

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

FILIFE EDUARDO SMOLINSKI GOUVEIA

INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Porto Alegre

2015

FILIFE EDUARDO SMOLINSKI GOUVEIA

INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Porto Alegre

2015

FILIFE EDUARDO SMOLINSKI GOUVEIA

INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 17 de dezembro de 2015

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem,
Orientador

Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso

Prof. Dr. Marco Antonio Karam-Silveira

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida.

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelo ensino de qualidade.

Agradeço aos meus pais, Paulo e Denise, pelo amor e apoio financeiro que possibilitaram minha educação e de minha irmã, Ana Júlia.

À minha namorada e amiga Camila. Não só pelo companheirismo e compreensão durante a elaboração do trabalho, mas por seu carinho que a torna essa pessoa única em minha vida.

Ao professor Bruno Miragem, respeitável jurista e doutrinador, responsável por toda orientação em minha pesquisa.

Aos colegas da graduação Bruno Menegat, Daniel Engelmann, Marina Lopes, Elisa Corrêa, Carlos Eduardo Edinger e Cassiano Bueno pelas críticas e indicações que me auxiliaram com o presente trabalho.

Por fim, a todos que de alguma forma contribuíram com a concretização do estudo apresentado.

*“ A liberdade tem mil encantos a mostrar,
Que os escravos, por maios satisfeitos, nunca hão de provar.”*

Amartya Sen

RESUMO

A presente investigação versará sobre a incidência da boa-fé objetiva na relação médico-paciente. O estudo tem por objetivo identificar as formas de concretização deste princípio no vínculo jurídico estabelecido entre as partes, caracterizando os comportamentos a serem observados no decorrer do processo obrigacional. Também se procederá à análise das formas de descumprimento da boa-fé, relacionando-a com os deveres a serem observados pelo médico, tendo por consequência a responsabilização profissional. Ainda se estabelecerá a influência da boa-fé objetiva nas obrigações médicas, realizando-se, para isso, uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial a respeito deste instituto jurídico no direito privado, assim como da responsabilidade civil médica, analisando os casos que essas se entrelaçam.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Boa-Fé Objetiva. Deveres Obrigacionais Médico-Paciente.

ABSTRACT

The present investigation will focus on the incidence of objective good faith in the medical-patient obligational duties. The study aims to identify ways to implement this principle in the legal bond between the parties, characterizing the behavior to be observed during the obligatory process. Also will examine the forms of breach of good faith, relating it to the duties to be observed by the professional of medicine, and its responsibility. Still will be established the influence of objective good faith in medical obligations, taking place for this, a doctrinal and jurisprudential research on this legal institute in private law as well as the medical liability, analyzing the cases related to this research.

Key-words: Legal Liability. Objective Good Faith. Medical-Patient Obligational Duties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ASPECTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE	11
1.2. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL.....	15
1.3. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	18
2. BOA-FÉ NA RELAÇÃO MÉDICA	25
2.1. DEVERES DO MÉDICO.....	25
2.1.1 Dever de Informação e Esclarecimento.....	25
2.1.2 Dever de Técnica e Perícia.....	32
2.1.3 Dever de Cuidado, Diligência e Prudência.....	35
2.2. DEVERES DO PACIENTE.....	38
3. A VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE BOA-FÉ E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	40
3.1. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	40
3.2. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO.....	45
3.3 A BOA-FÉ E A VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO E ESCLARECIMENTO.....	56
3.4. A BOA-FÉ E A VIOLAÇÃO DO DEVER DE TÉCNICA E PERÍCIA	62
3.5. A BOA-FÉ E A VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO, DILIGÊNCIA E PRUDÊNCIA.....	62
CONCLUSÕES	70
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

Por muito tempo, o médico foi tido como profissional onisciente, não sendo, portanto, alvo de discussão sua conduta. Desta forma, as controvérsias relacionadas à responsabilidade médica decorrentes de erros ocorriam raramente. Com a massificação das relações sociais, ocorreu também um distanciamento de ambas as partes, não estando mais apenas adstrita à confiança do paciente e a consciência da atuação do médico. Sob uma ótica de uma sociedade de consumo, os sujeitos desse vínculo jurídico passaram a ser concebidos como usuário e prestador de serviços.¹

Essa relação, considerando Nas profundas alterações pelas quais passou, como visto acima, tem se apresentado de forma mais conflituosa. Tendo em vista a despersonalização da relação médico-paciente, consequente da socialização da medicina e de seus níveis de especialização, se representa por um aumento no volume de demandas de responsabilidade médica em países como Japão, Inglaterra, Alemanha, Bélgica, África do Sul e Canadá² e, particularmente, no Brasil.³

Cabe, então, ao profissional da saúde, seguir um conjunto de deveres a serem observados no exercício da profissão. Em caso de descumprimento desses, tendo em conta o ordenamento jurídico que se formou recentemente sobre o tema, cabe a responsabilização do médico em virtude do dano ao causado ao paciente.

Com a consagração da boa-fé objetiva no Direito brasileiro, o adimplemento de contratos tem um novo matiz, cabendo às partes a observação desse princípio para bom cumprimento dos contratos.

Considerando a atual visão da relação médico-paciente, regrada não apenas pelo Código de Ética Médica, mas também pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé projeta-se para as bases desse vínculo.

¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, v. 84, n. 718. São Paulo: RT, ago. 1995, p. 33-53.

² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p 20.

³ BRASIL. ZERO HORA. **Processos por Erro Médico crescem 140% no STJ: Levantamento mostra que, em 2010, foram 260 ações encaminhadas à corte sobre o tema, e, no ano passado, foram 626**, Porto Alegre, 22 de março de 2015, disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/03/processos-por-erro-medico-crescem-140-no-stj-4723823.html>, acesso em 19 de outubro de 2015.

No entanto, é dificultosa a determinação precisa do conteúdo boa-fé nas relações médico-paciente. Dessa forma, impõe-se o estudo de sua exata compreensão, a fim que se as partes tenham os instrumentos necessários para o adimplemento da obrigação.

Nesse sentido, reside a problemática a ser apresentada no presente estudo, tendo como objetivo geral identificar de que forma que incide a boa-fé objetiva nas relações médico-paciente, com finalidade de prescrever a conduta a ser observada pelas partes no cumprimento da obrigação. O objetivo específico da investigação é analisar de que forma o descumprimento da boa-fé objetiva se relaciona com os deveres na referida relação.

Para isso, o presente trabalho foi dividido da em três partes. No primeiro capítulo, serão analisados os aspectos legislativos na relação médico-paciente, com a aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor e a boa-fé como princípio orientador de condutas nos dois diplomas. No segundo, será feita a descrição do conjunto de deveres do médico perante o paciente, assim como os que o paciente deverá se atender no cumprimento da obrigação. No último capítulo, será descrito o caráter da obrigação médica, assim como descumprimento dos deveres relacionados à responsabilidade civil sob a luz da boa-fé objetiva.

Foi realizada uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, em tribunais nacionais e estrangeiros, a fim que se possa estabelecer de que forma o princípio é veiculada nas obrigações das partes, assim como quais deveres são oriundos deste princípio.

1. ASPECTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE

Atualmente, o estudo da responsabilidade médica abrange o profissional da medicina, assim como as instituições hospitalares, pública e privada, clínicas e estabelecimentos destinados aos serviços de assistência à saúde,⁴ sendo a configuração jurídica dessa responsabilização alvo de divergências doutrinárias.

Um dos objetos de discussões é se a responsabilidade do médico incidiria no campo contratual ou extracontratual, também chamada aquiliana.⁵

A forma contratual é derivada do livre estabelecimento do paciente e do profissional, em regra de forma tácita, e compreende sua relação na esfera privada.⁶

Por sua vez, na obrigação extracontratual, sua ocorrência dispensa a existência de um contrato previamente celebrado e decorre de um ato ilícito, violador das regras de convivência social, e causador de um dano injusto.⁷ Os hospitais e demais instituições de saúde pública submetem-se, aliás, ao regime da responsabilidade objetiva extracontratual do Estado, disposta no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal de 1988 assim como às normas do Código Civil, na determinação da indenização.⁸ A referida norma constitucional assim dispõe:

Art. 37, § 6.º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nessa seara, deve-se entender a saúde como um direito fundamental estabelecido pela Constituição Federal, sendo seu acesso universal e de forma igualitária, dispensando a contraprestação financeira direta da população. Como expressa Miragem, são serviços *uti universi*, ou seja, prestados a título universal.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Responsabilidade medica em Portugal**. Revista Forense. Rio de Janeiro, 1985. v. 289, p.53-76.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 203.

⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, v. 718. São Paulo, RT, 1995, p. 33-53;

⁷ *Idem*.

⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

Portanto, não se estabelece uma relação de consumo, afastando dessa forma a aplicação Código de Defesa do Consumidor.⁹

Outro exemplo da responsabilidade extracontratual seria uma pessoa que é submetida, independentemente de sua vontade, aos cuidados da assistência de um profissional. Neste caso, não existindo o contrato, se forma a relação extracontratual.¹⁰

No entanto, 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.¹¹ Dessa forma, o fundamento único da responsabilidade civil residira no contato social.¹²

Adriana Kuhn traz o conceito aplicado por Couto e Silva em que trata o *contrato de uma forma voluntária, qualificada, de contato social, decorrente do fato de se viver em sociedade*. Dessa forma, as relações não se apresentam de uma única forma. O contato social pode se concretizar de diversas formas, refletindo a diversidade de deveres a serem cumpridos. Nesse contexto, o referido autor apresenta deveres anexos à realização do contrato decorrentes do princípio da boa-fé.¹³

A boa-fé na função de criar deveres anexos observa-se sua presença em todas as fases do desdobramento da relação entre as partes, independente de qualquer contrato, bastando o contato social, nas tratativas ou na sua celebração, durante a fase de execução, na extinção, assim como após cumpridas as prestações principais de ambas as partes. Na fase das tratativas, a boa-fé fundamenta a responsabilidade pré-contratual, visto que podem surgir vinculações derivadas de um simples “contato social”, dirigida à celebração de um futuro negócio jurídico.¹⁴

⁹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. *Revista dos Tribunais*, v. 84, n. 718. São Paulo: RT, ago. 1995, p. 33-53.

¹² KUHN, Adriana Menezes Simão. **Os limites do dever de informar do médico e o nexos causal na responsabilidade civil na jurisprudência brasileira**. 2009, Dissertação (Mestrado em Direito) Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 196.

¹³ *Idem*.

¹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Comentários ao novo Código Civil**: v.6, t.2 (arts. 472 a 480). Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 93

Miragem, nesse sentido, afirma que é difícil distinção da responsabilidade contratual e extracontratual, tendo em vista a aplicação destas obrigações. A incidência do princípio da boa-fé na relação contratual do médico com o paciente faz que o profissional observe uma série de deveres não previstos no contrato.¹⁵

Diante dessa perspectiva, é necessária a distinção da forma subjetiva da boa-fé de sua forma objetiva.

A boa-fé subjetiva é um fato intelectual, enquanto a boa-fé objetiva é um critério normatizador de condutas. Contudo, ambas possuem a lealdade como elemento do mesmo núcleo. Como menciona Ruy Rosado de Aguiar, *são a mesma moeda, embora em lados distintos*.¹⁶

Ademais, a expressão subjetiva deste conceito é, ainda nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar:

[...] Aquela que é “um dado interno, que está na consciência do sujeito, que o leva acreditar (crença) na legitimidade de sua conduta. Pode se definir como uma atitude psicológica, uma decisão de vontade, denotando convencimento individual da parte em agir conforme o direito.”¹⁷

Já a boa-fé objetiva é um “fator externo ao sujeito, que fundamenta a existência de uma norma de conduta exigente de lealdade na relação, paradigma com o qual será avaliado o comportamento da parte, no caso concreto”.¹⁸ Ela orienta a um dever de agir de acordo com padrões estabelecidos. É uma clausula geral, expressão do dever de lealdade. Caberá ao juiz avaliar a conduta do agente em relação pela aplicação desse Princípio.¹⁹

Por sua vez, a boa-fé subjetiva é a lealdade para com o ordenamento, pois concretiza a fidelidade ao sistema, enquanto a boa-fé objetiva é a para com o outro, visto que serve de instrumento jurídico para a realização concreta da lealdade.²⁰

Na diferenciação dos dois conceitos, Martins-Costa profere:

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007. p. 52-91.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy **Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva**. *Revista da AJURIS* : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre , v. 39, n. 126, jun. 2012. p. 187-233.

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro). Pode, denotar, ainda, secundariamente, a ideia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significado do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição “egoísta” à literalidade do pactuado.²¹

Ao tratar da boa-fé objetiva, entende, ainda, a autora que:

Boa-fé constitui-se em “modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídicos, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade [...] A Boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um “princípio geral” ou como uma espécie de panaceia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada-mais propriamente constitui um modelo jurídico- na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções.²²

Menezes Cordeiro define o núcleo da boa-fé subjetiva como um estado de ignorância descupável, onde sujeito observou os deveres de conduta impostas pelo caso, ignorando determinadas eventualidades.²³

Diante do exposto, o médico que incorre em erro quando o paciente falseia ou omite informações estaria amparado pela boa-fé subjetiva, visto que o que ocorreu foi um erro em virtude da ignorância em relação à situação fática que ali se apresentava.

A responsabilidade civil médica, assim como a de caráter geral, decorre da falta de um cumprimento de um dever. Todos esses deveres devem ser interpretados, tal como visto, à luz da boa-fé objetiva.²⁴ Dessa forma, a determinação

²¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999. p. 411.

²² *Ibidem*, p. 411-414.

²³ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v. p. 516-517.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 2, abr.-jun. 2000, p. 46-47.

de quais os deveres a serem seguidos e sua relação com a boa-fé objetiva é pressuposto para a atuação desses profissionais.

Cabe, então, ao médico respeitar os deveres correspondes à prestação do cumprimento da prestação de serviço. Nesse contexto, a boa-fé surge como um elemento em comum da responsabilidade contratual e extracontratual, assim como da incidência dos dois sistemas aos quais a relação médico-paciente estão submetidos, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.²⁵

Portanto, enriquece a relação jurídica, tanto no âmbito civil, quanto no de consumo, o vínculo médico-paciente, impondo a observância da prestação positiva anexa à obrigação principal.

1.2 APLICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A relação médico-paciente, no tocante a responsabilidade civil, é estabelecida no artigo 951 do Código Civil de 2002. Aplica-se o dispositivo à responsabilidade subjetiva ao ligar o dever de indenizar à conduta culposa, sendo esta a regra geral no direito civil, também se aplicando à responsabilidade médica.²⁶ A regra legal assim versa:

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.

Na responsabilidade médica extracontratual, ou delitual, aplicam-se as regras decorrentes da prática de ato ilícito contida nos artigos 186 e 187, juntamente com o artigo 927 do Código Civil,²⁷ que prescrevem, respectivamente:

²⁵ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

²⁶ CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 80.

²⁷ *Ibidem*, p. 82-83.

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

[...]

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

[...]

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

A responsabilidade civil contratual, por sua vez, consiste na aplicação da Teoria Geral das Obrigações para o adimplemento ou inadimplemento contratual.²⁸ A boa-fé objetiva, neste contexto, estabelece-se como um princípio geral do Código Civil como um orientador de condutas.²⁹ Dessa forma, o princípio irradia seus efeitos para a relação médico-paciente.³⁰ Outrossim, os seguintes artigos da codificação de direito privado também devem ser observados pelo aplicador do Direito:

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

[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Por muito tempo, esse instituto manteve-se desmerecido dentro do sistema jurídico pátrio. Não havia nenhuma menção expressa da boa-fé objetiva no Código Civil de 1916. A origem positivista do direito brasileiro permitiu que o nosso sistema, por muito tempo, não observasse a aplicação do instituto. Não se aproveitou o potencial da boa-fé objetiva, limitando-se apenas ao seu aspecto subjetivo, este último já mencionado expressamente no Código Civil de 1916.³¹

²⁸ CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 332.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil**- Revista de Direito do Consumidor, vol. 42, abr. 2002, p. 187.

³⁰ CALADO, *op. cit.*, p. 84- 85.

³¹ FRADERA, Véra Maria Jacob de. **A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato**. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 24, jan. 2003, p. 127-157.

Art. 112. Presumem-se, porém, de boa fé e valem, os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor.

[...]

Art. 221. Embora nulo ou anulável, quando contraído de boa fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis desde a data da sua celebração.

[...]

Art. 490. É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede da aquisição da coisa, ou do direito possuído.

No entanto, como bem expressa Clóvis do Couto e Silva, a inexistência, na época de sua obra, da boa-fé objetiva no Código Civil de 1916 não impede sua relevância no direito das obrigações, tendo em vista trata-se de proposição jurídica, agindo como regra de conduta.³² Tal obrigação envolve, segundo o jurista, todos os participantes do vínculo jurídico de modo que se estabelece um elo de cooperação entre as partes envolvidas diante do objetivo visado.

