

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO

ANGELA WINK

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA:
O Dever de Indenizar Decorrente do Rompimento da Confiança na Relação
Médico-Paciente

São Leopoldo
2020

ANGELA WINK

**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA:
O Dever de Indenizar Decorrente do Rompimento da Confiança na Relação
Médico-Paciente**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Profa. Me. Isabel Cristina Porto Borjes

São Leopoldo
2020

Aos meus pais, que me ensinaram que devemos perseguir nossos sonhos. À minha filha Ana Carolina, uma entusiasta dos meus estudos e meu amor mais profundo. Ao Rodrigo, companheiro de vida e porto seguro.

AGRADECIMENTOS

À Prof^a Me. Isabel Cristina Porto Borjes, que me inspira com seus ensinamentos e com seu exemplo profissional. Obrigada pela honra de ser sua orientanda. Agradeço pelo rigor em suas ponderações e correções, fundamentais frente ao meu incipiente conhecimento jurídico.

À Cláudia Odiléia Müller, presença marcante em minha vida. Obrigada pelo profissionalismo e por me auxiliar a organizar os pensamentos quando mais precisei.

À Maria Alice dos Santos, funcionária da Biblioteca, do setor Normas da ABNT da UNISINOS, pela atenção, orientação e disponibilidade constantes. Com seu auxílio, a formatação do trabalho tornou-se prazerosa.

Dois mil e quinhentos anos atrás, disse Hipócrates, “... pois onde quer que haja amor humano também existe amor à arte. Alguns pacientes, embora cientes de sua perigosa situação, recuperam a saúde simplesmente por causa de sua satisfação com o médico”.¹

¹ LOWN, Bernard. **A arte perdida de curar**. São Paulo: Peirópolis, 2008. p. 21.

RESUMO

A relação médico-paciente sofreu importantes alterações ao longo dos tempos, especialmente nas últimas décadas, abandonando o caráter hipocrático paternalista, o qual foi substituído pela valorização crescente do paciente como sujeito de direitos. No Direito Brasileiro, em especial a partir do Código de Defesa do Consumidor, o desequilíbrio existente entre as partes contratuais, de um lado o médico-prestador de serviço e, de outro, o paciente-consumidor, encontrou na regra geral da boa-fé objetiva deveres anexos ao contrato, dentre eles o dever de informação. Este dever assumiu o papel de protagonista na relação contratual entre o médico e o seu paciente, na medida em que o paciente somente poderá consentir livremente se tiver todas as informações referentes a sua doença. O médico tem o dever de informar tudo acerca do diagnóstico, tratamento proposto e o prognóstico, de forma clara ao paciente. A observância deste dever do médico deve ser aplicada em todas as fases negociais, inclusive nas fases pré e pós-contrato. Uma vez respeitado o dever de esclarecer, orientar e aconselhar o paciente, restará alcançado o objetivo principal dos deveres informativos: a obtenção do consentimento livre e esclarecido para o ato médico, bem como à proteção da autonomia privada e da autorresponsabilização dela decorrente. O descumprimento do dever de informação pode ter como consequência a responsabilização do profissional da saúde quando dele resultar dano ao paciente e presentes a culpa e o nexo de causalidade. A violação dos deveres informativos do médico acarreta o descumprimento contratual, pelo desrespeito à boa-fé objetiva e pela ruptura da confiança e das legítimas expectativas. O consentimento informado do paciente, idealmente reduzido a termo, constitui-se no melhor instrumento para consolidar a confiança na relação médico-paciente e afastar a responsabilidade do profissional da saúde pelos riscos inerentes à atividade médica.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Médica. Consentimento informado. Dever de informação. Boa-fé objetiva. Confiança.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO	9
2.1 A Responsabilidade Civil no Código de Ética Médica	9
2.2 O Panorama Atual da Responsabilidade Médica	19
2.3 Elementos Caracterizadores da Responsabilidade Civil Médica	28
3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	36
3.1 Conceito e Surgimento	36
3.2 A Boa-Fé Objetiva e o Dever de Informação	50
3.3 A Importância da Boa-Fé para a Responsabilidade Civil e sua Relação com a Confiança	60
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DO DEVER INFORMAÇÃO E DO ROMPIMENTO DA CONFIANÇA	69
4.1 O Dever de Informação e o Consentimento Informado como Elementos Conformadores da Relação de Confiança entre Médico e Paciente.....	69
4.2 O Descumprimento dos Deveres Informativos e o Rompimento da Confiança como Geradores de Danos ao Paciente.....	85
4.3 O Dever de Indenizar do Médico Decorrente da Violação do Dever de Informação	96
5 CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS.....	115

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a Responsabilidade Civil Médica, delimitado no dever de indenizar do médico pelo descumprimento contratual decorrente do rompimento da confiança, mormente no que diz respeito à falha ou falta no dever de informação.

Atualmente, o dever de informação é um dos deveres mais importantes do médico, tanto do ponto de vista ético quanto jurídico, e decorre dos deveres anexos da boa-fé objetiva. Quando o médico descumprir com esse dever, as consequências são inúmeras, principalmente no campo da responsabilidade civil.

Daí o interesse pelo tema, pois várias questões exsurtem, dentre elas: quando o dever de informação poderá ser considerado cumprido e o que se entende por consentimento informado para o ato médico; qual o dano gerado pela falha ou falta da informação e como se estabelece o nexo causal entre eles; como fundamentar a Responsabilidade Civil Médica quando não há erro médico ou falta técnica que justifiquem o dano sofrido pelo paciente, mas tão somente o descumprimento do dever de informação; qual a fonte geradora do dever de indenizar quando o paciente se vê lesado por ter sido submetido a um procedimento médico com o qual não consentiu ou por ter emitido um consentimento viciado por informações inadequadas?

Para enfrentar esses questionamentos, busca-se, na análise do Código de Ética Médica, da doutrina, da legislação pátria e da jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, entender a função do dever de informação, quais seus limites e requisitos, bem como os princípios que regem as decisões em demandas judiciais no que diz respeito à Responsabilidade Civil Médica abrangendo esse tema.

O objetivo principal do trabalho é verificar se o exclusivo rompimento da confiança – conseqüência do princípio da boa-fé objetiva - determina a responsabilização médica; se o ponto de convergência entre a confiança e a boa-fé reside, entre outros, no dever de informação, elevado a direito fundamental pelo Código de Defesa do Consumidor; e se o descumprimento dos deveres informativos, independentemente de falha técnica, ao gerar dano ao paciente, poderá determinar a responsabilização do profissional.

A partir dessas considerações, é possível formular os objetivos específicos a serem percorridos por meio da pesquisa. Assim, para que o objetivo principal seja

atingido, buscar-se-á investigar: se a doutrina é pacífica quanto ao caráter contratual da relação médico-paciente; se é possível haver direito do paciente à indenização em situações em que o dano não foi produzido por erro médico ou culpa médica; se a falha no dever de informação caracteriza negligência médica e rompimento da confiança na relação médico-paciente, e, por fim, se a quebra da confiança na relação médico-paciente, corolária do princípio da boa-fé objetiva, possui o condão de fundamentar o dever de indenizar por violação às legítimas expectativas suscitadas quanto ao atendimento proposto.

Para tanto, o trabalho é dividido em três capítulos: no primeiro, analisa-se a Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro e revisam-se os preceitos estabelecidos pelo Código de Ética Médica no que concerne ao dever de informação e ao consentimento informado. O segundo capítulo compreende os conceitos de boa-fé objetiva, sua construção doutrinária e inserção na Responsabilidade Civil por meio do dever anexo de informação e da confiança. No último capítulo, estuda-se a boa-fé objetiva e a confiança como princípios conformadores da relação contratual médico-paciente. Igualmente analisa-se o dever de indenizar do médico decorrente da violação do dever de informação. Por fim, verifica-se a jurisprudência atual para contextualizar os contornos dos aspectos estudados na tomada de decisões dos Tribunais.

O tema possui inquestionável repercussão social, uma vez que toda a pessoa, em algum momento de sua vida, estará fadada a confrontar-se com alguma situação envolvendo sua saúde e buscará no médico os cuidados necessários, a serem prestados de forma profissional, ética, leal e humana.

Considerando-se que é notório e indiscutível o aumento das demandas judiciais envolvendo a Responsabilidade Civil Médica - tanto devido ao fato de as pessoas estarem cada vez mais cientes de seus direitos e, em consequência, mais reivindicativas; quanto à uma mudança de paradigma no Direito, em que o paciente passou a ser entendido como sujeito de direitos, em contraponto com épocas anteriores em que o médico era visto como detentor do saber técnico e, portanto, praticamente inquestionável em suas condutas -, a pesquisa encontra sua importância e razão de ser.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO

A Responsabilidade Médica vem, progressivamente, assumindo uma posição de destaque no âmbito da Responsabilidade Civil. Impactando-a de forma importante, os progressos da Medicina vêm acompanhados de um aumento progressivo da valorização da saúde e da vida e de uma “cada vez menor tolerância do sofrimento”.²

Por outro lado, a relação de confiança e respeito que sempre existiu entre o médico e o seu paciente está, gradativamente, se transformando numa relação muitas vezes conflituosa, o que repercute no aumento de ações de responsabilidade profissional.

Com o objetivo de contextualizar a Responsabilidade Civil Médica no Direito Brasileiro, o tema será abordado sob o prisma do Código de Ética Médica, da legislação, da doutrina e da jurisprudência. O presente capítulo pretende introduzir as questões éticas e legais que envolvem a responsabilidade do médico para, posteriormente, adentrar no foco específico do trabalho, qual seja, o dever de indenizar decorrente do descumprimento do dever de informação e do rompimento da confiança na relação médico-paciente.

2.1 A Responsabilidade Civil no Código de Ética Médica

O Código de Ética Médica, editado pela Resolução 2.217/18³, em vigor desde 30 de abril de 2019, estabelece um conjunto de normas éticas e morais às quais está adstrito o médico quando do exercício de sua profissão. Nada obstante, não se limitou a essas, uma vez que prevê normatizações de repercussão jurídica quando trata, por exemplo, da Responsabilidade Médica. Tal fato se explica pela relação muito próxima e de limites tênues entre lei e moral.

² FRADA, Manuel António Carneiro da. **Direito Civil, responsabilidade civil: o método do caso**. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina: 2011. p. 114.

³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. [Código de Ética Médica]. Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf>. Acesso em 31 out. 2019.

O Código de Ética e, conseqüentemente, o médico, subordinam-se à ordem jurídica, que prevê direitos, deveres e sanções em face de violação a preceitos legais.⁴

Nas palavras de Genival França Veloso, ao introduzir seus comentários sobre a responsabilização médica no Código de Ética Médica:

Hoje, o princípio da responsabilidade profissional é aceito por todos — médicos, juristas e a própria sociedade —, desde que na apreciação desses feitos fique caracterizada uma conduta atípica, irregular ou inadequada contra o paciente, durante ou em face do exercício médico. Espera-se que na avaliação dessa responsabilidade haja transparência no curso da apreciação e dê-se ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, e que não se venha macular o prestígio da medicina e dos médicos pelo fato de uma conduta indesculpável mais isolada. Aguarda-se, portanto, que na apuração da responsabilidade profissional do médico fique caracterizada a inobservância de regras técnicas e científicas ou atipia de conduta na sua atividade funcional. Em suma: constatar se na verdade o médico afastou-se dos seus inarredáveis “*deveres de conduta*” (de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso).⁵

Inicialmente, o Código de Ética Médica aborda, no Capítulo I, os Princípios Fundamentais orientadores da atividade médica. Já no inciso I⁶, trata de afirmar que todo o ser humano, sem qualquer tipo de discriminação, tem direito à saúde (física, mental, social), sendo a Medicina um instrumento para a consecução do bem-estar de cada indivíduo. Esse preceito encontra seu fundamento no direito constitucionalmente assegurado de proteção à dignidade humana.⁷

⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. p 60. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.107>. Acesso em 17 mar.2020.

⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. [Código de Ética Médica]. Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem_2019.pdf. Acesso em 31 out. 2019.
Capítulo I - Princípios Fundamentais:

I - A medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 out. 2019.
Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do Distrito federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...].

A dignidade da pessoa humana volta a ser tratada pelo Código de Ética Médica no capítulo IV - Direitos Humanos. Nesse sentido, o art. 23⁸ faz menção explícita à vedação ao atendimento de qualquer pessoa, tanto paciente quanto familiares ou colegas de trabalho, sem o devido respeito, com consideração e sem qualquer tipo de atitude discriminatória, o que converge para o caráter humanístico da Medicina. A infração a qualquer desses preceitos já configura infração ética quando devidamente comprovada.⁹

Inserido no contexto social, o bem-estar do indivíduo expande-se para o bem-estar coletivo. A atuação médica, como parte de um sistema multidisciplinar de cuidados com a saúde de todo o ser humano - entendida a saúde não apenas como a “não doença” -, deve ser guiada pelo zelo e pelo empenho de suas melhores capacidades profissionais.¹⁰ Com isso, o Código de Ética Médica coloca o paciente em posição de primazia na relação médico-paciente.¹¹ Isto significa que o médico não poderá deixar de solicitar exames necessários, restringir uso de medicamento indicado e insubstituível, ou até mesmo deixar de investigar alguma hipótese diagnóstica a fim de reduzir custos hospitalares ou para o convênio médico. O paciente encontra-se no topo da cadeia de interesses a serem protegidos.

De forma consentânea, preceitua o Código de Ética Médica que o médico tem o compromisso de manter-se continuamente atualizado com os progressos científicos atinentes à sua profissão¹², a fim de que possa desempenhar suas funções de forma adequada e zelosa, sempre em favor do paciente (princípio da beneficência). E estar atualizado relaciona-se fortemente com uma conduta diligente

⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019.** [Código de Ética Médica].

Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em:

[https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem%202019.pdf). Acesso em 31 out. 2019.

Capítulo IV – Direitos Humanos:

É vedado ao médico:

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto. Parágrafo único. O médico deve ter para com seus colegas respeito, consideração e solidariedade.

⁹ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 173-174.

¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), op. cit.

Capítulo I - Princípios Fundamentais:

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

¹¹ DANTAS, op. cit., p. 45.

¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), op. cit.

Capítulo I – Princípios fundamentais:

III – Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade.

por parte do profissional, pois permitirá o acesso do paciente à melhor terapêutica disponível para seu caso, autorizando que o mesmo exerça a autonomia para decidir sobre os destinos de sua vida bem amparado pelos conhecimentos técnicos amplos e completos do profissional que o atende, sem estar adstrito a opções já ultrapassadas. Tal entendimento é, posteriormente, reiterado no art. 32¹³, que estipula que comete ilícito ético o médico que, em conduta omissiva, não se utiliza de todos os meios disponíveis para a promoção da saúde integral do paciente. Por certo, há que ser considerado que a terapêutica ideal poderá ser limitada em face dos recursos disponíveis e acessíveis no local de atendimento. Resultado do respeito a esses preceitos, para além do exercício da melhor Medicina para o paciente, o aumento da segurança do médico, afastando um possível dano futuro indenizável.

A missão do médico é “proteger a vida, a saúde e a dignidade humanas, até onde seja capaz o seu esforço e a sua capacidade”¹⁴. Dessa forma, o não agir quando possível e necessário, ou o não uso do melhor da capacidade técnica, caracterizam falha ética. Como afirmam Eduardo Dantas e Marcos Coltri, “[...] a demonstração do desleixo, especialmente aquele deliberado, consciente, pode vir a somar na análise de uma conduta negligente ou imprudente, estas, sim, puníveis também eticamente, [...]”; e “deixar de observar o princípio ético é atrair para si uma responsabilidade desnecessária”¹⁵.

Em que pese o Código de Ética Médica afirmar que a relação médico-paciente não configura uma relação de consumo¹⁶, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Este é o entendimento uníssono dos Tribunais.¹⁷

¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019.** [Código de Ética Médica].

Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em:

[https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem%202019.pdf). Acesso em 31 out. 2019.

Capítulo V – Relação com paciente e familiares:

É vedado ao médico:

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

¹⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica.** 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. p. 19 *E-book*. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/cfi/6/2/4/2/2@0:0.107>. Acesso em 17 mar. 2020.

¹⁵ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p 45.

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019.** [Código de Ética Médica].

Conforme asseveram Eduardo Dantas e Marcos Coltri, o inciso XX dos Princípios Fundamentais “encerra muito mais uma declaração de vontade que uma situação fática”.¹⁸ Sobrepujando o aspecto meramente jurídico, poder-se-ia entender a relação médico-paciente como uma relação de consumo especial, porque dela participam elementos para além da prestação do serviço remunerado por um profissional, a um paciente que adquire o serviço como consumidor final. Esta relação de consumo é permeada por sentimentos tais como medo, incerteza, fé, confiança¹⁹, esperança quanto à sua saúde, que tornam o liame fornecedor-consumidor mais complexo sob o prisma humanitário.

De toda forma, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação médico-paciente é pacífica, conforme será oportunamente abordado. Na ausência de uma lei específica que trate desse assunto, é a legislação consumerista que rege a atuação do profissional médico e protege o paciente, por ser de ordem pública e atender a interesse social, de acordo com o que estabelece o seu artigo 1º.²⁰

Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf>. Acesso em 31 out. 2019.

Capítulo I – Princípios fundamentais:

XX – A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

¹⁷ Nesse sentido: **Apelação Cível, nº 70082879180**, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Julgado em: 05-03-2020; **Apelação Cível, nº 70083104406**, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em: 20-02-2020; **Apelação Cível, nº 70078400231**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em: 26-09-2018; **Recurso Especial nº 1.540.580/DF**, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Lázaro Guimarães, julgado em 02-08-2018.

¹⁸ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 69.

¹⁹ Note-se que o Código de Ética Médica mantém sua coesão ao trazer para seus incisos e artigos conceitos entrelaçados, que se repetem e se acrescem em sentido. Devido a esse fato, nem sempre é possível isolar seus preceitos de forma temática, por isso serão abordados conforme o andamento próprio do trabalho. Assim, a confiança aparece no capítulo dos Princípios Fundamentais, no intuito pragmático de trazer ao texto sua importância no tipo especial de relação que existe entre médico e paciente. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. [Código de Ética Médica]. Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf>. Acesso em 31 out. 2019.

Capítulo I – Princípios fundamentais

XIX – O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de **relação particular de confiança** e executados com diligência, competência e prudência. (Grifo nosso).

²⁰ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 31 out. 2019. Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Entre tantas determinações importantes contidas no Código de Ética Médica, atenção específica será dada ao seu capítulo III, que trata da Responsabilidade Civil, por ser esse o enfoque dado no trabalho.

O capítulo da Responsabilidade Profissional aborda as vedações impostas ao médico no exercício da profissão conforme a redação do art. 1º.²¹

Da leitura desse artigo, pode-se traçar um paralelo com o que estabelece o Código Civil. Encontram-se presentes o dano, a conduta médica, o nexo causal e a culpa como elementos caracterizadores da responsabilidade médica sob o prisma ético, da mesma forma que estabelece a legislação civil²². Presentes estes elementos, estará caracterizada uma atuação do profissional em desconformidade com o Código e, portanto, antiética. A culpa, por sua vez, deverá ser sempre provada e jamais presumida no processo ético-profissional.

Fica claro também o caráter personalíssimo da Responsabilidade Médica: o médico terá sua atuação verificada no que tange aos próprios atos, e não aos atribuíveis aos demais personagens que possam ter atuado em determinado caso. O artigo 3º²³ proíbe o médico de deixar assumir a responsabilidade por seus atos ou pelos que tenha indicado, estendendo-se esta proibição mesmo em caso de ter havido o consentimento do paciente ou responsável (art. 4º²⁴).

Desses enunciados, depreende-se que o médico não poderá eximir-se da responsabilidade que tenha assumido, atribuindo-a a terceiros. A responsabilidade

²¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. [Código de Ética Médica].

Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em:

[https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem%202019.pdf). Acesso em 31 out. 2019.

Capítulo III – Responsabilidade profissional:

É vedado ao médico

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

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002] Institui o Código Civil.

Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 31 out. 2019

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.

²³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), op. cit.

Capítulo III – Responsabilidade profissional:

É vedado ao médico:

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual tenha participado, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

²⁴ Ibid.

Capítulo III - Responsabilidade profissional:

É vedado ao médico:

Art. 4º. Deixar de assumir responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante.

somente poderá ser excluída caso o médico possa demonstrar que agiu de acordo com a melhor técnica ou com o protocolo indicado para o caso que se lhe apresenta, além de não ter incorrido em negligência, imperícia ou imprudência²⁵.

Genival Veloso de França chama a atenção de que, em que pese o consentimento do paciente ou de seu representante autorizar o médico a realizar a terapêutica proposta, esta autorização não isenta o médico da responsabilidade de fornecer as informações e orientações necessárias para a tomada consciente de decisão, tampouco o isenta da responsabilidade por seus atos. Portanto, de forma explícita, o Código de Ética Médica também traz à tona o princípio da autonomia do paciente – assim como o ordenamento jurídico²⁶ -, o qual garante ao paciente o direito de escolha sobre o destino que dará à sua própria vida.²⁷

A atribuição de insucessos diagnósticos ou terapêuticos a terceiros ou ao acaso também é vedado (art. 6^o²⁸). O dever do médico de assumir a responsabilidade por ato danoso ocasionado ao paciente está intimamente ligado ao dever de transparência que deve permear a relação médico-paciente, como será examinado. Oportuna a colocação de Eduardo Dantas e Marcos Coltri:

Claro, em medicina, o imponderável está sempre presente, o “acaso” é uma constante, e a “vontade de Deus”, insondável e soberana. Mas mesmo estas explicações somente poderão ter algum tipo de validade – ética ou jurídica – se demonstrada a inexistência de culpa.²⁹

O Código de Ética Médica traz, ainda, importantes determinações concernentes aos Direitos Humanos no capítulo IV. Colocado no primeiro artigo³⁰,

²⁵ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 127-129.

²⁶ O tema da autonomia privada será tratado no item 4.2 do trabalho.

²⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. p. 77. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/cfi/6/2/4/2/2@0:0.107>. Acesso em 17 mar.2020.

²⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. [Código de Ética Médica].

Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em:

[https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem%202019.pdf). Acesso em 31 out. 2019.

Capítulo III. – Responsabilidade profissional:

É vedado ao médico:

Art. 6^o Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

²⁹ DANTAS, op. cit., p 130.

³⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), op. cit.

Capítulo IV – Direitos Humanos:

denotando a importância que assume na relação médico-paciente, encontra-se o consentimento informado para o ato médico, diretamente relacionado ao dever de informação. Asseveram Eduardo Dantas e Marcos Coltri que o referido artigo explicita dois pilares do Código de Ética Médica: o direito do paciente à informação e a autonomia³¹.

Para que o paciente possa consentir validamente, deve receber todas as informações necessárias acerca da sua doença, em linguagem clara, acessível e evitando termos técnicos; das opções diagnóstica e de tratamento, incluídos os riscos e benefícios envolvidos tanto de tratar quanto de não tratar a patologia; bem como sobre o prognóstico da doença. Importa ressaltar que é por meio do diálogo que estas informações serão fornecidas. Somente após, o paciente terá condições de, exercendo sua autonomia, consentir ou não.

O Código de Ética Médica não estabelece forma para a obtenção do consentimento do paciente, podendo ser apenas verbal. A fim de normatizar a questão, o Conselho Federal de Medicina emitiu o Parecer-Consulta CFM nº 10/96, cuja ementa estabelece:

Deve o médico esclarecer o paciente sobre práticas diagnósticas e terapêuticas, conforme preceitua o Código de Ética Médica, não sendo considerada obrigatória a fixação de termo por escrito.³²

Entretanto, aconselha a redução a termo do consentimento esclarecido e informado como meio de salvaguardar os direitos médicos, ou mesmo a anotação em prontuário médico. Todavia, sem valor será o termo de consentimento genérico, não particularizado e em desacordo com o que foi dialogado; tampouco terá validade o documento com assinatura do paciente se este não foi informado. Tais ocorrências já caracterizam infração ética, independentemente da qualidade de prestação do serviço ou da ocorrência de dano ao paciente.³³

É vedado ao médico:

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.

³¹ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 167.

³² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Parecer-Consulta CFM nº 10/1996**. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 1996. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/1996/10>. Acesso em 25 mar 2020.

³³ DANTAS, op. cit., p 168-171.

A regra do art. 22 é excepcionada em caso de risco iminente de morte, em que o tempo destinado à obtenção do consentimento pode ser determinante para salvar a vida do paciente. Ademais, nesta situação, o paciente provavelmente não teria condições de emitir o consentimento, uma vez que privado de capacidade para tal, sendo indicado nesta situação, obter, em sendo possível, o consentimento de seu representante legal.

A autonomia do paciente, outro fundamento do Código de Ética Médica, relaciona-se à liberdade de decisão quanto ao seu bem estar. A relação médico-paciente pressupõe comprometimento mútuo, entendido como a possibilidade de decisão consciente e esclarecida mediante o fornecimento das informações adequadas e necessárias. Viola o Código de Ética Médica o médico que não permite que o paciente exerça seu direito à autodeterminação ou que se utiliza de sua autoridade para limitá-lo³⁴. Também fazendo referência ao princípio da autonomia, o art. 31 do Código de Ética Médica ³⁵ determina que o médico tem o dever de respeitar o direito do paciente ou de seu representante legal decidirem sobre os rumos do processo de investigação diagnóstica e de tratamento, exceto quando houver risco iminente de morte.

O princípio da autonomia do paciente também já se encontra presente na apresentação dos Princípios Fundamentais³⁶, balizadores da atividade médica.

Dessa forma, indo ao encontro do que estabelece o Código de Ética Médica, Genival França Veloso afirma que o princípio da autonomia pode e deve sofrer limitações em situações em que o paciente não quer decidir, não possuir condições

³⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019.** [Código de Ética Médica].

Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em:

https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem_2019.pdf. Acesso em 31 out. 2019.

Capítulo IV – Direitos humanos:

É vedado ao médico:

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

³⁵ Ibid.

Capítulo V – Relação com pacientes e familiares:

É vedado ao médico:

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

³⁶ Ibid.

Capítulo I - Princípios fundamentais

XXI – No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com os ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

para decidir, ou resolver de forma a contrariar a ciência, sob pena de causar mal a si mesmo. Destarte,

[...], mesmo que se apregoe o princípio da autonomia como o mais eloquente de todos, não se pode deixar de reconhecer que ele pode ser limitado ou condicionado pelos outros princípios, pois nem sempre o indivíduo está total ou emocionalmente capaz de consentir ou em condições físicas, psíquicas ou culturais de receber as informações necessárias, por não compreendê-las, por não avaliá-las ou simplesmente sem condições de decidir. Queira-se ou não, mesmo sabendo-se que este princípio representa a proteção à dignidade de cada um de nós, há de chegar uma situação tão delicada que a pessoa técnica, psicológica e legalmente habilitada para decidir é o médico. Ninguém pode abrir mão da experiência, do saber e do conhecimento que ele tem sobre o que pensa seu paciente. Isso nada tem a ver com a prática condenável do *paternalismo*. Na urgência, esse fato fica bem evidente.³⁷

Conclui-se que o princípio da autonomia, no contexto ético, sempre que necessário, será sopesado com o princípio da beneficência. Quando o paciente decide de forma autônoma, porém movido “por capricho ou por uma emoção”, o princípio da beneficência deve prevalecer:

Sem perder de vista que o *princípio da autonomia* é de fundamental importância pela valorização do indivíduo e de sua livre vontade, o *princípio da beneficência*, além de não excluir esta autonomia, afina-se com o bem consensual e evita todo prejuízo inútil. Por outro lado, quando caprichosa, arbitrária e irresponsável, esta autonomia exclui a beneficência.³⁸

Não há como desvincular a autonomia do paciente do direito de informação, tanto do ponto de vista ético quanto do ponto de vista jurídico. O direito do paciente à informação converte-se na obrigação do médico de fornecê-la.³⁹ Os reflexos do dever de informação na Responsabilidade Civil Médica serão abordados oportunamente.

³⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. p. 114. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/cfi/6/2/4/2/2@0:0:107>. Acesso em 17 mar.2020.

³⁸ *Ibid.*, p. 114.

³⁹ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 204.

A redação do art. 34⁴⁰ deixa claro que, para além da obrigação do médico de informar, é imprescindível que cada paciente tenha observado suas condições particulares para receber as informações. O médico deve, dentro de seu dever de zelo, consideração e respeito ao ser humano, ponderar e avaliar se a informação cumprirá com seu papel de propiciar a tomada de decisões pelo paciente ou, pelo reverso, causar-lhe algum tipo de mal.⁴¹

Nesse caso, a informação deverá ser fornecida ao representante legal do paciente, respeitada sua intimidade e com registro fundamentado em prontuário⁴² sobre as razões que não autorizaram o médico a informar diretamente ao paciente. O mesmo aplica-se quando o paciente exerce o seu “direito de não saber”.⁴³

A partir da análise feita sobre o Código de Ética Médica, o estudo avança para a contextualização e análise da Responsabilidade Médica sob o enfoque do Direito. Será possível verificar os vários pontos de confluência entre os mandamentos éticos e as normas do Direito Civil e do Direito do Consumidor, formando um conjunto de repercussões diferentes (ético-disciplinares ou de responsabilização civil), porém com um fundamento comum que se resume em não causar dano injusto a outrem, respeitando o Princípio do *Neminem Laedere*, esteio da Responsabilidade Civil.

2.2 O Panorama Atual da Responsabilidade Médica

⁴⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019.** [Código de Ética Médica].

Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em:

[https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem%202019.pdf). Acesso em 31 out. 2019.

Capítulo V – Relação com pacientes e familiares:

É vedado ao médico: deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

⁴¹ Como ocorreria, por exemplo, caso o paciente tivesse sob risco agravamento de um quadro de depressão e, até mesmo, de suicídio, ao receber notícias de conteúdo negativo.

⁴² É obrigação do médico elaborar prontuário médico legível para cada paciente, o qual conterá todas as informações pertinentes ao quadro clínico, como exame físico, exames realizados, consultorias, tomada de decisões e sua fundamentação, facilitando a comunicação entre equipes e permitindo o acesso futuro a estas informações a fim de melhor conduzir o atendimento ao paciente. É o que estabelece o Código de Ética Médica. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), op. cit.

Capítulo X – Documentos médicos:

É vedado ao médico: Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente. § 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido em cada avaliação, em ordem cronológica de data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

⁴³ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 204.

A controvérsia previamente existente sobre a caracterização jurídica da Responsabilidade Civil Médica – se contratual ou extracontratual - já se encontra pacificada na doutrina e na jurisprudência, não restando questionamentos sobre a seu fundamento ser, de regra, o descumprimento de um contrato^{44,45}. Consequentemente a responsabilidade será contratual.

No entanto, antes de adentrar na Responsabilidade Civil propriamente dita, faz-se necessária uma breve revisão doutrinária a respeito do contrato como instrumento gerador de obrigações.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho definem o contrato como sendo

Um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, visando a atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos, decorrente da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social.⁴⁶

Dessa forma, a partir da interpretação do art. 421, do Código Civil⁴⁷, define-se o contrato como expressão da liberdade humana e instrumento para a realização efetiva da liberdade e da vontade de constituir um negócio jurídico, sendo o exercício particular dessas (liberdade/vontade) conformado pelas regras de interesse público.⁴⁸ A vontade, de acordo com entendimento majoritário no Direito Brasileiro, deve ser declarada ou manifestada⁴⁹, sendo prescindível a forma (verbal,

⁴⁴ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 91.

⁴⁵ Ainda no âmbito doutrinário, Caio Mário da Silva Pereira menciona o entendimento de alguns autores quanto à responsabilidade profissional, entre elas a do médico, que poderia ser caracterizada como um *tertium genus*, de caráter autônomo, uma vez que submetidas à legislação especial. PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (atual.). **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 332.

⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. v.4: Contratos, t I: Teoria geral. p. 54.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002]. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31 out. 2019. Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos.

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 961.

⁴⁹ De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a vontade é expressa “no campo privatístico pela declaração emanada do querer individual, manifestada na conformidade do que estabelece a ordem jurídica”. PEREIRA, op. cit., p. 325.

escrita ou tácita)⁵⁰, e atenderá mais à intenção do declarante que ao sentido literal das palavras⁵¹. Sem a manifestação de vontade – elemento cerne -, o contrato será considerado inexistente.⁵² Logo, transparece já nesta regra geral a importância da voluntariedade, do diálogo entre as partes e da informação quanto ao objeto do contrato para a sua efetiva conclusão.

No plano da validade dos contratos, existem requisitos de ordem geral e de ordem especial⁵³. Os primeiros estão previstos no art. 104, do Código Civil⁵⁴ e são aplicáveis a todos negócios jurídicos. Para ser válido, o código civilista estabelece que o contrato deve ser contraído por agente capaz, sob pena de nulidade se houver incapacidade absoluta (art. 3º)⁵⁵ ou de anulabilidade se a incapacidade for relativa (art. 4º)⁵⁶. No entanto, importa destacar que, mesmo no contrato médico, para obter o consentimento válido, é necessária a capacidade do paciente ou, em caso de incapaz, seja suprida esta incapacidade pela representação ou assistência do representante legal. O objeto deve ser lícito, ou seja, não atentatório à lei, à moral e aos bons costumes; além de possível, determinado ou determinável. Quanto à forma, deve ser a prescrita ou a não defesa em lei. A doutrina traz ainda um requisito de ordem especial, que trata da “convergência das manifestações de

⁵⁰ No Direito Brasileiro, a regra geral consagrada é a da liberdade de forma, constituindo-se a forma determinada a exceção. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002]. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em 31 out. 2019.

Art. 107: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei exigir expressamente.

⁵¹ Ibid.

Art. 112: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nela consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. v.4: Contratos, t I: Teoria geral. p. 57.

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3: Contratos e atos unilaterais. p. 33-34.

⁵⁴ BRASIL, op. cit.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵⁵ Ibid.

Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

⁵⁶ Ibid.

Art. 4 -São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

vontades contrapostas”⁵⁷ ou do “consentimento recíproco ou acordo de vontades”⁵⁸. Tais expressões apenas reforçam o caráter bilateral dos contratos em que, quando as declarações de vontade convergem para um acordo, há formação de um consentimento para que o pactuado seja adequadamente cumprido.

Dessa forma, o contrato estabelece um acordo com força jurídica entre os contraentes e, desde que válido e eficaz, subordina as partes (médico e paciente) a direitos e deveres que devem ser cumpridos, uma vez que “o acordo de vontades faz lei entre elas”.⁵⁹ Logo, o contrato é dotado de coercitividade, esta oriunda do princípio da força obrigatória dos contratos (princípio da obrigatoriedade⁶⁰) ou, como classicamente denominado, do *pacta sunt servanda*.⁶¹

O descumprimento do contrato, fonte geradora da responsabilidade contratual, pressupõe e exige uma relação jurídica prévia à ocorrência do ato ilícito.⁶²

A relação médico-paciente, do ponto de vista jurídico, é de natureza de contrato de locação de serviços *sui generis*⁶³ ou de contrato *sui generis*⁶⁴, uma vez que a avença contraída inclui tanto a prestação remunerada do serviço médico quanto a aquisição de deveres extrapatrimoniais. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, “essa divergência acerca da natureza jurídica do contrato em nada altera a responsabilidade do médico, posto que, tratando-se de responsabilidade contratual, o que importa saber é se a obrigação gerada pela avença é de resultado ou de meio.”⁶⁵. Portanto, é pacífico o entendimento de que o contrato conforma a relação entre o profissional médico e o seu paciente, e se estabelece desde o primeiro atendimento.

Uma vez que a relação médico-paciente é instrumentalizada por um contrato, a responsabilidade médica é da espécie denominada contratual e tem como

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. v.4: Contratos, t I: Teoria geral. p. 57.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3: Contratos e Atos Unilaterais. p. 34.

⁵⁹ BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade Civil e Nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 42.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (atual.). **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p 328.

⁶¹ GAGLIANO, op. cit., p. 79.

⁶² PEREIRA, op. cit., p 330.

⁶³ Ibid., p. 202.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 492-493.

⁶⁵ Ibid., p. 493.

fundamento o descumprimento de um contrato^{66,67}. Assim leciona José de Aguiar Dias: “ora, a natureza contratual médica não nos parece hoje objeto de dúvida. (...) Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”.⁶⁸

Cabe, ainda, salientar que o descumprimento contratual concretizar-se-á quando da ocorrência de um dano, por inadimplemento parcial ou total do que fora previamente pactuado.⁶⁹ Em outras palavras, para que surja a responsabilidade contratual, é necessária a inexecução do contrato pelo devedor, tanto parcial quanto total. Logo, tanto o contrato é fonte de obrigação (de fazer, de não fazer ou de dar), quanto a sua inexecução é geradora da obrigação de reparar os danos dela decorrentes. De acordo com José de Aguiar Dias,

Se o contrato é fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimentada o mundo da responsabilidade. O que se estabelece aqui é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação que a substitui por efeito de inexecução, isto é, a obrigação de reparar o prejuízo, advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor: esse não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que contratualmente consentira⁷⁰

Para o enfoque do presente trabalho, interessa a denominada violação positiva do contrato, decorrente da violação dos deveres anexos ou instrumentais relacionados ao princípio da boa-fé. A teoria da violação positiva do contrato, originária do Código Civil Alemão, prende-se ao dano produzido quando da não observância dos deveres decorrentes da boa-fé, incluindo-se entre eles o dever de cumprimento da palavra empenhada, conexo ao dever de informação.⁷¹ Como bem

⁶⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 92.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 492.

⁶⁸ KFOURI NETO, op. cit., p. 92.

⁶⁹ BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade Civil e Nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 387.

⁷¹ Ibid. p. 396.

afirma Sérgio Cavalieri Filho, “quem contrata não contrata apenas a prestação principal; contrata também a cooperação, lealdade, respeito e transparência”.⁷²

No contexto Responsabilidade Médica, imprescindível a delimitação das obrigações assumidas pelo médico em face de seu paciente, a fim de que se possa dar contornos ao respectivo inadimplemento. Assim sendo, o médico tem o dever de empenhar as melhores técnicas disponíveis na Medicina e o melhor de suas habilidades técnicas para assegurar ao paciente o direito ao diagnóstico e ao tratamento indicados para o seu caso específico, permitindo-lhe o direito de escolha sobre as decisões referentes à sua saúde, sempre agindo de forma ética, diligente e transparente. É impensável que o médico assuma a responsabilidade pela cura de um paciente, visto que a Medicina é ciência incerta e, cada paciente, único, com sistemas vitais dinâmicos. É justamente a complexidade orgânica e psíquica do ser humano que torna a evolução de determinada patologia clínica e a resposta a dado tratamento, mesmo que tecnicamente correto, presumíveis, porém nem sempre totalmente previsíveis e determinadas. Em suma, o médico tem, por contrato, a obrigação de empregar “todos os seus esforços, conhecimentos, meios e condutas”⁷³ na prestação do atendimento ao paciente, com sua concordância, visando ao melhor desfecho para a situação vivenciada. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald: “a responsabilidade do médico é circunscrita ao dever geral de diligência, agindo conforme o estágio atual de desenvolvimento da técnica, [...]”.⁷⁴

No Direito Brasileiro, a Responsabilidade Médica é regida pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor. Como bem aduz Cláudia Lima Marques, o Direito Obrigacional Brasileiro tem um caráter *sui generis*, assemelhando-se

A um edifício. O Código Civil de 2002 é a base geral e central, é o próprio edifício, em que todos usam o corredor, o elevador, os jardins, é a entrada comum a civis, a empresários e consumidores em suas relações obrigacionais. Já o CDC é um local especial, só para privilegiados, é como o apartamento de cobertura: lá existem privilégios materiais e processuais para os diferentes, que passam

⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 395.

⁷³ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 15. ed. rev., atual e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 275.

⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 664. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

por sua porta e usufruem de seu interior, com piscina, churrasqueira, vista para o rio ou mar e outras facilidades especiais. Na porta de cobertura só entram os convidados: os consumidores, os diferentes, em suas relações mistas com os fornecedores. Sustentando conceitualmente o privilégio ou com base do CDC, está o CC/2002, com seus princípios convergentes, sempre pronto a atuar subsidiariamente.⁷⁵

O contrato de consumo é aquele que envolve, como partes, o fornecedor e o consumidor, e tem como objeto o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços. Nos seus artigos. 2^{o76} e 3^{o77}, respectivamente, o Código de Defesa do Consumidor define quem são os consumidores e os fornecedores de produtos e serviços, enquadrando-se os pacientes entre os primeiros⁷⁸ e os médicos entre os segundos.⁷⁹

Na qualidade de consumidor, o paciente possui o reconhecimento formal de sua situação de vulnerabilidade, o que lhe garante a proteção de seus interesses e necessidades, sendo objetivos explícitos da Política Nacional das Relações de Consumo a tutela à saúde, à dignidade humana, à melhoria da qualidade de vida; e o direito à transparência e à harmonia nas relações de consumo, de acordo com o

⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 667. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da república, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 31 out. 2019. Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

⁷⁷ Ibid.

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

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁷⁸ De acordo com José Geraldo Brito Filomeno, “o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.” FILOMENO, José Geraldo Brito. *Dos direitos básicos do consumidor*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processual - Volume Único**, 12. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 23. *E-book*. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982867/>. Acesso em 01 mar. 2020.

⁷⁹ Ibid., p. 47: “fornecedor é qualquer *pessoa física*, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a *jurídica*, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.” (Itálicos do autor).

art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.⁸⁰ A situação de vulnerabilidade do consumidor está relacionada à sua sujeição ao controle do produtor ou fornecedor de serviço, detentor, a depender da atividade exercida, do poder econômico, dos meios de produção, ou do conhecimento técnico, como é o caso do médico.

Em que pese o código consumerista ter consagrado no artigo 14, *caput*, a responsabilidade objetiva dos fornecedores e prestadores pelos produtos e serviços ofertados, o parágrafo 4º estabeleceu uma importante exceção à regra: a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais⁸¹, verificada mediante culpa *lato sensu*, aí incluídos o dolo e a culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia ou imprudência.⁸² A razão para esta diferenciação de tratamento encontra-se no fato de que esta relação específica entre consumidor e prestador de serviço ser *intuito personae*. Em se tratando do profissional liberal médico, a relação contratual com o paciente se estabelece com base na confiança entre os contratantes⁸³. A escolha do profissional é feita, em regra, com base em seus atributos pessoais e profissionais.⁸⁴

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 31 out. 2019. Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...].

⁸¹ Sobre a definição de profissional liberal, incluídos aí os médicos, há que se considerar quatro requisitos: 1) autonomia profissional, isenta de relação de subordinação; 2) prestação pessoal dos serviços; 3) atendimento personalizado e com regras próprias; 4) atuação lícita e eticamente admitida. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 196.

⁸² BRASIL, op. cit.

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

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

⁸³ DENARI, Zelmo (Segmento atualizado por José Geraldo Brito Filomeno). Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumido: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processual - Volume Único**, 12. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 209. *E-book*. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982867/>. Acesso em 01 mar. 2020.

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 664. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

Posterior ao Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil adotou vários pontos já trazidos ao ordenamento jurídico pela legislação consumerista.⁸⁵

Como regra genérica da Responsabilidade Civil, o artigo 186, do Código Civil⁸⁶, prevê o ato ilícito como uma de suas fontes geradoras. Da leitura da norma legal, extraem-se: 1) o elemento cerne do ato ilícito – contrariedade a direito; e 2) os elementos complementantes do suporte fático – conduta humana comissiva ou omissiva, dolo ou culpa, nexos causal e dano. Além da culpa *stricto sensu* (configurada por imperícia, imprudência e negligência), o referido artigo incluiu o dolo como elemento conformador da ilicitude.

O referido artigo 186 deve ser lido combinado com o preceito, previsto no artigo 927^{87,88}, ambos do Código Civil: o dever de indenizar é imputado àquele que cometer ato ilícito.

Todavia o Código Civil de 2002 trouxe uma regra específica para os profissionais da saúde, previsto no artigo 951⁸⁹. Pela redação do novel dispositivo, que exige culpa do profissional, não foi afastada a regra geral do artigo 186, restando inquestionável que a responsabilidade médica é subjetiva.

⁸⁵ A esse respeito, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto afirmam a importância do Código de Defesa do Consumidor como fonte hermenêutica a nortear o Direito Civil e citam como exemplo a incidência da boa-fé objetiva nas relações civis. FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 664. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020. p. 776.

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002]. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31 out. 2019. 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.

⁸⁷ *Ibid.*

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

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

⁸⁸ Como regra geral, devido à incidência da norma especial contida no art. 14º, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina que a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”, o parágrafo único do art. 927, do Código Civil, não se aplica aos profissionais liberais, nesses incluída a categoria médica. FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 663. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

⁸⁹ BRASIL, *op. cit.*

Art. 951: O disposto nos arts. 948, 949 e 959 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.

Cabe ao médico, portanto, o dever de indenizar quando, em função do exercício da profissão, por negligência, imprudência ou imperícia, causar dano ao paciente, desde a produção ou agravamento de lesão, até mesmo a morte, incluídos tanto prejuízos físicos e materiais, quanto morais.⁹⁰

Por outro lado, importante ressaltar que, quando tratamos da responsabilidade contratual, a doutrina ressalta a importância das fases pré e pós contratuais. A primeira inclui o momento em que as partes iniciam os contatos e as tratativas que poderão levar à conclusão do contrato. Independentemente dessa, já ocorre uma vinculação entre as partes, geradora de expectativas e de confiança quanto ao que foi proposto.

De forma elucidativa, Sérgio Cavalieri Filho leciona que essa relação jurídica, oriunda do simples *contato social*, pode gerar obrigações.⁹¹ Completa o doutrinador: “o espaço da responsabilidade pré-contratual é aquele em que os *contatos* já se iniciaram, mas o *contrato* ainda não se realizou”.⁹²

Dessa forma, o que enseja a responsabilização não é o descumprimento contratual, visto que o contrato ainda não foi concluído, mas sim o rompimento da confiança ensejada pelo cumprimento das expectativas quanto à conclusão do negócio. Nessa seara, incluem-se o desrespeito aos deveres anexos de lealdade, transparência, cooperação, informação, os quais conformam a boa-fé que deve reger todos os contratos. Na doutrina, esse entendimento já é antigo, introduzido por Von Ihering como a responsabilidade por *culpa in contrahendo*.⁹³ Tal entendimento é importante, pois também incidirá e produzirá efeitos na Responsabilidade Civil Médica, como será examinado.

2.3 Elementos Caracterizadores da Responsabilidade Civil Médica

A definição do descumprimento contratual como fonte geradora da Responsabilidade Civil Médica e a adoção da teoria subjetiva, tanto pelo Código de Defesa do Consumidor quanto pelo Código Civil, traz consigo reflexos importantes a respeito do tema.

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1511.

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 399.

⁹² *Ibid.*, p. 400.

⁹³ *Ibid.*, p. 400.

Primeiramente, faz-se necessário o estudo dos pressupostos do dever de indenizar do médico, decorrentes da responsabilidade contratual subjetiva, retirados do artigo 951, do Código Civil⁹⁴, quais sejam: 1) a conduta; 2) o dano; 3) a culpa; e 4) o nexo causal. Quando presentes todos, surge o dever de indenizar, consoante a cláusula geral ínsita no artigo 927, do Código Civil.⁹⁵

Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior,

A responsabilidade específica do profissional médico (isto é, aquele que tem habilitação universitária e exerce a Medicina com habitualidade) tem como pressuposto o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo costume ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial.⁹⁶

Portanto, a Responsabilidade Civil interessa-se pela conduta humana voluntária. A vontade representa o elemento subjetivo da liberdade consciente de agir de um agente capaz e imputável. A ação é a atuação positiva geradora de um dano, enquanto a omissão é o não agir quando existe a obrigação de atuar. Ambas são capazes de produzir lesão a direito de outrem, produzindo consequências jurídicas.⁹⁷ Como aduz Sérgio Cavalieri Filho, a omissão “não é mero não fazer, mas, sim, não fazer algo que, nas circunstâncias, era imposto ao omitente do Direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização”.⁹⁸ Ressalta, ainda, que a definição de omissão é fornecida por uma regra jurídica que impõe a conduta omitida, ou seja, o dever de agir. O não agir pelo agente juridicamente obrigado,

⁹⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002] Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31 out. 2019.

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.

⁹⁵ Ibid.

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

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

⁹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). **Direito e Medicina: aspecto jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 136.

⁹⁷ BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade Civil e Nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014. p 58.

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p 41.

infringe a norma, viola um dever jurídico e pode não impedir ou, até mesmo, provocar o advento de determinado resultado danoso.⁹⁹

Logo, para haver o dever de indenizar do médico, são necessárias ação ou omissão médicas que se contraponham aos preceitos e às cautelas necessárias para a promoção e para o cuidado da saúde do paciente.

O segundo pressuposto do dever de indenizar do médico é a culpa. Incorre em culpa médica o profissional que atua com negligência, imperícia ou imprudência (culpa *stricto sensu*). A conduta culposa é voluntária, sendo indiferente a consciência do agir em desacordo com os preceitos da atividade médica ou o desejo de produção do dano. De toda forma, a conduta culposa caracteriza-se pela falta de cuidado, de atenção ou de diligência.¹⁰⁰

O médico imprudente atua de forma intempestiva, incauta ou precipitada. A imperícia envolve a atuação com desrespeito à técnica, por desconhecimento ou capacidade técnica reduzida, e se traduz por inaptidão para o exercício da atividade médica. Já a negligência envolve uma conduta médica omissiva, caracterizada por passividade, inação, indolência, com a conseqüente inobservância dos deveres de cuidado que a situação demanda.¹⁰¹

A presença de apenas um desses elementos já caracteriza a culpa *stricto sensu*¹⁰², e estabelece o nexo de imputação da responsabilidade de indenizar ao médico pelos danos provocados ao paciente.¹⁰³

O terceiro elemento é a ocorrência de um dano. Sem este, não há que se cogitar a responsabilidade médica. Importa ressaltar que o Código Civil não conceitua o dano, tampouco o especifica. Genericamente, representa toda lesão ou violação a direito de outrem. Cabe à doutrina e à jurisprudência defini-lo no caso concreto, conforme o contexto no qual socialmente inserido¹⁰⁴.

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 41-42.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 54.

¹⁰¹ FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 15. ed. rev., atual e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 278-285.

¹⁰² BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade Civil e Nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60.

¹⁰³ Sobre o nexo de imputação, lecionam Isabel Porto Borjes, Taís Ferraz Gomes e Wilson Engelman que o também chamado de fator de atribuição refere-se ao vínculo entre o agente e a obrigação a ser adimplida, de forma que se possa definir quem deverá responder pelo dano gerado e por quê. *Ibid.*, p. 61.

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 295. *E-book*. Disponível em:

Desta forma, a vagueza de conceituação do dano “contribui para um alargamento das possibilidades de identificação de hipóteses de interesses dignos de proteção”.¹⁰⁵ Os danos produzidos no âmbito da Medicina podem ser tanto patrimoniais (como gastos com procedimentos e tratamentos médicos) como morais, estéticos e a perda de uma chance.

O dano moral, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes,

É aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano ainda é considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas.¹⁰⁶

A delimitação do dano moral a partir de um conceito científico garante a apreciação da situação fática de forma a evitar a sua banalização¹⁰⁷. Interessa para o trabalho o dano moral decorrente da inadequação ou da ausência de informação para o ato médico, as quais, como se pretende demonstrar, retiram do paciente o direito personalíssimo de escolha quanto à sua saúde e bem-estar e rompem a confiança depositada na relação com o médico.

Já o dano estético é aquele que se concretiza quando ocorre uma modificação duradoura ou permanente na aparência externa da pessoa, produzindo afeamento ou deformidade que “agride à vista” e que lhe provoque “aleijão ou repugnância” ou mesmo “desgosto ou complexo de inferioridade”.¹⁰⁸ De acordo com Teresa Ancona Lopez, “ao apreciar-se um prejuízo estético deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que era antes”, pois “o conceito de

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

¹⁰⁵FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 297. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

¹⁰⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.157.

¹⁰⁷BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade Civil e Nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014. p 65.

¹⁰⁸CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p 148-149.

belo é relativo”.¹⁰⁹ O principal exemplo de dano estético na área médica é o decorrente de cirurgia plástica estética, em que o médico assume uma obrigação de resultado que, quando frustrada e geradora de dano por agir culposamente do profissional, enseja o dever de indenizar.

Assume importância, ainda, na Responsabilidade Civil, a perda de uma chance, que se refere ao dano que ceifa a possibilidade que a vítima tinha de obter algum resultado para o qual havia uma grande probabilidade de certeza. Na atividade médica, geralmente está relacionada à perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, por erro de diagnóstico ou conduta omissiva na interrupção da evolução natural de uma doença.¹¹⁰ Como refere Sergio Cavalieri Filho, “há certeza quanto à autoria do fato que frustra uma chance e incerteza quanto à extensão dos danos decorrentes desse fato”.¹¹¹ Indeniza-se a oportunidade perdida pelo paciente de consecução de um resultado favorável no tratamento. A culpa consiste, justamente, em não oferecer ao doente todas as chances de melhora.¹¹²

O último elemento é o nexo causal ou de causalidade, que diz respeito ao vínculo jurídico que necessariamente precisa existir entre o ato comissivo ou omissivo médico e a efetiva ocorrência do dano (teoria da causalidade direta e imediata ou teoria da causalidade adequada¹¹³), constituindo-se em elemento indispensável para haver o dever de indenizar.¹¹⁴ É o pressuposto que mais se aproxima de um conteúdo moral, traduzido no entendimento de que se paga pelo dano injustamente causado a outrem.¹¹⁵

¹⁰⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 145.

¹¹⁰ Por exemplo, quando o paciente falece em decorrência de broncopneumonia por não ter recebido o tratamento adequado e de forma diligente. Nessa situação, a morte até poderia ter sido o desfecho final, mas a atuação médica levou o paciente a perder a oportunidade que teria, mesmo que pequena, de ter uma sobrevida.

