevera que a falha na prestação das informações necessárias ao paciente (ou por não terem sido prestadas ou por terem sido incompletas) é considerada fonte de responsabilidade civil per se, independentemente de qualquer dano sofrido pelo paciente, em razão da eficácia que se reconhece à boa-fé objetiva como fonte autônoma de deveres jurídicos (MIRAGEM, 2021, p. 587).

Repisa-se aqui que os deveres informativos, no âmbito médico, assumem tamanha importância que, em determinados momentos da prestação do serviço, eles próprios serão a obrigação principal, conforme se verá no presente tópico A prescrição, quando se tratar de medicamento ou conjunto de medidas farmacológicas, temos uma situação que a obrigação principal é o próprio dever informativo.

Isso porque a prescrição será ciência do paciente aos meios curativos e descrição dos métodos, para ele alcançar o efeito satisfativo da prestação do serviço médico. Além disso, mesmo que o tratamento possa consistir numa operação, conforme vimos anteriormente, o consentimento do paciente é que cria esse espaço

de atuação profissional médico, de forma que só será legalmente válido quando estiver suplantado pelo cumprimento do dever informativo.

Mas não apenas isso, o descumprimento desse dever, conforme trouxemos anteriormente, trata-se de situação em que teríamos uma invasão não consentida ao corpo, à integridade psicofísica do paciente. Trata-se, portanto, de um dano à dignidade humana do próprio paciente. Sobre o ponto, a doutrina de Miguel Kfoury Neto:

Indeniza-se o dano moral gerado por privar-se o paciente de sua capacidade de autodeterminação – e não pela lesão causada pela cirurgia [...]. A soma indenizatória não seria fixada pela totalidade do dano, isoladamente considerado, como no caso de a lesão ter sido provocada por falha técnica ou deficiente atuação médico-cirúrgica, mas, sim, diante da probabilidade de o paciente, caso tivesse sido convenientemente informado, não se submeter ao tratamento. (2009, p.5).

Nessa linha, para a professora Judith Martins-Costa, o dano gerado pelo descumprimento dos deveres informativos no momento prévio do serviço médico, viria a gerar uma espécie do gênero responsabilidade extracontratual, que é a responsabilidade pré-negocial, caracterizada pelo momento da produção do dano e pela especialidade do dever violado (infração danosa e imputável a deveres de proteção pré-negociais). Haveria, aqui, uma especificação do dever geral de a ninguém lesar por conta da incidência da boa-fé, que implica o dever de evitar danos àquele com quem se pretende contratar (2008, p.26).

Na linha da discussão acima esposada, traz-se um julgado paradigma do STJ, o Recurso Especial nº 1.540.580/DF, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 4/9/2018. Ementado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO.

1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação.

3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.

4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado.

6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.

7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes.

9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º).

10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação.

(REsp n. 1.540.580/DF, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 4/9/2018.)

No caso em apreço, tem-se uma situação muito interessante. Tratou-se de um caso de erro médico, no qual constatou-se na perícia que o profissional de saúde não cometera nenhum erro técnico. Contudo, o pleito dos Autores, para além da obrigação principal, também discutia o cumprimento dos deveres informativos, consubstanciado no consentimento informado.

O Ministro Relator Lázaro Guimarães teria negado provimento ao Recurso Especial por incidir na súmula 7 do STJ. Contudo, demonstrando um arrojo inovador, o Ministro Luis Felipe Salomão votou contra e derrubou o relator sendo acolhido pelo

restante da turma, de forma a fazer um voto extenso e minucioso sobre os deveres informativos na prestação de serviço médico.

Conforme ressalta o Ministro Luis Felipe Salomão:

Com efeito, a doutrina que já se debruçou sobre essa questão conclui que é do médico o ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de esclarecer e obter o consentimento informado do paciente. Assim, qualquer dúvida remanescente a partir dos elementos probatórios juntados aos autos resolve-se em favor do paciente, entendendo-se que o médico não lhe deu as informações necessárias. (FACCHINI, Eugênio; GEMELLI, Luciana. Op. Cit., p. 67-68). Na mesma direção, a lição de Cavalieri Filho, segundo o qual o consentimento informado consiste no único meio de afastar a “responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou hospital”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. p. 400) André Gonçalo Dias Pereira acrescenta que esse é o entendimento em vigor na Europa, a partir da pré-compreensão de que a ação do médico só é lícita se fizer prova de que a intervenção tinha na sua base um consentimento justificante. Assim sendo, terá o médico a suportar o ônus da prova. Por força deste e de outros argumentos, no direito comparado, a orientação absolutamente dominante, nos dias de hoje, é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas; por outro lado, apela-se ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos. (Op. cit., p. 191).

Trata-se de decisão ímpar, demonstrando a autonomia dos deveres informativos, e sua consubstanciação no consentimento informado, de acordo com a tese aqui esposada.

4. CONCLUSÕES

No presente trabalho trouxemos a tese da autonomia do dever de informar na responsabilidade civil médica. Para tanto, fizemos considerações históricas sobre a atividade médica no tempo e a evolução do relacionamento entre médico e paciente, concluindo que o paciente, na ideia contemporânea de medicina, é o centro da atividade médica, o ato médico só estará realmente apto a ser realizada com a confirmação da autonomia de escolha do paciente. Por essa razão, a informação eficaz dada ao paciente deve funcionar como validadora do seu consentimento, autorizando, assim, um espaço de competência para a atividade médica.