Dentro desse contexto, como define Claudia Lima Marque a *boa-fé é, em resumo, um princípio de materialização da vontade contratual, agora balizada pelas exigências de considerar as expectativas legítimas do outro*.³³

Nesta mesma linha, Clóvis do Couto e Silva profere que o *dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é o dever de consideração para como o alter*.³⁴

A boa-fé objetiva é, portanto, fonte de deveres. Estes são denominados anexos, esses derivam da cláusula contratual ou do dispositivo de *lei ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva. São situados de modo autônomo em relação à prestação principal e consubstanciam deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses relacionados às partes do vínculo obrigacional.³⁵

Os deveres anexos não estão vinculados ao cumprimento da prestação principal, este que configura o núcleo da relação jurídica, definindo o tipo contratual.³⁶ Na prestação do serviço médico, a obrigação assumida pelo médico é de prestações que visam à cura do paciente. Embora em alguns casos a

³² SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 33.

³³ MARQUES, Claudia Lima. **Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e Securitários e o código de defesa do consumidor: informação, Cooperação e renegociação?** Revista de Direito do Consumidor, vol. 43, Jul. 2002, p. 215.

³⁴ SILVA, *loc. cit.*

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999..p. 437-440.

³⁶ *Idem*.

possibilidade de cura seja remota, os profissionais mesmo assim atuam de modo que essa pretensão seja atingida.³⁷ Por sua vez, os deveres anexos auxiliam a realização do conteúdo da prestação da obrigação principal da proteção das partes e aos bens envolvidos no negócio jurídico, mormente a saúde do paciente.³⁸

Tal instituto se concretiza por meio de deveres de informação e de lealdade, de forma que as pessoas possam se relacionar de modo específico em situações diferenciadas.³⁹

A incidência da boa-fé nesta relação exige a prestação de deveres a serem atendidos.⁴⁰ Torna os deveres das partes dessa relação obrigacional mais intensos, exigindo por parte do profissional uma postura além daquela estabelecida dentro do objeto da contratação médica. Cabe, então, aos médicos a observância de tais deveres para o cumprimento integral de suas obrigações para com o paciente, pois a desobediência desses implicaria em sua responsabilização.

1.3 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade objetiva ao tratar dos danos causados aos consumidores por serviços prestados de forma defeituosa. Dispõe a referida norma que 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.⁴¹

³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Responsabilidad civil de los médicos**. t. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1997, p. 317.

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999. Páginas 437-440

³⁹ MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984, p. 53 e ss.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

⁴¹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 3ª edição, Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

No entanto, ao tratar dos profissionais liberais no parágrafo quarto do mesmo artigo, a regra geral é excepcionada. Nesse caso, a responsabilidade pessoal é subjetiva, alicerçada na culpa.⁴² Confira-se o preceito normativo:

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

Desta feita, a responsabilidade do médico, profissional liberal, tem natureza subjetiva, nos termos do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, exigindo a comprovação de imperícia, imprudência ou negligência na sua conduta.⁴³

Por sua vez, a responsabilidade dos hospitais, casas de saúde, clínicas, entidades e demais instituições da saúde, por sua vez, dispensa-se a demonstração de culpa dos fornecedores, em vista destes entrarem na regra.

Dentro da relação de consumo, a responsabilização das referidas instituições se dá a partir das obrigações relacionadas à prestação direta por essas entidades, limitando-se ao fornecimento de materiais aptos à da atividade médica, ao emprego de profissionais capacitados ao exercício da profissão e a supervisão do paciente. A responsabilidade direta destes institutos, assim, reside apenas nas prestações dessas obrigações. A responsabilidade indireta de hospitais, laboratórios, centros clínicos deriva de ato de terceiro, *i. e.*, atos técnicos praticados no exercício da função em nome da instituição.⁴⁴ Ou seja, o serviço tipicamente médico é representado por atos de natureza técnica a cargo dos médicos, estes enquanto profissionais liberais. O dano, então, pode ser vislumbrado nos efeitos estritamente ligados à técnica e a atuação do profissional liberal.⁴⁵

Dessa forma, na relação consumerista, a responsabilidade hospitalar reside na adequação dos serviços, sendo aferida de modo objetivo, nos termos do art. 14,

⁴² JUNIOR, Nelson Nery. **Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do Consumidor**, Revista de Direito do Consumidor .vol. 3, Jul 1992, p. 44.

⁴³ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível nº 2009.04.10.05795-2/DF Relator Desembargador Federal José Divino de Oliveira, 6ª Turma Cível, Publicado no Diário de Justiça da União em 25/11/2014, p. 323. Disponível em <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&MGWLPN=SERVIDOR1&submit=ok&SELEC AO=1&CHAVE=2009.04.10.05795-2&ORIGEM=INTER>, acesso em 20/10/2015.

⁴⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica: no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 105-109.

⁴⁵ MAIA, Maurílio Casas. **A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexa causal na harmonização entre o caput e o § 4.º do art. 14 do CDC**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.24, n.99, maio/jun. 2015, p. 233-257.

caput, do Código de Defesa do Consumidor, pela qual se dá de modo que o ente hospitalar se responsabiliza pelo fornecimento dos equipamentos, medicamentos, hotelaria, além dos serviços médicos propriamente ditos, enquanto a responsabilidade do médico é de caráter subjetivo. Esta última é aferida pela culpa, nos termos do § 4.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, de modo a avaliar se o profissional empenhou todos os cuidados necessários para o sucesso do tratamento.⁴⁶

Quando o médico atua como preposto de instituição de saúde, esta, diferentemente, responderá por danos causados. Porém, quando o profissional não for preposto, mas tenha usado a estrutura hospitalar, por exemplo, apurar-se-á a culpa de cada qual.⁴⁷ Tal entendimento encontra-se sumulado pelo Supremo Tribunal Federal em seu enunciado nº 341, que dispõe ser *presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo de seu empregado ou preposto*.

No mesmo sentido, também são os ensinamentos de José de Aguiar Dias:

[...] a direção de um hospital é responsável pelos danos decorrentes de ter o médico do estabelecimento deixado, por vários dias, de verificar o estado de um cliente aí internado, do que resultou agravamento do seu estado e anquilose da perna, por ter ficado na mesma posição por tempo prolongado. Não procede a defesa fundada em que se trata de erro técnico, que a direção do hospital não pode impedir, nem mesmo criticar, porque o caso é de negligência, cujas conseqüências ela poderia evitar, se empregasse fiscalização mais severa. Admitido o doente como contribuinte, forma-se entre ele e o hospital um contrato, que impõe ao último a obrigação de assegurar ao primeiro, na medida da estipulação, as visitas, atenções e cuidados reclamados pelo seu estado.⁴⁸

Maia ressalta que não será possível imputar a responsabilidade ao hospital na ausência de falha nos serviços tipicamente hospitalares ou quando não for detectado qualquer defeito na atuação do profissional liberal. Dessa forma, ocorre a mitigação da responsabilidade objetiva de forma que a culpa do profissional liberal

⁴⁶ MAIA, Maurilio Casas. **A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexos causal na harmonização entre o caput e o § 4.º do art. 14 do CDC**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.24, n.99, maio/jun. 2015, p. 233-257.

⁴⁷ STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do código de defesa do consumidor**, Revista dos Tribunais, vol. 712, Fev. 1995. p. 71.

⁴⁸ DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**, Forense, Rio de Janeiro, 6.ª ed., vol. 1, p. 382.

deverá ser apurada para que se configure a responsabilidade nosocomial,⁴⁹ extraída do art. 14 do CDC.⁵⁰

Dessa forma, observa-se a relação de consumo estabelecida entre paciente e médico. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor já foi consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça ao posicionar-se a favor da perspectiva da aplicação do referido diploma aos serviços médicos, aplicando aquela Corte à incidência do prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, e não o prazo de três anos, disposto no art. 206, 3º, inc. V, do CC. Veja-se a ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 27 DO CDC.

1. Encontra-se pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que o prazo prescricional, na relação médica profissional-cliente, na condição de consumidor, é o ajustado no art. 27 do CDC. Precedentes
2. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵¹

Considerando o Código de Defesa do Consumidor, este rege uma das formas da relação médico-paciente e, como já explicado, nesta também se densifica o princípio da boa-fé objetiva. Este refuncionalizado no direito de defesa do consumidor, otimizando-se sua dimensão de cláusula geral, servindo de parâmetro de validade de contratos de consumo.⁵²

⁴⁹ MAIA, Maurilio Casas. **A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexos causal na harmonização entre o caput e o § 4.º do art. 14 do CDC.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.24, n.99, maio/jun. 2015, p. 233-257.

⁵⁰ STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do código de defesa do consumidor,** Revista dos Tribunais, vol. 712, Fev. 1995. p. 71.

⁵¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo nº 1.278.549/RS Relator Ministro Luís Filipe Salomão, Quarta Turma, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 01/07/2011, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000290885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>, acesso em 15/10/2015.

⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. v.37, p.59-76.

O Código de Defesa Consumidor trouxe como grande contribuição à positivação do princípio desse princípio dentro das relações contratuais no Brasil, como linha de interpretação, em seu art. 4.º, III, que prescreve:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Em seu art. 51, IV, a referida legislação estabelece novamente a orientação das relações de consumos com a devida observância a boa-fé:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Dessa feita, consagrou por todo novel regime de consumo a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais.⁵³

O art. 4.º estabelece a Política Nacional das Relações de Consumo que visa atender as necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, a transparência e harmonia das relações de consumo. Tal política, como bem expressa o dispositivo, deverá atender o princípio da boa-fé e da equidade nas relações dos consumidores de modo a viabilizar os princípios fundadores da ordem econômica.⁵⁴

O princípio da boa-fé pode ser extraído do texto no art. 4.º, III, e, tal como define Ruy Rosado de Aguiar, o referido preceito é *critério auxiliar para a viabilização dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica*. Nessa linha, dentro do

⁵³ MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no Dever de informar ao consumidor**, Revista dos Tribunais, vol. 827 . Revista dos Tribunais, vol. 827, Set. 2004, p. 11.

⁵⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **A boa-fé na relação de consumo**, Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, Abr. 1995, p. 20.

Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé é um instrumento que auxilia a interpretação garantidora de uma ordem econômica.⁵⁵

O art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, expressa o princípio da boa-fé como basilar das relações de consumo. Extrai-se que o princípio geral de boa-fé impõe a análise da cláusula do contrato em relação às demais cláusulas contratuais e ao contexto de celebração.⁵⁶

Como ressalta Ruy Rosado de Aguiar, a boa-fé na relação de consumo não se limita a introduzir o princípio e a cláusula geral para controle da abusividade contratual, visto que tipificou várias hipóteses de deveres do Direito dos Contratos, oriundos das do referido instituto.⁵⁷

Portanto, a relação médico-paciente configura-se como uma relação de consumo. Sendo a boa-fé consagrada pelo Código de Consumidor, cabe às partes agirem em consonância a esse princípio no desenrolar da prestação do serviço. Desse modo, o médico está obrigado à observância dos deveres oriundos da boa-fé objetiva, visando o cumprimento dos mandamentos daí oriundos sob pena de responsabilização.

Nesse sentido é a posição do Tribunal de Justiça da Capital Federal ao tratar da prestação de serviço médico sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor com a observância do princípio em comento nesta investigação. Veja-se a ementa de um julgado daquela Corte a respeito:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO ESTÉTICO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. A lide deve ser analisada a luz do Código de Defesa do Consumidor, que é inspirado pelos princípios da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé objetiva, do dever de informação e da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.

2. A cirurgia plástica com fins estéticos caracteriza obrigação de resultado, tendo em vista que o cirurgião assume o compromisso de melhorar a aparência do paciente, sendo afastada a responsabilidade médica apenas se comprovar fato que afaste sua responsabilidade pelo resultado.

⁵⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **A boa-fé na relação de consumo**, Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, Abr. 1995, p. 20.

⁵⁶ JUNIOR, Alberto Amaral. **A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 2, Abr. 1995. p. 58.

⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR, *loc. cit.*

3. O dano estético está devidamente comprovado, diante das fotografias das marcas nos seios e grande cicatriz no abdômen da paciente.
4. O valor da reparação por danos morais deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e atender às finalidades repressiva, pedagógica e compensatória da condenação, sem, contudo, ensejar o enriquecimento sem causa do ofendido ou passar de forma despercebida pelo ofensor.
5. Recurso conhecido e desprovido.⁵⁸

Portanto, tendo a relação médico-paciente sido consagrada como de consumo, cabe a ambas as partes nesse âmbito a observação da boa-fé objetiva no decorrer do processo obrigacional, tanto sob a luz do Código de Defesa do Consumidor, assim como do Código Civil.⁵⁹

⁵⁸ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível nº 2011.07.1032264-4/DF Relator Desembargador Federal Sebastião Coelho, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 28/08/2014, p. 77, disponível em <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20110710322644APC>, acesso em 14/10/2015.

⁵⁹ BORGES, Gustavo Silveira. **Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade** Revista de Direito do Consumidor, vol. 84/2012, Out. 2012, p. 13.

2. BOA-FÉ NAS OBRIGAÇÕES MÉDICAS

O dever de agir consoante boa-fé, como visto no primeiro capítulo, projeta-se nas obrigações, trazendo a necessidade de respeitar vetores principais do sistema jurídico avultando-se num certo equilíbrio entre a posição das partes.⁶⁰

A responsabilidade médica fixa deveres de comportamento que devem ser observados para alcançar o cumprimento do dever de adequado tratamento, objeto do contrato de prestação médica.⁶¹

Esses deveres que podem ser agrupados em (i) deveres de informação e esclarecimento, (ii) deveres de técnica e perícia e (iii) deveres de cuidado, diligência e prudência.⁶² Vejamos, portanto, cada um destes aspectos.

2.1 DEVERES DO MÉDICO

2.1.1 Dever de Informação e Esclarecimento

Como sinaliza abalizada doutrina, os deveres de informação e esclarecimento têm sua fonte na boa-fé objetiva⁶³ Nesta toada, Claudia Lima Marques elucida o conceito:

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, grau 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*

⁶⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v., p. 1170-1171.

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 831, jan. 2005, p. 106-131.

⁶² MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007. p. 52-91.

⁶³ SANTOS, Murilo Rezende dos **As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional**, Revista de Direito Privado, vol. 38, Abr. 2009, p. 204.

Patienten), geralmente conhecido pela expressão norte-americana *informed consent*.⁶⁴

Couto e Silva, ao tratar do assunto, expressa este como deveres de esclarecer ao outro participante da relação jurídica, para explicitar determinada circunstância 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.⁶⁵

Os deveres de esclarecimento e informação obrigam as partes, durante a vigência do contrato, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo contratual, de ocorrências que com ele tenham certa relação, assim como todos os efeitos da execução contratual.⁶⁶

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,⁶⁷ de modo que os deveres de informação são mais intensos perante parceiros considerados frágeis.⁶⁸

Menezes Cordeiro destaca a relevância dos deveres de informação atinentes aos contratos de prestação de serviço médico. Para o autor lusitano, o dever médico de esclarecimento abrange *aos efeitos típicos das terapêuticas prescritivas e não a todos os efeitos possíveis que estas possam acarretar*. Afirma, também, que este varia, ainda, em profundidade, consoante a inteligência e o conhecimento do paciente e as necessidades do caso.⁶⁹

Paulo Lobo, no mesmo sentido, afirma que o dever de informar tem sua raiz no princípio da boa-fé objetiva, atuando na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intensão lesiva a outrem.⁷⁰

⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no Dever de informar ao consumidor**, Revista dos Tribunais, vol. 827, Revista dos Tribunais, vol. 827, Set. 2004, p. 11.

⁶⁵ SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 176.

⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v. (fls 605

⁶⁷ MARQUES, *loc. cit.*

⁶⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v., p. 584.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 605.

⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. v.37, p. 59-76.

Contudo, ressalta, que tal o dever não é apenas a realização do princípio da boa-fé. Com a evolução do direito do consumidor, este assumiu um caráter cada vez mais objetivo, relacionando a atividade lícita de fornecimentos de produtos e serviços. Continua o autor que o desenvolvimento do direito do consumidor transformou o direito à informação em fundamental, o elevando a condicionamento e determinante da prestação principal do fornecedor.⁷¹

Como ressalta Ruy Rosado, a Boa-Fé na relação de consumo não se limitou a introduzir o princípio, mas tipificou várias hipóteses de deveres, dentre eles o dever de informação. Nesse contexto o autor traça, como exemplo, os deveres de informação,⁷² previsto no Código de Defesa do Consumidor com o seguinte teor:

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

[...]