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 502.

¹¹² KFOURI NETO, op. cit., p. 83.

¹¹³ Essa é a teoria adotada no Brasil. Estabelece que, além de se averiguar se determinada ação ou omissão concorreu para a ocorrência de um dano, é preciso verificar se ela, em abstrato, seria capaz de efetivamente causar o dano. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, “as palavras direta e imediata não traduzem duas ideias distintas. Foram empregadas para reforço uma da outra, querendo o legislador, com essas expressões, traduzir o conceito de necessidade.” CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 73.

¹¹⁴ BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade Civil e Nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68.

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 556. *E-book*. Disponível em:

Em muitas situações, é o pressuposto mais difícil de ser caracterizado¹¹⁶, especialmente na área médica, em que a ocorrência de um evento danoso pode estar conectada a vários fatores, inclusive àqueles relacionados às características próprias do paciente. A relação de causalidade deve ser entendida no sentido de que o dano não teria ocorrido caso a conduta médica não tivesse sido adotada.

Assim sendo, o nexu causal possui duas importantes funções na Responsabilidade Civil: imputar o dever de indenizar a quem produziu o dano e determinar a extensão do dano a ser indenizado¹¹⁷, de acordo com o que estabelece o artigo 944, do Código Civil.¹¹⁸

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald chamam a atenção para a confusão existente entre culpabilidade e nexu causal quando da aplicação da teoria subjetiva. Sendo ambos imprescindíveis para Responsabilidade Civil Médica, há que se determinar primeiramente o liame entre a conduta médica e o dano (nexu causal) para, somente depois, averiguar-se a atuação culposa (culpabilidade).¹¹⁹

Importante aduzir-se que, para a Responsabilidade Médica por falha no dever de informação, a relação causal se estabelece por omissão. Como mencionado, o Código de Defesa do Consumidor impõe ao médico o dever de fornecer informação correta, objetiva, clara e completa: não informar ou informar incorretamente caracteriza omissão e, portanto, culpa *stricto sensu* do tipo negligência. A falta ou falha de informação pode não ser responsável pela produção de um dano direto ao paciente, mas pode ser determinante quando dela depender a inoccorrência de um resultado danoso. Como bem afirma Sérgio Cavalieri Filho, "(...) a relevância jurídica

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

¹¹⁶ De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, o nexu de causalidade "é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado". PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (atual.). **Responsabilidade Civil**. 12. ed., rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 105.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 556. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002] Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31 out. 2019. Art. 944: A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹¹⁹ FARIAS, op. cit., p. 557.

da omissão tem por fundamento o dever jurídico de impedir o resultado.”¹²⁰ Nesse sentido, leciona Antunes Varela: “[...] entende-se que a omissão é causa do dano, sempre que haja o dever jurídico especial de praticar um ato que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano.”¹²¹

Vinícius de Negreiros Calado e Virgínia Colares Figueiredo Alves denominam de negligência informacional o ato omissivo que fornece informação incompleta, inadequada, insuficiente ou pouco clara; ou que se isenta de fornecer informação sobre risco ou resultado previsíveis ou possíveis no caso concreto.¹²² De toda forma, imprescindível o nexo causal entre a negligência informacional e o dano sofrido para que haja o dever de indenizar.

Por força da incidência da teoria subjetiva na responsabilização médica, a obrigação que esses profissionais da saúde assumem é, de regra, uma obrigação de meio.¹²³ Por definição, sobrevém uma obrigação de meio quando a atividade diligente do devedor em face do credor constitui-se no próprio conteúdo da prestação, independente do resultado a ser alcançado, bastando que o médico empregue os melhores meios, técnicas e conhecimentos em benefício do paciente, sem estar comprometido com a obtenção de certo desfecho, como, por exemplo, a cura.

Carlos Roberto Gonçalves assim define a obrigação de meio do médico: “[...] a obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e o saber profissional próprios do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento.”¹²⁴

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 91.

¹²¹ *Ibid.*, p. 92.

¹²² CALADO, Vinícius de Negreiros. Responsabilidade civil do médico e consentimento informado na visão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. Curitiba, v.3, n. 36, 2014. p. 751.

¹²³ Para algumas especialidades médicas, a exemplo da cirurgia plástica estética, a obrigação é de resultado. FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p 665. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

¹²⁴ GONÇALVES, Roberto, C. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 4: Responsabilidade civil. p. 279. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608553/>. Acesso em 17 Mar. 2020.

Assunto delicado na Responsabilidade Civil Médica atém-se à questão probatória. Por um lado, tem-se a prova quanto ao inadimplemento da obrigação; por outro, a prova da culpa pelo não inadimplemento.

Assim sendo, quando a obrigação for de meios, o paciente terá que comprovar a culpa do médico para ter êxito na sua ação indenizatória, além do dano e do nexos causal, já que a teoria é subjetiva com culpa provada pela vítima.

Todavia, quando a obrigação do médico for de resultado, como ocorre, por exemplo, nas cirurgias plásticas estéticas, há a inversão do ônus da prova, devendo a vítima provar tão somente o dano e o nexos causal, porque a culpa é provável. Neste caso, o médico que deverá comprovar que não atuou com culpa. Aqui aplica-se a teoria subjetiva com culpa presumida.

Nesse tipo de obrigação, o médico compromete-se com o resultado final de seu ato que, quando não atingido, caracteriza inadimplemento suscetível de indenização. De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “na obrigação de resultado, incumbe ao ofensor afastar a sua culpa e demonstrar a existência de uma causa diversa que frustrou o resultado comprometido, invertendo-se então o ônus probatório¹²⁵.” Percebe-se, assim, que a obrigação de resultado não afasta a avaliação da culpa, mas impõe ao médico o ônus de provar que a causa do inadimplemento deu-se por evento externo à sua atuação.

A partir dos entendimentos apresentados sobre a contextualização, os elementos caracterizadores e as normas deontológicas que regem a atividade médica, e que se refletem diretamente na responsabilização do profissional quanto às suas condutas, tanto comissivas quanto omissivas, causadoras de danos ao paciente, é possível adentrar na seara da Responsabilidade Civil Médica relacionada aos deveres decorrentes da relação contratual. Mais especificamente, pretende-se revisar a relação entre a violação dos deveres originados da boa-fé e a responsabilização médica, com ênfase na defraudação do dever de informação e no rompimento da confiança, a partir da doutrina e da legislação vigente no Brasil.

¹²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 664. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Historicamente, a boa-fé como meio de equalizar demandas sociais remonta ao Direito Romano. A partir de então, foi incorporada a ordenamentos jurídicos europeus, os quais influenciaram de forma profunda o Direito Brasileiro, ao indicarem a obrigatoriedade de comportamentos probos e leais entre as partes de uma relação obrigacional.

O presente capítulo pretende abordar a construção do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio, trazendo elementos que demonstram sua importante função normativa no âmbito do Direito Civil, especialmente no que tange às relações contratuais. Na sequência, será estudada a sua relação com o dever lateral de informação e o princípio da confiança, bem como os seus reflexos na Responsabilidade Civil Médica.

3.1 Conceito e Surgimento

Na linguagem jurídica, o termo “boa-fé” apresenta múltiplas aplicações, justamente pela generalidade de seu significado, e o sentido que assume é, em regra, determinado pelo contexto no qual se encontra inserido. Apresenta uma acepção subjetiva e outra objetiva, conforme tratar-se de um comportamento próprio do sujeito da ação ou de algo externo a ele. Entretanto, o raciocínio jurídico, necessário para a resolução das demandas cotidianas, exige definições, distinções e associações de pensamento que permitam a estruturação de uma argumentação sistematizada e lógica. Daí a importância da busca de uma maior precisão possível do conteúdo de termos amplamente utilizados, especialmente quando, a partir deles, se pretende operacionalizar o Direito¹²⁶

De acordo com António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a boa-fé objetiva é um produto do Direito, criada a partir da realidade histórico-cultural de determinado contexto social, e traduz “um modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica”¹²⁷. Como ciência jurídica, desempenha o papel de possibilitar a resolução de problemas concretos. Entretanto, salienta o autor, “há uma mitificação

¹²⁶ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 574, 1 jan. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em 24 jan. 2020.

¹²⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p.18.

da boa-fé”¹²⁸, caracterizada pela vagueza de definição e pela afluência de uma forte carga histórica e “emotiva”, que se refletem numa aplicabilidade imprecisa e, até mesmo, cética. De acordo com Flávio Rubinstein¹²⁹, “a natureza juscultural da boa-fé objetiva traz a necessidade de assumi-la como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos”.

Em que pese a boa-fé subjetiva não ser foco de interesse no presente trabalho, importante sua definição para diferenciá-la da acepção objetiva.

De acordo com Judith Martins-Costa¹³⁰, a boa-fé subjetiva refere-se a um estado psicológico antagônico à “má-fé”, ou seja, trata-se de um agir segundo a crença pessoal de não estar a lesar interesse ou direito de outrem ou de estar a se conduzir conforme o Direito. Trata-se de um “estado de consciência” que pressupõe a intenção ou a “íntima convicção” do sujeito da relação jurídica, cuja valoração é dada pelo intérprete na aplicação do Direito¹³¹. Em outras palavras, a boa-fé subjetiva representa um estado fático de simples ignorância a respeito de dada situação¹³² ou um estado de ignorância ao qual o Direito confere valor, permitindo relevar algo contrário ao Direito em caso de o erro ser escusável.¹³³

Segue a autora, ao contrapor a definição de boa-fé objetiva à da boa-fé subjetiva:

[...] na concreção da boa-fé objetiva, deve o intérprete desprender-se da pesquisa de intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta,

¹²⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 41.

¹²⁹ RUBINSTEIN, Flávio. *A bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 581, 1 jan. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em 24 jan. 2020.

¹³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 279.

¹³¹ Id. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 139, jul/set 1998. p. 14. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 fev. 2020.

¹³² SILVEIRA, Alípio. **A boa-fé no Código Civil: doutrina e jurisprudência**. v. 1. São Paulo: [s.n.], 1972. p. 7. Em sua obra editada em 1972, o autor já destacava o conceito de boa-fé subjetiva denominando-a “boa-fé crença”. Em sua definição, trata-se da crença na legalidade da conduta a partir do erro ou ignorância quanto à convicção de legalidade ou validade da conduta humana.

¹³³ CORDEIRO, op. cit., p. 24.

verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissão e em certo momento histórico.¹³⁴

Portanto, para entender as múltiplas funções que a boa-fé objetiva assume no ordenamento jurídico brasileiro, julga-se fundamental a contextualização histórica da construção deste instituto jurídico.

Em breve síntese, pode-se afirmar que o Direito contemporâneo traz reflexos remanescentes do Direito Romano. Desde a Idade Antiga, a sociedade adotava valores morais e políticos importantes em suas relações internas e externas, sob a denominação genérica de *fides*. Esta não pode ser reduzida a uma definição unitária, mas sim dimensionada como um complexo conjunto de ideias que podem ser traduzidas por confiança, lealdade, honradez, fidelidade¹³⁵.

Segundo Flávio Rubinstein, a *fides* pode ser entendida a partir de três prismas: 1) da religião (culto à deusa Fides, que prezava pelo bom cumprimento dos acordos negociais e pelo respeito à palavra dada); 2) do poder (no sentido de proteção do mais fraco, de dever de lealdade e de confiança nas relações); e 3) da manutenção da palavra dada¹³⁶. Destes, ressalta-se a importância do terceiro.

Para os romanos, a palavra dada deveria ser respeitada naquilo que foi convencionado e prometido entre as partes de uma relação, ou seja, “o que foi prometido deve ser cumprido”¹³⁷. Com isto, a *fides* romana evoluiu de um conteúdo religioso e moral para a laicização a conformar um conteúdo eminentemente técnico¹³⁸. De toda forma, a conceituação de *fides* abrange múltiplos enfoques, dividindo-se a doutrina romanística em duas correntes: 1) *fides* como norma jurídica; e 2) *fides* como norma ética e moral. Com efeito, defende Flávio Rubinstein que a *fides* romana é a base para a *bona fides*, essa sim com força vinculativa, uma vez que permitiu a possibilidade de regular as relações obrigacionais romanas por meio de um critério normativo objetivo de comportamento, a ser valorado no caso

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 139, jul/set 1998. p. 14. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 fev. 2020.

¹³⁵ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 589, 1 jan. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em 24 jan. 2020.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 591-595.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 597.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 599.

concreto por meio da atuação de um juiz.¹³⁹ A *bona fides* seria a base para o que atualmente denomina-se boa-fé objetiva. No Direito Romano, essa serviu de fundamentação para a decisão acerca das situações sociais concretas não reguladas de forma escrita, conferindo previsibilidade quanto às soluções em casos futuros. Por conseguinte, a *bona fides* conferia certa regularidade às decisões judiciais, exatamente por permitir que os iguais fossem tratados da mesma forma, bem como os desiguais também tratados de forma diferenciada¹⁴⁰ e previsível, uma vez que guiadas pelo comportamento esperado do *bonus et diligens paterfamilias*¹⁴¹. Conclui Flávio Rubinstein que

Com efeito, deve-se admitir que a boa-fé do Direito pátrio, tanto em seu papel de cânone hermenêutico quanto como norma de criação de deveres e restrição de direitos, assemelha-se de forma ampla com o princípio da *bona fides*, o qual pode ser considerado como origem da referida norma brasileira.¹⁴²

A cultura germânica antiga também abarcou a construção da boa-fé objetiva originada no Direito Romano. A expressão *Treu und Glauben* traduz preceitos relativos ao respeito à palavra dada, relacionada a uma confiança de conotação objetiva, no sentido de respeito coletivo a deveres recíprocos assumidos, decorrentes da confiança gerada na contraparte, especificamente no âmbito obrigacional.¹⁴³

Tal sentido era impregnado de um tom cavalheiresco, remetendo a um “ideal de vida social civilizada”, em que se destacavam qualidades como o conduzir-se bem em sociedade, com respeito e elegância nas tratativas¹⁴⁴. Essas características refletirão, posteriormente, na jurisprudência comercial alemã, por meio do juramento de honra¹⁴⁵. A cláusula geral da boa-fé, vigente nos dias atuais, encontra-se

¹³⁹ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. **612-617**, 1 jan. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em 24 jan. 2020.

¹⁴⁰ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p 18.

¹⁴¹ RUBINSTEIN, op. cit., p. 656.

¹⁴² Ibid., p. 657.

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p 86-88.

¹⁴⁴ Ibid., p 87.

¹⁴⁵ De acordo com Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a “boa-fé assumiria o conteúdo do juramento de honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada.” Na atividade comercial, a boa-fé germânica se traduzia na segurança e confiança quanto ao cumprimento dos deveres e promessas assumidos. CORDEIRO, op. cit., p 170-171.

expressa no §242 do Código Civil alemão de 1900 (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*).¹⁴⁶ De acordo com Judith Martins-Costa, a partir da segunda metade do século XX, o princípio da boa-fé alcançou a posição de princípio dirigente do Direito Obrigacional, conferindo às relações por ele regidas um novo entendimento.

Reestruturado no ano 2001/2002 por meio da Lei de Modernização do Direito das Obrigações, a qual, entre outros, incorporou a legislação relativa ao Direito do Consumidor¹⁴⁷, o BGB conferiu maior relevância à boa-fé objetiva, especialmente quanto à relação dessa com o princípio da confiança¹⁴⁸, trazendo reflexos também para o Código Civil Brasileiro de 2002¹⁴⁹

De acordo com Judith Martins-Costa, em referência à influência do BGB na legislação civilista brasileira:

Guardadas as devidas proporções, também entre nós houve assentamento e consolidação do que já pontavam doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, não há propriamente oposição – respeitadamente à operatividade do princípio da boa-fé – entre o Código Civil de 1916 e o de 2002. [...]. Neste, o acolhimento expresso do princípio não significa um *fiat lux*, antes revelando um modo próprio de *construção do Direito Privado*, qual seja: a elaboração contínua, persistente e progressiva, via modelos hermenêuticos e jurisprudenciais, de novas soluções com base no material oferecido pela tradição, só após vindo os modelos legais a consolidarem o que se mostrou compatível com as necessidades sociais.¹⁵⁰

¹⁴⁶ ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Ausfertigungsdatum: 18.08.1896. Bonn: Bundesamt für Justiz, [2020]. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html. Acesso em: 01 fev. 2020.

§ 242 “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” (O devedor deve cumprir a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico). (Tradução nossa).

¹⁴⁷ António Menezes Cordeiro, ao analisar a modernização do BGB, faz referência à inclusão da legislação consumerista e à ênfase às cláusulas contratuais gerais, como modificações necessárias para a adaptação da legislação às demandas da sociedade pós-industrial. *In*: CORDEIRO, António Menezes. A modernização do Direito das Obrigações. **Revista Da Ordem dos Advogados**. Portugal, dez. 2002. (Não paginado). Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-iii-dez-2002/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-a-modernizacao-do-direito-das-obrigacoes/>. Acesso em 01 jan. 2020.

¹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 128-129.

¹⁴⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-17/direito-comparado-influencia-codigo-civil-alemao-1900-parte>. Acesso em 29 jan. 2020.

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p 130.

As primeiras menções à boa-fé na legislação brasileira surgiram com o Código Comercial de 1850¹⁵¹, que trazia a previsão da sua função interpretativa nos contratos comerciais. Posteriormente, o Código Civil de 1916 contemplou apenas a boa-fé subjetiva no âmbito dos Direitos Reais¹⁵². Somente a partir da década de 1940 é que os doutrinadores começaram a tratar da boa-fé objetiva, que veio a ser alçada à categoria de princípio geral no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor¹⁵³, aparecendo de forma explícita em vários de seus artigos, como será abordado posteriormente.

No contexto do que já vinha sendo discutido em legislações estrangeiras, ainda antes do Código Civil de 2002, a doutrina brasileira já tratava da boa-fé na fase pré-contratual como princípio. Orlando Gomes defendia que, apesar da omissão do Código Civil de 1916, o princípio da boa-fé, disperso na legislação especial, era adotado como “um dos postulados da teoria geral dos contratos”.¹⁵⁴

A partir do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva assume caráter de norma jurídica e *status* jurídico de cláusula geral¹⁵⁵. Desde a elaboração de seu Projeto, o Código ambicionava incorporar mudanças na forma de legislar, uma vez que o modelo normativo totalitário, com pretensão de completude e perfeição, não mais atendia às demandas da sociedade contemporânea.¹⁵⁶ As cláusulas gerais – entre

¹⁵¹ BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. [Codigo Commercial do Imperio do Brasil]. Rio de Janeiro, RJ, Imperador, 1850. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 03 fev. 2020.

Art. 131. Sendo necessario interpretar as clausulas do contracto, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. A intelligencia simples e adequada, que for mais **conforme à boa fé**, e ao verdadeiro espirito e natureza do contracto, deverá sempre prevalecer á rigorosa e restricta significação das palavras; [...]. (grifo nosso).

¹⁵² LOBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. *In: GEN Jurídico*. São Paulo, 16 fev. 2018. (não paginado). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/>. Acesso em 20 abr. 2020.

¹⁵³ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 99, p. 583-584, 1 jan. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em 24 jan. 2020.

¹⁵⁴ PRATA, Ana. **Responsabilidade pré-contratual: uma perspectiva comparada dos direitos brasileiro e português**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p. 25.

¹⁵⁵ De acordo com Judith Martins-Costa, a expressão “cláusula geral” tem origem no termo alemão *Generalklauseln*, traduzindo uma “estrutura normativa cuja prescrição é vaga na hipótese, isto é, cujo conteúdo não está previamente descrito”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 135.

¹⁵⁶ Na Exposição de Motivos do Projeto do Código Civil, Miguel Reale, ao tratar da inadequação de modelos rígidos de codificação, asseverava a necessidade de modelos abertos, normatizados no Código, que permitissem “soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelos a conceitos integradores da compreensão ética, tal como a boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc”. *In: MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.

elas, a da boa-fé objetiva - ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como técnica legislativa que assegura mobilidade à estrutura normativa, uma vez que, por serem semântica e intencionalmente vagas e abertas, permitem a formulação de novas regras¹⁵⁷ a partir da concreção de princípios, de modelos de conduta e comportamento, de direitos e deveres oriundos dos usos do tráfego jurídico, inseridos no contexto socioeconômico e jurídico de dado momento histórico, “viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”.¹⁵⁸ Conforme leciona Judith Martins-Costa, “o que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico”.¹⁵⁹

Dessa forma, a fim de delimitar os contornos da boa-fé objetiva, a doutrina confere-lhe três sentidos de aplicação jurídica¹⁶⁰. O primeiro sentido refere-se à boa-fé objetiva como modelo comportamental das partes envolvidas na relação jurídica, guiado por “valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual”.¹⁶¹ Flávio Rubinstein completa a explicação enfatizando que esse modelo de comportamento tem como parâmetro aquele esperado de um sujeito correto, leal e honesto, baseado no *bonus et diligens paterfamilias* da cultura romana¹⁶².

A segunda aplicação da boa-fé é a de princípio jurídico¹⁶³ a nortear e orientar uma atuação proba e leal na persecução dos fins dos contratos. De acordo com

Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 35, n. 139, jul/set 1998. p 12. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 fev. 2020

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a. 35, n. 139, jul/set 1998. p 8. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 fev. 2020. De acordo com a autora, as disposições das cláusulas gerais são dirigidas ao juiz, para que, “à vista dos casos concretos, *crie, complemente, ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; [...]*”

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶⁰ *Id.* **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 281-282.

¹⁶¹ *Ibid.*, p 283.

¹⁶² RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 580, 1 jan. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em 24 jan. 2020.

¹⁶³ De acordo com Flávio Rubinstein, a boa-fé apresenta as características inerentes aos princípios jurídicos, quais sejam: 1) generalidade, no sentido de múltiplas aplicações; 2) aplicabilidade determinada pela ponderação de seu conteúdo no caso concreto; 3) ausência de antinomia, apesar da possibilidade de conflito entre sopesamento das normas aplicáveis ao caso, com 4) autorização para equacionamento de valores e interesses; e 5) conteúdo composto por

Paulo Lobo, os princípios, em relação às normas jurídicas, possuem conteúdo indeterminado e são hierarquicamente superiores, o que significa que, mesmo sem mudança na norma jurídica vigente, os princípios permitem que o Direito se amolde às demandas da evolução social, sem prejuízo à segurança jurídica.¹⁶⁴

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho corroboram o entendimento de que a boa-fé objetiva possui natureza de princípio jurídico e “consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica”¹⁶⁵.

Por final, a boa-fé objetiva atua como “modelo jurídico complexo e prescritivo”¹⁶⁶ de normas jurídicas oriundas de várias fontes (lei, jurisprudência, doutrina, usos, costumes), com força prescritiva, impondo condutas, proibições e sanções durante o tráfego negocial. Assim leciona Judith Martins-Costa:

A boa-fé objetiva é considerada modelo prescritivo primeiramente por um caráter formal: esse modelo é projetado por fontes dotadas do poder de decidir, tal qual a lei (tendencialmente com caráter abstrato e geral) e a jurisprudência (tendencialmente, com caráter concreto e singular). Mas apresenta esse caráter também por conta de um fundamento de índole substancial, na medida em que, diversamente da boa-fé subjetiva, a boa-fé objetiva não se esgota na averiguação de um estado de fato mas tem potencial jurisgênico, isto é, produtor de normatividade. Os sujeitos de uma relação jurídica devem agir segundo a boa-fé, [...].¹⁶⁷

Como resultado de seu poder jurisgênico – e não apenas prescritor de recomendações -, os comportamentos contrários ao que prevê a atuação conforme a boa-fé objetiva estão sujeitos às consequências jurídicas previstas na legislação.

De qualquer forma, os sentidos conferidos à boa-fé não são excludentes entre si, mas sim complementares e sobreponíveis, sempre levando em consideração o caso concreto e o contexto histórico-cultural no qual inseridos.

parâmetros que remetem a comportamentos probos e leais. Todas estas características impedem que se confira à boa-fé uma definição absoluta. In: RUBINSTEIN, Flávio. *A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro*. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 579, 1 jan. 2004. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em 24 jan. 2020.

¹⁶⁴ LOBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. In: **GEN Jurídico**. São Paulo, 16 fev. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/>. Acesso em 20/04/2020

¹⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil. Volume 4: Contratos, tomo I: teoria geral**. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p 105.

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p 285.

¹⁶⁷ Ibid. p 285.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro assim define a função normatizadora da boa-fé¹⁶⁸:

O Direito obriga, então, a que, nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social, emergem da situação em que achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam – deveres de lealdade – nem calar ou falsear a atividade intelectual externa que informa a convivência humana – deveres de informação. Embora as estrutura e teleologia básicas sejam as mesmas, adivinha-se a presença de concretização diversas, consoante os fatos que lhe deem origem.

Na década de 1990, a entrada do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro deu início a uma “construção teórica” da boa-fé¹⁶⁹. Essa assume a importante função de preencher uma lacuna que a doutrina e a jurisprudência já apontavam existir quanto à necessidade de abertura do sistema normativo, a fim de flexibilizar, entre outras atualizações necessárias, a dicotomia existente no âmbito da Responsabilidade Civil entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Neste contexto, a dificuldade era, justamente, definir as características e a fonte geradora do dever de indenizar na responsabilidade pré-contratual¹⁷⁰, bem como seus reflexos. Para alguns autores, trata-se de um “*tertium genus*”¹⁷¹; para outros, que entendem o contrato como um processo contínuo de fases que se inicia mesmo antes da conclusão do contrato e se estende até após a execução do mesmo (fase pós-contratual), a responsabilidade pré-contratual deve submeter-se ao tratamento da responsabilidade contratual, uma vez que decorrente do descumprimento dos deveres anexos e, conseqüentemente, do rompimento da boa-fé objetiva.¹⁷²

À parte essa discussão, importa a relevância dada pelo código consumerista à boa-fé objetiva nas relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor de 1990 trouxe a boa-fé como o princípio conformador do equilíbrio entre as partes -e

¹⁶⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p 646.

¹⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.18, abril/junho, 1996. p. 122. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292/69902>. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹⁷⁰ Ibid. p. 123-124.

¹⁷¹ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. p. 904.

¹⁷² AZEVEDO, op. cit., p. 124.

limitador de abusos¹⁷³, fazendo-lhe referência expressa nos artigos 4º, inciso III¹⁷⁴ e 51, inciso IV¹⁷⁵. Para Antônio Junqueira de Azevedo, “[...], não é temerário dizer que a ideia de boa-fé constitui a inspiração principal da legislação sobre defesa do consumidor no Brasil.”¹⁷⁶

O Código de Defesa do Consumidor tem caráter de lei de ordem pública por estabelecer critérios normativos inafastáveis e indisponíveis mesmo no direito privado e por apresentar inquestionável interesse público na defesa dos consumidores. É o que estabelece o artigo 1º.¹⁷⁷ Não é possível afastar, por vontade das partes, a incidência da lei consumerista nos contratos de consumo. As relações privadas, antes dominadas pela autonomia das partes nas negociações, agora são balizadas por normas de função social, as quais tutelam interesses mais relacionados à sociedade do que ao particular.¹⁷⁸

O artigo 4º¹⁷⁹ têm posição de destaque no Código de Defesa do Consumidor, pois define os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e seus

¹⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3: Contratos e atos unilaterais. p. 57.