Após essas considerações, traçamos os contornos gerais sobre os pressupostos da responsabilidade civil médica em sentido lato. Discorreremos sobre a diferenciação dos regimes de culpabilidade entre hospitais e profissionais liberais,

bem como, além de concatenarmos as teses sobre o nexos de causalidade entre o ato médico e o dano, trouxemos considerações sobre os tipos de danos na atividade médica.

Ademais, trouxemos uma distinção inovadora trazida por Marco Fridolin, distinguindo a obrigação médica em três atividades principais, a saber, diagnóstico, prescrição e tratamento, ressaltando a função dos deveres informativos no adimplemento dessas obrigações.

Feitas essas exposições, passamos ao último grande capítulo, em que discorreremos sobre a autonomia do dever de informar propriamente dita. Primeiramente, trouxemos uma fundamentação ética do dever de informar, pautada na teoria do consentimento informado. Trouxemos as duas perspectivas do consentimento informado, legal e ética, e concluímos que o consentimento informado só cumpriria sua informação legal quando estive fundamentado em sua perspectiva ética.

Num segundo tópico, fizemos uma fundamentação do dever de informar na cláusula aberta do princípio da boa-fé objetiva, concluindo que o descumprimento do dever de informar, positivado pela boa-fé objetiva que rege as relações contratuais entre as partes, gera *per se* um inadimplemento e, por conseguinte a possibilidade de um pleito indenizatório.

Finalmente, corroborando para toda a tese esposada na presente monografia, fundamentamos a tese da autonomia do dever de informar na responsabilidade civil médica, trazendo um diálogo entre normas deontológicas e o princípio da boa-fé objetiva, vislumbrados no julgamento do REsp n. 1.540.580/DF.

5. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, There; MELLO, Cecilia; COLNAGO, Daniel Rodrigues (coord). Direito médico: aspectos materiais, éticos e processuais 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ. Revista portuguesa de direito da saúde*. nº 2, Coimbra, 2004, p.10.

BERGSTEIN, Gilberto. Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e a sua prova. 2012. 271 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.*

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 2016.

BRASIL. STJ. REsp n. 1.540.580/DF, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 4/9/2018.

BRASIL. STJ . REsp 595.631/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004.

BRASIL. STJ - REsp: 1662338 SP 2015/0307558-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/12/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2018.

BRASIL. STJ. REsp n. 1.145.728/MG (relator Ministro João Otávio de Noronha, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/6/2011, DJe de 8/9/2011).

BRASIL, CDC - Direito do consumidor, legislação, Brasil. Proteção e defesa do consumidor, Brasil. 3. Relação de consumo, Brasil. 4. Brasil. [Código de proteção e defesa do consumidor (1990)].

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 401/405.

CFM. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019.

COSTA, Judith Martins. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. Ano 15, Outubro 1991. V. 93. p. 48.

COSTA, Judith Martins *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. RT, Ano 97, v. 867, jan. 2008, p.11-51.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984, 2 v., p. 584.

CINTRA. Antonio Carlos Fontes. Imputação do erro médico, ponderações dos riscos e provas por inferências. 2012. 429 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2012.

FADEN, Ruth R. e BEAUCHAMP, Tom L. A history and theory of informed consent. Ney York: Oxford, 1986.

FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FREITAS e SOUSA, Leila Cristiani Correia. Responsabilidade civil por erro médico. 2016. 130 f. Tese (Mestrado em Direito - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2016.

FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação. 8ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. v. 4. Responsabilidade Civil – 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

KUHN, Maria Leonor de Souza. Responsabilidade civil: a natureza jurídica da relação médico-paciente. 1ª ed. Barueri: Manole, 2002.

LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da filosofia. 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. Revista dos Tribunais, vol. 827/2004, p. 11 – 48, Set, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Revista Direito, Estado e Sociedade, [S. l.], n. 29, 2014. DOI: 10.17808/des.29.295. Disponível em:

<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295>. Acesso em: 6 jul. 2024.

MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. Revista de Direito Civil, RDCiv 64/1993, abr.-jun. 1993.

NETO, Miguel Kfourri. Responsabilidade civil do médico, São Paulo: RT, 199.

PELLEGRINO, E. D., Thomasma, D. C., 'The Conflict Between Autonomy and Beneficence in Medical Ethics: Proposal for a Resolution', Journal of Contemporary Health Law and Policy, 3(23), 1987.

PÍTAN, Livia Hayger. O consentimento informado na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela bioética. 2009. 213 f. Tese (Mestrado o em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível, nº 50007988420148210013, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Julgado em: 28-03-2023.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. Acidente de Consumo entre a seguridade social e responsabilidade civil. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2015.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. O uso de regras deontológicas como fonte de direito e o princípio de subsidiariedade horizontal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 948, p. 165-190, out. 2014. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/106600/RTDoc%20%2016-8-22%204_17%20%28PM%29.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2016.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. A Aids sob a perspectiva da responsabilidade civil. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea, Imprensa: Rio de Janeiro, Padma, v. 1, n. 2, p. 41-75, abr./jun., 2000.

WHITE, Becky Cox. Competence to consent. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1994, p.187.

ZIMMERMAN, Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian tradition. London: Clarendon Press, 1998.