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

O dever de informação também se consolida como um dever deontológico do médico, tendo em vista no Código de Ética Profissional estar estabelecidos em diversos dispositivos vedações que acabam por obrigar o prestador do serviço a realização desse dever. Veja-se:

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

[...]

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

[...]

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. v.37, p.59-76.

⁷² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **A boa-fé na relação de consumo**, Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, Abr .1995, p. 20.

[...]

Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.

[...]

Art. 103. Realizar pesquisa em uma comunidade sem antes informá-la e esclarecê-la sobre a natureza da investigação e deixar de atender ao objetivo de proteção à saúde pública, respeitadas as características locais e a legislação pertinente.

O dever de informação possui relação, outrossim, com o direito geral de personalidade. Pelo dever de esclarecimento, o paciente toma conhecimento do tratamento de modo a definir a aplicação do mesmo, possuindo autodeterminação sobre o próprio corpo, concretização essa de um direito fundamental. Para que ele possa tomar a decisão acertada, deve compreender os riscos e consequências da intervenção médica em seu corpo.⁷³

A boa-fé age, neste diapasão, no controle das informações estabelecidas pelo profissional. Trata-se do dever de ampla informação para o paciente, o esclarecendo e elucidando de todos os riscos do tratamento.⁷⁴ Ao tratar a obrigação como pré-contratual, permite facilitar o futuro contratante informações suscetíveis de exercer influência sobre o consentimento. Deste modo, o dever de informação assume sua função preventiva, diminuição de possíveis riscos que o contrato ou o serviço possa trazer, afim que se evite vícios no consentimento, bem como compensar o desequilíbrio inicial que tem as partes na relação jurídica.⁷⁵

No uso de medicamento, amplia-se também o dever de informar. Impõe-se deveres de informar mais abrangente de informações de métodos relativamente a novos tratamentos e sobre intervenções somente diagnósticas e não terapêuticas.⁷⁶

O dever de informação é obrigatório ao médico também na pesquisa clínica. O indivíduo, ao participar do de um teste clínico, abre mão de parte de seu direito de

⁷³ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé**, disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe>, acesso em 17 de março de 2015.

⁷⁵ TADEU, Silney Alves. **O dever de informar: Considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, rev. dos tribunais, n. 58, abr/jun, 2006, p. 255-274.

⁷⁶ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

personalidade, em detrimento da pesquisa científica e, diante disso, a pessoa tem direito a mesma tutela cabível ao paciente em estado doente. Ao indivíduo deve ser informado o significado, a finalidade, o procedimento, os resultados esperados, os riscos e os efeitos colaterais da experiência.⁷⁷

Em casos de cirurgias voluntárias, tais como vasectomias, ligaduras de trompas, rinoplastias, mamoplastias, o dever de informar não se reduz. Pelo contrário, quanto menor a necessidade do tratamento, maior a rigurosidade do dever de informação a ser prestado, para que assim o paciente possa tomar a decisão de submeter-se a intervenção médica. No entanto, cabe ressaltar, mesmo que atuação médica seja obrigatória, o médico não está eximido no cumprimento do esclarecimento.⁷⁸

O cirurgião estético possui uma extensão do dever de informar em virtude da configuração contratual entre as partes, uma obrigação de resultado, não de meio. O paciente não está procurando cura de uma patologia, mas sim o melhoramento de sua aparência.⁷⁹

Nesta linha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compreendeu como dever básico do cirurgião plástico a prestação da informação de maneira ampla, abrangendo os riscos e as consequências do procedimento. Confira-se a ementa do julgamento em análise:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA. DEVER DE INFORMAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS EM AÇÃO CAUTELAR. Constitui dever básico do cirurgião plástico a ampla informação da paciente sobre os riscos da cirurgia, especialmente os mais prováveis, como a formação de quelóides ou cicatrizes inestéticas. Cabe ao esculápio fazer a prova de que se desincumbiu do mesmo. Sem a mesma, incide a responsabilização. A quantificação da indenização deve atender a parâmetros relativos a ambas as partes, que a doutrina e a jurisprudência vem examinando. Considera-se razoável e suficiente o valor de cento e trinta salários mínimos para cicatrizes no lábio superior de mulher, já perdurando por mais de seis anos. Dano moral e estético abrangentes, in re ipsa. Possibilidade de cumulação da indenização pelo prejuízo extrapatrimonial com a condenação a pagar consultas, tratamento e cirurgia reparadores. Considerado o desenvolvimento da medicina estética e plástica no Estado do Rio Grande do Sul, afigura-se razoável que a reparação aqui ocorra. A

⁷⁷ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139.

⁷⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 839, set. 2005, p. 69-109.

⁷⁹ FABIAN, *op. cit.*, p. 137.

fixação de verba honorária tanto na ação cautelar de busca e apreensão como na chamada principal mostra-se cabível. Apelação da autora provida em parte. Apelação do réu parcialmente provida.⁸⁰

O dever de informação e esclarecimento se estende às fases pré-contratual e pós-contratual, ou seja, não há necessidade do contrato de serviços médicos para que essa obrigação vincule as partes, visto que a própria informação dada antes do início do tratamento será base para a opção ou não do procedimento a ser realizada.⁸¹

Materializa-se o dever de informação no consentimento informado. Tal documento apresenta-se anteriormente, mais especificamente na fase pré-contratual, ao tratamento.⁸²

O termo de consentimento informado consiste em um processo obrigacional entre o médico e o paciente, onde o profissional esclarece a respeito do tratamento e o credor, expressa a vontade em submeter-se ao o procedimento.⁸³

Salienta-se, no entanto, que a validade jurídica do consentimento informado tal diploma não é absoluta. Tal diploma não poderá justificar atos médicos de risco elevados ou prejudiciais ao paciente. O consentimento para conduta ilícita ou vedada pelos bons costumes acarreta a ineficácia da medida.⁸⁴

Cláudia Lima Marque menciona, por exemplo, que se um médico informa o diagnóstico de doença sexualmente transmissível em público, ocorre falha no dever

⁸⁰ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n° 70004518759, Relatora Desembargadora Rejane Bins, 9ª Câmara, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 11 de abril de 2003, disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70004518759%26num_processo%3D70004518759%26codEmenta%3D675005++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70004518759&comarca=COMARCA%20DE%20CAXIAS%20DO%20SUL&dtJulg=1/04/2003&relator=Rejane%20Maria%20Dias%20de%20Castro%20Bins&aba=juris, acesso em 05/06/2015.

⁸¹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. **Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 831, jan. 2005, p. 106-131.

⁸² MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007. p. 52-91.

⁸³ CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 158.

⁸⁴ FARAH, Elias. **Atos Médicos- Reflexões sobre sua responsabilidades**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, vol. 25, jan. 2010, p. 140.

de informar, tendo em vista o abuso de poder na situação e a clara situação vexatória submetida ao paciente.⁸⁵

A informação é um instrumento para a concretização da autodeterminação. O consentimento somente será quando bem fundamentado em informações criteriosas e completas, para o conhecimento a respeito de risco e consequência do tratamento, afim que se assegure a eficácia do procedimento e a segurança do paciente.⁸⁶

O consentimento informado funciona como prova pelo médico de que informou correta e amplamente o paciente quanto aos aspectos relevantes relativos ao tratamento ao qual irá submeter-se. Ressalta-se não basta apenas termo escrito e a prova assinatura firmada pelo paciente. Deverá se avaliar também quando foi fornecida a informação, seu conteúdo, e o grau de compreensão do paciente, além de se perquirir sobre quais informações relevantes foram informadas. Para cumprimento da boa-fé não se admite o simples cumprimento formal do dever de informar, mas sim o amplo dever de esclarecimento do profissional, detentor das informações relevantes para o paciente.⁸⁷

Esse termo constitui o atendimento ao dever de informar do médico e o direito à informação do paciente. Nas relações médico-paciente de consumo configuram o atendimento ao direito à informação do consumidor. Nos demais casos, tais como prestação de serviço público, o cumprimento ao dever de informação que emerge do princípio da boa-fé, e que informa, tanto as relações de direito privado, quanto de direito público. Concebe-se então como um instrumento de proteção do ao médico, assim como materialização do direito à informação do paciente.⁸⁸

O médico não poderá impor o documento momentos antes de uma intervenção cirúrgica. Com efeito, o paciente encontra-se sob nítida tensão, de forma

⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no Dever de informar ao consumidor**, Revista dos Tribunais, vol. 827. Revista dos Tribunais, vol. 827, set. 2004, p. 11.

⁸⁶ COSTA, Judith Hofmeister Martins. **Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 831, p. 106-131, jan. 2005

⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, p. 52-91, jul./set.. 2007.

⁸⁸ *Idem*.

que poderia se submeter a diversas cláusulas limitativas de direito. Portanto, a informação prestada dever ser realidade em momento oportuno e adequada.⁸⁹

É preciso salientar que o dever de informação encontra limites. Mesmo com a ampla informação, não se excluirá da responsabilidade do médico, mesmo com consentimento do paciente, casos em que estão em jogo bem indisponíveis e princípios éticos invioláveis. Não justifica, portanto, casos de aborto ou eutanásia, por exemplo.⁹⁰

Portanto, a apresentação do consentimento informado não é apenas uma garantia de comprovação da conduta médica, mas revela-se como aplicação do direito à informação, direito básico do paciente decorrente da boa-fé objetiva. O paciente tem o direito de receber esclarecimento e aconselhamentos a respeito dos riscos no serviço, tem direito à informação clara e objetiva sobre o tratamento proposto para que possa optar pela prestação do serviço. É a consagração da autonomia do paciente aliada à incidência do princípio da boa-fé na relação médico-paciente.

2.1.2 Dever de técnica e perícia

A responsabilidade civil médica pressupõe, ademais, um dever de perícia e técnica por parte do profissional. Esse existe independentemente do contrato, sendo inerente ao desenvolvimento dos serviços prestados pelo médico, presente ou não o ajuste entre as partes.⁹¹

Como demonstra Veloso de França, a avaliação da conduta do médico nos casos de erro técnico é um tanto quanto difícil por parte dos magistrados, em virtude dos métodos utilizados na prática médica são muitas vezes controversos e discutíveis, devendo o jurista se valer da experiência dos peritos.⁹²

⁸⁹ MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no Dever de informar ao consumidor**, Revista dos Tribunais, vol. 827, set. 2004, p. 11.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade médica e o dever de informar**. Revista da EMERJ Rio de Janeiro, EMERJ, n. 28, 2004, p. 81-87.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, p. 52-91, jul./set.. 2007.

⁹² FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 692.

Dessa forma, o erro técnico é visto com reserva pelos tribunais, tendo em vista que o juiz, ao analisar o caso não deve apreciar a ordem técnica em relação aos métodos científicos, quanto esse suscitarem discussões e dúvidas.⁹³

Porém, como ressalta Miragem, a técnica do profissional da saúde não apenas se limita a um conhecimento vasto teórico, mas sim se desenvolve por toda a sua aplicação diante do caso concreto, assim como as diferentes compreensões dentro do respectivo ramo da ciência médica.⁹⁴

É preciso, como expressa Lorenzetti, relacionar o método com a sua aplicação, perceber as contingências do momento da atuação profissional para assim realizar o melhor diagnóstico possível.⁹⁵

O diagnóstico consiste na atividade fundamental do médico, pois dela deriva os demais procedimentos a serem tomados no tratamento. O erro do diagnóstico por si só não gera infração do dever de boa técnica, tendo em vista ser um campo demasiadamente técnico, dificultando a apreciação do jurista de modo que não se pode admitir em absoluto a falibilidade médica, além das condições específicas do próprio organismo do paciente.⁹⁶ Como ressalta Ruy Rosado de Aguiar, o mero erro de diagnóstico não gera dever de indenizar, salvo quando manifestamente grosseiro, na qual o profissional tem uma conduta sem base científica. O médico que não utiliza outro meio para a análise do estado clínico do paciente, atenta ao dever de perícia.⁹⁷

Não cabe a análise jurídica do erro, mas sim as circunstâncias que apresentam a culpa do médico na sua conduta, se este recorreu aos meios aptos e alcançáveis a aquela situação. Para a avaliação da melhor técnica, cabe entender o diagnóstico como um procedimento sujeito a regras, cautelares, para avaliar se o profissional agiu com a devida diligência no procedimento.⁹⁸

⁹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, v. 84, n. 718. São Paulo: RT, ago. 1995, p. 33-53

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Responsabilidad civil de los médicos**. t. II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1997, p. 49.

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v.1, n.2, abr. 2000, p. 41-76.

⁹⁷ AGUIAR JÚNIOR, *loc. cit.*

⁹⁸ TEPEDINO, *loc. cit.*

A melhor técnica não se limita apenas ao diagnóstico, mas sim a não utilização do paciente para experimentos científicos. Espera-se do médico a utilização de técnicas já consagradas pela ciência a produzir os resultados esperados. A cada etapa do tratamento cabe ao profissional apresentar seu ato como justificável para aquela situação, sempre aparados pelo conhecimento científico da época.⁹⁹

Os padrões de técnica devem ser avaliados dentro da situação profissional, de modo que deve ser exigível mais de um especialista do que de um generalista. Contudo, todo e qualquer profissional deve se manter atualizado a respeito da evolução científica dentro de sua respectiva área.¹⁰⁰

Não basta apenas o pleno domínio dos métodos que lhe foram ensinados na graduação, mas também um amplo conhecimento que acompanhe a evolução das ciências médicas para uma intervenção mais segura na saúde do paciente.¹⁰¹

De fato, o exercício regular da medicina implica em um constante aprimoramento da profissão, adquirido por meio de conhecimentos atualizados da profissão, naquilo que se refere a técnicas e exame e de tratamentos, seja por publicações atualizadas, nos congressos ou cursos de atualizações. Portanto, é de extrema relevância que o profissional se mantenha atualizado com os avanços do campo da ciência. O ensino continuado não é apenas um direito, mas também uma obrigação do médico.¹⁰²

A especialização acarreta um aumento do grau de exigência de seu desempenho. O grau de competência e de diligência que se requer de um especialista é maior do generalista. Assim, um erro escusável de um médico, pode não ser de outro. Dessa forma, o médico deve se aperfeiçoar constantemente seus conhecimentos e usar o melhor do programa científico em benefício do paciente. Deve se exigir dos profissionais cuidados conscienciosos e atentos.¹⁰³

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v.1, n.2, abr. 2000, p. 41-76.

¹⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

¹⁰¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 733, nov. 1996, p. 53-75.

¹⁰² FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 692.p. 212.

¹⁰³ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A responsabilidade civil dos médicos**. **AJURIS**: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1992. v.55, p.116-139.

2.3 Deveres de Cuidado, diligência e prudência

Dentro da perspectiva da relação médico-paciente, os deveres de cuidado, diligência e prudência se analisam a partir do grau de atenção do profissional da saúde em relação ao paciente. Este não deve ser visto de modo abstrato, mas sim nas circunstâncias concretas do caso enfrentado pelo profissional.¹⁰⁴

O dever de cuidado na atividade médica, para Eduardo Dantas, reflete o desenvolvimento de práticas profiláticas, preventivas ou terapêuticas, visando a recuperação uma condição de saúde, ou reduzindo efeitos de uma doença.¹⁰⁵

Gérson Branco, ao tratar do dever de prudência, afirma que consiste em uma conduta pautada pela boa-fé.¹⁰⁶ O dever de diligência, por sua vez, consiste no atuar com a conduta bem ajustada a *lex artis*, unindo eficácia ao conhecimento, habilidade do uso de equipamentos.¹⁰⁷

A diligência trata-se da medida de esforço ou de colaboração exigível ao devedor no cumprimento das suas obrigações. Esta se apresenta em diversas fases, estreitamente ligada à boa-fé. No entanto, como ressalta Menezes Cordeiro, a boa-fé, embora comporte nos seus modelos de decisão a inclusão de padrões jurídicos, não se limita em um deles. No que toca ao cumprimento das obrigações, a boa-fé é complementa a fonte negocial respectiva, atuando, em seguida no conteúdo, seja para precisar a prestação, seja para lhe acrescentar os deveres acessórios. A diligência remete para um padrão jurídico simples e claro. Como expressa o referido autor, *a diligencia e a boa-fé são noções distintas, muitas vezes, agir lado a lado.*¹⁰⁸

Sálvio de Figueiredo Teixeira trata o dever de cuidado do paciente com zelo e pessoalmente, tendo em vista que a obrigações é *intuitu personae*, cabendo sua substituição somente em situações em que não se exija o caráter pessoal da prestação, ou de impossibilidade fática, ou de não-atendimento de recomendações

¹⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

¹⁰⁵ DANTAS, Eduardo. **A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento**. Revista Fórum de Direito Civil - RFDC, Belo Horizonte, v.2, n.2, jan./abr. 2013, p. 65-85.

¹⁰⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 733, , nov. 1996. p. 53-75.