¹⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 31 out. 2019. Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] 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; [...].

¹⁷⁵ Ibid. 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.

¹⁷⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.18, abril/junho, 1996. p. 125. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292/69902>. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹⁷⁷ BRASIL, op. cit. Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

¹⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Boscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 79-80.

¹⁷⁹ BRASIL, op. cit. Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...].

princípios regentes. Cláudia Lima Marques, ao contextualizar a importância do artigo 4º no Direito do Consumidor, explica que a norma por ele trazida é uma “norma narrativa”, por ser aberta e por trazer, em um único artigo, objetivos e princípios reitores de um sistema legal aplicável a toda e qualquer relação consumerista. Segue a autora:

As “normas narrativas”, como o art. 4º, são usadas para interpretar e guiar, melhor dizendo, “iluminar” todas as outras normas do microsistema. Elas aplicam-se como inspiração, guia, teleologia, indicando o caminho, o objetivo. Daí a importância do art. 4º do CDC.¹⁸⁰

O Código de Defesa do Consumidor é explícito quanto à subsunção do profissional liberal aos seus efeitos, conforme estabelece o artigo 14, § 4º.¹⁸¹ Assim sendo, a aplicação do código consumerista à relação médico-paciente traz consigo o princípio da boa-fé objetiva como elemento fundamental. Logo, por força do código consumerista, a boa-fé faz incidir outros princípios a ela relacionados, retirados dos incisos do artigo 4º¹⁸² supramencionado, como o da proteção da vulnerabilidade do consumidor¹⁸³; o do equilíbrio nas relações de consumo¹⁸⁴; e o da informação e educação.¹⁸⁵

¹⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Boscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 81.

¹⁸¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 31 out. 2019. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹⁸² *Ibid.*

Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

¹⁸³ *Ibid.*

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]

¹⁸⁴ *Ibid.*

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;

¹⁸⁵ *Ibid.*

IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

A cláusula geral da boa-fé ingressa no ordenamento como instrumento para reequilibrar a assimetria característica das relações de consumo, fazendo incidir deveres como o de lealdade, probidade, transparência, da segurança, da prestação de contas, dentre outros, a fim de proteger o consumidor vulnerável.¹⁸⁶ Dessa forma, a boa-fé objetiva tem como efeito potencializar o dever de informação do fornecedor a fim de “minimizar a vulnerabilidade do consumidor por meio da prestação de informação veraz, útil e completa aos fins a que se destina (“transparência”).”¹⁸⁷

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa refere que o princípio da boa-fé objetiva assume uma dimensão especial relacionada à vulnerabilidade do consumidor¹⁸⁸, ligada ao que a autora define como duas “ideias-força”, quais sejam, a de equilíbrio e a de transparência nas relações de consumo. Dessa forma, a boa-fé possui função corretora do desequilíbrio contratual. Já a transparência traduz-se no dever de informação, como instrumento que viabiliza a autodeterminação do

¹⁸⁶ Em sua definição, “a vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado de sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.” É “o ponto de partida” de toda a aplicabilidade do código consumerista. MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Boscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 117.

¹⁸⁷ Id. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p 324.

¹⁸⁸ O Ministro Herman Benjamin, no REsp 586.316/MG, julgado em 17.04.2007, chama a atenção para uma categoria especial de consumidores, que denomina de hipervulneráveis. Ao julgar o recurso que tratava da necessidade da informação adequada quanto à presença de glúten nas embalagens de produtos alimentícios, o Ministro destaca que, a fim de que a informação seja completa e clara para atingir seu objetivo final, que é a segurança do consumidor, ela deve ser complementada, referindo que os produtos contendo glúten fazem mal aos pacientes com doença celíaca. A simples indicação da presença da proteína no produto não seria suficiente para que o consumidor compreendesse a informação, colocando em risco as pessoas alérgicas ao produto. A par da especificidade do tema, o que se pretende enfatizar é a relevância da informação como elemento de segurança do consumidor. Assim sendo, o paciente, hipervulnerável que é, não deve ser “menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 586.316/MG**. Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da lei do glúten (Lei 8.543/92 ab-rogada pela lei 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do código de defesa do consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira Das Indústrias da Alimentação – ABIA. Relator: Ministro Herman Benjamin, 17 de abril de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF. Acesso em 04 mar. 2020.

paciente (consumidor) para a tomada de decisões referentes à sua própria vida; e no dever do médico (prestador do serviço) de fornecer todas as informações que possam interferir na tomada de decisões, de forma clara, veraz e completa.¹⁸⁹

É nesse contexto que ingressa a importância do dever de informação, indissociável do dever de educação, como meio de diminuir o desequilíbrio existente na relação (de consumo) médico-paciente, delegando ao primeiro a obrigação de esclarecer a parte vulnerável quanto aos riscos, benefícios e implicações do serviço prestado, sempre tendo como fundamento a boa-fé objetiva.

Adentrando no Direito Civil, e para melhor compreensão da importância que a boa-fé possui no ordenamento jurídico brasileiro, cabe analisar, de forma breve, as funções que a mesma exerce, previstas no Código Civil Brasileiro: (1) hermenêutica ou interpretativa¹⁹⁰, (2) corretora das condutas e do conteúdo dos contratos¹⁹¹ e (3) criadora de deveres jurídicos anexos e de proteção¹⁹².

Por meio da função hermenêutica (artigo 113 do Código Civil), a boa-fé objetiva direciona a interpretação dos textos normativos e delimita os seus contornos, orientando a aplicação do Direito ao caso concreto pelo julgador. Neste sentido, assevera Judith Martins-Costa:

A boa-fé hermenêutica serve, pois, fundamentalmente, como critério para auxiliar a determinação do significado que a operação contratual revela *segundo uma valoração conduzida à luz da conduta conforme a boa-fé*, desde que o intérprete tenha firmemente presentes as condições de aplicação deste princípio em sua função hermenêutica.¹⁹³ (Itálico da autora).

¹⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 324-327.

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002]. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31 out. 2019. Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁹¹ Ibid. 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.

¹⁹² Ibid. Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 490.

É nesse contexto que a função interpretativa da boa-fé objetiva, orientada explicitamente pelos “usos do lugar de sua celebração”¹⁹⁴, expande-se para a proteção da confiança suscitada no *alter* por meio da manifestação de vontade das partes envolvidas na relação negocial¹⁹⁵. A teoria da confiança será abordada de forma aprofundada na sequência.

A segunda função da boa-fé objetiva, fundada no artigo 187 do Código Civil, diz respeito à sua atuação como princípio corretor das condutas quando do exercício de direitos, coibindo comportamentos desleais e ímprobos; bem como princípio corretor do conteúdo dos contratos, limitando cláusulas abusivas e protegendo a parte vulnerável¹⁹⁶.

Finalmente, muito interessa para o presente trabalho a terceira função da cláusula geral da boa-fé objetiva: a criadora de deveres, prevista no artigo 422, do Código Civil¹⁹⁷. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que, como cláusula geral que é, a boa-fé objetiva constitui-se “fonte de direito e de obrigações”, assim como a lei e outras fontes do Direito, impondo “regras de conduta” a serem seguidas pelos contratantes.¹⁹⁸ Apesar do artigo 422 fazer menção expressa às fases de conclusão e execução dos contratos, é pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a cláusula geral incide também nas fases pré e pós-contratual.¹⁹⁹

Dessa forma, os comportamentos e as tratativas preliminares, além das obrigações decorrentes do contrato, as quais se mantêm mesmo após sua

¹⁹⁴ De acordo com Judith Martins-Costa, a palavra “usos”, para efeito hermenêutico relacionado ao preceito do art. 113, Código Civil de 2002, inclui tanto as práticas adotadas por determinado segmento social, econômico ou profissional, por exemplo; quanto o sentido de “fonte jurídico-prescritiva” decorrente dos usos e costumes relacionados a modelos consuetudinários, com efeito vinculante no plano normativo. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 519.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 489.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 625.

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002]. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 31 out. 2019. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

¹⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 970.

¹⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p 400.

conclusão, também devem respeitar os princípios da probidade e da boa-fé. Sua inobservância poderá determinar responsabilização.²⁰⁰

Sobre a importância do princípio da boa-fé nas relações contratuais, o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal prevê que, “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”²⁰¹, e, portanto, fonte geradora da responsabilidade contratual.

A violação da boa-fé objetiva, portanto, é importante atribuidora de nexo de imputação do dever de indenizar àquele que violar deveres dela decorrentes e gerar dano a outrem: o médico que não atua de acordo com a boa-fé e que transgredir os deveres anexos poderá vir a ser responsabilizado por dano causado ao paciente²⁰². Devido à sua importância e por ser o objeto do presente trabalho, o dever anexo de informação será a seguir examinado.

3.2 A Boa-Fé Objetiva e o Dever de Informação

O tema concernente aos deveres oriundos do princípio da boa-fé objetiva é bastante abrangente, motivo pelo qual, após breve síntese conceitual, será dada ênfase ao dever de informação e à confiança dele decorrente.

Todo negócio jurídico é constituído por deveres e interesses que lhe caracterizam. Esses podem ser divididos em dois grandes grupos: o dos deveres com interesse de prestação e o dos deveres com interesse de proteção^{203, 204}, ambos abrangidos pelo manto da boa-fé objetiva.

Os deveres de prestação são aqueles também chamados de principais, pois se referem à obrigação principal, e podem ser deveres de fazer, de não fazer ou de dar. São manifestação do compromisso pactuado entre as partes ou de

²⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 972.

²⁰¹ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 24**. Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, 1., 2002. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>. Acesso em 10 out. 2019.

²⁰² BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade Civil e Nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62.

²⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 239.

²⁰⁴ Importante ressaltar que a doutrina adota denominações diferentes para estes tipos de deveres, podendo gerar alguma confusão conceitual. Seguiremos a sistematização sugerida pela doutrinadora Judith Martins-Costa para fins deste trabalho.

determinação legal, cujo objetivo é a satisfação do credor.²⁰⁵ São elementos identificadores do tipo de contrato.²⁰⁶

Relacionados aos deveres principais de prestação, existem os deveres anexos ou instrumentais²⁰⁷, cuja função é “otimizar o adimplemento satisfatório” da obrigação principal, determinando o “como’ prestar”.²⁰⁸ Cabe esclarecer que, por terem vinculação direta aos deveres de prestação principal, sofrem a incidência do princípio da boa-fé. É esse que emprestará sua função hermenêutica e integrativa para que se atinja o adimplemento satisfatório da obrigação. Nesse grupo de deveres, incluem-se os de informação, lealdade, transparência, entre outros.

Paralelamente aos deveres de prestação (principais e anexos/instrumentais), os deveres de proteção salvaguardam interesses relacionados à segurança dos negócios jurídicos, a fim de impedir a ocorrência de danos injustos à contraparte, independentemente de a prestação obrigacional ter sido cumprida ou não. São também chamados de deveres laterais²⁰⁹. Destarte, os deveres de proteção podem ser compreendidos tanto como dever de não causar dano a outrem e como dever de colaborar com a contraparte para que não haja lesão à sua esfera jurídica.

O descumprimento dos deveres de prestação e de proteção geram violação contratual passível de indenização quando da ocorrência de dano.

Em suma, em paralelo aos deveres jurídicos principais das relações contratuais, a boa-fé objetiva dá origem e impõe a observância a 1) deveres anexos ou instrumentais²¹⁰, que atuam de forma a orientar o “como prestar”, para ocorra o adimplemento satisfatório na relação obrigacional²¹¹; e 2) deveres de proteção, cuja função é a tutela das partes no alcance do objeto principal da obrigação assumida e a prevenção de danos que poderiam advir das relações contratuais, vinculando-se

²⁰⁵ Na área médica, a reconsulta médica para avaliação de exames solicitados e acompanhamento de um tratamento seriam exemplos de deveres de prestação principais assumidos pelo médico no atendimento ao paciente.

²⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 240-241.

²⁰⁷ De acordo com Judith Martins-Costa, alguns autores denominam os deveres anexos de deveres de colaboração ou deveres laterais positivos. *Ibid.*, p. 242.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 241.

²⁰⁹ *Ibid.* p. 243-244.

²¹⁰ Classificação adotada por Judith Martins-Costa, que os diferencia de deveres primários e secundários de prestação na relação obrigacional, esses últimos com uma relação de acessoriedade. *Ibid.*, p. 241

²¹¹ *Ibid.*, p. 241.

de forma imediata aos deveres principais.²¹² O rol destes deveres não é exaustivo, sendo importante ressaltar, entre outros, os deveres de cooperação, lealdade, assistência, proteção e cuidado, segurança, confiança e informação²¹³.

Em que pese a mencionada sistematização doutrinária, a depender do caso concreto e dos interesses a serem tutelados, um mesmo dever poderá transitar tanto nas esferas de proteção quanto de prestação. A complexidade das situações fáticas é que dará esses contornos.²¹⁴, mas o papel dos deveres anexos ao dever de prestação e dos deveres de proteção será sempre o de suprir lacunas, integrar os elementos do contrato e exercer “função hermenêutica e corretora”.²¹⁵

Logo, os deveres oriundos da boa-fé integram a relação contratual, determinando a cooperação entre as partes para o adimplemento do contrato, de forma leal e bem informada, a fim de que as declarações de vontade não sejam eivadas por vícios que possam culminar na invalidade do consentimento informado, e de modo a proteger os interesses legítimos do *alter*, que confiou na correta execução do contrato e na inocorrência de danos injustos²¹⁶.

Dentre os deveres originados da boa-fé objetiva, será analisado mais detalhadamente o dever de informação, especificamente inserido na relação médico paciente, por ser este o enfoque dado no presente trabalho.

Devido à expressa previsão no Código de Defesa do Consumidor, o dever de informação é inafastável da atividade médica, tanto na fase pré-contratual, quanto durante e após a conclusão do contrato, por referência direta ao princípio da boa-fé objetiva.²¹⁷

Nesse mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho expõe a abrangência que o dever de informação assume no código consumerista, incidindo em todas as fases

²¹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 242.

²¹³ *Ibid.*, p. 439.

²¹⁴ Judith Martins-Costa usa como exemplo dessa complexidade o dever de informação, o qual pode funcionar como dever de proteção (informação como forma de prevenir dano); dever anexo (informação como meio de orientar “o como prestar”); e dever instrumental (informação para esclarecer ou orientar sobre ações para o adimplemento do contrato ocorrer de forma satisfativa). *Ibid.*, p. 247

²¹⁵ *Ibid.*, p. 573.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 572.

²¹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.p. 583.

do contrato, desde antes de sua conclusão (fase pré-contratual) até após o seu exaurimento (fase pós-contratual).^{218,219}

O artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, prevê expressamente que todo o fornecedor tem o dever de informar o consumidor, de forma clara e adequada, acerca dos produtos e serviços ofertados.²²⁰ Tal regra tem como objetivo promover a segurança e a “prestabilidade” do produto ou serviço, bem como proteger a liberdade do consumidor de escolher de forma livre e consciente acerca de sua aquisição.²²¹

Portanto, os deveres informativos corroboram o dever de transparência que deve haver em todas as relações de consumo²²². Cláudia Lima Marques afirma que “esta nova transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual”. Por ser parte integrante do conteúdo do contrato de consumo, a falha ou a falta de informação caracteriza vício na qualidade do produto ou serviço ofertado.²²³

Desta forma, informar transcende o “mero” cumprimento do dever de informação, pois encerra também o dever de “cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando danos morais e agindo com lealdade (pois é o fornecedor que detém a informação) e boa-fé”.²²⁴

O Supremo Tribunal de Justiça tem se posicionado reiteradamente quanto à importância do dever de informação na relação consumerista relacionada à área

²¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 112. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>. Acesso em 26 mar. 2020.

²¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 597.

²²⁰ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.
Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

²²¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 68.

²²² BRASIL, op. cit.

Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...].

²²³ MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Boscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 86-87.

²²⁴ Id. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 178-179.

médica. Veja-se, a título de exemplo, a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.144.840/SP, como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20 de março de 2012, cuja ementa segue transcrita:

CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. REDE CONVENIADA. ALTERAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. COMUNICAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA ASSOCIADO. NECESSIDADE. 1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 2. **O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada.** Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, **somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.** [...] 5. Recurso especial provido. (grifo nosso).²²⁵

Logicamente, nesse momento, cabe o questionamento sobre o que é a informação adequada. Judith Martins-Costa afirma que o dever de informar tem intensidade variável conforme a etapa do negócio jurídico, o tipo de relação jurídica e o interesse envolvido²²⁶. Em suas palavras,

De fato, o tema dos deveres informativos é exemplarmente ilustrativo do caráter eminentemente relacional da boa-fé. O conteúdo e a extensão da informação devida são determináveis apenas em vista de um compósito de elementos contextualmente enquadrados.²²⁷

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.144.840**. São Paulo. Consumidor. Plano de saúde. Rede conveniada. Alteração. Dever de informação adequada. Comunicação individual de cada associado. Necessidade. Recorrente: Isabel Martins Favero e outro. Recorrido: Associação Auxiliadora das Classes Laboriosas. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 20 de março de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1132680&num_registro=200901842121&data=20120411&formato=PDF. Acesso em 05 abr. 2020.

²²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 587.

²²⁷ Ibid., p. 587.

A partir dessa afirmação, a fim de determinar a referida “intensidade” informativa, a autora elenca critérios subjetivos (relacionados à capacidade da pessoa de acessar informações e compreendê-las, levando em consideração questões como a assimetria relacional e a vulnerabilidade); critérios objetivos (relacionados, por exemplo, aos riscos de determinado procedimento médico); e critérios normativos (aqueles definidos em lei).²²⁸

Quando transposto para o âmbito da relação médico-paciente, o ato de informar demanda um cuidado extremo quanto à qualidade, à extensão e à forma como as informações serão fornecidas, pois são elas que permitirão que a vulnerabilidade do paciente frente ao saber técnico dominado pelo médico possa ser transposta, reequilibrando a relação e permitindo o exercício da liberdade consciente de contratar.

Assim sendo, os deveres informativos têm como principal função possibilitar ao paciente a tomada de decisões sobre sua saúde, ou seja, o exercício da autodeterminação quanto ao que considera o melhor para seu bem-estar.²²⁹ Quando o médico deixa de informar, está impossibilitando o exercício desse direito e, conseqüentemente, a obtenção, junto ao paciente ou seu responsável legal, do consentimento informado e esclarecido²³⁰. Trata-se do caráter instrumental desse dever: “informa-se *para* atingir determinado resultado útil”.²³¹ Sobre o tema, afirma Sérgio Cavalieri Filho:

Essa escolha consciente propicia ao consumidor diminuir os seus riscos e alcançar suas legítimas expectativas. Mas sem informação adequada e precisa o consumidor não pode fazer boas escolhas, ou, pelo menos, a mais correta. É o que se tem chamado de consentimento informado, vontade qualificada ou, ainda, consentimento esclarecido.²³²

²²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 587.

²²⁹ PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 44. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

²³⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.171.

²³¹ MARTINS-COSTA, op. cit. p. 581.

²³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 111. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>. Acesso em 26 mar. 2020.

Para poder informar adequadamente, é preciso que o médico conheça bem o seu paciente, tanto no que tange ao seu histórico social, familiar e clínico, quanto no que toca ao motivo ensejador da busca pelo atendimento médico. Por isso, essencial que o médico cumpra com seu dever de coletar informações quanto à patologia do paciente de forma atenta, séria e guiada pelo raciocínio diagnóstico, o que só poderá ser adequadamente cumprido se o médico estiver capacitado e atualizado na sua área de atuação.²³³ Assim, o processo de obtenção de informações é tão importante quanto o de fornecê-las.

Por outro lado, é dever do paciente fornecer ao médico todas as informações pertinentes à sua saúde e às condições que possam interferir na sua qualidade de vida. De acordo com João Vaz Rodrigues, o dever de informar do paciente

Traduz-se no interesse do paciente em avançar, voluntária e espontaneamente, as informações que acredita prenderem-se com o diagnóstico ou a terapia em causa, as que rodeiam o seu estado de saúde ou a sua vida, e que possam revelar-se necessárias ou úteis aos procedimentos pretendidos, e, ainda, em responder integral e verdadeiramente às questões que lhe forem colocadas.²³⁴

O direito do médico de receber as informações do paciente é pressuposto para que ele possa exercer a atividade médica de acordo com os preceitos técnicos e “verifica-se independentemente de não haver uma relação contratual com o paciente ou com a entidade a que este recorre; [...]”.²³⁵ A não colaboração do paciente poderá desconfigurar a responsabilização médica por erro técnico, por exemplo.

Do exposto conclui-se, portanto, que a relação médico-paciente é um processo dialético pautado pela colaboração, confiança, lealdade, transparência e retidão. Logo, o paciente também tem o dever de colaborar e de fornecer as

²³³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019.** [Código de Ética Médica]. Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf>. Acesso em 31 out. 2019.

O Código de Ética Médica impõe ao médico o dever de manter atualizados em:
Capítulo I - Princípios Fundamentais:
V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente e da sociedade.

²³⁴ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente).** Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 237-238.

²³⁵ Ibid., p. 225.

informações pessoais necessárias para o escorreito atuar médico²³⁶, suprimindo, dessa forma, o desconhecimento do profissional quanto aos fatores relevantes para o raciocínio clínico e a tomada de decisões.

Josep Llobet Aguado reafirma a imprescindibilidade de que as condutas entre os contratantes sejam regidas pela boa-fé, uma vez que essa “supõe que cada parte deva informar a outra sobre dados que aquele ignora e que não está em condições de conhecer por si mesma”.²³⁷

No entanto, cabe ressaltar que os deveres informativos na atividade médica apresentam algumas peculiaridades importantes, devido à situação de vulnerabilidade do paciente (vulnerabilidade legal²³⁸, hipossuficiência técnica e fragilidade pela própria doença); ao caráter dinâmico do processo informativo, que pode sofrer mudanças no enfoque e na “intensidade” das informações a serem fornecidas conforme a evolução clínica do doente; à dificuldade de uma delimitação objetiva quanto à extensão da informação adequada, a ser avaliada caso a caso; à complexidade da relação médico paciente, que extrapola, embora tenha natureza contratual, a impessoalidade de um simples contrato de consumo.

Como já referido, o paciente traz consigo, de forma inafastável, a posição de vulnerabilidade, que deve ser entendida como o desconhecimento quanto aos aspectos técnicos relativos à sua saúde. Esses aspectos incluem as hipóteses diagnósticas ou o diagnóstico em si; os exames a serem realizados, bem como seus riscos e benefícios; os tratamentos indicados, suas alternativas e riscos envolvidos; a previsão de duração do tratamento; o prognóstico da doença; e toda e qualquer informação complementar que o paciente necessitar. Detentor do saber, cabe ao médico fornecer todas essas informações.

²³⁶ PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 42-43. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

²³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 592.

²³⁸ De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, todos os consumidores são considerados vulneráveis e, portanto, têm garantido o direito à informação. Id. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 4, p. 693-746, out. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/12449116/Um_aspecto_da_obriga%C3%A7%C3%A3o_de_indenizar_-_Judith_H_Martins-Costa. Acesso em 02 fev. 2020.

No entanto, não basta o paciente receber as informações: é imprescindível que as compreenda. Para tanto, as explicações devem ser claras (fornecidas por meio de uma fala de fácil entendimento), verdadeiras (sem falsas assertivas), bem dimensionadas (suficientes, sem partir para extremos quantitativos), de acordo com a capacidade de entendimento do receptor em particular. De acordo com Savatier, o dever do médico é “converter o conhecimento complexo e técnico que ele crê haver adquirido como fundamento das suas recomendações em uma indicação simples e aproximativa, restando, em sua sinceridade, acessível ao paciente”.²³⁹

Do exposto conclui-se que delimitar os contornos da informação a ser prestada não é uma tarefa simples: o que deve ser informado? Em que extensão informar? Como informar?

Judith Martins-Costas sugere cinco critérios principais para que se cumpra da forma mais adequada com o dever de informar. O primeiro deles é o de que, caso a informação seja de fácil acesso, não haveria o dever de informar, uma vez que “a inércia própria não desloca a responsabilidade para a esfera alheia”.²⁴⁰ Entretanto, a própria autora alerta que esse critério deve levar em consideração o caso concreto, motivo pelo qual entendemos que não seria aplicável, pelo menos de forma segura, na seara da atividade médica.

O segundo pressuposto é o de que a informação necessária é aquela pertinente ao objeto do contrato (no caso da atividade médica, a saúde do paciente). Em seguida, deve-se ter em mente que o receptor da informação “não tem o dever de não confiar”, ou seja, pela incidência do princípio da boa-fé ínsita nos contratos, parte-se da premissa de que a confiança (do receptor da informação no interlocutor) é a regra.

Outro importante critério é o da necessidade de que a intensidade do dever de informar deva ser avaliado no caso particular. Judith Martins-Costa classifica o conteúdo da informação a partir de três fatores: necessidade, frequência de risco e gravidade. Dessa forma, quanto maior a necessidade de determinada conduta (podendo incluir-se aí a sua urgência), menor a necessidade da informação mais completa; quanto mais frequente a concreção de um risco, maior o dever de informar sobre; quanto maior a gravidade de um risco, maior a necessidade da informação

²³⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.175.

²⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 593.

ser a mais completa possível, a ponto de a autora referir que “os riscos menos graves não precisam ser informados”.²⁴¹

Para o paciente, interessará ter conhecimento sobre os fatos e riscos envolvidos no seu atendimento em particular, e não sobre dados estatísticos abstratos. Logo, não será o médico quem determinará arbitrariamente o quê e o quanto o paciente deve saber, poupando-o de informações que julgar desnecessárias ou de notícias, no seu entender, ruins. O processo de comunicação entre o médico e seu paciente determinará o que precisa ser informado. Tanto o excesso de informações quanto sua insuficiência são prejudiciais e inadequados.²⁴²

Por último, a informação deve estar voltada a cumprir satisfatoriamente com seu papel primordial, qual seja, o de obter o consentimento esclarecido e informado para a efetivação do contrato²⁴³, que “não será válido se houver qualquer defeito de informação capaz de influenciá-lo”.²⁴⁴

Por trazer o enfoque bioético quanto à extensão da informação, importante a assertiva de José Roberto Goldim, que salienta que não é possível ao profissional conhecer absolutamente todos os riscos (probabilidade objetiva, suportada por um conjunto de informações) e incertezas (probabilidade subjetiva, de não conhecimento pessoal) que envolvem o atendimento médico. No entanto, “considerar o risco desconhecido como sendo nulo é um equívoco infelizmente utilizado. Se o risco é desconhecido é porque ainda não foi relatado. Isto não quer dizer que não venha a ocorrer.”²⁴⁵ Eis a inexatidão da ciência médica, que também deve ser compartilhada com o paciente.

Em que pese a obrigatoriedade do fornecimento de informações, esse dever poderá ser mitigado ou postergado em situações especiais. É o caso da urgência médica, em que o tempo que se despenderia para a obtenção do consentimento informado pode ser determinante para o cumprimento do dever maior do médico,

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 597-598.