¹⁰⁷ DANTAS, *loc. cit.*

¹⁰⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v., p. 1229-1230.

pelo paciente e sua família, ou de pretenderem impor-lhe auxiliares desqualificados, ou de consulta a outro médico para assim evitar constrangimento.¹⁰⁹

O profissional que desatende a um chamado do doente ou negligência as visitas infringe o dever de cuidado. Essa obrigação de atenção aos pacientes, contudo, pressupõe o acordado entre as partes; sem essa, não incidiria abandono, requisito esse para a configuração do descumprimento desse dever.¹¹⁰

É preciso salientar que não se configura abandono o médico substituído por outro colega no atendimento em virtude de excesso de trabalho. Apenas se configurará abandono quando esse médico substituto apresenta pouca prática na clínica.¹¹¹

Cabe salientar que o médico pode recusar assistência ao doente, mas não ao cliente, que o chama para atendimento. Essa questão entra na seara do campo moral, onde se discute as espécies de recusa do médico ao atender um paciente, no entanto, essa recusa não pode ser de forma maliciosa, atinentes à humanidade de modo que tal avaliação deve ser feita pelo juiz no caso concreto. Um exemplo seria o elevadíssimo preço para visitas ou recusa de atendimento quando exigível a intervenção médica como imprescindível ao atendimento de um enfermo, essa por sua vez incidindo no campo extracontratual.¹¹²

Caio Mário apresenta ainda como escusável a negativa de atendimento do profissional, quando o paciente for demanda-lo de modo assíduo e impertinente.¹¹³

Deve o profissional atender os chamados possíveis com maior correção e diligência, mantendo o paciente e sua família com as informações mais claras possíveis a respeito da situação.¹¹⁴

Veloso de França exemplifica que descumpre o dever de cuidado, chamado pelo autor de dever de vigilância, o médico que não observa a circunstância do caso em questão, de modo a não realizar o tratamento necessário, a troca de

¹⁰⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Responsabilidade Civil do Médico**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, p.192-193,

¹¹⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 286-287.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 207.

¹¹⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 733, nov. 1996, p. 53-75.

medicamentos por letra indecifrável e o esquecimento de objetos em cirurgias. Ainda profere que é omisso o profissional que permanece em sala apensar prescrevendo os remédios sem ver o paciente, ou deixa de solicitar os exames necessários.¹¹⁵

Radin apresenta que a receita manuscrita de maneira ilegível é caso de responsabilização médica, tendo em vista que o responsável pela receita está prestando serviço capaz de eivar o farmacêutico a equívoco quanto à dosagem e a denominação correta de medicamentos, acarretando danos ao paciente.¹¹⁶

O dever de descumprimento também se caracteriza como displicência que contribui para resultados duvidosos de exames complementares, comprometendo o tratamento e diagnósticos de pacientes, em laboratórios dos mais diversos setores da área da saúde.¹¹⁷

Qualquer resultado incorreto por falhas humanas, tanto na elaboração técnica de exames ou no controle, na coleta de material permissível de comprometer o diagnóstico ou a terapêutica, é uma falta ao dever de cuidar.¹¹⁸

No procedimento de reprodução assistida, Brauner e Oliveira, ao tratar da boa-fé objetiva, consideram como dever de cuidado do médico pesquisa os antecedentes dos pacientes de forma rigorosa na averiguação de causas de infertilidade, assim como a respeito à seleção do doador.¹¹⁹

Outra conduta que o médico deve se atentar é relacionado a deliberação de desligar os aparelhos que mantêm artificialmente a vida em casos de reconhecida ineficácia curativa. Nesses casos, o dever de cuidado impõe que o médico somente aja consoante consentimento familiar.¹²⁰

Outra questão atinente ao dever de cuidado é o abandono do paciente durante o tratamento.¹²¹ Um médico liberal, por exemplo, pode não aceitar a

¹¹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 692.p. fls 213

¹¹⁶ RADIN, Sonia Eliana. **Responsabilidade civil do medico pela letra ilegivel nas receitas a luz do código de defesa do consumidor**. Doutrina. Rio de Janeiro, instituto de direito, 1997. v.4, p. 409-414.

¹¹⁷ FRANÇA, *loc. cit.*

¹¹⁸ FRANÇA, *loc. cit.*

¹¹⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Cheila Aparecida. **A boa-fé como fonte de deveres de conduta do médico no caso de reprodução humana assistida**. Revista Trabalho e Ambiente, Caxias do Sul, v.5, n.8, jan./jun. 2007, p. 55-76.

¹²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 207.

¹²¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A responsabilidade civil dos medicos**. AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1992. v.55, p.116-139.

assistência de um paciente em virtude da liberdade de sua profissão, diferentemente daquele que atua pelo sistema público.¹²²

Tal problemática está inserida dentro da realidade de profissionais prestadores do serviço público, tendo em vista a demanda de pacientes que solicitam o atendimento médico.

Se o profissional encontra-se sobrecarregado pela quantidade de pacientes que solicitam atendimento, é dificultosa a caracterização de sua culpa, tendo em vista que lhe faltam recursos técnicos para a prestação do serviço. No entanto, quando configurado o abandono, caberia então a responsabilização do ente público ao qual o profissional se vincula.¹²³

Consubstancia-se ainda existência do dever de sigilo profissional. O segredo médico está vinculado à prestação assumida por ocasião do contrato médico.

Dessa forma, qualquer espécie de dado que venha fazer parte do fornecimento do serviço, deverá ser mantido em toda sigilo profissional, sendo este um dever oriundo da boa-fé objetiva.¹²⁴

Constituídos e observados os deveres de conduta, a relação médico-paciente evoluirá de modo seguro, e permitia o médico dirigir sua conduta de modo objetivo e eficaz.¹²⁵

2.4 DEVERES DO PACIENTE

Compreendida, como visto alhures, a boa-fé como um dever de reciprocidade das partes em favor do cumprimento do contrato, depreende-se que assim como o médico, o paciente deve observar condutas a fim da resolução da prestação do serviço.

¹²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, fl. 2037.

¹²³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 733, nov. 1996, p. 53-75.

¹²⁴ . DANTAS, Eduardo. **A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento**. Revista Fórum de Direito Civil - RFDC, Belo Horizonte, v.2, n.2, jan./abr. 2013, p. 65-85.

¹²⁵ . BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Cheila Aparecida. **A boa-fé como fonte de deveres de conduta do médico no caso de reprodução humana assistida**. Revista Trabalho e Ambiente, Caxias do Sul, v.5, n.8, jan./jun. 2007, p. 55-76.

Dessa forma, não apenas o médico pode agir com culpa no decorrer do tratamento ou intervenção, mas também o paciente pode deixar de cumprir com suas obrigações, tendo para si responsabilidade pelo inadimplemento contratual. As obrigações a serem observadas pelos credores da prestação estão sob a ótica da boa-fé. Essas consistem no dever de informar e de cooperar.¹²⁶

Os deveres de cooperação são entendidos como aqueles que somente podem ser obtidos com a cooperação mútua. Estes não se confundem com o próprio escambo, o qual pode ser obtido se cada uma das partes cumprirem suas obrigações.¹²⁷

Tais deveres visam proteger o interesse do próprio sujeito que possui o ônus de agir, e possui a discricionariedade de agir ou omitir-se. Dessa forma, deixar de colaborar com o próprio tratamento, ou de seguir as instruções profissionais, o paciente poderá prejudicar o sucesso do tratamento, de modo a tornar-se o único responsável pelo inadimplemento contratual.¹²⁸

Em relação ao dever de informar, cabe o paciente não falsear ou omitir informações que lhe sejam questionadas por seu médico, para que assim o profissional possa determinar com maior precisão e segurança o procedimento e possibilidades de tratamento com base na história clínica, hábitos, impedimentos clínicos e herança genética do paciente. Dados inverídicos podem acarretar prejuízo a prestação dos serviços por parte do médico, tendo sido o próprio paciente o causador do incumprimento do contrato.¹²⁹

Em virtude da incidência da princípio da boa-fé, constitui-se uma ordem de cooperação entre as partes. Dessa forma, o credor não possui mais a posição de que é apenas titular de direitos e pretensões. Reconhece-se que a lhe cabem certos deveres que de impedem que a sua conduta venha a dificultar a prestação do devedor. Havendo descumprido um desses deveres não se poderá exigir a pretensão para obrigação principal.¹³⁰

¹²⁶ DANTAS, Eduardo. **A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento.** Revista Fórum de Direito Civil - RFDC, Belo Horizonte, v.2, n.2, jan./abr. 2013, p. 65-85.

¹²⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: FGV, 2007. Fl 96

¹²⁸ DANTAS, loc. cit.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ SILVA, loc. cit.

3. A VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE BOA-FÉ E A RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Os laços obrigacionais entre médico e paciente tornam-se mais intensos devido à aplicação da boa-fé objetiva que permeia a relação, de modo que o descumprimento dessa relação pode se dar pela inobservância do princípio.

O presente capítulo, neste sentido, visa analisar os pressupostos da responsabilidade civil, assim como o caráter obrigacional da prestação médica, relacionada com o descumprimento da boa-fé objetiva.

3.1. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade são pressupostos para apurar a responsabilidade civil médica. Para que se configure o dever de indenizar, exige-se, assim, a presença de todos os elementos.¹³¹

Os danos indenizáveis podem ser físicos, resultantes de um prejuízo corporal, ou materiais, tais como perdas patrimoniais, lucros cessantes, gastos médicos hospitalares, medicamentos, ou até pensão aos dependentes no caso de óbito de um paciente decorrente por erro médico. Também podem ser morais quando consequentes de uma lesão estética ou de uma dor sofrida no próprio ofendido.¹³²

Ainda nesta classificação, cabe ressaltar que o dano estético insere-se no dano moral, tendo em vista que a imagem afetada da pessoa causa dor, sofrimento e outros sentimentos que remetem ao dano moral¹³³

No entanto, o dano estético poderá sujeitar o responsável à reparação por dano material, quando comprovado prejuízo financeiro. Despesas e gastos para

¹³¹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

¹³² THEODORO JR, Humberto. **A responsabilidade Civil por Erro Médico**, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, p.125.

¹³³ . STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, p. 661.

tratamentos e cura para correção estética assim como pensão mensal estabelecida para a hipótese da vítima ficar impedida de exercer sua profissão.¹³⁴

Dentro da responsabilidade médica, cabe ressaltar a teoria da perda de uma chance. Verifica-se nesta situação o nexo causal entre a conduta do profissional e a chance perdida pela vítima, passando pela análise das doenças de que o paciente poderia ter se recuperado, caso o profissional tivesse agido conforme deveres de diligência. Todavia, deve-se ressaltar que deverá restar demonstrada a existência de probabilidades plausíveis da possibilidade de cura. O paciente, por sua vez, deve comprovar as condições clínicas que modificariam o resultado caso a conduta do profissional fosse diversa.¹³⁵

O nexo de causalidade consiste no pressuposto lógico que vincula a ocorrência de um determinado dano indenizável a uma determinada conduta. Como expressa Miragem, é uma relação ontológica, de causa e efeito, estabelecendo-se em regra, por intermédio de dilação probatória.¹³⁶

O dano deve ser consequência direta de um ato ilícito e culposo, praticado pelo médico (responsabilidade subjetiva), ou de um ato ilícito praticado pela clínica, hospital ou casa de saúde (responsabilidade objetiva). Portanto, deve haver uma relação de causalidade entre o ato e o dano, impondo-se reconhecer que o dano é resultado de uma atividade ou omissão. Martins-Costa ressalta que a questão relevante relacionada ao nexo causal diz respeito aos seus limites, à extensão da responsabilidade pelo dano causado, tendo em vista que esse não está adstrito a critérios naturalistas.¹³⁷

O exemplo traçado pela autora apresenta a problemática:

Figure-se a hipótese de uma mulher, em virtude de negligência médica, ter sofrido perfuração no útero durante cirurgia para extirpação de um tumor benigno no ovário. Em razão deste evento, a sua cura (isto é, a volta ao estado de saúde) demora mais quatro semanas do que se verificaria se a cirurgia tivesse sido feita com a

¹³⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011, p. 662.

¹³⁵ GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil: Teoria Da Perda De Uma Chance**. Revista dos Tribunais, vol. 840, Out. 2005 p. 11.

¹³⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2013, p. 518.

¹³⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Entendendo Problemas Médico-Jurídicos Em Ginecologia E Obstetrícia**. Revista dos Tribunais, vol. 831, 106 |Jan. 2005, p. 86.

perícia e o cuidado impostos pela obrigação de tratamento que está no núcleo da "conduta devida" pelo médico. O prolongamento da estada no hospital faz com que essa mulher não possa viajar na data anteriormente apazada para uma importante reunião de negócios. Quando finalmente recupera a saúde a reunião é novamente apazada. Entretanto, ao viajar, o avião em que está essa pessoa sofre uma pane e cai, com o resultado da sua morte. O médico, evidentemente responsável pelas conseqüências do primeiro fato (perfuração do útero, tempo de permanência no hospital, despesas com tratamentos, lucros cessantes daí decorrentes e danos emergentes), não é também responsável pelo dever de indenizar a família da vítima em razão do segundo fato (queda do avião e morte), muito embora haja uma relação de causa e efeito entre o segundo fato (morte) e o primeiro, pois, se a paciente não tivesse ficado tanto tempo em recuperação, teria embarcado em outro avião, semanas antes, e não teria morrido.¹³⁸

Dentro do sistema jurídico brasileiro, algumas teorias tentam resolver a questão pertinente ao nexu causal.

A teoria da equivalência dos antecedentes parte do pressuposto que, quando ocorrer pluralidade de causas para realização de um determinado dano, todas elas devem ser consideradas como aptas para gerar o dano. Só poderá ser considerada existente uma relação de causalidade entre uma das concausas e a conseqüências, quando a sua eliminação impede o resultado final.¹³⁹

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, propõe a aptidão de uma causa da promoção de um determinado resultado danoso, justamente pela razão de um juízo de probabilidade de que determinada causa tenha dado origem ao dano, mais adequada, portanto, apta a ser vinculada ao agente como pressuposto da imputação da responsabilidade. Nesse sentido, diante uma pluralidade de causas, é necessário que demonstre que uma condição tal que possa produzir regularmente um resultado. É um juízo de probabilidade em abstrato, considerando as condições para o dano e apresentando a probabilidade do dano.¹⁴⁰

Por fim, a teoria do dano direto ou imediato, também conhecida como teoria da interrupção do nexu causal, expõe que cada causa que servirá de critério para imputação da responsabilidade é aquela que, se não existisse, não haveria o dano.

¹³⁸ MARTINS COSTA, Judith Hofmeister.. **Entendendo Problemas Médico-Jurídicos Em Ginecologia E Obstetrícia**. Revista dos Tribunais, vol. 831, 106 |Jan. 2005, p. 86.

¹³⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2013, p. 519.

¹⁴⁰ *Idem*.

Ou seja, se a cadeia causal de acontecimentos tiver se rompido, pela interrupção da responsabilidade, não existiria o dano.¹⁴¹

A culpa médica emerge da transgressão de um dever jurídico preexistente, consistindo na obrigação de ressarcir, por meio de uma indenização, o prejuízo causado a outrem, advindo de uma conduta antijurídica.¹⁴²

Da mesma forma, Lorenzetti apresenta que a culpa se traduz em uma violação de um dever.¹⁴³ Para o jurista argentino, a avaliação desse pressuposto envolve uma comparação entre o comportamento padrão, levando-se em conta não apenas a lei, mas valores ou costumes, cabendo ao profissional exercer sua profissão com diligência e sapiência.¹⁴⁴

Cavaleri Filho ressalta que a culpa médica não é o mesmo que o "erro profissional". O erro profissional ocorre quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta; mas ocorre culpa quando a técnica é correta e a conduta médica é incorreta. A culpa supõe a falta de diligência, enquanto o erro é consequência da falibilidade humana.¹⁴⁵

Diferentemente do dolo, onde o dano resulta da ação ou omissão voluntária, a culpa deriva da negligência, imperícia ou imprudência. Como bem expressa Kfoury, *dolo é a violação deliberada, consciente, intencional, de um dever jurídico*. Na culpa, por sua vez, *o agente não visa causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, imprudente ou imperita, resulta dano a outrem*.¹⁴⁶

A negligência médica consiste a inação, indolência, inércia, passividade, isto é, consiste na inobservância e na omissão aos deveres médicos.¹⁴⁷ Configura-se, portanto, como um ato omissivo. O cerne, portanto, da negligência está sempre a

¹⁴¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2013, p. 519.

¹⁴² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 36.

¹⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Responsabilidad civil de los médicos*. t. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1997, p. 450.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 451

¹⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 588.

¹⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2003. P. 764.

¹⁴⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 692.p. 219.

omissão de comportamento desejados para aquela determinada situação com a ocorrência de falhas e distrações.¹⁴⁸

A imprudência ocorre quando o profissional possui uma conduta não justificada, precipitada, quando ausente a cautela. Frente a ato previsível, o médico atua de um modo que não assegura que determinado fato ocorra. Desta feita, o médico é imprudente quando possui determinado conhecimento do risco e toma a decisão de agir desta forma.¹⁴⁹

Imperícia trata da falta de observação das normas, ou seja, é a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão. Tal instituto também é caracterizado pela falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos para exercício de determinado ofício.¹⁵⁰

Clóvis do Couto e Silva, ao tratar da culpa e do adimplemento contratual, aborda que se a prestação se tornar impossível, no todo ou em parte (quantitativamente ou qualitativamente), por circunstâncias imputáveis ao devedor, este deve reparar os danos causados em relação ao inadimplemento. Ressalta, porém, que raciocínio deve ser realizado conjuntamente com a boa-fé. Compreendida a relação entre os partícipes, princípio da culpa vai encontrar sua justa medida na contemplação da conduta do outro figurante.¹⁵¹

Dentro da relação contratual existe dever bilateral de proteção, que impede que uma das partes cause dano à outra em razão da sua atividade. São deveres jurídicos que consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante.¹⁵²

Para Menezes Cordeiro, da boa-fé derivam regras de conduta e a violação destas deve-se relacionar com o conceito de culpa. O dever de cuidado *ex bona fide* constitui uma obrigação específica no contexto em que a obrigação está inserida. Do dever de cuidado face a danos involuntários prevenidos por normas, surge uma

¹⁴⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Rev. dos *Tribunais*, 2003. 764 p fl. 80

¹⁴⁹ *Idem*

¹⁵⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 692.p. 225

¹⁵¹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 40.

¹⁵² *Idem*.

obrigação genérica por um padrão jurídico daquilo que o autor chama de “bom pai de família”.¹⁵³

A culpa visa tornar possível a imputação delitual de um prejuízo, de modo a desencadear a responsabilidade civil destinada à reparação de danos. Por outro lado, a boa-fé/má-fé pretende a proteção da confiança, seja das situações materiais afetadas pelos sujeitos, porém sem recorrer, ao dever de indenização. O concurso entre ambos é possível, visto que a pessoa que, agindo de má-fé e culpa, prejudique a posição de terceiro, pode incorrer, reunidos os demais pressupostos, no dever de indenizar. Deve-se advertir que as consequências da má-fé e da culpa podem ocorrer de forma independente de forma que os papéis dos dois institutos são, de fato, próprios, não tendo que necessariamente coincidir.¹⁵⁴

3.2. OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

René Demogue foi o teorizador da distinção clássica da teoria das obrigações definida pela repartição do ônus da prova na diferenciação de obrigações de meio e de resultado.¹⁵⁵

As obrigações de meio consistem não em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas implicam numa atividade diligente a se produzida em benefício do credor.¹⁵⁶ Mas este resultado, embora seja a causa essencial do contrato, não enseja em regra o objeto do pactuado.¹⁵⁷

Ainda quanto a estas obrigações, a prova passa pela comprovação da conduta ilícita daquele que praticou o ato. No caso, deverá o paciente comprovar que o médico não agiu de acordo com os deveres adequados a execução do contrato.¹⁵⁸

¹⁵³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v. p. 1225-1226.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 1228.

¹⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 521-539.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, v. 84, n. 718. São Paulo: RT, ago. 1995, p. 33-53.

Jose Aguiar Dias observa que o objeto contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas sim a prestação de cuidados conscienciosos atentos e de acordo com os avanços científicos, salvo algumas exceções.¹⁵⁹

Nas obrigações de meio, utiliza-se a noção de álea para destacar que em alguns casos não se pode garantir o resultado. Na atividade médica, a álea é a reação orgânica do paciente.¹⁶⁰

Ruy Rosado de Aguiar define que a obrigação é de meios quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com obtenção de certo resultado.¹⁶¹

Diante a obrigação de meio, o paciente deve exigir que o médico lhe dispensasse um tratamento diligente e correspondente aos progressos da medicina.¹⁶² O conteúdo dessa obrigação não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é, os meios tendentes a produzir o resultado.¹⁶³

Tratando-se de uma obrigação de meio, o devedor só será responsável na medida em que se provar não a falta de resultado, mas a total ausência do comportamento exigido, ou um comportamento pouco diligente e leal. A prova incube, pois, ao credor.¹⁶⁴

O Supremo Tribunal da Espanha define bem o caráter da prestação obrigacional médica ao tratar que a responsabilidade do médico é de meios, não cabendo ao profissional a garantia de um resultado concreto. Sua obrigação é a de proporcionar ao paciente os meios adequados, não apenas os relacionados à técnica prevista para tratamento da patologia em questão, sob a perspectiva de ciência. Entende a Corte que se deve aplicar essas técnicas com cuidado e precisão necessárias de acordo com as circunstâncias e os riscos inerentes a cada

¹⁵⁹ DIAS, Jose Aguiar, **Da responsabilidade Civil**, Ed. Forense, 8. Ed. , 1987, vol. I, p.299.

¹⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo Luís **Responsabilidad civil de los médicos**. t. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1997, p. 479.

¹⁶¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, v. 84, n. 718. São Paulo: RT, ago. 1995, p. 33-53.

¹⁶² COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 521-539.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Idem*.

intervenção, e em particular, fornecer ao paciente a informação necessária para permitir que o consentimento ou recusar uma intervenção¹⁶⁵

Na jurisprudência nacional, o Superior Tribunal de Justiça também segue nesse sentido, tratando a relação entre médico e paciente como de meio, e não de fim, tornado imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração da culpa e do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado. Confira-se uma das ementas na qual a Corte tratou do tema:

ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07 /STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva, portanto.

3. O Tribunal a quo, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião-dentista, e, conseqüentemente, erro médico a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu que a conduta se mostrara coerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora.

4. Fica nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07 /STJ.

5. Alegações de violação de dispositivos e princípios constitucionais não podem ser analisadas em recurso especial, por serem de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta.¹⁶⁶

¹⁶⁵ . ESPANHA. SUPREMO TRIBUNAL DA ESPANHA. *Recurso de Cassación* n° 6873/2009, *Sala de lo Civil, 1ª Sección*, Ponente José Antônio Seijas Quintana, Madrid, *Diário do Consejo General del Poder Judicial* de 1°/07/2015, disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=4977182&links=&optimize=20091203&publicinterface=true>, acesso em 10/08/2015.

¹⁶⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial* n° 1.184.932/PR, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 13/12/2010, disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1113666&num_registro=201000433258&data=20120216&formato=PDF, acesso em 13/08/2015.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais segue na linha de tratar o serviço médico como obrigação de meio, como se observa da seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE POR FATO DO SERVIÇO MÉDICO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. PROFISSIONAL LIBERAL. EXIGÊNCIA DA PROVA DA CULPA. EXEGESE DO ART. 14 , § 4º , CDC .OBRIGAÇÃO DE MEIO. 1. Aplicam-se ao erro médico as normas atinentes à responsabilidade por fato do serviço previstas no art. 14 , § 4º , do CDC , caracterizando-se a atividade do médico profissional liberal, em regra, como obrigação de meio. 2. Na responsabilidade civil subjetiva deve-se provar a conduta culposa do médico ao realizar os procedimentos com imperícia, negligência ou imprudência. É obrigação do profissional liberal médico aplicar os meios necessários à consecução do melhor resultado para a paciente. 3. Cabe ao paciente provar, a teor do art. 333 , I , do CPC , que o médico não teria sido imperito, negligente ou impudente, sendo que *allegatio et non probatio quasi non allegatio*. A obrigação de meio, como é o serviço médico, não impõe o resultado. A teor de precedente do STJ, "no caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico". 4. Obter dictum, ao nosocômio no qual realizada a cesariana aplicar-se-ia a regra geral do CDC para a responsabilidade pelo fato do serviço, traçada pelo caput do seu art. 14 , que se trata de responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa do fornecedor. A regra de § 4º do art. 14 do CDC restringe-se à responsabilidade civil dos profissionais liberais, não se estendendo aos hospitais e clínicas médicas, a quem se aplicaria a regra geral da responsabilidade objetiva, dispensando a comprovação de culpa, hipótese na qual caberia ao hospital comprovar as excludentes da responsabilidade previstas no § 3º do art. 14 do CDC.¹⁶⁷

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que o profissional atuou de acordo com a recomendação da ciência médica, sendo esta uma obrigação de meio, não havendo como caracterizar a responsabilidade civil. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. CULPA NÃO COMPROVADA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. - O Hospital é parte legítima para responder pelo pedido de reparação fundado na alegação de erro médico ocorrido em suas dependências. - É de se distinguir a responsabilidade objetiva do Hospital, por ato praticado pelo seu preposto, da responsabilidade subjetiva deste, cuja constatação não é dispensada para a imposição da obrigação de

¹⁶⁷ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 101340790814700120131036761, 10ª Câmara Cível, Relator Desembargador Cabral da Silva, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 07/04/2014, disponível em http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=1013407908147001, acesso em 13/08/2015.

reparar o dano reclamado. - Mesmo quando dirigido o pedido de reparação exclusivamente ao Hospital, a solução da lide não escapa da discussão da responsabilidade subjetiva do médico que realizou a cirurgia, quando o erro a ele imputado é a causa de pedir exclusiva da reparação. - A atividade médica se constitui em obrigação de meio e não de resultado. Restando demonstrado que o profissional atuou de acordo com a recomendação da literatura médica, não há que se falar em ocorrência de culpa, seja por negligência ou imperícia.¹⁶⁸

A obrigação de resultado, por sua vez, é aquela que se considera adimplida quando ocorre a efetiva produção da prestação. *I. e.*, o seu não cumprimento constitui o devedor em mora, de modo que lhe cabe o ônus da prova de caso fortuito ou força maior para eximir-se da responsabilidade.¹⁶⁹

Para Ruy Rosado de Aguiar, a obrigação de resultado ocorre quando o profissional assume a realização de certo fim. A prova da lesão se dá, assim, pela apresentação da existência do contrato conjuntamente com não obtenção do objetivo.¹⁷⁰

Dentro da prestação de serviços médicos, essas obrigações são exceções, ocorrendo apenas em determinados casos. Elas se dão apenas quando o médico se compromete a executar certo ato em determinado momento ou promete executá-lo pessoalmente.¹⁷¹

A prestação de serviços radiológicos é um caso de obrigação de resultado, tendo em vista que o objeto é a própria realização do exame e a indicação do estado do paciente.¹⁷² Outro exemplo seria obstetra que se compromete a realizar um parto, porém se ausenta no momento de sua ocorrência. Desse modo, responderá ele pelo dano, por parte de quem o substituiu.¹⁷³

¹⁶⁸ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 1014513400001201323237, 13ª Câmara Cível, Relator Desembargador Luis Carlos Gomes da Mata, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 26/09/2013, disponível em http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=1014513400001201323237, acesso em 13/08/2015.

¹⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 521-539.

¹⁷⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, v. 84, n. 718. São Paulo: RT, ago. 1995, p. 33-53.

¹⁷¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro medico a luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 431.

¹⁷² MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

¹⁷³ GIOSTRI, *loc. cit.*

Em exames laboratoriais corriqueiros a álea também é excluída. O mero fornecimento errado do resultado é o suficiente para a responsabilização. Contudo, em casos de interpretação delicada, a obrigação será de meio.¹⁷⁴

Guilherme Chaves Sant'ana defende que o anestesista assume uma obrigação de resultado, visto que é responsabilidade do médico de anestésiar o paciente, e recuperá-lo ao estado anterior a intervenção cirúrgica. Sustenta o autor que o médico examinou o paciente, em período pré-operatório, aplicou os exames necessários e considerou apto ao procedimento, portanto, está obrigado a atingir o resultado.¹⁷⁵ No mesmo sentido, Miragem traz que não cabe o anestesista alegar desconhecimento ou aleatoriedade de eventuais efeitos controversos do paciente em relação aos fármacos aplicados durante a cirurgia, ou até mesmo as consequências de interações medicamentosas, em virtude do dever de tomar as precauções devidas e a obrigação coletar as informações do paciente implícitas na atividade deste profissional.¹⁷⁶

A transfusão de sangue, dado sua especialidade técnica, gera a obrigação de resultado, tendo em vista que o objeto previsível a ser alcançado é a transfusão. Constitui elemento da própria terapia a indicação quase precisa, em face de um resultado a ser alcançado. Dessa forma, cabe o lesado a comprovação da transfusão sanguínea e do evento danoso.¹⁷⁷

Uma das maiores controvérsias reside na prestação de serviços médicos atinentes a cirurgias plásticas.

Joana Graff-Martins define que a natureza da obrigação do cirurgião plástico estético é de meio, considerando-se que as reações do organismo humano são imprevisíveis, podendo sobrevir consequências indesejadas mesmo quando todos

¹⁷⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro medico a luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 431.

¹⁷⁵ SANT'ANNA, Guilherme Chaves. **Responsabilidade civil dos médicos-anestesistas**. In: BITTAR, Carlos Alberto, 1939- (coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*, São Paulo : Saraiva, 1991. p.133-153.

¹⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

¹⁷⁷ SILVA, Artur Marques da. **Responsabilidade civil dos médicos nas transfusões de sangue**. In: BITTAR, Carlos Alberto, 1939- (coord.). *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*, São Paulo : Saraiva, 1991. p. 107-132.

os cuidados e recursos médicos estejam presentes. Para o autor, o dever de informação é fundamental para a desimcubência da responsabilidade.¹⁷⁸

Jean Penneau,¹⁷⁹ no mesmo sentido, entende que a cirurgia estética não se diferencia de qualquer outro procedimento cirúrgico, tendo em vista que ela possuía a álea de qualquer outro procedimento cirúrgico.

Por sua vez, Caio Mario entende que a cirurgia estética gera obrigação de resultado, não de meios. Nesse caso, o cliente visa à correção de uma imperfeição ou a melhora da aparência. Não se trata, então, de um doente procurando tratamento para a cura de uma patologia. O profissional está empenhado em proporcionar-lhe o resultado pretendido, e, se não tem condições de consegui-lo, não deverá realizar a intervenção. Nesse caso, para o autor, torna-se mais intenso os deveres de informação bem como o deveres de cuidado, cabendo ao médico a recusa do serviço, se os riscos da cirurgia são maiores que os benefícios.¹⁸⁰

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que a obrigação prestada pelo cirurgião plástico na cirurgia estética embelezadora é de resultado, sendo sua responsabilidade subjetiva, com culpa presumida, cabendo ao profissional o ônus da prova da ausência de culpa. Confira-se:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA ESTÉTICA. COLOCAÇÃO DE PRÓTESES MAMÁRIAS. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PRESUMIDA. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Ausente mínimo indício probatório de que o réu tenha protocolado documentos juntamente com a contestação, os quais não teriam sido juntados aos autos, por erro cartorário, não há falar em cerceamento de defesa. Hipótese em que, ademais, a juntada tardia dos documentos não trouxe prejuízo à parte, não havendo razão para decretar a nulidade. Preliminar rejeitada. RESULTADO INSATISFATÓRIO. DEVER DE INDENIZAR. A obrigação assumida pelo cirurgião plástico na cirurgia estética embelezadora é de resultado, e sua responsabilidade é subjetiva, com culpa presumida, sendo do profissional o ônus de comprovar que não agiu com culpa em qualquer das modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. Aplicação do art. 14, § 4º do CDC. Hipótese em que restou demonstrado nos autos a conduta culposa do réu, presumida pela não obtenção do resultado estético legitimamente esperado pela paciente ao submeter-se à cirurgia plástica de

¹⁷⁸ GRAEFF-MARTINS, Joana. **Cirurgia Plástica: Natureza da Obrigação do Cirurgião**, Revista de Direito Privado, vol. 37, jan. 2009, p. 105.