²⁴² PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 49-50. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

²⁴³ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 593-594.

²⁴⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p 168.

²⁴⁵ GOLDIM, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. **Revista AMRIGS**, v. 46 (3-4), 2002. p. 112. Acesso em 08 abr. 2020.

que é fazer todo o possível para salvar a vida do paciente. Neste momento, o princípio da beneficência suplanta o da autonomia do paciente.^{246, 247} No entanto, isso não significa a desnecessidade de informar. Assim que possível, o médico deverá fornecer as informações à família ou representante legal do paciente e, inclusive a esse, quando em condições.

Outra situação que se afigura é a do paciente que, por características psicológicas próprias, pode vir a sofrer danos emocionais graves ao receber informações sobre sua doença, podendo até mesmo ter seu quadro agravado. Trata-se de uma forma de privilégio terapêutico. Nesse caso, novamente, o destinatário da informação será algum familiar ou responsável legal.²⁴⁸ O dever de informação, portanto, permanece intacto, embora conformado pelo paciente concreto.

Por fim, existem situações especiais em que o paciente, por motivos que lhe são particulares, decide por não receber informações de seu médico. Ainda que a autodeterminação do paciente deva ser respeitada, é importante que o médico se certifique de que o paciente tem consciência do dever médico de fornecer esclarecimentos, orientações e conselhos e que registre a sua opção por não recebê-los. De toda forma, a recusa do paciente em receber informações não libera o médico para atuar sem o seu consentimento, salvo em caso de risco iminente de vida.²⁴⁹

3.3 A Importância da Boa-Fé para a Responsabilidade Civil e sua Relação com a Confiança

O agir em desconformidade com os padrões de comportamento prescritos pela boa-fé objetiva constitui ato ilícito, da espécie abuso de direito, na medida em que o agente exerce seu direito de forma indevida, irregular, como preceitua o artigo

²⁴⁶ SOTTO, Debora. O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente. Medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 8, n. 178, p. 3. 1 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4635>. Acesso em: 6 abr. 2020.

²⁴⁷ GOLDIM, José Roberto. Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da Bioética e dos Direitos Humanos. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 18, n. 3, p. 240, set./dez. 2017.

²⁴⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Parecer-Consulta CFM nº 10/1996**. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 1996. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/1996/10>. Acesso em 25 mar 2020.

²⁴⁹ SOTTO, op. cit., p. 7.

187 do Código Civil²⁵⁰. Ao atuar de forma abusiva e provocar danos a outrem, surge para o agente o dever de repará-lo, nos termos do artigo 927²⁵¹ do mesmo diploma legal.

Assim sendo, a violação da boa-fé objetiva, como espécie de ato ilícito, é fonte geradora de uma espécie de responsabilidade civil: extracontratual, aquiliana ou delitual.

Entretanto, a inobservância da boa-fé objetiva na formação dos contratos dá ensejo a outra espécie de responsabilidade, chamada de pré-contratual ou responsabilidade por *culpa in contrahendo*.²⁵²

O Código Civil de 2002, como previamente abordado, a partir da aplicação do artigo 422, determina a obrigação de observar a boa-fé e a probidade em todas as fases do negócio - pré-contratual, contratual e pós-contratual - , as quais serão pautadas pelos deveres de cooperação, transparência, respeito à palavra dada, lealdade, proteção e segurança.

Historicamente, a percepção de que as condutas na fase pré-contratual podem gerar danos indenizáveis remonta à *culpa in contrahendo* de Von Ihering, no ano de 1861.^{253, 254} Pontes de Miranda, em sua obra “Tratado de Direito Civil”, assim define a *culpa in contrahendo*:

²⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002]. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31 out. 2019. 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.

²⁵¹ Ibid. Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁵² VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 35, jan./jun. 2004.

²⁵³ DIAMVUTU, Lino. **A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais**. Lisboa, 2010/2011. Dissertação. Curso de Pós-Graduação em Direito dos Contratos, Instituto de Cooperação Jurídica, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. 2010/2011. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Diamvutu-Lino-A-TUTELA-DA-CONFIANCA-NAS-NEGOCIACOES-PRE-CONTRATUAIS.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019. p. 17.

²⁵⁴ Segundo Menezes de Cordeiro, von Ihering define a *culpa in contrahendo* como um instituto da responsabilidade civil aplicável aos casos de nulidade contratual, em que a parte conhecedora ou que devesse ter conhecimento do obstáculo à execução do negócio jurídico deverá indenizar o dano causado à outra parte pelo descumprimento ou rompimento contratual. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 531-532.

Culpa in contrahendo é toda a infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo. O uso do tráfico cria tal dever, que pode ser o dever de verdade, o dever de diligência no exame do objeto ou dos elementos para o suporte fático (...), exatidão no modo de exprimir-se, quer em punctações, anúncios, minutas ou informes.²⁵⁵

Na atividade médica, é cediço que a fase de tratativas (ou pré-contratual) assume especial importância, pois é nesse momento que se inicia a busca do paciente pelo médico que julga ser o melhor para lhe atender, cuja avaliação será determinada, entre outros fatores, pelas orientações e informações que o paciente recebe e que poderão ir de encontro com suas expectativas quanto ao atendimento. Nesta fase, o paciente exercerá o direito de escolher entre contratar ou não contratar o serviço médico. Já o médico, ao se disponibilizar a atender o paciente, assume para com ele uma relação que deverá ser pautada pelo respeito ao avençado e pela confiança recíproca.

Assim, no Direito Brasileiro, como em outros ordenamentos jurídicos, o início da referida fase de tratativas determina a observância de deveres decorrentes tanto da lei quanto do princípio da boa-fé.²⁵⁶ De acordo com Judith Martins-Costa, “esse período é comumente denominado de ‘fase pré-contratual’, lócus de uma ação intercomunicativa que se particulariza pelo grau de ‘contato social’ existente entre seus intervenientes.”²⁵⁷

O grau de contato social entre médico e paciente tem relação com seu caráter personalíssimo, produzindo uma “situação de proximidade social qualificada”²⁵⁸: o paciente escolhe o seu médico com base nas suas características pessoais (empatia, lealdade, respeito, disponibilidade) e nas suas qualidades técnicas. Esta proximidade social é fortemente marcada pelo diálogo, pela troca de informações.

²⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 462.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 458.

²⁵⁷ *Id.* Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 4, p. 693-746, out. 2010. p. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017199512b8d31007032&docguid=l9d227520f25411dfab6f010000000000&hitguid=l9d227520f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=41&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 02 fev. 2020.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 11-51.

Portanto, ainda que o paciente não tenha manifestado o efetivo interesse em contratar os serviços médicos, as orientações e informações fornecidas por esse têm, por incidência do princípio da boa-fé e pela confiança que foi suscitada no *alter*, força para gerar expectativas legítimas no paciente. Justamente por esse motivo é que as informações são merecedoras de proteção jurídica e devem ser claras, verdadeiras, de fácil compreensão, pertinentes ao serviço buscado, e o mais completas possível, levando em consideração o paciente em concreto. Sua inadequação quanto à forma, ao conteúdo e à veracidade, ao induzirem o paciente a uma decisão equivocada e geradora de dano à sua saúde, com prejuízo material ou pessoal, violam o dever de informação, ferem a confiança e levam ao dever de indenizar. Judith Martins-Costa refere que

O que há, em certas circunstâncias, é, por força da boa-fé objetiva em sua conexão com situações de confiança, o nascimento de deveres tendentes a evitar nos parceiros pré-negociais representações injustificadas – e injustificadas em razão da especial posição assumida pelos sujeitos – bem como a prevenir danos ocasionáveis pela especial aproximação que os interessados mantiveram. Os negociadores, conquanto ainda não vinculados por deveres de prestação, se devem, reciprocamente, o resguardo contra danos resultantes de uma violação dos deveres de proteção derivados do imperativo de agir segundo a boa-fé (art. 422) na fase das tratativas.²⁵⁹

Assim, desde o primeiro atendimento, médico e paciente estabelecem entre si um contato social que se encontra numa “zona gris” entre os extremos de uma relação contratual já concretizada e um mero encontro fortuito. No entanto, nessa fase (pré-contratual) já existe o potencial para a geração de danos injustos capazes de ensejar indenização. Trata-se de “uma responsabilidade fora do negócio jurídico *como gênero*, caracterizada pela violação danosa e imputável do dever geral de a ninguém lesar.”²⁶⁰

Como leciona Judith Martins-Costa

²⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 4, p. 693-746, out. 2010. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017199512b8d31007032&docguid=l9d227520f25411dfab6f010000000000&hitguid=l9d227520f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=41&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 02 fev. 2020.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 11-51.

Desde a fase das tratativas, as partes estão adstritas a agir conformemente aos deveres de cada caso deduzidos da concretização de comportar-se segundo a boa-fé. [...]

Isto porque, na fase pré-contratual, o princípio da boa-fé atua na criação de deveres de proteção e correção do exercício jurídico, pautando o modo como se hão de desempenhar direitos subjetivos e posições jurídicas. Nessa fase, os deveres decorrentes da boa-fé incidirão, ou não, em virtude das concretas circunstâncias do caso. Se incidirem, e quando incidirem, terão o efeito de levar o julgador a declarar a existência de vinculabilidade jurídica entre as partes para o efeito de reconhecer a existência de deveres de proteção e de respeito à confiança legitimamente depositada.²⁶¹

Sérgio Cavalieri Filho ressalta que uma das consequências mais importantes do princípio da boa-fé é o dever de informação, pois é por meio dela (a informação) que o paciente construirá a confiança depositada no seu médico, detentor do saber técnico.²⁶²

O dever de informação na fase pré-contratual exprime, portanto, o dever de proteção contra a produção de danos decorrentes do próprio contrato em desenvolvimento. Neste momento, o que se protege por meio da informação são “a higidez negocial e a confiança que possibilita não apenas acalentar legítimas expectativas, mas, igualmente, avaliar riscos.”²⁶³ Além disso, protege-se o direito de escolha do paciente-consumidor sobre o serviço ofertado.²⁶⁴

Transposto para a atividade médica, o dever de informação no período pré-contratual, quando atendidos os requisitos que qualificam as informações como suficientes e adequadas, levará à obtenção do consentimento livre, esclarecido e informado do paciente para que a atuação médica possa transcorrer com segurança para ambas as partes. Para o paciente, pois sabedor dos riscos e benefícios que envolvem seu atendimento; para o médico, pois cumprida a obrigação de esclarecer e orientar seu paciente, o que permite sua atuação de forma consentida e compartilhada em termos de responsabilidade.

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 470-471.

²⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 113. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>. Acesso em 26 mar. 2020.

²⁶³ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 580.

²⁶⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 68.

Na doutrina e jurisprudência brasileiras a confiança tem assumido a importante função de balizar o dever pré-contratual de informação²⁶⁵, por incidência do princípio da boa-fé. Embora não sejam sinônimos, boa-fé e confiança são conceitos que se complementam e se interrelacionam em vários momentos. Apresentam uma origem comum – a *fides* do Direito Romano – o que lhes confere uma inquestionável ligação.²⁶⁶ Para António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “a aproximação entre confiança e boa-fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que ela, por seu turno, comunique à boa fé.”²⁶⁷

Devido à importância que a confiança assume na relação médico-paciente e para uma melhor compreensão do princípio da confiança, de sua relação com o princípio da boa-fé objetiva²⁶⁸ e com o dever de informação, bem como de sua aplicabilidade na Responsabilidade Civil Médica, faz-se necessária uma abordagem previa quanto à sua construção.

Historicamente, conforme António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a ideia de confiança remonta ao Direito Romano e à boa-fé, quando da proteção de situações em que “uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela.”²⁶⁹ Para o autor português, o fundamento da responsabilidade pela confiança está no seu vínculo com a boa-fé:

Quando, porém, a confiança incorporada em situações mais vastas, se manifeste no momento de sua violação, em conjuncturas próprias do dever de actuar de boa fé, a saída a observar será a da

²⁶⁵ FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. O princípio da confiança: proteção e tónica jurisprudencial dos contratos de saúde suplementar. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, v. 2, p. 83-107, jan./mar., 2015. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001719e6d420b0a2ad9f4&docguid=l6ef311d0d1ef11e497cf010000000000&hitguid=l6ef311d0d1ef11e497cf010000000000&spos=13&epos=13&td=16&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 12 fev. 2020.

²⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 254.

²⁶⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p 1241.

²⁶⁸ Para uma linha doutrinária, o princípio da confiança seria um subprincípio da boa-fé, a exemplo do que defende Nuno Manuel Pinto Oliveira, enquanto para outra, aqui representada por Manuel António de Castro Portugal Carneiro de Frada, seria um princípio autónomo. *In*: FERREIRA, op. cit., p. 83-107.

²⁶⁹ CORDEIRO, op. cit., 1234.

indemnização, nos termos gerais. [...] Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, lhe falte uma disposição legal específica.²⁷⁰

Nada obstante a inquestionável aproximação entre a boa-fé e a confiança - presente especialmente na vedação a comportamentos desleais entre as partes de uma relação jurídica, no respeito às expectativas legitimamente geradas e na função de proteção que ambas exercem quanto a deveres assumidos -, existem pontos de distinção funcional entre elas.

A esse respeito, há que se ressaltar que a proteção conferida pela boa-fé se refere à confiança legitimamente suscitada no *alter*, ou seja, não a simples crença, mas sim a confiança oriunda de “situações especiais”, “decorrentes da lei, do negócio jurídico ou dos usos e comportamentos do outro”.²⁷¹

Logo, a boa-fé tutela a apenas a confiança suscitada por situações em que o destinatário da ação ou omissão apresentava razões justificáveis e qualificadas (pela especial relação com o agente, pelo próprio negócio ou por lei) para confiar.

Outra diferenciação diz respeito à função que tanto a boa-fé quanto a confiança exercem na dinâmica das relações sociais e negociais: enquanto a primeira regula o tráfego negocial ao servir de norte para o comportamento (leal, honesto, transparente) das partes, a segunda responde pela proteção das legítimas expectativas e prevenção de danos pela sua frustração.²⁷²

Do ponto de vista jurídico²⁷³, a palavra confiança ressent-se de uma definição objetiva e concreta, vez que caracterizada pela ambiguidade e por sentidos

²⁷⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p 1250.

²⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 256.

²⁷² *Ibid.*, p. 256-257.

²⁷³ Quando visualizada sob o prisma sociológico, Niklas Luhmann defende a ideia da confiança como “um dos principais fatores de atenuação da complexidade das relações sociais”. Segundo Patrícia Cândido Alves Ferreira, para este sociólogo, a confiança pode ser dividida em três formas, de acordo com sua fundamentação: 1) baseada no conhecimento a respeito do outro a partir de uma relação preexistente (confiança processual); 2) estabelecida a partir da similaridade entre confiante e depositário da confiança dentro do grupo social; e 3) baseada em instrumentos legais formais, cuja função é a redução dos riscos nas relações sociais e, conseqüentemente, o aumento da confiança. Essa última seria a merecedora de tutela especial pelo Direito. *In*: FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. O princípio da confiança: proteção e tópicos jurisprudenciais dos contratos de saúde suplementar. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, v. 2, p. 83-107, jan./mar., 2015. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001719e6d420b0a2ad9f4&docguid=l6ef311d0d1ef11e497cf010000000000&hitguid=l6ef311d0d1ef11e4>

plúrimos²⁷⁴. Mesmo na doutrina jurídica existem pensamentos divergentes quanto a seus sentido e valoração. Para António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a confiança se constitui em um liame situado entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva.²⁷⁵

Já o doutrinador português Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, em sua obra sobre a teoria da confiança e a Responsabilidade Civil, afirma que

São vários e de graduação diversa os comportamentos dos sujeitos retratáveis como atitudes de confiança. Tanto se pode dizer que confia aquele que cre firmemente numa certa realidade, como quem espera com uma convicção mais moderada, como ainda o que chega a adoptar um determinado comportamento apesar de uma contingência que não domina, decidido a assumir o correspondente na expectativa de que ele não se concretize. Confiança e desconfiança são susceptíveis de se combinar segundo intensidades diferentes caso a caso.²⁷⁶

Na doutrina pátria, Judith Martins-Costa ressalta a polissemia da palavra confiança, a qual pode ser entendida como “confiabilidade” (quando a posição do agente é valorizada no sentido da confiança ensejada por uma sua declaração ou ação); como “credibilidade” (liame entre os aspectos objetivos e subjetivos da palavra); como “crença legítima” (ligada ao estado psicológico do quem crê); e como “condição de previsibilidade” (quando empregada como balizador de grau de risco e segurança jurídica em dada situação).²⁷⁷

Em que pesem todas as tentativas de definição do que vem a ser a confiança, fato inconteste é que o ato de confiar é imprescindível a todas as relações, especialmente quando se trata da relação médico-paciente. Sem a confiança, não seria possível qualquer relacionamento humano²⁷⁸. É ela que permite “aos indivíduos

97cf010000000000&spos=13&epos=13&td=16&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 12 fev. 2020.

²⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 250.

²⁷⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.p. 1238.

²⁷⁶ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. p. 17-18.

²⁷⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 250.

²⁷⁸ FRADA, op. cit., p. 19.

prossequirem com a consecução de suas atividades, protegidos de uma eventual conduta leviana, ou melhor, contraditória, de terceiros, em quem confiaram.”²⁷⁹

O entendimento acerca da função do princípio da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro e de sua relação com o dever de informação, de inegável importância no exercício escorreito da atividade médica, permitirá a análise da aplicação desses institutos no julgamento de demandas judiciais envolvendo a responsabilização médica pelo descumprimento do dever informativo e pela ruptura da confiança na relação médico-paciente, quando geradoras de dano. Insere-se nesse contexto a valoração da autonomia do paciente para decidir e o papel do termo de consentimento esclarecido e informado para o ato médico, o que será estudado a seguir.

No último capítulo do trabalho, serão analisadas, ainda, decisões dos Tribunais brasileiros e a forma como são aplicados os conceitos até aqui estudados, bem como razões de decidir sobre a Responsabilidade Civil Médica.

²⁷⁹ MARTINS, Raphael Manhães. Apontamentos sobre o princípio da confiança legítima no Direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 10, n. 40, p. 179, 2007.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DO DEVER INFORMAÇÃO E DO ROMPIMENTO DA CONFIANÇA

A sociedade atual é caracterizada por relações sociais mais frágeis e voláteis. O acesso rápido e fácil a informações de todo o tipo, de fontes idôneas e inidôneas, traz consigo sérias consequências. As pessoas, muitas vezes, não sabem em quem podem confiar, o que fragiliza os laços sociais e diminui o sentimento de solidariedade.²⁸⁰

No âmbito médico, os reflexos dessa fragilização de laços também são visíveis. Especialmente porque a massificação da Medicina alterou a forma como médicos e pacientes se relacionam. O diálogo, a proximidade social e o caráter personalíssimo dessa relação perderam força, e o médico, vítima e autor nesse cenário, encontra-se muitas vezes distante do seu dever de acolher, escutar e informar o seu paciente sobre todos os aspectos que envolvem seu atendimento. Por outro lado, o paciente sente-se dividido entre a impessoalidade do atendimento prestado e a necessidade de confiar naquele que, devido ao próprio *status* profissional, inspira este sentimento e gera expectativas quanto à sua capacidade e vinculação com a arte de atenuar o sofrimento, tratar e, se possível, curar.

Neste capítulo será analisado o dever de informação do médico, como elemento da relação de confiança, bem como o dano causado pela sua inobservância e o conseqüente dever de indenizar.

4.1 O Dever de Informação e o Consentimento Informado como Elementos Conformadores da Relação de Confiança entre Médico e Paciente

Apesar da evolução constante da sociedade e dos avanços tecnológicos e científicos, o paciente continua sendo um ser humano com características físicas e psíquicas particulares, que se encontra em situação de vulnerabilidade em face da doença e do desconhecimento da ciência médica.

Nenhum recurso tecnológico é capaz de fornecer a atenção, o respeito, a empatia e o conhecimento para aliviar seu sofrimento, que não outro ser humano.

²⁸⁰ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 8.

Logo, uma relação médico-paciente sólida e baseada na confiança recíproca é imprescindível para que um tratamento obtenha sucesso. A reciprocidade impõe ao médico, nessa relação especial de confiança, a obrigação de, para além de informar e aconselhar, saber ouvir o seu paciente²⁸¹.

Ao paciente, estabelece o dever de fornecer informações reais e completas sobre seu histórico de vida.^{282, 283} Trata-se do direito do médico de receber as informações necessárias para bem exercer a sua atividade ou, até mesmo, de recusar o atendimento quando o paciente não colaborar.²⁸⁴

Como se pronunciou a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.144.840/SP: “A relação médico-paciente é eminentemente de confiança.”²⁸⁵

A confiança reside, entre outras coisas, na segurança que o paciente deve ter de estar recebendo do seu médico todas as informações necessárias sobre sua patologia no que concerne a riscos e benefícios dos procedimentos propostos, respeitando seus valores éticos e culturais. O vínculo de confiança é o que permitirá que o paciente possa exprimir sua vontade, livre de coações sociais, crenças religiosas ou preconceitos a respeito de sua doença ou tratamento.

Maurílio Casas Maia denomina “confiança médica informada” a situação construída com base nas informações a respeito da titulação do profissional e do

²⁸¹ GOLDIM, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. **Revista AMRIGS**, v. 46 (3-4), 2002: p. 114. Acesso em 08 abr. 2020.

²⁸² BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009**. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html. Acesso em 04 maio 2020.

Art. 6º Toda pessoa tem responsabilidade para que seu tratamento e recuperação sejam adequados e sem interrupção.

Parágrafo único. Para que seja cumprido o disposto no caput deste artigo, as pessoas deverão:

I -prestar informações apropriadas nos atendimentos, nas consultas e nas internações sobre:

- a) queixas;
- b) enfermidades e hospitalizações anteriores;
- c) história de uso de medicamentos, drogas, reações alérgicas;
- d) demais informações sobre seu estado de saúde;

²⁸³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 45.

²⁸⁴ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 225.

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.144.840**. São Paulo. Consumidor. Plano de saúde. Rede conveniada. Alteração. Dever de informação adequada. Comunicação individual de cada associado. Necessidade. Recorrente: Isabel Martins Favero e outro. Recorrido: Associação Auxiliadora das Classes Laboriosas. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 20 de março de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1132680&num_registro=200901842121&data=20120411&formato=PDF. Acesso em 05 abr. 2020.

conceito que este possui na sociedade, além das informações prestadas ao paciente durante o atendimento médico.²⁸⁶

Também Gustavo López-Muñoz y Larraz ressalta que é direito do paciente conhecer o médico que o atende, o que inclui questionamentos sobre sua formação, experiência, especializações, disponibilidade de tempo e meios de contato, eis que tais informações permitem que o paciente se coloque em posição de igualdade com o médico.²⁸⁷

Assim, novamente, o que se sobressai é a importância do cumprimento dos deveres informativos para o estabelecimento da confiança na relação escapulário-enfermo, uma vez que “a quantidade de informações e a extensão da confiança são grandezas principiológicas diretamente proporcionais, porquanto a ‘troca intensa de informações preserva a confiança’”.²⁸⁸

Portanto, o médico deve promover a contínua troca de informações com o paciente ao longo de todo o atendimento, desde a fase pré-contratual (que inclui o primeiro contato médico-paciente, independentemente da relação contratual vir a se concretizar), perdura na fase contratual (que, de regra, abrange todos os procedimentos relacionados ao diagnóstico, tratamento e prognóstico) e se estende até a fase pós-contratual (entendida como o seguimento do paciente pós-tratamento e abrange as consequências dele). O objetivo do processo dialógico é manter um “estado de confiança necessário à consecução do tratamento.”²⁸⁹

Assim, como assevera Judith Martins-Costa,

Nas relações caracterizadas pela assimetria informativa há o dever de o melhor informado esclarecer de moto próprio o menos informado. Se não existir contrato (como resultado das negociações preliminares) ou se não for o mesmo atacável por defeito em sua formação, mas se tiver produzido dano pela ausência, deficiência ou

²⁸⁶ MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 86, p. 203-232, mar/abr. 2013. Disponível em:

<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&sruid=i0ad6adc500001719e7024d592d6d8e8&epos=12&spos=12&page=0&td=16&savedSearch=&searchFrom=&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em 22 abr. 2020.

²⁸⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 45.

²⁸⁸ MAIA, op. cit., p. 203-232.

²⁸⁹ Ibid., p. 203-232.

defeito na informação, imputável a um dos parceiros pré-contratuais, há eficácia indenizatória.²⁹⁰

Visualizada sob outro enfoque, a confiança nas relações sociais permite a “transferência do controle sobre certos atos àquele em que se confia.”²⁹¹ Portanto, ao confiar no seu médico, o paciente transfere a ele certo poder de ingerência sobre a decisão quanto à melhor técnica para a solução de seus problemas de saúde.

Como consequência, o paciente cria expectativas legítimas²⁹² de que o profissional exercerá a Medicina em seu benefício. Esse “poder de escolha” do médico é limitado pela necessidade de concordância do paciente com a proposta, mediante o pleno entendimento no que se refere às limitações técnicas e aos riscos inerentes à própria atividade médica. Tal fim – estabelecimento da confiança por meio da satisfação das expectativas legítimas²⁹³, com o objetivo de concretizar o consentimento para o ato médico - somente poderá ser atingido se corretamente cumprido o dever médico de informação.

Sobre a estreita vinculação entre o cumprimento dos deveres informativos e a obtenção do consentimento do paciente, Sérgio Cavalieri Filho assevera que

²⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 4, p. 693-746, out. 2010. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srcguid=i0ad82d9b0000017199512b8d31007032&docguid=l9d227520f25411dfab6f010000000000&hitguid=l9d227520f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=41&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 02 fev. 2020.

²⁹¹ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 15.

²⁹² De acordo com a doutrina portuguesa, a expectativa legítima tem origem na “situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas.” CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p 1234.

²⁹³ O sentimento de confiança na relação médico paciente é construído com base em expectativas, as quais, para receberem a tutela jurídica, devem ser legítimas. A definição da expressão “expectativas legítimas”, sob o ponto de vista do Direito, a fim de diferenciá-las de uma mera esperança, é elucidada por Gerson Luiz Carlos Branco, o qual afirma que, “quando se fala de expectativa, a questão é de fato. Porém, quando há uma expectativa, qualificada por uma norma ou princípio tutelando dita situação, o resultado é uma relação jurídica, com direitos e deveres, caracterizando uma expectativa legítima [...] Expectativas legítimas, portanto, são o nome que se atribui a uma relação jurídica específica, nascida de atos e fatos que não se enquadram dentro da tradicional classificação das fontes das obrigações, mas que, em razão da necessidade de proteção da confiança, produzem uma eficácia específica”. *In*: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**. v. 12, p. 169-225, out./dez. 2002.

A informação tem por finalidade dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar, ou não, o consentimento. É o *consentimento informado*, hoje considerado pedra angular no relacionamento do médico com o seu paciente.²⁹⁴

No entanto, a “verdadeira crise da confiança” vivenciada pela sociedade pós-moderna atual gerou reflexos também na relação médico-paciente, a qual vem sofrendo com os efeitos de uma “desconfiança exacerbada”²⁹⁵, decorrente do distanciamento interpessoal e da fragilidade do processo comunicativo.²⁹⁶

A fim de restabelecer a confiança e a segurança necessárias, tanto para o médico quanto para o paciente, o consentimento livre e esclarecido assume um papel fundamental. Sobre o assunto, o Conselho Federal de Medicina afirma que a obtenção do consentimento informado do paciente tornou-se “prática médica obrigatória”, tanto do ponto de vista ético quanto do ponto de vista jurídico. Tal fato se justifica pela condição do direito à informação como direito fundamental do paciente, ao lado de outros constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana.²⁹⁷

Ainda, de acordo com o Conselho Federal de Medicina, o médico é o responsável por obter o consentimento informado do paciente, o que vem inscrito já em sua definição:

O consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações, sob a

²⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 500.

²⁹⁵ MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 86, p. 203-232, mar/abr. 2013. p. 5. Disponível em: <https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&sguid=i0ad6adc5000001719e7024d592d6d8e8&epos=12&spos=12&page=0&td=16&savedSearch=&searchFrom=&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em 22 abr. 2020.

²⁹⁶ Inúmeras vezes, o que se percebe é a substituição da relação pessoal entre o médico e seu paciente por uma relação impessoal do paciente com a empresa operadora de planos de saúde, a qual disponibiliza médicos em seu rol de credenciados. A escolha do profissional acaba sendo por conveniência, e não de acordo com seus atributos especiais. Reflexo é a despersonalização do contrato médico e, conseqüentemente, a fragilização dos laços e a da confiança, bem como a intensificação da desigualdade entre as partes contraentes, com o paciente situando-se em posição de hipervulnerabilidade.

²⁹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 2016. p. 12. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em 25 mar 2020.

responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados.²⁹⁸

No mesmo sentido, o consentimento informado é definido nas palavras de Joaquim Clotet como sendo

A decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos.²⁹⁹

O consentimento informado, portanto, concretiza o dever de informação. Por meio dele, o paciente exerce seu direito de autonomia, assumindo, portanto, a responsabilidade sobre suas decisões, delimitando e legitimando a atuação médica.³⁰⁰ Sua função transcende a esfera das possibilidades de escolha sobre aceitação ou recusa a um determinado tratamento, de um instrumento persuasão do emitente na manifestação de sua vontade ou de requisito para a mitigação ou a exclusão da responsabilidade médica. Trata-se, em verdade, de um processo dialógico contínuo inerente à relação médico-paciente, necessário para que se possa dar início à “arte de prevenir, detectar, curar, ou, pelo menos, atenuar as doenças”³⁰¹.

²⁹⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 2016. p. 12. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em 25 mar 2020.

²⁹⁹ CLOTET, Joaquim. “O Consentimento Informado nos Comitês de Ética em Pesquisa e na Prática Médica: Conceituação, Origens e Atualidade”. In: **Revista Bioética do Conselho Federal de Medicina**. Vol. 3. Brasília, n. 1, 1995, p. 51 e seg., e inserido na sua obra **BIOÉTICA – Uma aproximação**. 2ª. Ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

³⁰⁰ No cenário atual da pandemia pelo coronavírus, o Conselho Federal de Medicina, em parecer sobre o uso das medicações cloroquina e hidroxicloroquina, reitera a importância e a obrigatoriedade do consentimento informado para a utilização dessas drogas. O CFM propõe que essas medicações podem ser utilizadas a “critério do médico assistente, em **decisão compartilhada com o paciente**, sendo ele **obrigado** a relatar ao doente que não existe até o momento nenhum trabalho que comprove o benefício do uso da droga para o tratamento da COVID 19, **explicando** os efeitos colaterais possíveis, **obtendo o consentimento livre e esclarecido do paciente ou dos familiares**, quando for o caso.” (grifos nossos). In: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Processo-consulta CFM nº8/2020–Parecer CFM nº 4/2020**. Tratamento de pacientes portadores de COVID-19 com cloroquina e hidroxicloroquina. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 16 abr. 2020. p. 6-7. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em 26 abr. 2020.

³⁰¹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p 25-27.

Assim sendo, o consentimento informado do paciente é imprescindível para que a relação de confiança se consolide e o atendimento médico prossiga e atinja o seu fim. Ressalte-se, entretanto, que, ao final, o paciente terá a liberdade de consentir ou não com as condutas propostas.³⁰²

Sob o prisma do ordenamento jurídico, a doutrina consumerista entende que o consentimento informado é “uma exigência de proteção da confiança na relação médico-paciente”³⁰³, pois salvaguarda o profissional cumpridor do dever de informação e permite que o paciente, ciente dos aspectos que envolvem todo o seu atendimento, exerça o direito à autonomia na tomada de decisões.

³⁰² Pode ocorrer que, mesmo após o médico ter cumprido com o seu dever informativo, recomendando determinado tratamento, o paciente, exercendo seu direito de autodeterminação, se recuse a consentir. Exemplo dessa situação delicada e controversa é a que envolve a recusa de tratamento por motivos religiosos, cujo caso mais emblemático é o das Testemunhas de Jeová, no que tange à transfusão de sangue e hemoderivados. Quando confrontado com esse tipo de caso, o médico deverá ponderar a urgência do procedimento e o respeito à autonomia do paciente no caso concreto. Exceto em caso de se tratar de paciente menor de idade ou impossibilitado de exteriorizar sua vontade, o médico deverá respeitar o desejo do paciente de não ser transfundido. Nesse sentido, a título de exemplo, decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujas ementas seguem:

Ementa: Agravo de instrumento. Direito privado não especificado. Testemunha de jeová. Transfusão de sangue. Direitos fundamentais. Liberdade de crença e dignidade da pessoa humana. Prevalência. Opção por tratamento médico que preserve a dignidade da recorrente. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. **Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido.** Livre arbítrio. **Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria",** quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. **Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade,** para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. Agravo provido. (Agravo de Instrumento, Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em: 06-05-2010). (grifo nosso); **Ementa:** Apelação cível. Transfusão de sangue. Testemunha de jeová. Recusa de tratamento. Interesse em agir. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois **o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares.** Recurso desprovido. (Apelação Cível, Nº 70020868162, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em: 22-08-2007). (Grifo nosso).

³⁰³ MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 86, p. 203-232, mar/abr. 2013. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&sruid=i0ad6adc5000001719e7024d592d6d8e8&epos=12&spos=12&page=0&td=16&savedSearch=&searchFrom=&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em 22 abr. 2020.

No entanto, não basta uma declaração de vontade para que se considere fornecido o consentimento. Mais do que isso, é necessária a construção e a aceitação de regras que considerem o ponto de vista do outro.³⁰⁴ Com isso, o consentimento permitirá a formação de “ilhas de segurança” a partir da palavra dada. Nesse sentido, Gerson Luiz Carlos Branco afirma que

As promessas que precisam ser feitas para garantir as ilhas de segurança dependem de um consentimento, que não é apenas um acordo de vontades conscientes. Consentir para Hannah Arendt é mais do que declarar vontade, é mais que contratar. Significa aceitar e formular regras tendo como limite o ponto de vista do outro. O consentimento que forma o contrato social é baseado fundamentalmente no sentido moral de fazer e cumprir promessas, modo exclusivamente humano de disciplinar o futuro para torná-lo previsível e seguro.³⁰⁵

A fim de orientar a classe médica quanto à obtenção do consentimento livre e esclarecido, o Conselho Federal de Medicina publicou, em janeiro de 2016, a Recomendação nº 1/2016³⁰⁶. O objetivo final do documento é servir de norte para a construção de “conexões mais simétricas e igualitárias” a partir de uma “relação intersubjetiva com o paciente”³⁰⁷.

Um dos preceitos mais relevantes trazido pela Recomendação é o do respeito à autonomia do paciente, cujo exercício tem como pressuposto o acesso a informações claras e suficientes sobre diagnóstico, tratamento e prognóstico da enfermidade. O exercício da autonomia permite que o paciente possa decidir sobre os destinos de sua própria vida, afastando o caráter paternalista que a medicina hipocrática sempre assumiu.^{308, 309} Nesse sentido, manifesta-se o Conselho Federal

³⁰⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. São Paulo. **Revista de Direito Privado**. v. 12, p. 169 – 225, out./dez. 2002. Disponível em: [https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001720f581c34d4b7369b&docguid=le989c570f25011dfab6f0100000000000&hitguid=le989c570f25011dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001720f581c34d4b7369b&docguid=le989c570f25011dfab6f010000000000&hitguid=le989c570f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em 20 abr. 2020.

³⁰⁵ Ibid., p. 169-225.

³⁰⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em 25 mar 2020.

³⁰⁷ PAZINATTO, Márcia Maria. A relação médico-paciente na perspectiva da Recomendação CFM 1/2016. **Revista de Bioética**. Brasília, v. 27, n.2, p. 234-243. abr./jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422019272305>. Acesso em 08 abr. 2020.

³⁰⁸ Ibid., p. 234-243.

de Medicina: “o princípio de respeito à autonomia tornou-se, nas últimas décadas, uma das principais ferramentas conceituais da ética aplicada, sendo utilizado em contraposição ao assim chamado paternalismo médico.”³¹⁰

A autonomia decisória do indivíduo é o que protege os seus direitos de personalidade, por meio da defesa da “faculdade de escolha voluntária da própria concepção de bem e dos próprios objetivos de vida”.³¹¹

Jean L. Cohen aborda a importância da autonomia para a tomada de decisões pertinentes à própria condição de vida da pessoa, afirmando que

O indivíduo só pode funcionar como agente moral se a autonomia decisória for respeitada em todas as pessoas, independentemente de sua situação, se a capacidade do indivíduo para a deliberação e interpretação moral, por um lado, e para a autorreflexão ético-existencial e a auto-interpretação [...], por outro, for protegida contra a coerção por parte do Estado ou da maioria da “comunidade”.³¹²

Logo, a proteção da autonomia de decisão do paciente remete diretamente à tutela de seus direitos personalíssimos, entre os quais se sobressai a dignidade da pessoa humana³¹³, que deve ser protegida, inclusive e especialmente, na relação

³⁰⁹ O Juramento de Hipócrates, símbolo do compromisso e dedicação médica em prol do paciente, construído em um contexto histórico não mais vivenciado nos dias de hoje, colocava o médico numa posição de detentor do poder de decisão e ação, em que o paciente se submetia aos seus desígnios de maneira inquestionável. Este paternalismo regeu a relação médico-paciente até recentemente e vem expresso no Juramento na assertiva: “Aplicarei os regimes para o bem do doente **segundo o meu poder e entendimento**, nunca para causar dano ou mal a alguém.” (Grifo nosso). *In*: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). **Juramento de Hipócrates**. São Paulo, [2020?]. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em 22 mar. 2020.

³¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 2016. p. 8. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em 25 mar 2020. Acesso em 25 mar 2020.

³¹¹ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, a. 10, p. 126, jan./jun. 2016.

³¹² COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**. Brasília, n. 7, p. 184, jan./abr.2012.

³¹³ Baez e Lima destacam que “ a dignidade da pessoa humana caracteriza-se como pressuposto imprescindível para o exercício efetivo da autonomia privada, de modo que, quando faltarem ao indivíduo condições essenciais para o gozo de uma vida digna, restará prejudicada sua capacidade de decidir, devendo o Estado intervir, por meio de medidas assistenciais e protetivas, para restabelecer a capacidade do indivíduo escolher livre de qualquer influência.” *In*: BAEZ, op. cit., p. 126.

médico-paciente.³¹⁴ O paciente terá sua dignidade respeitada se puder decidir sobre os destinos de sua vida de forma livre e esclarecida.

Nesse sentido, estabelece o Conselho Federal de Medicina:

Na área da saúde, a dignidade do ser humano, entre outros princípios, encontra efetividade no esclarecimento, por parte do médico, dos procedimentos a que a pessoa se sujeitará, aos quais a pessoa deve dar seu consentimento, livre de qualquer influência ou vício. É o que se convencionou denominar consentimento livre e esclarecido.³¹⁵

O exercício da autonomia pressupõe a capacidade do paciente de compreender adequadamente as informações sobre sua doença, expressar e esclarecer suas dúvidas e exercer a liberdade para decidir.

O consentimento informado, quando analisado sob o ponto de vista da Bioética, é considerado uma ferramenta de proteção à autonomia privada:

O princípio da autonomia, que preconiza o respeito pelos atos e decisões de cada indivíduo, implica a responsabilidade das pessoas de decidirem por si mesmas, representando um direito do indivíduo enfermo e um dever de respeito pelo médico e, na visão de Munoz e Fortes, o consentimento informado é a expressão máxima desse princípio. A aplicação do princípio da autonomia no âmbito do atendimento à saúde tende a horizontalizar a relação entre médico e paciente, pois protege de tudo aquilo que possa limitar ou reduzir sua autonomia através de possíveis abusos de poder.³¹⁶

³¹⁴ “Autonomia, liberdade e respeito, por causa da dignidade, são direitos fundamentais do ser humano, de caráter inviolável, mesmo no exercício da medicina ou da experimentação com seres humanos.” *In*: CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos Comitês de Ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. **Revista Bioética**. Brasília, v. 3, n. 1, 1995. p. 52. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/430. Acesso em 25 out. 2019.

³¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 2016. p. 8. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em 25 mar 2020.

³¹⁶ PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p 6. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

De acordo com Fernanda Borghetti Cantali, “o consentimento, que na bioética pode ser denominado como consentimento livre e esclarecido, está calcado na autonomia privada”.³¹⁷

Conforme José Roberto Goldim, “o princípio da autonomia [...] é o dever de preservar a autodeterminação, ou seja, a liberdade para tomar decisões.”³¹⁸ Nada obstante, o autor destaca que a capacidade de consentir, sob o ponto de vista da Bioética, se distingue da capacidade de fato.³¹⁹ Fundamentando seu entendimento na doutrina jurídica, afirma:

Judith Martins-Costa, na obra de atualização do Tomo I do Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda, leciona que a noção de autonomia e de autodeterminação utilizada na área da saúde, possibilita o desenvolvimento da ideia de capacidade para consentir, que apresenta uma outra esfera da capacidade civil. Dessa maneira, pode a mesma pessoa ser capaz civilmente (capacidade de fato) e incapaz para consentir e vice-versa.³²⁰

Apesar dessa distinção, a validade do contrato na relação médico-paciente e, conseqüentemente, do consentimento informado, exige a presença dos requisitos

³¹⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade – Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166.

³¹⁸ GOLDIM, José Roberto. Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da Bioética e dos Direitos Humanos. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 18, n. 3, p. 248, set./dez. 2017.

³¹⁹ Do ponto de vista da Bioética, a autonomia adota um sentido mais amplo, para além daquele estabelecido para a capacidade civil prevista no Código Civil. A título de exemplo, pode-se citar a situação em que o paciente, embora legalmente capaz, encontra-se emocionalmente fragilizado pelo impacto de uma má notícia a respeito de seu prognóstico, sem condições de exercer sua autonomia naquele momento. Da mesma forma, poder-se-ia considerar o paciente menor de idade que, embora incapaz perante a lei, tem o direito de ser ouvido e considerado no que tange à sua própria existência, apesar de não ter capacidade para consentir. Lívia Haygert Pithan refere como “capacidade sanitária” aquela relacionada à avaliação subjetiva, de responsabilidade do médico, quanto às condições de saúde mental do paciente. De acordo com Bórquez, Raineri e Bravo, “os critérios de capacidade sanitária fazem referência fundamentalmente às aptidões dos pacientes para receber, compreender e processar racionalmente informação, tomar uma decisão e comunicá-la adequadamente.” A falta de “capacidade sanitária” não impediria o paciente de participar do processo de consentimento informado, dentro de suas possibilidades. Portanto, frente ao paciente particular na prática médica diária, “pode-se afirmar que a avaliação da capacidade de consentir é ‘subjetiva e, portanto, prudencial’, pois em geral não existem critérios standards e protocolos consensuais para realizá-la de forma objetiva e adequada.” In PITHAN, Lívia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 88-89. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s.> Acesso em 31 out. 2019.

³²⁰ GOLDIM, José Roberto. Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da Bioética e dos Direitos Humanos. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 18, n. 3, p. 248, set./dez. 2017.

estabelecidos pelo artigo 104 do Código Civil³²¹, que traz de forma explícita, em seu inciso I, o agente capaz. Portanto, no que se refere à Responsabilidade Civil Médica, são os critérios objetivos ditados pelo Código Civil³²². que determinarão a capacidade do indivíduo de exercer a autonomia privada e, portanto, fornecer o consentimento para o ato médico e se responsabilizar perante sua escolha. Em caso de incapacidade, essa poderá ser suprida pela família ou pelo representante legal do paciente.

Do exposto, extrai-se que a concordância consciente e autônoma do paciente com a proposta terapêutica culminará no consentimento livre e informado³²³ para o ato médico, cujo processo de obtenção “deve envolver respeito mútuo, diálogo, paciência e persistência na relação paciente-profissional.”³²⁴ Em outras palavras, é a confiança adquirida por meio da informação que conferirá condições para que o paciente emita ou não, de forma autônoma e livre, o consentimento para o ato médico.³²⁵

Joaquim Clotet afirma que “o consentimento informado é, portanto, uma forma humanitária, eticamente correta e legal de exprimir e conduzir as relações entre o médico e o paciente”.³²⁶

³²¹ BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** [Código Civil de 2002]. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31 out. 2019.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

³²² Ibid.

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

³²³ De acordo com Livia Haygert Pithan, no Brasil, adotam-se as expressões “consentimento informado” e “consentimento livre e esclarecido” como sinônimos. *In*: PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética.** Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p 23. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

³²⁴ GOLDIM, José Roberto. **O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia.** Revista AMRIGS, v. 46 (3-4), 2002. p. 110. Acesso em 08 abr. 2020.

³²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p 500.

³²⁶ CLOTET, Joaquim. **O consentimento informado nos Comitês de Ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade.** Revista Bioética. Brasília, v. 3, n. 1, 1995.

O artigo 15 do Código Civil aborda de forma indireta a necessidade do consentimento informado, ao coibir a submissão do paciente a tratamento médico sem a sua prévia autorização, normatizando a liberdade e a autodeterminação. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que o dispositivo legal trata da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana, no que se refere à proteção da vida e à vedação à submissão do paciente a qualquer procedimento médico sem o pleno esclarecimento acerca dos riscos envolvidos³²⁷. Dessa forma, o consentimento informado foi positivado no artigo 15 da legislação civilista.³²⁸

Em suma, como esclarece João Vaz Rodrigues:

A par dos deveres de tratar, de agir segundo a *leges artis*, de organizar o processo clínico e de observar sigilo, na consecução do tratamento o médico deve respeitar o paciente, dever este que se desdobra nos de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento³²⁹.

Ademais, não é só em casos de risco de vida que o médico deve obter o consentimento do paciente, mas em qualquer procedimento. Eugênio Facchini Neto alerta que é o conteúdo da informação que deve mudar:

Uma interpretação literal e superficial do dispositivo poderia levar à conclusão de que apenas quando a intervenção médica pudesse acarretar risco de vida é que seria necessário o consentimento do paciente. Todavia, uma interpretação constitucional do art. 15 do CC/2002 necessariamente leva à conclusão de que **qualquer tratamento médico deve ser precedido de prévio consentimento informado**, e não somente aqueles que possam acarretar risco de vida. **O que muda é apenas o nível e conteúdo do dever de informação, pois quanto mais arriscado for o procedimento ou quanto mais sérias forem as potenciais consequências**

p. 53. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/430. Acesso em 25 out. 2019.

³²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 368

³²⁸ DUARTE, Nestor. Arts. 1º a 232 – Parte Geral. In: PELUSO, Cezar (coord). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406 de 10.01.2002**. 13. ed. rev. e atual. Barueri SP: Manole, 2019. p. 33. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520460184/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em 27 maio 2020.

³²⁹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 23-24.

negativas atreladas ao mesmo, mais robusto é o dever de informar.³³⁰ (grifo nosso).

O Conselho Federal de Medicina, na Recomendação nº 1/2016³³¹, define a tripla função do consentimento informado: 1) fazer cumprir os princípios do respeito à autonomia, à igualdade e à dignidade humana; 2) fortalecer a relação de confiança entre médico e paciente; e 3) definir os parâmetros da atuação médica.³³²

Além das aludidas funções, Eugênio Facchini Neto acrescenta a de atribuir ao paciente a autorresponsabilização sobre suas decisões e, em última instância, sobre sua vida, pois conhecedor dos riscos, benefícios e alternativas de determinada intervenção médica.³³³

O consentimento informado materializa-se com o termo de consentimento informado, que é definido, de acordo com Gustavo C. Borges e Roberta Weirich Mottin, como sendo

Um documento que evidencia tanto o cumprimento do dever do médico de informar, quanto a compreensão do paciente em relação ao seu estado de saúde e a anuência deste em relação aos procedimentos propostos, bem como do conhecimento dos riscos e complicações envolvidos.³³⁴

³³⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível - o consentimento informado sob o prisma do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, p. 53 – 105, jul./set 2015. Disponível em:

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017160298eb79c23fa28&docguid=ldc2d4df06d8611e59dfb010000000000&hitguid=ldc2d4df06d8611e59dfb010000000000&spos=2&epos=2&td=1188&context=37&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 08 abr. 2020.

³³¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 2016. Disponível em:

https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em 25 mar 2020.

³³² *Ibid.*, p. 13.

³³³ FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível - o consentimento informado sob o prisma do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, p. 53 – 105, jul./set 2015. Disponível em:

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017160298eb79c23fa28&docguid=ldc2d4df06d8611e59dfb010000000000&hitguid=ldc2d4df06d8611e59dfb010000000000&spos=2&epos=2&td=1188&context=37&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 08 abr. 2020.

³³⁴ BORGES, Gustavo C.; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 64, p. 119 – 143, Out - Dez / 2015. Disponível em:

<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001715fff9cad4f97864b&docguid=ld9debd80c57f11e5a052010000000000&hitguid=ld9debd80c57f11e5a052010000000000&spos=1&epos=1&td=147&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>

Em que pese o consentimento para o ato médico não ser obrigatório no Brasil³³⁵, podendo ser obtido de forma verbal, considera-se que o ideal seja a elaboração de um documento escrito, a ser assinado tanto pelo médico quanto pelo paciente³³⁶, ou seu representante, caso não possa exteriorizar vontade.

Miguel Kfoury Neto enfatiza a importância do termo de consentimento seja perfectibilizado na forma escrita, uma vez que o consentimento exclusivamente verbal pode sujeitar o médico à “impossibilidade de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo – fato que também poderá redundar em consequências gravosas no âmbito da responsabilidade civil.”³³⁷

No entanto, o termo de consentimento não pode assumir a forma de um mero formulário padrão. Preferencialmente, o termo de consentimento deve ser redigido pelo próprio médico, que, assim, teria a oportunidade de explicar ao paciente o seu conteúdo e esclarecer as dúvidas ainda presentes. Ao final, a entrega de uma via ao paciente possibilita, ainda, uma função educativa a respeito dos temas abordados e viabiliza a melhor reflexão e discussão com pessoas de confiança sobre a decisão a ser tomada.³³⁸

Lívia Haygert Pithan assim define a importância do termo de consentimento informado:

O termo de consentimento deve ser a expressão documental de uma parte integrante do processo de consentimento informado. Assim sendo, ele é o registro escrito, realizado usualmente no início da

label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 08 abr. 2020.

³³⁵ São exemplos de exceções são à obrigatoriedade do termo de consentimento informado para cirurgias de esterilização e de reprodução assistida (art. 10, § 1º, da Lei do Planejamento Familiar), e para transplante de órgãos de doador vivo (art. 9º, § 4º, Lei de Transplantes). *In*: PITHAN, Lívia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p 25-28. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

³³⁶ De acordo com o Conselho Federal de Medicina, “a forma verbal é a normalmente utilizada para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, devendo o fato ser registrado em prontuário. Contudo, recomenda-se a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido)”. *In*: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 2016. p. 2. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em 25 mar 2020.

³³⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 297.

³³⁸ PITHAN, op. cit., p 30-31.

relação médico-paciente, do cumprimento dos deveres instrumentais informativos, pelos médicos, bem como o registro do compromisso assumido pelos pacientes em cumprir deveres de cooperação que lhes incumbem para a busca da eficácia terapêutica.³³⁹

Portanto, termos de consentimento vagos, incompletos, genéricos³⁴⁰, constituídos por termos técnicos de difícil compreensão pelo paciente, carecem de validade. Por um lado, porque não atingem o seu objetivo principal que é informar o paciente e, por outro lado, porque podem, inclusive, constituir um indício de que o dever informativo não foi efetiva e adequadamente cumprido pelo médico.³⁴¹

Corroborando esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se manifestou quanto à absoluta inadequação dos termos de consentimento informado padronizados, conforme se depreende da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. TRATAMENTO DERMATOLÓGICO FACIAL COM TÉCNICA ABRASIVA. DEMORA NA RECUPERAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. CONDUTA MÉDICA ADOTADA SEM O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DA PACIENTE. [...]

4. Logo, **falhou, o réu, por não esclarecer pontualmente o risco possível (e até esperado)** [...]. Não houve informação, também, de que apesar de todos esses riscos, o resultado do procedimento poderia vir a ser “pobre”, praticamente inexistente, **o que poderia influenciar diretamente na sua opção por não realizar o referido tratamento.**

5. **A simples oposição de uma assinatura num termo de consentimento informado [...] não serve como prova plena de que efetivamente houve o necessário esclarecimento prévio do paciente, para o qual é imprescindível um diálogo minucioso entre médico e paciente.**

6. **No caso em tela, o documento de fl. 128 não cumpre a finalidade de informar a autora pontualmente sobre os riscos decorrentes do procedimento contratado. Trata-se de um documento padronizado, com letras miúdas e de teor genérico, que se aplica a todo e qualquer tratamento médico, mas que não traz informações específicas quanto aos riscos inerentes ao caso específico do tratamento ao qual a autora iria se submeter.**

³³⁹PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética.** Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p 32. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

³⁴⁰ A título de exemplo, pode-se citar os formulários hospitalares ou mesmo particulares pré-constituídos, que, nos moldes de um “contrato de adesão”, requerem apenas da assinatura do paciente dando a concordância sobre um tratamento médico sobre o qual não houve explicações e esclarecimentos.

³⁴¹ PITHAN, op. cit., p. 91.

[...] Além disso, os campos “abertos/em branco” não foram preenchidos apenas com a caligrafia da autora. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Grifos nossos).³⁴²

Uma vez caracterizados o dever de informação e o consentimento informado como necessários à concretização de uma relação de confiança, importante analisar se o descumprimento desse dever pode gerar a obrigação de indenizar. É o que passaremos a estudar.