¹⁷⁹ PENNEAU, Jean **La Responsabilité**, Paris: Éditions Sirey, 1977, p. 35

¹⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 441.

aumento de mamas, ensejando o dever de indenizar do médico. DANO MATERIAL. O dano material a que faz jus à autora deve corresponder às despesas decorrentes da realização de novo procedimento cirúrgico para correção do resultado, cujo montante deve ser apurado em liquidação de sentença. Reforma da sentença, no ponto. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. São evidentes os infortúnios decorrentes da submissão à cirurgia plástica embelezadora com resultado manifestamente insatisfatório, diante do presumível sofrimento, frustração de expectativas e impotência, capazes de retirar a pessoa de seu equilíbrio psíquico, colorindo-se, assim, a figura do dano moral in re ipsa. Condenação mantida. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incluindo, in casu, o dano estético, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à majoração do montante indenizatório em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigidos monetariamente, conforme determinado no ato sentencial. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. Em se tratando de responsabilidade civil contratual, os juros de mora incidem a contar da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, sendo inaplicável a Súmula 54 do STJ. Manutenção da sentença, no tópico. APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA.¹⁸¹

Em outra decisão, ao tratar da responsabilidade civil por erro médico em uma cirurgia estética, o mesmo Tribunal atribui a esta uma obrigação de resultado, portanto, aplicável a regras de culpa presumida. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ENTIDADE HOSPITALAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLÍNICA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CULPA PRESUMIDA. DEVER DE INDENIZAR RECONFIGURADO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. DANOS MATERIAIS. QUANTUM. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - Preliminar de Ilegitimidade Passiva Ad Causam - A entidade hospitalar é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação. A pretensão inicial se refere exclusivamente ao suposto erro

¹⁸¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 70051647840, 12ª ra Cível, Relator Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 29/11/2012, disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051647840%26num_processo%3D70051647840%26codEmenta%3D5079841+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70051647840&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=29/11/2012&relator=Paulo%20Roberto%20Lessa%20Franz&aba=juris, acesso em 21/09/2015.

médico perpetrado pelo cirurgião plástico, que não possui qualquer vínculo com o hospital demandado, pois a entidade hospitalar só cedeu suas dependências para realização do procedimento cirúrgico, não tendo se obrigado à prestação de serviços médicos, mas, sim, hospitalares. Precedentes. - Legitimidade Passiva Ad Causam da Clínica - Legitimidade passiva da clínica para responder pelo negócio jurídico entabulado entre a autora e o profissional da medicina, tendo em vista que a consulta fora realizada no seu estabelecimento, cujo atendimento fora prestado pelo médico demandado. Tratando-se de contrato derivado de relação de consumo, incide no caso a Teoria da Aparência, na medida em que para a consumidora a clínica ré figurou como sendo a contratante. - Prescrição - Tratando-se de demanda na qual o pedido indenizatório está fundado em suposto erro médico, aplica-se o disposto no art. 14, § 4º, do CDC, e, conseqüentemente, o prazo quinquenal do art. 27 do mesmo estatuto legal. Hipótese em que não transcorrido o prazo legal entre o momento no qual a parte teve conhecimento do dano e o ajuizamento da ação. Inexistência de prescrição. - Responsabilidade Civil do Médico - Cabível a aplicação do microsistema do Código de Defesa do Consumidor na relação entre médico e paciente. Hipótese de responsabilidade civil, prevista no Art. 14, §4º, do CDC. - Responsabilidade Civil Médica em Cirurgia Estética - Obrigação de Resultado - Culpa Presumida - A responsabilidade do médico, tratando-se de cirurgia eminentemente estética, gera obrigação do resultado para o qual o profissional foi especificamente contratado pelo paciente. Na hipótese de responsabilidade civil por erro médico decorrente de cirurgia estética, a qual se notabiliza pela obrigação de resultado a ser atingido pelo profissional, são aplicáveis as regras da responsabilidade subjetiva com culpa presumida. - Situação Concreta dos Autos - Na espécie, a melhora estética pretendida (remodelagem do abdômen), embora adequada a escolha da técnica cirúrgica, à evidência, não foi alcançada pelo resultado insatisfatório do procedimento a que se submeteu a autora; dele resultou a presença de uma cicatriz assimétrica e retraída na linha incisional, causando deformidade física. Configurado o ato ilícito praticado pelos demandados, pelo qual têm responsabilidade estéticos e morais, bem como os materiais, sofridos pela demandante. - Quantum Indenizatório por Danos Estéticos - Súmula 387 do STJ. Caso em que se evidenciam os danos estéticos na autora, justificados em razão da permanente deformidade física no abdômen pela presença de grosseira cicatriz, inexistindo simetria na linha incisional e havendo excesso de tecido gorduroso na região abdominal. Valor majorado. - Quantum Indenizatório por Danos Morais - O valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais deve refletir sobre o patrimônio do ofensor, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica ao resultado lesivo produzido, sem, contudo, conferir enriquecimento ilícito ao ofendido. Quantum majorado. - Termo Inicial dos Juros de Mora - Os juros moratórios são contados da data do arbitramento da indenização. - Verba Honorária Sucumbencial - O valor arbitrado a título de verba honorária sucumbencial em favor dos advogados do hospital demandado mostra-se compatível com o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, especialmente porque a quantia arbitrada remunera condignamente o trabalho dos profissionais que atuaram na defesa dos interesses do seu cliente. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO DO HOSPITAL DEMANDADO.

APELAÇÕES DA CLÍNICA DE CIRURGIA DEMANDADA, DO MÉDICO, E DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDAS. UNÂNIME.¹⁸²

É preciso salientar, que as cirurgias de reparação, que corrige lesões congênitas ou adquiridas, são consideradas como de meio, conforme jurisprudência brasileira ¹⁸³ Neste diapasão é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme se depreende da seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - ERRO MÉDICO - CIRURGIA REPARADORA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - CULPA - ÔNUS DA PROVA - As cirurgias reparadoras, ao contrário das cirurgias estéticas, são 'obrigação de meio' e não de resultado. - Em sendo a cirurgia reparadora e, portanto, tratando-se de obrigação de meio, para a responsabilização do médico por dano causado a paciente, faz se necessário que resulte devidamente comprovado que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia.¹⁸⁴

Cabe ressaltar que a distinção de obrigações de meio e de resultado não é tratada de maneira absoluta.

Um mesmo contrato pode conter-simultaneamente obrigações de meio e uma obrigação de resultado. No campo médico, vê-se que o profissional está sujeito a uma obrigação de meio, mas pode estar sujeito a uma obrigação de resultado em diversas situações diferentes. ¹⁸⁵

Em caso que o médico assume pessoalmente uma determinada consequência frente ao paciente há obrigação de resultado. Também há tal espécie

¹⁸² BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 70048694749, 9ª Câmara Cível, Relator Desembargador Leonel Pires Ohlweil, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30/05/2012, disponível em:[¹⁸³ PROENÇA, José Marcelo Martins, **Cirurgia Plástica Estética - Obrigação De Meio**, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 8, 2001, p. 55-76.](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048694749%26num_processo%3D70048694749%26codEmenta%3D4722509++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70048694749&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=30/05/2012&relator=Leonel%20Pires%20Ohlweiler&aba=juris, acesso em 14/08/2015.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁸⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 2.0000.00.489717-8/000, 11ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Hilda Teixeira da Costa, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 24/09/2005, disponível em <http://tj-mg.gov.br/jurisprudencia/114880301/apelacao-civel-ac-10145095577758001-mg/inteiro-teor-114880352>, acesso em 21/08/2015.

¹⁸⁵ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004. P. 287.

relação aos aparelhos que o profissional utiliza, pelos quais é responsável. Ou seja, a presença de uma obrigação diferente de um mesmo contrato não é um obstáculo à distinção ora em comento. Há uma sucessão de obrigações diferentes ou uma justaposição de obrigações diferentes para prestações diferentes.¹⁸⁶ Não se pode negar que a concretização da execução de qualquer obrigação, inclusive de resultado, comporta uma atividade e demanda sempre certa diligência do devedor.¹⁸⁷

O reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva reclama que a avaliação do cumprimento da obrigação deve se ter uma análise em vista dos interesses da outra parte, tornando mais intensos os deveres na relação obrigacional, tais como deveres de diligência e cuidado, perícia e técnica e dever de informação e esclarecimento.¹⁸⁸

Miragem apresenta que o dever de informar, por si só, constitui espécie de obrigação de resultado, ainda que a prestação principal seja de meio (a prestação de serviço médico). Isto porque o dever de informar é dever anexo da obrigação, e a avaliação sobre seu correto cumprimento ou não é independente do cumprimento do dever principal de prestação.¹⁸⁹

Como bem ressalta Couto e Silva, compreende-se a obrigação em um processo com uma série de condutas que se somam, tendo por fim a satisfação do credor, de forma que um dos deveres deve ser considerado de modo individual, de modo que ocorrendo o descumprimento de qualquer deles dá-se o inadimplemento.¹⁹⁰ Portanto, a obrigação é um processo, dirigindo-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor.¹⁹¹

Assim, as particularidades dos deveres anexos e autônomos podem ser acionados independentes da obrigação principal e, inclusive, perdurarem alguns, deles, ainda, após o seu término da obrigação principal, em razão de suas circunstâncias de terem o fim próprio diverso da obrigação principal.¹⁹² Os deveres

¹⁸⁶ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica**: as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 287.

¹⁸⁷ *Idem*

¹⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

¹⁸⁹ *Idem*.

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 167.

¹⁹² *Idem*.

secundários comportam tratamento que abranjam toda a relação jurídica, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal.¹⁹³

Cabe ressaltar, que o médico não se obriga á cura do paciente do doente, competindo-lhe aplicar a técnica que a ciência lhe põe à disposição. Porém, em caso de erro, o médico poderá ser responsabilizado, mas não se presume a culpa somente pela não obtenção da cura. No entanto, o fim integra o processo das “obrigações de meio”. A finalidade também é indissociável do contrato realizado pelo médico.¹⁹⁴

O principio da boa-fé aplicado ao direito das obrigações congrega o credor e devedor nos deveres de cumprir (de facilitar o cumprimento) das obrigações. O resultado esperado pelo credor, mesmo nas obrigações de meio, não pode ser alheio ao devedor. Assim como, insucesso na obtenção do fim, nas de resultado, não pode desconsiderar o esforço do devedor e a fatores supervenientes, que podem gera desequilíbrios no cumprimento da prestação, para a sua posterior responsabilização.¹⁹⁵

3.3 A BOA-FÉ E A VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO E ESCLARECIMENTO

A conclusão de um contrato na base de falsas indicações, de informação deficiente, implica o dever de indenizar, por culpa na formação de contratos. Este dever de esclarecimento tem forte intensidade quando um dos contratantes surja, em relação ao outro, carecido de proteção especial.¹⁹⁶

Os deveres de informação obrigam as partes o necessário esclarecimento para conclusão do contrato. Sua violação de dá, por indicações inexatas, como por omissão, ou seja, pelo silêncio face a elementos que a outra tenha objetivo

¹⁹³ SILVA, Clovis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 93.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 6.

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil., Rio de Janeiro , v.1, n.2, p. 41-76., abr. 2000, p. 46.

¹⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v., p. 59-450)

conhecer. Mesmo não havendo anulação dolo, mas violação culposa do cuidado exigível, cabendo a indenização *por culpa in contrahendo*.¹⁹⁷

O dever de informar é um instituo basilar da relação médico-paciente. Não se pode falar em autonomia do paciente, sem o devido esclarecimento do tratamento a ser aplicado pelo médico. Tal dever institui-se dentro de todas as fases da formação e do cumprimento do contrato. O acesso à informação é um direito básico, de forma que a ausência de esclarecimento atende o descumprimento da boa-fé e conseqüentemente a responsabilização.¹⁹⁸

Ruy Rosado de Aguiar apresenta que parte da doutrina afirma que a ausência de informação não necessariamente induz ao dano. É necessário avaliar se a intervenção era indispensável e causou o dano, a ausência de informação isolada não pode ser um critério único para causa de indenizar. Cabe ao julgador extrair pelo conjunto dos fatos provados o valor da informação e da existência do consentimento por parte do paciente. A conclusão sobre o âmbito da informação prestada pelo médico e da existência do consentimento do paciente.¹⁹⁹

Contudo, com a consagração da boa-fé objetiva, essa visão tradicional modifica-se. O principio é fonte de deveres jurídicos de modo que sua violação por si só gera o dever de indenizar.²⁰⁰ A informação não prestada de modo correto é um ato de negligência ou imperícia por si só, mesmo na ausência de qualquer outro erro médico.²⁰¹

Dessa forma, a violação do dever de informação, independe de negligência no que diz respeito à intervenção médica em termos técnicos, assim como a obtenção do resultado. O dever tem por fundamento a proteção à autodeterminação e à liberdade pessoal do paciente. Desta feita, o médico responde, em princípio, por

¹⁹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v, p. 583.

¹⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no Dever de informar ao consumidor**, Revista dos Tribunais, vol. 827. Revista dos Tribunais, vol. 827, Set / 2004, p. 11.

¹⁹⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, v. 84, n. 718. São Paulo: RT, ago. 1995, p. 33-53;

²⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007., p. 52-91.

²⁰¹ MARQUES, *loc. cit.*

todas as consequências da intervenção, devendo compensar os danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da intervenção arbitrária.²⁰²

Na perda de uma chance, a falha de informação da obrigação de buscar o consentimento esclarecido podem fazer que o paciente venha a perder uma chance de cura ou tratamento, pois perderia a chance de tratar-se com outro profissional em razão do descumprimento da boa-fé objetiva do médico que faltou com o esclarecimento correto. Perda de uma chance é um dano moral autônomo, para o qual basta estabelecer a causalidade entre a falha de informação e o dano final, ou que não teria feito o tratamento se lhe tivessem informado adequadamente o médico e que do tratamento resultou dano, tornando prescindível a prova do erro médico por imperícia.²⁰³

Dessa forma, os deveres do médico são delimitados pela proteção das normas de conduta violadas. Na medida em que o conteúdo e o fim dos deveres de conduta não visem o impedimento dos danos que na realidade se concretizam, a violação destes deveres não fundamentaria, em regra, a responsabilidade por esses danos.²⁰⁴

No mesmo Lorenzetti, traz que consentimento informado deve ser fundado na liberdade, de modo que sua ausência importa na invasão da liberdade, que por si só resulta danosa.²⁰⁵

A proteção ao paciente exige que este seja informado acerca do decurso, das hipóteses de sucesso e dos riscos. De forma que se apresenta a essencialidade que lhe fornecida uma ideia do grau de gravidade da intervenção e que o paciente compreenda que tipo de danos que podem acontecer à sua integridade física. Na ausência dessa, o médico limita as possibilidades de autodeterminação do paciente, impedindo-o de recusar a intervenção e assim evitar essas consequências, cabendo

²⁰² PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 839, set. 2005, p.69-109.

²⁰³ MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004.

²⁰⁴ PEREIRA, *loc. cit.*

²⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Responsabilidad civil de los médicos.** t. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1997, p. 211.

o médico responda por todos os danos causados, mesmo que seja um risco remoto.

206

O médico será responsabilizado quando der a informação básica sobre o modo e a gravidade do procedimento médico, de forma que o paciente não teve adequado esclarecimento sobre o decurso e as consequências da intervenção; o dano ao direito à autodeterminação e a boa-fé resulta tão violentado quando o profissional realiza a sua intervenção sem procurar sequer o consentimento do paciente.²⁰⁷

A jurisprudência entende o dever de informação como fundamental na relação médico-paciente. Em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, um casal procurou o Posto de Saúde local do Município de Osório a fim de receber informações a respeito de métodos contraceptivos. Foram orientados a realizar cirurgias esterilizadoras, porém apenas o homem optou por esse procedimento. No entanto, após realizada a vasectomia, os autores alegaram não ter recebido informações suficientes a respeito da intervenção médica e dos cuidados pós-operatórios, acreditando na esterilidade do esposo. No entanto, tiveram uma criança, suscitando diversos desentendimentos e constrangimentos. O Tribunal entendeu falha do médico para com o dever de informação, visto que era, obrigação do profissional esclarecer adequadamente o paciente a respeito do exame pós-operatório para confirmar a eficiência do procedimento de vasectomia. Confira-se a súmula do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. VASECTOMIA. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE ACERCA DA NECESSIDADE DE EXAME PÓS-OPERATÓRIO PARA AFERIR EFICIÊNCIA DO PROCEDIMENTO. CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR, NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS RECONHECIDOS. PENSIONAMENTO AFASTADO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O caso diz com pedido de indenização por danos morais e materiais, decorrentes de suposto erro médico em procedimento de vasectomia. Os autores relataram que a Assistência Social do Município de Osório, em conjunto com a Secretaria de Saúde Municipal, conveniados ao Hospital São Vicente de Paulo propuseram-lhes o ingresso em um “programa contraceptivo”,

²⁰⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 839, set. 2005., p.69-109.