4.2 O Descumprimento dos Deveres Informativos e o Rompimento da Confiança como Geradores de Danos ao Paciente

Como vimos, as legítimas expectativas³⁴³ geradas no paciente, a partir do diálogo com seu médico, encontram amparo na confiança recíproca que deve existir entre os dois³⁴⁴. A desigualdade fática entre os sujeitos dessa relação – estando o paciente na posição de maior vulnerabilidade – impõe ao médico a obrigação de atuar com maior zelo, diligência e prudência. Esse dever provém da “força normativa do princípio da igualdade substancial, da solidariedade e da dignidade humana no seio da relação escapulário-paciente.”³⁴⁵

³⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 9. Câmara Cível. **Apelação Cível n. 70082465196**. Apelação cível. Responsabilidade civil. Médica. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos. Tratamento dermatológico facial com técnica abrasiva. Demora na recuperação. Falha na prestação do serviço configurada. Conduta médica adotada sem o consentimento esclarecido da paciente. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, 20 de novembro de 2019. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70082465196&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 11 mai. 2020.

³⁴³ As expectativas na relação contratual, onde se inclui a relação médico-paciente, “consistem justamente na confiança que cada uma das partes de um contrato tem em relação ao comportamento da outra, razão determinante da incidência do princípio da confiança.” *In*: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. São Paulo. **Revista de Direito Privado**. v. 12, p. 169-225, out./dez. 2002.

³⁴⁴ Valter Schuenquener de Araújo refere que a confiança nas relações sociais “atua como um mecanismo protetor”, capaz de obstar a desordem e a insegurança, ao filtrar e organizar “o grandioso volume de informação complexa que recebemos. A confiança de uma pessoa na concretização das suas próprias expectativas é, portanto, um fator elementar da vida social. Ela vai viabilizar as relações sociais por meio de uma estabilidade que é alcançada pela existência de expectativas recíprocas.” ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 13.

³⁴⁵ MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 86, p. 203-232, mar/abr. 2013. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad6adc5000001719e7024d592d6d8e8&epos=12&spos=12&page=0&td=16&savedSearch=&s>

Sendo bens merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico, quando rompida a confiança ou frustradas as expectativas legitimamente geradas, pode haver a produção de danos potencialmente indenizáveis. No entanto, a definição do conteúdo desses bens e a sua violação deverão ser avaliados pelo julgador no caso concreto³⁴⁶, uma vez que, como previamente estudado, são caracterizados por conceitos amplos e com um componente subjetivo considerável.

Destarte, para avaliar a responsabilização médica pela ruptura da confiança e pela frustração das legítimas expectativas, torna-se imprescindível reconhecer quando elas ocorrem. Neste sentido, Raphael Manhães Martins enumera as condições para que a confiança seja protegida pelo ordenamento jurídico, as quais estão relacionadas à conduta vinculante do agente (médico), ensejadora de confiabilidade em outrem (paciente), o qual fará um “investimento de confiança” para a finalização do acordado, por meio de ações ou investimentos. Assim, aquele que desencadeou o sentimento de confiança deverá se responsabilizar pela sua própria conduta.³⁴⁷

No entanto, a responsabilização civil somente será possível se aquele que induziu a confiança adotar algum comportamento que a contrarie.³⁴⁸

Conforme já abordado, um dos principais elementos conformadores da confiança na relação médico-paciente é a informação. É ela que gerará a esperança e a crença de que o tratamento proposto é o correto e o mais indicado, especialmente porque permitiu o acesso do doente aos dados essenciais para que ele entenda sua patologia e os tratamentos possíveis, bem como para que ele forneça o consentimento esclarecido e informado.

As informações trocadas entre o paciente e seu médico estão intimamente ligadas à geração de expectativas legítimas e à consolidação da confiança. Sua violação, portanto, as afeta diretamente: descumprir com os deveres informativos significa frustrar as expectativas e romper com o laço de confiança, que deve ser o esteio da relação médico-paciente.

earchFrom=&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento. Acesso em 22 abr. 2020.

³⁴⁶ MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 38, n. 153, jan/mar, 2002. p. 140. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/752/R153-10.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 01 jan. 2020.

³⁴⁷ MARTINS, Raphael Manhães. Apontamentos sobre o princípio da confiança legítima no Direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 10, nº 40, 2007.p. 185-186.

³⁴⁸ Ibid., p.189.

Ademais, o contato direto do doente com o médico, sem a interferência de intermediários, é parte inerente ao dever de informar, sendo que “a falta de contato pessoal em situações extremadas poderá ocasionar quebra das expectativas legítimas do consumidor e até mesmo inadimplemento da obrigação médica de meios do profissional em casos mais graves.”³⁴⁹

Assim sendo, para que haja a quebra da confiança, é preciso que “o paciente confie de fato” e que o médico adote comportamento que frustre a confiança nele depositada.³⁵⁰

Importa ressaltar que as legítimas expectativas devem ser diferenciadas do mero desgosto ou decepção subjetiva sofridos pelo paciente, isentos de valoração jurídica, sob pena de banalização da proteção à confiança. Para ganhar relevância jurídica, a confiança deve se manifestar por meio de ato e comportamentos concretos por parte de quem confia.³⁵¹

A partir dos ensinamentos de Judith Martins-Costa é possível afirmar que, para diferenciar de uma simples crença, é preciso avaliar se, devido à “particular relação de confiança”, o paciente poderia realmente confiar nas expectativas suscitadas pelo seu médico.³⁵²

Maurílio Casas Maia denomina de “princípio da confiança médica informada” o princípio garantidor de que as expectativas geradas pela confiança nas informações fornecidas pelo médico receberão a tutela do ordenamento jurídico, sendo que a quebra dessa confiança poderá levar à responsabilização civil quando presentes os demais pressupostos legais.³⁵³ Segue o autor afirmando que “não

³⁴⁹ MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 86, p. 203-232, mar/abr. 2013. Disponível em: <https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&sguid=i0ad6adc5000001719e7024d592d6d8e8&epos=12&spos=12&page=0&td=16&savedSearch=&searchFrom=&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em 22 abr. 2020.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 203-232.

³⁵¹ ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 96-97.

³⁵² Judith Martins-Costa afirma que o poder confiar “é avaliado de modo objetivo, segundo condições estritas, sendo a ‘legitimidade da confiança’ apurada em vista de determinados pressupostos, a saber: (i) o comportamento de um dos sujeitos deve ser de molde a suscitar as expectativas do outro, provocando um seu ‘investimento de confiança’; (ii) entre ambos deve existir uma particular relação de confiança; (iii) a decepção das expectativas criadas contrariamente à relação que se havia estabelecido entre as partes. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 253.

³⁵³ MAIA, op. cit., p. 203-232.

manter a confiança do hipervulnerável pode acarretar o inadimplemento do dever médico de meios por frustração das legítimas expectativas.”³⁵⁴

Conectada diretamente à proteção das expectativas legítimas está o exercício da autonomia privada. Na definição de Judith Martins-Costa, a autonomia privada corresponde ao “poder de autorregulamentação de interesses privados”, permitindo às partes da relação privada exercerem a liberdade de escolher e de decidir sobre seus próprios interesses.³⁵⁵ Para a doutrinadora,

Negar-se a possibilidade de autonomia ou perspectivar-se a autonomia privada por um viés negativo equivaleria a violar uma das dimensões mais valiosas da própria personalidade humana, qual seja, a possibilidade de fazer escolhas, tomar decisões, responsabilizando-se por elas (autodeterminação); sua negação implicaria, ainda, o afastamento da garantia constitucional à liberdade de iniciativa econômica.³⁵⁶

Embora a afirmação acima trate da liberdade de iniciativa econômica, o contrato médico-paciente, como negócio jurídico, também é abarcado pela autodeterminação e pela proteção da dignidade humana. Mais ainda quando em comparação às relações envolvendo negócios puramente patrimoniais. Na relação médico-doente a proteção da autonomia ganha maior proporção por estarem em questão “as dimensões existenciais da vida humana.”³⁵⁷

O médico, ao descumprir o dever de informação, impede o paciente de exercer a autonomia privada, justamente pela falta de argumentos objetivos (informações) para o seu exercício. Explica-se: o paciente exerce seu direito de escolha e decisão (autonomia privada) a partir das informações recebidas do médico, o qual deve guiar sua atuação (inclusive ao informar) conforme os comportamentos ditados pela boa-fé.

³⁵⁴ MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 86, p. 203-232, mar/abr. 2013. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&sguid=i0ad6adc500001719e7024d592d6d8e8&epos=12&spos=12&page=0&td=16&savedSearch=&searchFrom=&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em 22 abr. 2020.

³⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 248-249.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 249.

³⁵⁷ SCHOEMBAKLA, Carlos Eduardo Dipp. A tutela constitucional da autonomia privada. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, v. 2, n. 11, p. 231-251, 2009. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2652>. Acesso em 01 mar. 2020. p 17

Em face dessa atuação, pressuposta como confiável³⁵⁸, o paciente (destinatário da declaração negocial) desenvolve legítimas expectativas, as quais merecem proteção por se originarem na confiança depositada no profissional da saúde. Assim, é por meio da autodeterminação que o paciente pode se expressar, questionar e receber respostas^{359, 360}

A falta ou inadequação de informações impede, portanto, o acesso aos dados necessários para que o doente possa decidir sobre os destinos de sua própria vida e vicia a emissão do consentimento informado.³⁶¹

Logo, quando ocorre o descumprimento do dever de informação - e, conseqüentemente, a inobservância quanto à obtenção do consentimento informado (negligência/conduita culposa), o profissional está descumprindo o contrato (fonte geradora do dever de indenizar) e causando (nexo de causalidade) lesão ao direito da paciente de autodeterminação (dano). Configurados, portanto, os elementos ensejadores do dever de indenizar.

Cláudia Lima Marques, ao abordar o dano decorrente do inadimplemento do dever de informação como autônomo e decorrente da boa-fé na prestação dos serviços médicos, assevera que

A boa-fé é uma fonte autônoma de deveres de informação, de cooperação e de cuidado para com o outro, com o parceiro contratual, e que a violação destes deveres secundários ou anexos é um dano, um incumprimento por si só (quebra positiva do contrato).³⁶²

³⁵⁸ Como leciona Judith Martins-Costa, “toda declaração negocial, como ato de autonomia, desde que emanado por *pessoa responsável* é, de *per se*, fato gerador de confiança no *alter*.” (Itálicos da autora). MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 250.

³⁵⁹ GOLDIM, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. **Revista AMRIGS**, v. 46 (3-4), 2002: p. 116. Acesso em 08 abr. 2020.

³⁶⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 174.

³⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 4, p. 693-746, out. 2010. Disponível em:

<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017199512b8d31007032&docguid=19d227520f25411dfab6f010000000000&hitguid=19d227520f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=41&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 02 fev. 2020.

³⁶² MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 3, p.393-444, abr. 2011.

No que tange ao dano, este decorre da informação errônea, inadequada ou ausente, ou seja, da ausência do consentimento livre e informado.³⁶³ Assim sendo, ainda que o médico tenha obtido um resultado favorável no procedimento de acordo com a boa técnica³⁶⁴, o dano surge da falta de informação, na medida em que retirou da paciente a possibilidade de optar entre fazer ou não o procedimento, omitiu dela os potenciais riscos envolvidos.

Estabelecer o nexo de causalidade em questões envolvendo a atividade médica, especialmente quando se trata de dano decorrente do descumprimento do dever de informação, não é tarefa fácil.³⁶⁵ De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução do tema da causalidade constitui-se em um “tormento” para a doutrina e para a jurisprudência, uma vez que envolve questões relacionadas às peculiaridades dos pacientes e de suas reações frente aos procedimentos médicos, as quais terão consequências muitas vezes imprevisíveis e potencialmente graves.³⁶⁶

Em que pese a dificuldade referida, o nexo de causalidade restará configurado quando o paciente puder demonstrar que, se tivesse recebido as informações suficientes e adequadas para dar o consentimento, poderia ter decidido por não se sujeitar aos riscos inerentes a determinada intervenção médica e, conseqüentemente, não sofrer o dano.

De acordo com Miguel Kfourri Neto, para que o nexo causal seja verificado, “deve-se demonstrar que a pessoa comum teria recusado o tratamento, caso fosse convenientemente informada.”³⁶⁷ Dessa forma, o que gerou o dano ao paciente foi a sua decisão autônoma, porém viciada pela falha de informação, em consentir. Ou,

Disponível em:

<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000172093f26493b39a32f&docguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&hitguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 12 mai. 2020.

³⁶³ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 55.

³⁶⁴ Kfourri Neto ressalta que, em caso de dano decorrente de culpa médica, a perquirição do descumprimento do dever de informação deixa de ter importância, uma vez que esse é um dever secundário de conduta. A indenização terá seu lugar independentemente da qualidade da informação prestada. *Ibid.*, p. 56.

³⁶⁵ KUHNS, Adriana. Menezes de Simão. **Os deveres de informação do médico e o nexo causal na responsabilidade civil na jurisprudência brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. fl. 103. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/16165>. Acesso em 28 mar. 2020.

³⁶⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 718, p. 51, ago. 1995.

³⁶⁷ KFOURI NETO, op. cit., p. 57.

ainda, que ao paciente não foi dada a possibilidade de conceder ou negar a autorização para dado ato médico exatamente por não ter sido informado. O que deve ser evidenciado é se, com a informação omitida ou inadequada, o paciente efetivamente não teria concordado com o serviço ofertado pelo médico.³⁶⁸

Não obstante, é ônus do médico provar que cumpriu com o dever de informação³⁶⁹, constituindo-se o termo de consentimento informado o principal instrumento probatório.³⁷⁰

Por incidência do Código de Defesa do Consumidor³⁷¹ e pelo Novo Código de Processo Civil³⁷², existe a possibilidade de o julgador determinar a inversão do ônus da prova, o que significa dizer que caberá ao médico o dever de provar que cumpriu com os deveres informativos em detrimento do paciente hipossuficiente. Assim, em regra, o médico somente estará isento do dever de indenizar se provar de forma clara que inexistente nexos de causalidade entre o dano sofrido pelo paciente e a informação insuficiente ou ausente.³⁷³

³⁶⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 78.

³⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p 500.

³⁷⁰ CALADO, Vinícius de Negreiros. Responsabilidade civil do médico e consentimento informado na visão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. Curitiba, v.3, n. 36, p. 284, 2014.

³⁷¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 31 out. 2019. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...].

³⁷² BRASIL. **Lei nº 13,105, de 16 de março de 2015**. [Código de Processo Civil de 2015]. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 20 mar. 2020. Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

³⁷³ BORGES, Gustavo C.; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 64, p. 10, out./ dez 2015. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001715fff9cad4f97864b&docguid=Id9debd80c57f11e5a05201000000000&hitguid=Id9debd80c57f11e5a05201000000000&spos=1&epos=1&td=147&context=9&crumb-action=append&crumb->

Octávio Luiz Motta Ferraz sintetiza a questão ao afirmar que

A omissão da informação sobre o risco ou efeito colateral equivale a uma assunção, pelo médico, de que tais danos não ocorrerão. Ou seja, sua obrigação que seria de meio caso houvesse informado adequadamente o paciente, transforma-se em obrigação de garantia, impondo-lhe responsabilidade civil pelos danos sofridos pelo paciente, ainda que não resultantes de uma falta técnica.³⁷⁴

Em regra, os danos gerados pela quebra das legítimas expectativas e da confiança suscitadas no paciente (a partir da informação ausente ou deficiente), são aqueles determinados pelas próprias limitações técnicas da Medicina, e não pela atuação imperita do médico. São danos decorrentes do risco inerente à atividade médica, “atado à própria natureza do serviço e ao seu modo de prestação.”³⁷⁵

O dano injusto causado na vítima decorre da deficiência na informação. De acordo com Livia Haygert Pithan,

Um dano causado por um risco inerente de procedimento médico somente será considerado injusto – e, portanto, indenizável – caso tenha ocorrido por “falsidade, omissão ou deficiência de informações relevantes para a formação do consentimento.”³⁷⁶

Quando analisados sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor³⁷⁷, os danos gerados pela falta ou vício do consentimento informado enquadram-se nos

label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 08 abr. 2020.

³⁷⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil da atividade médica no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 83.

³⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p. 500.

³⁷⁶ PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 14-15. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

³⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 29 abr. 2020. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. [...] § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

prejuízos por defeito do serviço prestado. Antônio Herman V. Benjamin define o defeito de prestação como “um desvio de um padrão de qualidade fixado previamente”.³⁷⁸ Ou seja, a qualidade da prestação do serviço médico perpassa pela qualidade das informações fornecidas, a fim de que sejam aptas a permitir que o doente, ao considerá-las, possa tomar decisões que se refletirão em sua própria existência.

Em consonância com a doutrina consumerista, Livia Haygert Pithan afirma que o defeito resta caracterizado pela falta da segurança esperada, devido à ausência ou insuficiência de informações a respeito do atendimento prestado pelo profissional da Medicina.³⁷⁹ Assim, quando o médico não informa adequadamente o paciente, o consentimento não foi livre e esclarecido, porque houve omissão dos riscos envolvendo o procedimento, uma criação de legítimas, porém falsas, expectativas de segurança quanto ao serviço prestado.

Uma vez caracterizada a inobservância do dever de informação em relação de causalidade com a lesão imputável ao médico, é importante que se defina qual a natureza do dano gerado. Segundo a doutrina, este dano é de natureza moral³⁸⁰ (ou extrapatrimonial), por englobar lesão à pessoa na esfera da sua personalidade.³⁸¹

O descumprimento contratual, pela falha nas informações, atinge a dignidade da pessoa humana, violando seus principais fundamentos – liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade -, produzindo um dano moral indenizável³⁸².

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

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

³⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do produto e do serviço. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Boscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p.211.

³⁷⁹ PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p 104. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

³⁸⁰ Na definição de Maria Celina Bodin de Moraes, “o dano moral é aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto, é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas.” MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 157.

³⁸¹ PITHAN, op. cit., p 108.

³⁸² MORAES, op. cit., p 165.

Dessa forma, embora possa também causar danos materiais³⁸³, o dano moral assume maior relevância nesse contexto devido à tutela da autonomia privada e da dignidade humana do paciente³⁸⁴, além da proteção conferida à confiança depositada no seu médico.

O entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, ilustrado no voto do Ministro Luís Felipe Salomão, é de que “o dano indenizável não é o dano físico”, mas sim a “violação da autodeterminação do paciente que não pôde escolher livremente submeter-se ou não ao risco previsível.” Basta ver a ementa colacionada:

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

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

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

[...]

³⁸³ Danos oriundos da falha de cumprimento do dever de informação não se limitarem à esfera extrapatrimonial. Podem ocorrer, de forma concomitante, danos materiais devido, por exemplo, a gastos realizados para reparar o prejuízo sofrido pela falta da informação, bem como danos relacionados à perda de uma chance. *In*: MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais. São Paulo**, v. 877, p. 11-48, set. 2004. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 3, p.393-444, abr. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000172093f26493b39a32f&docguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&hitguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 12 mai. 2020. p 8-9.

³⁸⁴ KUHN, Adriana. Menezes de Simão. **Os deveres de informação do médico e o nexo causal na responsabilidade civil na jurisprudência brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. fl. 116. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/16165>. Acesso em 28 mar. 2020.

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

10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação.³⁸⁵

Da mesma forma, Miguel Kfoury Neto afirma que a privação do paciente de sua capacidade de autodeterminação é o que gera dano moral.³⁸⁶

Portanto, para que o paciente possa ser plenamente satisfeito em todas as suas necessidades e expectativas – tanto no atendimento médico sob o ponto de vista técnico, quanto no resguardo e proteção de seus direitos de personalidade, abarcados sob o manto da dignidade humana – é imprescindível que sejam adimplidos os deveres médicos de informação e de obtenção do consentimento livre e informado. É o que aduz Livia Haygert Pithan:

Se o princípio constitucional da dignidade humana é o antecedente mediato do direito ao livre desenvolvimento da personalidade haverá dano em se desrespeitar esse livre desenvolvimento ao não se oferecer ao paciente informação sobre um risco inerente ao procedimento médico, frente ao qual poderia o paciente decidir não se submeter ao tratamento, ou melhor refletir junto a outro profissional, atingindo-se, conseqüentemente, a autodeterminação do paciente e, assim, restando caracterizado via de regra, dano extrapatrimonial.³⁸⁷

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.540.580 Distrito Federal**). Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Responsabilidade civil do médico por inadimplemento do dever de informação. Necessidade de especialização da informação e de consentimento específico. Ofensa ao direito à autodeterminação. Valorização do sujeito de direito. Dano extrapatrimonial configurado. Inadimplemento contratual. Boa-fé objetiva. Ônus da prova do médico. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 05 de junho de 2018. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719802&num_registro=201501551749&data=20180904&formato=PDF. Acesso em: 04 abril. 2019.

³⁸⁶ KFOURI NETO, Miguel. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, v. 2, n. 1, p. 22, jan./fev. 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073566.pdf> acesso em 30/10. Acesso em 30 out. 2019.

³⁸⁷ PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 107. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s.> Acesso em 31 out. 2019.

Assim sendo, como a falta ou falha na informação causa dano ao paciente, passível de reparação, cabe analisar como os Tribunais têm enfrentado essa situação.

4.3 O Dever de Indenizar do Médico Decorrente da Violação do Dever de Informação

A Medicina é uma atividade que envolve riscos inafastáveis, devido à própria natureza do serviço prestado. Concorrem para isso, as características próprias de cada pessoa, a grande variabilidade de fatores relativos ao estado de saúde do paciente, além da ampla gama de tratamentos e procedimentos possíveis e em constante evolução. Sérgio Cavaliere Filho denomina este risco de “inerente ou intrínseco”, ou seja, risco que decorre do simples exercício da profissão e não de defeito na prestação do serviço.³⁸⁸ Em regra, o médico não responde pelo risco inerente aos procedimentos adotados, o que ocorre somente quando provada a sua culpa.

Como estudado, o dever de indenizar do profissional pode surgir pela falta ou falha no dever de informar o paciente sobre sua doença ou procedimento, privando-o de saber sobre os riscos reais e possíveis da sua doença.

Somente o descumprimento do dever de informação pode gerar danos ao paciente, na medida em que se traduz em lesão ao seu direito personalíssimo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assevera a importância da ponderação entre risco inerente e dever de informação, a fim de garantir a atuação médica dentro de parâmetros de razoabilidade quanto à responsabilização por riscos iminentes à atividade profissional, mantendo a relação de confiança que existia, conforme a ementa:

REEXAME DETERMINADO PELO STJ. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEVER DE INFORMAÇÃO. CONSENTIMENTO INFORMADO.

Em se tratando de responsabilidade civil dos hospitais e médicos, é **obrigatório considerar o risco inerente da atividade** tanto como **meio para ponderar**, de um lado, que responsabilizar os profissionais e instituições por todo e qualquer resultado fora do esperado possa inviabilizar a atividade como um todo, e, de outro

³⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p 500.

lado, que o risco inerente à atividade, embora não acarrete, como regra, a responsabilização, contém em si um dever de informação necessário para que se estabeleça uma relação de confiança e boa-fé mútua entre o profissional e a instituição e o paciente (ou quem responda por ele). [...] RECURSO REJEITADO.³⁸⁹ (grifo nosso).

Portanto, o descumprimento do dever de informação do médico pode levá-lo a indenizar, mesmo quando o dano for decorrente de risco intrínseco ao procedimento. Ruy Rosado de Aguiar Júnior ensina que a conclusão sobre o cumprimento do dever de informar e a existência do consentimento informado é função do julgador ao analisar o conjunto probatório no caso concreto, sendo “mais precavido o médico que obtiver declaração escrita do paciente ou de seu representante.”³⁹⁰

Ao analisarem a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2002 e 2012, Gustavo C. Borges e Roberta Weirich Mottin concluem que as decisões analisadas indicam que as ações judiciais envolvendo a Responsabilidade Civil Médica poderiam ser minimizadas se tivesse sido obtido por escrito o consentimento informado do paciente.³⁹¹

Como examinado, para a condenação médica ao dever de indenizar, é preciso restar provada a sua culpa. É o que estabelece tanto o Código Civil Brasileiro (art. 951³⁹²), quanto o Código de Defesa do Consumidor³⁹³.

³⁸⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (10. Câmara Cível). **Embargos de declaração nº 70060147287**. Relator: Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins, 06 de julho de 2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70060147287&codEmenta=7706337&templntTeor=true-7. Acesso em 16 nov. 2019.

³⁹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil Do Médico. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, v. 718, p. 33-53, ago. 1995. São Paulo. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, vol. 5, p. 507–54, out. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001720e617bbba15f9911&docguid=lc17bb990f25411dfab6f01000000000&hitguid=lc17bb990f25411dfab6f010000000000&spos=15&epos=15&td=16&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 mai. 2020. p.4

³⁹¹ BORGES, Gustavo C.; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ., São Paulo. **Revista de Direito Privado**, v. 64, p. 13, out./dez. 2015. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001715fff9cad4f97864b&docguid=ld9debd80c57f11e5a052010000000000&hitguid=ld9debd80c57f11e5a052010000000000&spos=1&epos=1&td=147&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 08 abr. 2020.

³⁹² BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002] Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em 31 out. 2019.

No contexto dos deveres informativos, a culpa médica se traduz na negligência, em não esclarecer o paciente quando poderia e deveria fazê-lo³⁹⁴, caracterizando conduta omissiva. Como assevera Livia Haygert Pithan,

O dano como pressuposto da responsabilidade civil por ausência do consentimento informado não é o dano concreto, físico ou mental, que sofreu o paciente como decorrência da intervenção médica positiva. É um dano que decorreu de uma **omissão** médica ao não informar os riscos inerentes, que deveriam ter sido esclarecidos para que o paciente pudesse decidir se estava disposto a se submeter a eles. Para que estes danos sejam indenizáveis, **deve-se provar que o médico agiu com culpa**, ou seja, que a sua omissão foi realmente justificada.³⁹⁵ (Grifo nosso).

Como já discutido, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas quanto à fonte geradora da Responsabilidade Civil Médica ser o descumprimento contratual. No entanto, resta analisar de que forma o inadimplemento dos deveres informativos relacionam-se com a violação do contrato médico. A respeito, visualizam-se na doutrina e na jurisprudência três principais razões de decidir que buscam explicar e fundamentar o dever de indenizar do médico envolvendo a inadequação ou ausência do consentimento livre e esclarecido, quando dessa resultar dano ao paciente.

A *ratio decidendi* dos Tribunais brasileiros perpassa por argumentos que vão desde a negligência informacional; até violação da boa-fé objetiva e deveres laterais, o desrespeito à autonomia, a violação da confiança e a frustração das legítimas expectativas. Em vários julgados, estes conceitos se interconectam, não sendo possível dissociá-los, como será abordado a seguir.

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.

³⁹³ BRASIL. **Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 31 out. 2019. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

³⁹⁴ PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 112. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 111.