²⁰⁷ *Idem.*

através da submissão do autor ao procedimento de vasectomia e, por isso, creram que o cônjuge varão estava estéril a partir do citado procedimento. 2. A responsabilidade do estabelecimento, por óbvio, mesmo sendo objetiva, é vinculada à comprovação da culpa do médico. A responsabilidade do médico, por sua vez, enquanto profissional liberal prestador de serviços é subjetiva, nos moldes do artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. De outro lado, o alegado defeito no equipamento médico utilizado regula-se pelo disposto no art. 12, também do CDC. Demais disso, em se tratando de relação jurídica erigida com o Poder Público, aplica-se o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 3. Considerando que os autores participaram de um Programa Familiar, esse deveria ter formalizado em seus registros, tanto a ciência do paciente para a realização do importante exame a fim de aferir o sucesso do procedimento, como a informação de que o demandado não compareceu para realizá-lo. Nada disso, porém, tem o demandado anotado. Era obrigação do réu informar adequadamente o paciente acerca da imprescindibilidade do exame pós-operatório para confirmar a eficiência do procedimento de vasectomia. Com isto, o réu foi negligente sobre os efeitos que a desinformação poderia provocar, mormente em se tratando de pessoa extremamente simples, o que revela que houve evidente falha no controle da realização dos espermogramas. Comprovada a negligência e descuido do demandado com o dever de informação, obrigando-se por isso ao dever indenizatório. 4. Trata-se de dano moral *in re ipsa*, que dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato. No caso concreto, resta ainda mais evidenciada a ocorrência de danos morais, uma vez que em decorrência do serviço médico deficiente prestado pelo réu, surgiu no âmbito familiar dos autores, clima de desconfiança de que a criança que nasceu não fosse filha do demandante, em virtude da certeza de infertilidade que pensava ter após a realização da vasectomia. 5. Assim, tendo em vista as circunstâncias do caso e os parâmetros deste Colegiado, inclusive em decisões de que já participei julgando questões semelhantes, tenho por bem fixar a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um dos autores. A quantia deverá ser corrigida monetariamente pelo IGP-M desde a data do acórdão, nos termos da Súmula 362 do STJ e acrescida de juros de mora ao patamar de 1% ao mês, incidentes desde a data do que se supõe tenha ocorrido o início da gestação (nove meses anteriores à data do nascimento da criança), ou seja, desde 06.02.2009, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, 6. Inversão e redimensionamento da condenação sucumbencial, ante a alteração da decisão. Admitida a compensação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil e da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.²⁰⁸

²⁰⁸ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70055467765, 9ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Iris Nogueira, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 13/10/2013, disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055467765%26num_processo%3D70055467765%26codEmenta%3D5547331+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-

Ademais, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o médico que informa, por meio do consentimento informado, o paciente a respeito dos riscos procedimento e, por sua vez, tem a assinatura do paciente no consentimento informado age de modo atua com cautela e segurança, pois alertou dos eventuais danos consequentes do pós-operatório. Conforme decisão, o documento alertava da possibilidade de falhas nas cirurgias em razão de predisposições genéticas e raciais de modo que retira o nexo de causalidade da conduta e do resultado, assim como cumprimento do dever de informar. Confira-se tal entendimento pela ementa abaixo transcrita:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.
2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.
3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.
4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.²⁰⁹

O paciente deve ter exata compreensão das vantagens e desvantagens da intervenção médica envolvem, para poder decidir-se sobre a submissão ao tratamento. O descumprimento do dever dá lugar à indenização civil decorrente do contrato estabelecido entre as partes

8&numProcesso=70055467765&comarca=Comarca%20de%20Os%C3%B3rio&dtJulg=13/11/2013&relator=Iris%20Helena%20Medeiros%20Nogueira&aba=juris, acesso em 21/09/2015.

²⁰⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 1.180.815/MG, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 19/08/2010, disponível em

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=996199&num_registro=201000255310&data=20100826&formato=PDF, acesso em 21/09/2015.

3.4. A BOA-FÉ E A VIOLAÇÃO DO DEVER DE TÉCNICA E PERÍCIA

O dever de perícia consiste no próprio desenvolvimento da atividade profissional do médico,²¹⁰ de modo que o seu descumprimento consistiu-se inadimplência da obrigação principal.

No entanto, não basta para garantia do bom desempenho da atividade médica em inúmeras situações ao qual se depara, em virtude de inúmeros valores antagônicos ao paciente que com este se depara na prática clínica. Por exemplo, período de internação maior, conjuntos de exame exigidos,²¹¹ ou relação com a própria indústria farmacêutica.

Nesse contexto, a consideração do ato médico deve se levar em conta à tutela do melhor interesse do paciente, em favor da sua dignidade e integridade física e psíquica.²¹²

A preocupação com a segurança ao paciente e aos seus interesses nos diagnósticos e prescrição de tratamento consiste na própria lealdade da boa-fé objetiva. Dessa forma, assegura-se ao credo que não se realizarão atos protelatórios e ineficazes, havendo sempre a cooperação na aplicação do tratamento.²¹³

3.5. A BOA-FÉ E A VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO, DILIGÊNCIA E PRUDÊNCIA

Descumpre os deveres de cuidado, prudência e diligência aquele que não adota as medidas próximas aos padrões da boa-técnica, suprimindo fases do tratamento da doença ou que faça um juízo diferente daquilo estabelecido pela ciência.²¹⁴

²¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set. 2007, p. 52-91.

²¹¹ TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil 2, abr.-jun. 2000, p. 46-47.

²¹² *Idem*.

²¹³ DANTAS, Eduardo. **A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento**. Revista Fórum de Direito Civil,, Belo Horizonte , v.2, n.2, jan./abr. 2013.) p. 65-85.

²¹⁴ MIRAGEM, *loc. cit.*

O dever de cuidado não é exclusivo do médico, tendo em vista que todo e qualquer profissional deve orientar-se a um comportamento diligente, adotando atos cautelosos de exigíveis ao caso concreto, tendo em vista a exigência de uma conduta social reclamada de todos.²¹⁵

Dessa forma, o não cumprimento dos deveres de cuidado a que está obrigado, pode ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres anexos a que contratualmente o médico está obrigado, mas também de responsabilidade delitual, na medida em que a violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual. Nesse sentido posiciona-se o Supremo Tribunal de Justiça da República Portuguesa, conforme se extrai da súmula tirada de julgado daquela corte estrangeira:

Responsabilidade civil por acto médico - Responsabilidade contratual - Responsabilidade extracontratual - Ónus da prova

I - A responsabilidade civil médica admite a responsabilidade contratual, ou seja, a que deriva de uma obrigação em sentido técnico e a extracontratual ou aquiliana que resulta da violação de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto (no caso direito de personalidade).

II - Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, podem ser causa de responsabilidade contratual, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também causa de responsabilidade delitual, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual.

III - Não sendo pacífica a questão de saber qual das responsabilidades prevalece nem a de saber se o lesado pode recorrer a qualquer uma delas, uma doutrina e jurisprudência maioritária têm entendido que, gozando o lesado da tutela extracontratual, poderá o mesmo optar pelo regime que lhe for mais favorável.

IV - Os autores, socorrendo-se das disposições atinentes à responsabilidade civil extracontratual, sustentam que o réu não respeitou a *leges artis*, a *praxis* clínica, uma vez que não realizou todos os exames necessários e aconselháveis, dando alta ao doente quando se impunha a permanência no Hospital.

V - Os autores imputam ao réu omissão de acção de cuidado, zelo e profissionalismo, incumbindo-lhes provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal (art.º 487, n.º 1, do CC).

VI - Provando-se que o doente se encontrava lúcido, com discurso normal e que no exame radiológico efectuado não foi observada qualquer lesão traumática, também nada se tendo concluído no exame neurológico efectuado, não há documentos, elementos, prova,

²¹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007, p. 52-91.

que permitam contrariar a conclusão de que não impende culpa sobre o réu sob a forma de negligência.²¹⁶

Outra forma de descumprimento do dever de prudência é quando o profissional realiza tratamento arriscado ou operação a oferecer risco sem a autorização do cliente ou de familiares, após a exposição de todos os riscos que envolvam a situação. Não cabe o profissional abusar da sua superioridade técnica para decidir a condução do tratamento.²¹⁷

Quando o médico atua dessa forma, configura-se o abuso de poder do médico em relação ao paciente. Tal conduta consistiria na utilização de experiência médicas, tratamentos arriscados ou de êxito duvidoso, cirurgias de prognóstico desaconselháveis em razão das condições físicas ou do estado do doente. O profissional não pode impor ao cliente determinado tratamento, uma vez que ao credor da prestação médica tem autodeterminação do próprio corpo, cabendo ao interessado autorização. Desta forma, por exemplo, em uma de operação, nenhum procedimento poderá ser realizado sem o consentimento informado do paciente o de pessoas de sua família.²¹⁸

Em razão do paciente encontrar-se em situação de vulnerabilidade psíquica ou debilidade física, o médico, possuidor de conhecimento técnico especializado, deve abster-se de realizar tratamentos duvidosos sem o adequado protocolo e o consentimento do paciente, assim como exercer atos médicos dispensáveis, com resultados incertos e tratamentos experimentais que exponham a pessoa sob seus cuidados a riscos desnecessários.²¹⁹

A boa-fé atua, então, também como um limitador, tendo em vista que atua na inibição de abuso no exercício de direitos subjetivos.²²⁰ Esta delimita o exercício de direito. A prática contrária aos mandamentos desta será considerada abusiva, visto

²¹⁶ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revista n° 4055/04, 1ª Secção, Relator Juiz Conselheiro Pinto Monteiro, publicada em 22/02/2015, in A Responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, p.9, disponível em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/responsabcivilactomedico1996julho2015.pdf>, acesso em 01/08/2015.

²¹⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 733, nov. 1996, p. 53-75.

²¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 208.

²¹⁹ DANTAS, Eduardo. **A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento**. Revista Fórum de Direito Civil, Belo Horizonte, v.2, n.2, jan./abr. 2013., p. 65-85.

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.p. 457.

que o direito subjetivo deve estar de acordo com os limites e visando um bem juridicamente protegido.²²¹ Desta feita, ele reduz a liberdade da atuação das partes contratantes ao definir determinadas condutas e cláusulas como abusivas. Ou ainda, controlando a transferência de riscos profissionais e liberando o devedor em função de outra conduta lesiva da parte outra parte.²²²

Tudo isso é preenchido, por uma vocação específica, da boa-fé, de intervir em conjunturas que relacionem duas ou mais pessoas. No cenário de exercícios inadmissível que relacionem duas ou mais pessoas. Nessa relação do exercício inadmissível de posições jurídicas, quer a proteção da confiança, quer o relevo de situações jurídicas materiais, operam na base de um contrato específico entre duas pessoas: trata-se de situações relativas, que se conecta à boa-fé.²²³

Cabe salientar que não importa nesse caso a intenção. O conceito do abuso de direito acolhido pelo código não tem nenhum elemento intencional, portanto, não se exige a vontade subjetiva, o abuso de direito corresponde ao exercício de um direito além da boa-fé.²²⁴

No entanto, em situações extremas emergência, esse dever assume outra configuração, devendo o médico não atuar impondo limites a sua atuação no regime de urgência.²²⁵

Os deveres oriundos da boa-fé se estendem para após o cumprimento do contrato.²²⁶ Dessa forma, o médico deve atentar para a saúde do paciente, inclusive após a intervenção medicamentosa.

Nesse sentido, o dever de cuidado impõe uma ação pós-operatória na qual o enfermo não deve ser abandonado, a fim de evitar a ocorrência de um “vazio” na

²²¹ FRADERA, Véra Maria Jacob de. **A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato.** Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n.24, jan. 2003, p. 127-157.

²²² MARQUES, Cláudia Lima. **Boa fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito securitários e o Código de Defesa do Consumidor: Informação, cooperação e renegociação?**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 43, jul. 2002, p. 215-257.

²²³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1984. 2 v., p 901.

²²⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil:** v.6, t.2 (arts. 472 a 480). Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1058, p. 172.

²²⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 733, p. 53-75, nov. 1996, p. 61-62

²²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 207.

cadeia de atos médicos. Dessa feita, o cirurgião realiza o controle estrito e eficaz do operado a modo que possa se prevenir os problemas pós-operatórios.²²⁷

A culpa *post factum finitum* corresponde à projeção simétrica da culpa *in contrahendo* no período pós-contratual. Ou seja, embora extinto pelo cumprimento ou por alguma forma diversa um processo contratual, ainda subsistem deveres para os ex-contratantes.²²⁸

Em decisão jurisprudencial, após a ocorrência de perfuração de alças intestinais em decorrência da videolaparoscopia, o então profissional se omitiu, situação que quase levou o paciente ao óbito. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu, ao julgar o caso, que, em relação ao ato omissivo, o dever de cuidado deriva do princípio da boa-fé objetiva. Veja-se:

CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO: ERRO MÉDICO. ATO OMISSIVO E ATO COMISSIVO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA. DANO MORAL. DANO MATERIAL: COMPENSAÇÃO COM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme prevê o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República, "As pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou de culpa." O legislador constituinte adotou a regra do princípio objetivo de responsabilidade, afastando discussão sobre a culpa. 2. Deve, todavia, enveredar-se à análise da culpa quando se tratar de ato omissivo de agentes do Poder Público. Precedentes do Pretório Excelso, da Corte Superior e deste Tribunal, chegando-se à conclusão de que é objetiva a responsabilidade no que diz com os atos comissivos da Administração e é subjetiva no que se refere aos atos omissivos. 3. In casu, verifica-se a existência de ambos os atos (comissivo e omissivo) que acabaram por ocasionar danos à autora, gerando, em consequência, o dever de indenizar. A existência do ato comissivo verifica-se a partir da ocorrência de perfuração de alças intestinais em decorrência da videolaparoscopia diagnóstica a que se submetera a demandante. O ato omissivo surge evidente a partir do momento em que tal perfuração fora diagnosticada tardiamente, dias após, situação que quase levou a demandante à morte, causando-lhe, inclusive, danos estéticos. Cobia, no que diz com o ato omissivo, como anteriormente referido, o dever de cuidado e de proteção que derivam do princípio da boa-fé objetiva. 4. Mantido o quantum fixado a título de dano moral. 5. No que se refere ao dano material, há entendimento na Corte Superior no sentido de que "a pensão previdenciária não pode ser abatida daquela advinda da

²²⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A responsabilidade civil dos médicos**. AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1992. v.55, p.116-139.

²²⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v. p. 268.

responsabilidade civil por ato ilícito, em face da diversidade da origem." (Resp 263.223/SP, 4ª Turma, Rel.Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 25-2-02, p. 384, unânime).Provido, nessa parte, o recurso da parte autora.²²⁹

O princípio da boa-fé, contudo, projeta-se ainda *post contractum finitum*, vinculando o médico, mesmo após a alta do paciente.²³⁰ Em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi indenizado ato de omissão apontada pela postura da equipe médica, que não respeitou o dever de cuidado, pois não submeteu o paciente ao cuidado necessário no preliminar estágio de observação antes da sua última alta. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL A versar a problemática sobre matéria eminentemente técnica, inexistente direito subjetivo da parte à instrução oral Art. 400, II, do CPC Hipótese, ademais, em que esta Colenda 7ª Câmara já chancelou a desnecessidade da oitiva de testemunhas Preclusão Cerceamento de defesa inexistente Preliminar afastada. ERRO MÉDICO Imputação Hipótese de responsabilidade subjetiva, com possível inversão do ônus da prova da culpa Arts. 6º, VIII, c.c. 14, § 4º, do CDC Medida factível ante a cristalina hipossuficiência técnica dos autores, alheios às particularidades inerentes ao exercício da ciência médica Isto não significa, entretanto, certeza de vitória, muito menos torna possível a condenação de alguém sem um razoável juízo de certeza acerca da culpa imputada Premissa de julgamento. ERRO MÉDICO X DANO MORAL Fichas de pronto atendimento com pouca informação médica diante da gravidade do caso Omissão de forma que indica culpa dos prepostos da Seisa Meningite não oportunamente identificada Segunda alta prematura Paciente que horas depois morreu na UTI de outro nosocômio Inobservância do dever de cuidado, anexo à boa fé-objetiva Quadro clínico de caráter evolutivo e não de aparecimento súbito Negligência e imperícia que se identificam na espécie Dano moral in re ipsa Teoria da perda de uma chance Liquidação proporcional em R\$ 30.000,00 para cada autor, que litigam com base em direito próprio Doutrina e precedentes do STJ e desta Corte Hospital Carlos Chagas não alcançado pela condenação Honorários reduzidos Recurso provido em parte.²³¹

²²⁹ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 2003.04.01.011259-6, 4ª Turma, Desembargador Federal Valdemar Capeletti, publicado no Diário de Justiça Eletrônico da União em 09/07/2003, disponível em http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200304010112596&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selfForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=, acesso em 21/06/2015.

²³⁰ TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea.** Revista Trimestral de Direito Civil 2/, abr.-jun. 2000, p. 46-47.

²³¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 0072192-31.2006.8.26.0224, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ferreira da Cruz, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17/04/2013, disponível em: <http://esaj.tjssp.jus.br/cpo/sg/search.do?jsessionid=EA86C0B007D9092F741ACECC18831071.cpo6?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=>

Essa vinculação pós-contratual impõe também o cuidado com as informações que o médico tomou conhecimento cabendo o dever de resguardar as informações obtidas em razão do desempenho de suas funções²³², assim como ao médico preservar o prontuário do paciente para posterior consulta.²³³

O segredo que o médico está obrigado a observar está diretamente vinculado a prestação assumida por ocasião do contrato médico. Todo dado que venha a fazer parte da prestação, será objeto do segredo que deve ser mantido pelo profissional.²³⁴ Viola, portanto, a boa-fé objetiva o médico que divulga o nome do seu paciente, o diagnósticos e os resultados obtidos, havendo óbice respeito a publicação dos casos clínicos, mesmo para fins científicos, sem a autorização expressa do interessado. Dever esta que inicia antes mesmo do tratamento.²³⁵

Menezes de Cordeiro compreende os deveres de sigilo, as partes não podem desvendar informações de que tenham tido conhecimento durante a fase negociação contrariando expectativas da outra parte.²³⁶ Da mesma forma, dever de sigilo perante as informações obtidas na constância da vinculação extinta.²³⁷ O contratante precisa confiar não apenas a certeza e completude das informações recebidas, mas também que o parceiro não as divulgará.²³⁸

Não obstante ser um dever oriundo da boa-fé, tal compromisso também tem o imperativo ético perante o médico, conforme disposto no Código Profissional. Veja-se:

Art. 11 - O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de

2&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0721923-12.2006&foroNumeroUnificado=0224&dePesquisaNuUnificado=0721923-12.2006.8.26.0224&dePesquisaNuAntigo=, acesso em 21/09/2015.

²³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 207.

²³³ TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil 2, abr.-jun. 2000, p. 46-47.

²³⁴ DANTAS, Eduardo. **A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento**. Revista Fórum de Direito Civil - RFDC, Belo Horizonte, v.2, n.2, jan./abr. 2013, p. 65-85.

²³⁵ TEPEDINO, *loc. cit.*

²³⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v. fls. 583.

²³⁷ *Ibidem*, p. 29

²³⁸ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 237

suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.

Assim como, referido pelo juramento hipocrático: *àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto.*²³⁹

A violação do segredo médico ofende a o direito a personalidade. Quando, culposamente, o profissional revelar segredo configura-se o dever de indenizar que lhe fora confiado, causando dano ao paciente, provando o nexo de causalidade.²⁴⁰

Cabe, então ao médico, guardar sigilo acerca das informações que teve ciência em virtude da profissão. Pois a intimidade, a honra e a vida privada dos pacientes são direitos de personalidade, protegidos na Constituição e nas leis civis. A violação destes direitos conduzirá à indenização por dano. As exceções se aplicam quando paciente permitir que revele a terceiro e razões de ordem pública, por se tratar de doença endêmica, ou altamente contagiosa.²⁴¹

²³⁹ Disponível em <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>, acesso em 15/07/2015.

²⁴⁰ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 175.

²⁴¹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. **Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 831, jan. 2005, p. 106-131.

CONCLUSÕES

Ao longo da pesquisa realizada, o presente estudo identificou as formas de incidência da boa-fé objetiva na relação médico-paciente, tendo por base de estudo a jurisprudência nacional e estrangeira, assim como a doutrina. Desse modo, vislumbrou-se a relevância desse princípio como um orientador de condutas a serem seguidas dentro da relação jurídica, assim como se delimitou a aplicabilidade nos vínculos.

No Brasil, a previsão do princípio está positivada tanto do Código Civil, assim como no Código de Defesa do Consumidor, diplomas estes que disciplinam a relação médico-paciente, além de dispositivos que refletem o tema no Código de Ética Médica.

Neste diapasão, a boa-fé atua de forma a implicar uma série de condutas a serem observados conjuntamente pelas partes, interferindo diretamente nos deveres do médico, assim como nos do paciente, para que assim ocorra o adimplemento contratual da prestação do serviço.

Os deveres do médico podem ser classificados de três formas: deveres de informação e esclarecimento, deveres de técnica e perícia e deveres de cuidado, diligência e prudência.

O dever de informação é vinculado à boa-fé do direito privado. Dessa forma, cabe ao profissional elucidar tratamentos, diagnósticos e procedimentos de modo a compreender a exata situação do paciente, para que este possa optar ou não pela terapia.

A aplicabilidade destes deveres consagra não apenas o direito ao esclarecimento, mas também a própria autonomia do indivíduo, tendo em vista que para que o paciente exerça sua autonomia, impõe-se que ele tenha prévio conhecimento de informações a respeito da sua saúde. Desse modo é assegurando a mais ampla informação para a tomada da decisão sobre submeter-se ao tratamento proposto pelo médico.

Nesse sentido, surge como de fundamental importância o consentimento informado. Este consubstancia o dever de informação, não apenas servindo como uma proteção ao médico, ao comprovar que este tomou todas as medidas cabíveis e

que o paciente sabia das consequências, mas também como a expressão do dever de informação vinculado à boa-fé.

O dever de perícia, por sua vez, consiste na própria atividade profissional do médico, de modo que seu descumprimento gera a inadimplência da obrigação principal. No entanto, a boa-fé se manifesta de modo a garantir que a técnica seja aplicada levando em consideração o interesse da outra parte, não apenas o do profissional. Portanto, o médico deve aplicar o fármaco de melhor custo-benefício ao tratamento do paciente, não aquele que possa ter um valor maior.

No dever de cuidado, diligência e prudência, a boa-fé atua de modo a inibir condutas que abusem da posição jurídica do médico em detrimento da vulnerabilidade do paciente. Deste modo, o profissional não deve tomar medidas dispensáveis ou de êxito duvidosos que colocarão em risco a saúde do paciente e sim atos cautelosos exigíveis ao caso em questão. Além disso, impõe uma preocupação do médico para com os dados obtidos do paciente, isto é, cabe ao profissional manter em sigilo qualquer espécie de informação.

Cabe salientar que a obrigação do médico, em regra, é de meio e não de resultado. Contudo, com a consagração da boa-fé objetiva e da ideia da *obrigação como processo*, a parte tem por sua vez, um feixe de deveres a serem adimplidos. De fato, embora a obrigação principal seja de meio, cabe ao médico também uma obrigação de resultado, como, por exemplo, o dever de informar adequadamente o paciente.

A boa-fé atua de modo a gerar deveres para ambas as partes. Desse modo, sua observação não é apenas um mandamento ao médico, mas também ao paciente. Dessa forma, caso não ocorra a sua observância, pode o médico não ser responsabilizado em decorrência da conduta do paciente.

Apesar de fundamental importância para o cumprimento da obrigação, a doutrina não trabalha tanto as condutas a serem observadas pelo paciente nos deveres que devem por ele serem satisfeitos. Isto é, o dever de cooperação e de não omitir informações de modo que seu descumprimento poderia afastar a responsabilidade civil do médico.

A manifestação da boa-fé torna mais intensos os deveres do médico, de modo que a sua não observação e posterior dano à integridade, física ou moral, do

paciente tem por consequência o dever de indenizar. Desse modo, cabe ao médico a constante observação dessas condutas estabelecidas na lei, na jurisprudência e na doutrina para que a prestação possa ser cumprida.

A despeito da variedade de regimes relacionados à responsabilidade médica, estas se aproximam em virtude dos deveres próprios do médico que advém da boa-fé.

Dessa forma, a boa-fé objetiva atua como um unificador, um ponto em comum do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. Não obstante a diversidade das possíveis relações jurídicas médico-paciente, cabe a ambas as partes em todas elas a constante observação desse princípio, para que assim possa ocorrer o andamento do processo obrigacional e o cumprimento da prestação do serviço da forma que mais satisfaça a ambas as partes

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **A boa-fé na relação de consumo**, Revista de Direito do Consumidor, vol. 14, Abr. 1995,

_____. **Comentários ao novo Código Civil: v.6, t.2 (arts. 472 a 480)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1058.

_____. **Proteção da boa-fé subjetiva**. Revista da AJURIS : Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre , v. 39, n. 126, jun. 2012. p. 187-233.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. Revista dos Tribunais, v. 84, n. 718. São Paulo: RT, ago. 1995.

BORGES, Gustavo Silveira. **Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade** Revista de Direito do Consumidor, vol. 84/2012, Out. 2012.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico**. Revista dos Tribunais, São Paulo , v. 733, nov. 1996.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 1.180.815/MG, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 19/08/2010, disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=996199&num_registro=201000255310&data=20100826&formato=PDF, acesso em 21/09/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.184.932/PR, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 13/12/2010, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque>

ncial=1113666&num_registro=201000433258&data=20120216&formato=PDF, acesso em 13/08/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo nº 1.278.549/RS Relator Ministro Luís Filipe Salomão, Quarta Turma, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 01/07/2011, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000290885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>, acesso em 15/10/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 1014513400001201323237, 13ª Câmara Cível, Relator Desembargador Luis Carlos Gomes da Mata, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 26/09/2013, disponível em http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=1014513400001201323237, acesso em 13/08/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 101340790814700120131036761, 10ª Câmara Cível, Relator Desembargador Cabral da Silva, publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 07/04/2014, disponível em http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=1013407908147001, acesso em 13/08/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 2.0000.00.489717-8/000, 11ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Hilda Teixeira da Costa, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 24/09/2005, disponível em <http://tj-mg.gov.br/jurisprudencia/114880301/apelacao-civel-ac-10145095577758001-mg/inteiro-teor-114880352>, acesso em 21/08/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 0072192-31.2006.8.26.0224, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador

Ferreira da Cruz, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17/04/2013, disponível em:

<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=EA86C0B007D9092F741ACECC18831071.cpo6?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-2&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0721923-12.2006&foroNumeroUnificado=0224&dePesquisaNuUnificado=0721923-12.2006.8.26.0224&dePesquisaNuAntigo>

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70004518759, Relatora Desembargadora Rejane Bins, 9ª Câmara, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 11 de abril de 2003, disponível em

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70004518759%26num_processo%3D70004518759%26codEmenta%3D675005++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70004518759&comarca=COMARCA%20DE%20CAXIAS%20DO%20SUL&dtJulg=11/04/2003&relator=Rejane%20Maria%20Dias%20de%20Castro%20Bins&aba=juris, acesso em 05/06/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 70048694749, 9ª Câmara Cível, Relator Desembargador Leonel Pires Ohlweil, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30/05/2012, disponível em:http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048694749%26num_processo%3D70048694749%26codEmenta%3D4722509++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-

8&numProcesso=70048694749&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=30/05/2012&relator=Leonel%20Pires%20Ohlweiler&aba=juris, acesso em 14/08/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível Nº 70051647840, 12ª Câmara Cível, Relator Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 29/11/2012, disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051647840%26num_processo%3D70051647840%26codEm enta%3D5079841++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-

8&numProcesso=70051647840&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=29/11/2012&relator=Paulo%20Roberto%20Lessa%20Franz&aba=juris, acesso em 21/09/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70055467765, 9ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Iris Nogueira, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 13/10/2013, disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055467765%26num_processo%3D70055467765%26codEm enta%3D5547331++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70055467765&comarca=Comarca%20de%20Os%C3%B3rio&dtJulg=13/11/2013&relator=Iris%20Helena%20Medeiros%20Nogueira&aba=juris, acesso em 23/10/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível nº 2009.04.10.05795-2/DF Relator Desembargador Federal José

Divino de Oliveira, 6ª Turma Cível, Publicado no Diário de Justiça da União em 25/11/2014, p. 323. Disponível em <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml02&MGWLPN=SERVIDOR1&submit=ok&SELECAO=1&CHAVE=2009.04.10.05795-2&ORIGEM=INTER>, acesso em 20/10/2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Apelação Cível nº 2011.07.1032264-4/DF Relator Desembargador Federal Sebastião Coelho, Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 28/08/2014, p. 77, disponível em <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20110710322644APC>, acesso em 14/10/2015.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 2003.04.01.011259-6, 4ª Turma, Desembargador Federal Valdemar Capeletti, publicado no Diário de Justiça Eletrônico da União em 09/07/2003, disponível em http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200304010112596&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=, acesso em 21/06/2015.

BRASIL. ZERO HORA. **Processos por Erro Médico crescem 140% no STJ: Levantamento mostra que, em 2010, foram 260 ações encaminhadas à corte sobre o tema, e, no ano passado, foram 626**, Porto Alegre, 22 de março de 2015, disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/03/processos-por-erro-medico-crescem-140-no-stj-4723823.html>, acesso em 19 de outubro de 2015.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; OLIVEIRA, Cheila Aparecida. **A boa-fé como fonte de deveres de conduta do médico no caso de reprodução humana assistida**. Revista Trabalho e Ambiente, Caxias do Sul , v.5, n.8, jan./jun. 2007

CALADO, Vinicius de Negreiros. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ.** Curitiba: Juruá, 2014

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade medica e o dever de informar.** Revista da EMERJ Rio de Janeiro, EMERJ, n. 28, 2004.

_____. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1978,

DANTAS, Eduardo. **A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento.** Revista Fórum de Direito Civil - RFDC, Belo Horizonte , v.2, n.2, jan./abr. 2013,

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Responsabilidade medica em Portugal.** Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 289. 1985.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil,** Forense, Rio de Janeiro, 6.^a ed., vol. 1, 1995.

ESPAÑA. SUPREMO TRIBUNAL DA ESPAÑA. *Recurso de Cassación n° 6873/2009, Sala de lo Civil, 1ª Sección, Ponente José Antônio Seijas Quintana,* Madrid, Diário do *Consejo General del Poder Judicial* de 1º/07/2015, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4977182&links=&optimize=20091203&publicinterface=true>, acesso em 10/08/2015.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARAH, Elias. Atos Médicos- **Reflexões sobre sua responsabilidades**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, vol. 25, jan. 2010.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica: no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A responsabilidade civil dos médicos**. AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1992

_____. **A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato**. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 24, jan. 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil: Teoria Da Perda De Uma Chance**. Revista dos Tribunais, vol. 840, Out. 2005.

GRAEFF-MARTINS, Joana. **Cirurgia Plástica: Natureza da Obrigação do Cirurgião**, Revista de Direito Privado, vol. 37, jan. 2009.

JUNIOR, Alberto Amaral. **A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 2, Abr. 1995.

JUNIOR, Nelson Nery. **Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do Consumidor**, Revista de Direito do Consumidor .vol. 3, Jul 1992.

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

KUHN , Adriana Menezes Simão. **Os limites do dever de informar do médico e o nexo causal na responsabilidade civil na jurisprudência brasileira**. 2009, Dissertação (Mestrado em Direito) Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, rev. dos tribunais, 2001. v.37

_____. **Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil**- Revista de Direito do Consumidor, vol. 42, abr. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Responsabilidad civil de los médicos**. t. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1997.

MAIA, Maurilio Casas. **A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexo causal na harmonização entre o caput e o § 4.º do art. 14 do CDC**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , v.24, n.99, maio/jun. 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no Dever de informar ao consumidor**, Revista dos Tribunais, vol. 827. Revista dos Tribunais, vol. 827, Set. 2004

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999.

_____. **Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia.** Revista dos Tribunais, São Paulo , v. 831, jan. 2005.

_____. **Os avatares do Abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé,** disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe>, acesso em 17 de março de 2015.

MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1984, p.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Curso de direito do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2013, p. 518.

_____. **Responsabilidade civil médica no direito brasileiro.** Revista de Direito do *Consumidor*, São Paulo, n. 63, jul./set.. 2007.

PENNEAU, Jean **La Responsabilité,** Paris: Éditions Sirey, 1977, p. 35

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica.** Revista dos Tribunais, São Paulo , v. 839. 2005.

PORTUGAL, SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revista nº 4055/04, 1ª Secção, Relator Juiz Conselheiro Pinto Monteiro, publicada em 22/02/2015, *in* A Responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, p.9, disponível em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisprudencia/responsabcivilactomedico1996julho2015.pdf>, acesso em 01/08/2015.

PROENÇA, José Marcelo Martins, **Cirurgia Plástica Estética - Obrigação De Meio**, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 8, 2001,

RADIN, Sonia Eliana. **Responsabilidade civil do medico pela letra ilegivel nas receitas a luz do código de defesa do consumidor**. Doutrina. Rio de Janeiro, instituto de direito, 1997. v.4, p. 409-414.

SANTOS, Murilo Rezende dos **As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional**, Revista de Direito Privado, vol. 38, Abr .2009.

SANT'ANNA, Guilherme Chaves. **Responsabilidade civil dos médicos-anestesiastas**. In: BITTAR, Carlos Alberto, 1939- (coord.). Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar, São Paulo : Saraiva, 1991.

SILVA, Artur Marques da. **Responsabilidade civil dos médicos nas transfusões de sangue**. In: BITTAR, Carlos Alberto, 1939- (coord.). Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar, São Paulo : Saraiva, 1991.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 33.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do código de defesa do consumidor**, Revista dos Tribunais, vol. 712, Fev. 1995.

_____. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011.

TADEU, Silney Alves. **O dever de informar: Considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, rev. dos tribunais, n. 58, abr/jun, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Responsabilidade Civil do Médico**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 2, abr.-jun. 2000.

THEODORO JR, Humberto. **A responsabilidade Civil por Erro Médico**, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.