A negligência informacional surge tanto da conduta omissiva do médico quanto do mero desrespeito ao dever de informar com lealdade o seu parceiro contratual – o paciente, “por descuido, descaso, falta de precauções, desatenção”.³⁹⁶

Em julgado recente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Eduardo Kraemer, houve confirmação da sentença do juízo *a quo* que condenou o médico (o qual não havia incorrido em falha técnica) a indenizar a paciente exclusivamente pela ausência de consentimento informado e de provas de que a mesma tivesse sido informada dos riscos e possíveis resultados do procedimento a que se submetera. Basta ver a ementa:

APELAÇÕES. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROCEDIMENTO DE CURETAGEM PARA RETIRADA DE PÓLIPO ENDOMETRIAL. INSUCESSO DA MEDIDA. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA AUSÊNCIA DE FALHA NA EXECUÇÃO DO PROCEDIMENTO. CARACTERIZADA, CONTUDO, VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. BAIXO ÍNDICE DE EFICÁCIA DA MEDIDA ELEITA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS E CONHECIMENTOS QUE PODERIAM SER APLICADOS AO CASO DA AUTORA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A PACIENTE FORA CIENTIFICADA DOS RISCOS ENVOLVIDOS. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. [...]

2. A responsabilidade do médico, dada a condição de profissional liberal, é regida pelo art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, apurada mediante a verificação de culpa, notadamente em se tratando de cirurgia comum, cuja obrigação assumida pelo médico é de meio.

3. Hipótese em que o conjunto probatório carreado ao feito – em especial o laudo pericial – revelou que, a despeito de não ter ocorrido falha no atendimento, houve “falha inerente ao método escolhido”. O laudo assentou que existiam outros meios que poderiam ter sido utilizados para o caso da autora, inclusive com maior chance de sucesso. Contudo, **não há elementos que permitam inferir, com a necessária certeza, que fora a autora cientificada de tais informações, bem como dos riscos advindos de cada possível procedimento. Não foi juntado termo de consentimento informado, inexistindo, por outros meios de prova, demonstração cabal de que a paciente tenha sido convenientemente informada dos riscos do procedimento.** [...] RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO. UNÂNIME.³⁹⁷ (Grifo nosso)

³⁹⁶ CALADO, Vinícius de Negreiros; ALVES, Virgínia Colares Figueiredo. Negligência informacional: uma análise jurídico-discursiva de precedente do STJ. p. 749. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 9., 2010. Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: 2010.

³⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (9. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70083222083**. 9ª. Câmara Cível. Comarca de Porto Alegre. Relator: Des. Eduardo Kraemer, 17 de dezembro de

No voto que deu ensejo à ementa citada, o eminente julgador Relator afirmou que “só haverá falha do dever médico se ao paciente forem sonegadas as informações a respeito do procedimento, o que impede a avaliação acerca dos benefícios, riscos e chances do tratamento”, o que de fato ocorreu.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2002, decidiu pela negligência do médico que não forneceu informações e, conseqüentemente, não obteve o consentimento informado da paciente, conforme a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CONSENTIMENTO INFORMADO. **A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional.** As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido.³⁹⁸

A ementa transcreve parte do voto do Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no qual afirmou o entendimento quanto à culpa médica, sob a modalidade de negligência, quando da inadequação das informações fornecidas à paciente, mantendo a condenação do médico pelo juízo *a quo*.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça veio reafirmando a posição de ocorrência de negligência informacional quando há falha do cumprimento dos deveres de informação na área médica, cuja ementa transcreve-se:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. **O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência,** e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido.³⁹⁹ (Grifo nosso).

2019. Disponível em:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70083222083&num_processo=70083222083&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&ordem_consulta=1&N1_var=&id_comarca3=todas&nome_parte=&N1_var2_2=1&intervalo_movimentacao_2=0. Acesso em 11 mai. 2020.

³⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 436.827/SP.**

RESPONSABILIDADE CIVIL. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, 01 de outubro de 2002. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=375678&num_registro=200200258595&data=20021118&formato=PDF. Acesso em: 12 mai. 2020.

³⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **AgRg no Agravo De Instrumento nº 818.144/SP.** Relator: Ministro Ari Pargendler, 09 de outubro de 2007. Disponível em:

Na decisão supra citada, o médico oftalmologista foi condenado por cicatrizes em pálpebras (queloides) após procedimento tecnicamente correto, porém para o qual a paciente não fora informada sobre este risco. Tais lesões levaram a paciente a sofrer de depressão, restando, conseqüentemente, configurado o dano moral. Conforme pronunciou-se o Relator Ministro Ari Pargendler, “parece razoável que o médico tinha o dever de prestar a contento as informações sobre os riscos da cirurgia, não podendo ser modificada a conclusão de que houve negligência na espécie.”⁴⁰⁰

Portanto, a não observância quanto ao cumprimento dos deveres informativos configura negligência médica e, conseqüentemente, descumprimento contratual, sujeitando o profissional à responsabilização se dela decorrer dano.

A negligência médica encontra fulcro no Código Civil, tanto pela incidência do princípio geral do *neminem laedere*⁴⁰¹, quanto pela aplicação da responsabilização médica prevista no artigo 951⁴⁰². Portanto, o médico que deixa de informar age com culpa⁴⁰³, na modalidade negligência, denotando descaso, falta de atenção, inobservância de dever de cuidado.

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601942305&dt_publicacao=05/11/2007. Acesso em 11 mai. 2020.

⁴⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **AgRg no Agravo De Instrumento nº 818.144/SP**. Civil. Relator: Ministro Ari Pargendler, 09 de outubro de 2007. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601942305&dt_publicacao=05/11/2007. Acesso em 11 mai. 2020.

⁴⁰¹ Sobre o dever geral de a ninguém lesar, a doutrina estabelece que “as obrigações negociais têm na sua base o *pacta sunt servanda*. É princípio que tem por pressupostos essenciais a autonomia privada, a boa-fé objetiva e a justiça contratual. As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa dano a outrem deve repará-lo.” FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 87. *E-book*. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

⁴⁰² BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002]. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2018. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 31 out. 2019.

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.

⁴⁰³ BORGES, Gustavo C.; MOTTIM, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 64, p. 119-143, out/ dez 2015. Disponível em:

<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001715ff9cad4f97864b&docguid=Id9debd8057f11e5a052010000000000&hitguid=Id9debd80c57f11e5a052010000000000&spos=1&epos=1&td=147&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 08 abr. 2020.

No entanto, cumpre ressaltar que o descumprimento do dever de informação somente produzirá a responsabilização médica se a informação omitida ou insuficiente, caso tivesse sido fornecida, alteraria a decisão do paciente sobre consentir com o procedimento realizado. Assim, qualquer omissão de informação, mesmo que de risco diminuto de ocorrência de certo evento, poderá violar o direito do paciente à autodeterminação e ensejar uma indenização por dano moral.

Por outro lado, há que se ponderar que, caso a informação não tenha o condão de alterar a decisão do paciente, levando em consideração a “conduta média padrão das pessoas”⁴⁰⁴, não haverá o dever de indenizar do médico em caso da ocorrência de dano previsível ou inerente à técnica.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PERFURAÇÃO DO INTESTINO EM EXAME DE COLONOSCOPIA. FALHA DO SERVIÇO MÉDICO NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE PRESUMIR-SE VÍCIO NA VONTADE MANIFESTADA PELA PACIENTE POR AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO SOBRE OS RISCOS DO PROCEDIMENTO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. DANOS ESTÉTICOS INSUSCETÍVEIS DE APRECIÇÃO NESTA VIA RECURSAL. CONFIGURAÇÃO DE DUPLA SUCUMBÊNCIA NO PONTO. [...] 2.2. Diante disso, **é preciso definir, com suficiente grau de certeza, se a ausência da informação consentida constituía uma circunstância realmente influente na tomada da decisão da paciente em realizar ou não o exame de colonoscopia. Se assim não for, corre-se o risco sério de se responsabilizar civilmente profissional que, além de ter atuado de forma diligente e tecnicamente recomendada na busca da melhor solução para sua paciente, não concorreu de modo algum para a experimentação dos danos emergentes do procedimento executado.** 2.3. Acervo probatório dos autos que não permite concluir pela existência de vício na volição da paciente em submeter-se ao exame de colonoscopia[...] E, nesse específico contexto, também **não é acreditável que a paciente fosse renunciar a uma prática diagnóstica destinada a evitar um mal maior** caso ciente estivesse do minguado risco de perfuração do seu intestino durante o exame. 2.4. Ponderadas tais circunstâncias (índices irrisórios de insucesso do procedimento e a **confiança** da autora no seu médico, resultante de anos de relacionamento profissional), **não há como concluir, no caso, que eventual ausência de autorização informada influenciaria diretamente a decisão da paciente quanto à realização do exame, a ponto de induzir presunção de vício na sua manifestação volitiva perante**

⁴⁰⁴ Expressão utilizada pelo Relator Desembargador Carlos Eduardo Richinitti, no julgamento dos **Embargos Infringentes nº 70068700517**. RIO GRANDE DO SUL. (5. Grupo Cível). Comarca de Cachoeira do Sul. Julgado em 18 de maio de 2016.

o profissional da medicina. Sendo assim, descabe alcançar, na espécie, qualquer indenização por falha na prestação do serviço de assistência médica. Precedentes jurisprudenciais. Manutenção do juízo de improcedência da pretensão de reparação civil. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA.⁴⁰⁵ (Grifo nosso).

Do acórdão supramencionado, resta clara a importância que a valoração da confiança assume no momento do *decisum*. É preciso destacar que a negligência informacional decorre da violação da boa-fé objetiva⁴⁰⁶, como estudado, rompendo com a confiança que a paciente depositava em seu médico.

A fim de tutelar a confiança, elemento fundamental nas relações sociais e no tráfego negocial – e, como analisado, na relação médico-paciente -, o Direito precisou agregar outros princípios à regulação dos contratos e à proteção dos interesses das partes a fim de se adequar à evolução das demandas. Entre esses princípios, destacam-se o da boa-fé objetiva, da autonomia privada e o da proteção da confiança, assim como das expectativas legítimas que dela decorrem.⁴⁰⁷

De acordo com Judith Martins-Costa, “há evidente e intensa ligação entre boa-fé e confiança”⁴⁰⁸, do que pode se inferir que seus limites nem sempre conseguem ser individualizados. Assim, esses princípios se mesclam e se retroalimentam na fundamentação das decisões judiciais envolvendo o dever de indenizar do médico em face, exclusivamente, do inadimplemento do dever de informação.

⁴⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. (5. Grupo Cível). **Embargos Infringentes nº 70068700517**. Relator: Des. Carlos Eduardo Richinitti, 18 de maio de 2016. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70068700517&codEmenta=7706337&templntTeor=true. Acesso em 19 nov. 2019.

⁴⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 877, p. 11-48, set. 2004. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 3, p.393-444, abr. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000172093f26493b39a32f&docguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&hitguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 12 mai. 2020. p. 5.

⁴⁰⁷ MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 86, p. 203-232., mar/abr. 2013. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad6adc5000001719e7024d592d6d8e8&epos=12&spos=12&page=0&td=16&savedSearch=&searchFrom=&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em 22 abr. 2020.

⁴⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 254.

Gerson Luiz Carlos Branco elucida a relação de interdependência entre boa-fé e confiança ao lecionar que

O âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança. Quem age conforme os deveres que nascem pela incidência do princípio da boa-fé, também age conforme os deveres que derivam do princípio da confiança. Os limites exatos entre o âmbito de atuação de ambos é nebuloso. **O certo é que a boa-fé precisa de referências constantes à confiança**, pois a sua adoção pelo ordenamento sob a forma de uma cláusula geral deixa dúvidas sobre a sua real natureza. **É correto afirmar a existência do princípio da boa-fé, mas é tecnicamente mais adequado tratar-se da cláusula geral da boa-fé, pois o princípio realizado por meio da aplicação concreta de tal cláusula geral é, por via de regra, o princípio da confiança.**⁴⁰⁹ (Grifo nosso)

O princípio da boa-fé objetiva tem como principal função garantir que os negócios jurídicos ocorram com segurança e estabilidade, a partir da tutela das expectativas justas e legítimas do contraente, depositadas no comportamento probo e leal do contratado, do qual se espera o cumprimento da obrigação conforme acordada.⁴¹⁰

De acordo com Bruno Miragem, o inadimplemento do dever anexo de informação constitui-se em fonte autônoma de indenização quando gerar dano ao paciente, por incidência do princípio da boa-fé objetiva⁴¹¹ Essa autonomia justifica-se pelo fato de o dever de informação se constituir em obrigação de resultado (fornecimento de informação suficiente e adequada), em que pese a obrigação principal à qual está vinculada (prestação do serviço médico) ser de meios.^{412, 413}

⁴⁰⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. São Paulo. **Revista de Direito Privado**. v. 12, p. 169 – 225, out./dez. 2002. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001720f581c34d4b7369b&docguid=1e989c570f25011dfab6f010000000000&hitguid=1e989c570f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 20 abr. 2020.

⁴¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil. Volume 4: Contratos, tomo I: teoria geral**. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 106.

⁴¹¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 587. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502628519/cfi/0>. Acesso em: 12 mai. 2020.

⁴¹² Ibid., p. 583.

⁴¹³ No mesmo sentido se pronuncia Cláudia Lima Marques: “assim, em matéria de responsabilidade médica, o dever de informar (dever de alerta, conselho e esclarecimento para alcançar o

Com base na doutrina germânica, Cláudia Lima Marques explica que “as exigências de boa-fé” estipulam que o dever de informação traduz-se em “dever de alerta e de aconselhamento/dever de conselho”, cujo objetivo final, como bem estabelecido também na doutrina brasileira, é obter o “consentimento informado, válido e eficaz” do paciente. Por conseguinte, não há que se falar em consentimento livre e esclarecido quando não há o cumprimento do dever de informação. Quando não ocorre a prestação do dever informativo, para o paciente-consumidor “há desrespeito à sua autonomia, há conduta contrária à boa-fé, há inadimplemento de um dever básico dos médicos e de um direito fundamental dos consumidores: o acesso à informação!”⁴¹⁴

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre a Responsabilidade Civil Médica por descumprimento do dever informativo, fundamentando na violação da boa-fé objetiva, de acordo com as ementas:

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

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

consentimento informado) é obrigação de resultado (fazer de boa-fé), mesmo se a prestação principal é obrigação de meio.” *In*: MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 3, p.393-444, abr. 2011. Disponível em:

<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000172093f26493b39a32f&docguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&hitguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 12 mai. 2020.p. 9.

⁴¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004.

Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 3, p.393-444, abr. 2011. Disponível em:

<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000172093f26493b39a32f&docguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&hitguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> Acesso em: 12 mai. 2020.p. 2

6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente [...].⁴¹⁵ (Grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. DESCRENCIAMENTO DE CLÍNICA MÉDICA. COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PREJUÍZO AO USUÁRIO. SUSPENSÃO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. [...]

4. Os instrumentos normativos (CDC e Lei nº 9.656/1998) incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a **manutenção da vida. São essenciais, assim, tanto na formação quanto na execução da avença, a boa-fé entre as partes e o cumprimento dos deveres de informação, de cooperação e de lealdade (arts. 6º, III, e 46 do CDC).** Recurso especial não provido.⁴¹⁶ (Grifo nosso).

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

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.⁴¹⁷ (Grifo nosso).

Para não gerar o dever de indenizar, o consentimento deve ser claro, o mais completo possível e com linguagem compreensível, a fim de esclarecer o paciente dos riscos e possíveis complicações do procedimento médico, como salientou a Ministra Nancy Andrighi no acórdão supracitado. No caso em tela, foi negado provimento ao Recurso Especial em que a paciente buscava a indenização contra o

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial no 1.540.580/DF**. Recurso especial. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 05 de junho de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1540580&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 abril. 2019.

⁴¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.561.445/SP**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 13 de agosto de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1849150&num_registro=201502106059&data=20190816&formato=PDF. Acesso em 25 maio 2020.

⁴¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.180.815/MG**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 19 de agosto de 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 11 mai. 2020.

médico em face do descumprimento do dever de informação. A Ministra entendeu que o contexto fático-probatório permitia a comprovação do adimplemento da obrigação, uma vez que presente o termo de consentimento livre e esclarecido devidamente assinado pela paciente. Assim, em seu voto, decidiu:

Não se trata, aqui, de atribuir ao "termo de consentimento informado" a capacidade de excluir o dever do médico de indenizar o paciente por danos provocados por negligência, imprudência ou imperícia. **O documento assinado pela recorrida somente comprova a boa-fé que orientou o recorrido durante a relação com a paciente, enumerando os benefícios e complicações normalmente diagnosticadas na intervenção a que se submeteu a recorrente** – inclusive as hipóteses de caso fortuito, que escapam ao controle da ciência médica.⁴¹⁸ (Grifo nosso).

Portanto, como afirma Sérgio Cavalieri Filho, “só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade”⁴¹⁹, quando não houver falha técnica.

Importa, ainda, ressaltar a importância da avaliação do caso concreto na determinação o cumprimento do dever informativo pelo profissional. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já decidiu que o termo de consentimento informado constituía prova suficiente do adimplemento, a despeito de não ter sido mencionado expressamente o risco de retirada órgãos do sistema reprodutor da paciente. O Tribunal entendeu que, tendo em vista a patologia da paciente (câncer de mama em estágio avançado) e os esclarecimentos prestados no pré-operatório pelo médico, que só teve a real dimensão da patologia durante o ato cirúrgico, não seria verossímil a alegada ausência de informações, conforme a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. PACIENTE COM CÂNCER DE MAMA. BIÓPSIA PARA DIAGNOSTICAR MASSA CORPÓREA NA REGIÃO PÉLVICA. CIRURGIA COM RETIRADA DE OVÁRIO LESIONADO. TRATAMENTO CORRETO. TÉCNICA ADEQUADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE INFORMAÇÃO. Caso em que a autora, aos 41 anos de idade, foi diagnosticada com câncer de mama e submetida a uma biópsia para fins de investigar a natureza da massa corpórea presente na sua região pélvica, cirurgia da qual resultou a extração do ovário esquerdo e parte do direito.

⁴¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.180.815/MG**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 19 de agosto de 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 11 mai. 2020.

⁴¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. p 500.

A técnica médica adotada não foi controvertida. A alegação da consumidora diz tão somente com violação ao direito de informação, porquanto ela não teria sido alertada sobre a possibilidade de retirada dos órgãos, pensando se tratar de cirurgia para ressecção de lesões.

O dever de informação é consectário lógico da boa-fé objetiva, obrigando o médico a comunicar o paciente sobre os possíveis efeitos da intervenção cirúrgica.

Considerando que os exames de imagem não permitiam identificar a abrangência da lesão abdominal, tendo o médico verificado somente durante a cirurgia quais os tecidos e órgãos afetados, realmente, não poderia ter ele afirmado com certeza, de antemão, que a extração dos ovários seria necessária.

Contudo, **estando a paciente internada no hospital com doença grave, não é crível que não estivesse ciente das possíveis consequências do câncer**, o que inclui o comprometimento de órgãos do sistema reprodutivo.

Ademais, **foi assinado termo de consentimento informado, documento que serve para corroborar a tese de que o dever de informação foi cumprido.** APELAÇÃO DESPROVIDA.⁴²⁰ (Grifo nosso).

Vislumbra-se, a partir da análise da jurisprudência, que o Direito vem, reiteradamente, dando uma proteção especial à confiança que deve existir nas relações contratuais. Na doutrina portuguesa, destacam-se os ensinamentos de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, sobre o princípio da boa-fé objetiva e do descumprimento do dever anexo de informação como fonte geradora de responsabilização civil e sua relação com a proteção da confiança.⁴²¹ O autor afirma:

A consagração dos dispositivos gerais, implícitos no dever de actuar de boa fé e no exercício inadmissível de posições jurídicas, capazes de, nalgumas das suas facetas mais significativas, proteger a confiança, demonstram, nesta, um vector genérico. Mas dão, também, o tom da generalização possível: a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de actuar de boa-fé ou se concretize um “abuso de direito”.⁴²²

⁴²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (10. Câmara Cível). **Apelação Cível, nº 70066069758**. Relator: Túlio de Oliveira Martins, 26 de novembro de 2015. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70066069758&code=6325&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%7A%20-%202010.%20CAMARA%20CIVEL. Acesso em 25 abr. 2020.

⁴²¹ António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro leciona que importância da aproximação entre boa-fé e confiança foi trazida ao ordenamento jurídico germânico por Hermann Eichler, para quem essa conexão está situada na lealdade contratual, a conformar a relação obrigacional como uma relação de confiança, fundada na regra geral da boa-fé. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 1240.

⁴²² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 1250.

Embora defenda que é a violação à boa-fé que fundamenta o dever de indenização, fica aparente a importância do respeito à confiança⁴²³ como parâmetro da atuação segundo a boa-fé. O autor reitera seu entendimento aduzindo que, quando a confiança é violada, o devido é a indenização⁴²⁴.

Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada defende a importância da proteção da confiança nas relações sociais como “missão indeclinável” do Direito, uma vez que dela dependem a ordem social e a “paz jurídica”.⁴²⁵ O doutrinador português chama a atenção para a “crise manifesta” que envolve a frustração de expectativas como fundamento para o dever de indenizar⁴²⁶, em contraponto com outras espécies tradicionais de responsabilidade civil (contratual e aquiliana), questionando posicionamentos em que a violação da confiança emerge como um mero descumprimento de normas de conduta, destituindo-a de valor como justificadora em si do dever de indenizar⁴²⁷. Segue o autor:

Interessa portanto comprovar se uma tal recondução do conteúdo normativo da boa fé à confiança se justifica ou se as características de nosso sistema consentem na verdade a construção de uma responsabilidade pela frustração da confiança.⁴²⁸

Para esse doutrinador lusitano, em que pese a confiança estar intimamente ligada à boa-fé, ela se constitui como um *tertium genus* de responsabilidade civil, não abarcada pela responsabilidade por deveres contratuais ou delituais, mas sim baseada na “teoria pura da confiança”. Para essa teoria, a responsabilidade civil tem como fonte geradora a violação da confiança, independente em relação aos deveres decorrentes do princípio da boa-fé. A responsabilidade pela confiança seria, portanto, autônoma e ensejadora do dever de indenizar.⁴²⁹

⁴²³ Em conexão com a importância da confiança trazida pelo autor português, Marcos Jorge Catalan afirma que essa confere nexos de imputação do dever de indenização, uma vez que é por meio dela que o paciente cria a expectativa real de que a obrigação médica será cumprida. *In*: CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03092012-144625/publico/TESE_DE_DOUTORAMENTO_MARCOS_JORGE_CATALAN_VERSAO_COMPLETA.pdf. Acesso em 31 out. 2019. p. 260.

⁴²⁴ CORDEIRO, op. cit., p. 1250.

⁴²⁵ FRADA, Manuel António Carneiro da. *Direito Civil, responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Edições Almedina: 2011. p. 19.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 85.

⁴²⁹ FRADA, Manuel António Carneiro da. *Direito Civil, responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Edições Almedina: 2011. p. 904.

No âmbito do Direito Brasileiro, Gerson Luiz Carlos Branco defende que “o princípio da confiança contém um conjunto de normas jurídicas voltadas para a proteção do bem confiança”⁴³⁰. Este princípio têm três campos de incidência nas relações contratuais, quais sejam, na fase das negociações preliminares, determinando uma responsabilidade pré-contratual; na fase de cumprimento do contrato, por meio da proteção das legítimas expectativas quanto à prestação do serviço; e ao longo de todo o *iter* contratual, a fim de coibir comportamentos abusivos das partes.⁴³¹

Valter Schuenquener de Araújo, um dos autores que defende a autonomia do princípio da proteção da confiança, esclarece:

Em razão da ampliação da complexidade social, o ser humano precisa desenvolver formas eficazes de reduzir essas complicações (*decorrentes da complexidade social*). [...] Não se consegue construir uma sociedade muito complexa sem o pilar da confiança. Ela torna a incerteza tolerável e é um elemento de toda a interação social [...].⁴³² (Em itálico, contextualização nossa).

Vem se firmando na jurisprudência pátria o entendimento que o inadimplemento dos deveres informativos do médico enseja a quebra da confiança suscitada no paciente, a qual merece a tutela jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou o mesmo entendimento do autor português, de que a responsabilidade pela confiança constitui um terceiro gênero de responsabilidade, ao lado da contratual e extracontratual, de acordo com o voto proferido pelo Relator Ministro Luís Felipe Salomão,

A responsabilidade pela confiança é autônoma em relação à responsabilidade contratual e à extracontratual, constituindo-se em um terceiro fundamento ou ‘terceira pista’ (*dritte Spur*) da responsabilidade civil. [...] A teoria da confiança ingressa no vácuo existente entre as responsabilidades contratual e extracontratual e seu reconhecimento se fundamenta principalmente no fato de que o

⁴³⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. São Paulo. **Revista de Direito Privado**. v. 12, 169-225, out./dez. 2002. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001720f581c34d4b7369b&docguid=le989c570f25011dfab6f01000000000&hitguid=le989c570f25011dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 20 abr. 2020.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 169-225.

⁴³² ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2016. p. 12.

sujeito que dá origem à confiança de outrem e, após, a frustra, deve responder, em certas circunstâncias, pelos danos causados dessa frustração. A defraudação da confiança constitui o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar.⁴³³ (Grifo nosso).

Em que pese o caso concreto no julgamento do Superior Tribunal de Justiça não se tratar de Responsabilidade Civil Médica, a razão de decidir pode ser transposta para a relação contratual de consumo entre médico e paciente.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o médico somente poderá se desincumbir do dever de indenizar se obtiver do paciente o consentimento livre, esclarecido e consciente, o qual será o mais importante instrumento probatório do cumprimento dos deveres de informação, juntamente com o prontuário médico.⁴³⁴ A falta ou falha na informação constitui dano ao paciente e o conseqüente dever de indenizar do médico, pela violação da boa-fé objetiva e quebra da confiança entre as partes contratantes.

O dever de indenizar encontra fundamento em mais de um princípio do Direito, e, conforme se deduz da doutrina e dos acórdãos analisados, a confiança constitui-se em um bem merecedor de tutela jurídica e sua violação, “o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar”.⁴³⁵

⁴³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.309.972/SP**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 27 de abril de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1591057&num_registro=201200209451&data=20170608&formato=PDF. Acesso em 13 jan. 2020

⁴³⁴ PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 124-125. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

⁴³⁵ Conforme mencionado pelo Relator Ministro Luís Felipe Salomão em seu voto, proferido no REsp nº 1.309.972/SP. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Julgado em 27 de abril de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1591057&num_registro=201200209451&data=20170608&formato=PDF. Acesso em 13 jan. 2020.

5 CONCLUSÃO

A relação médico-paciente vem sofrendo, ao longo dos tempos, os efeitos da evolução social. O paternalismo, que colocava o médico como o detentor absoluto do saber e, conseqüentemente, não suscetível a questionamentos acerca das condutas adotadas, cedeu lugar a relações mais frágeis com os pacientes. A confiança, indispensável no estabelecimento de toda e qualquer relação social salutar, também foi abalada, determinando o aumento de demandas judiciais envolvendo a prática médica.

O Código de Ética Médica determina que a atuação médica deve ser norteadada pelo respeito e pela busca constante pelo melhor atendimento para o enfermo. Com isso, coloca o paciente numa posição de destaque, merecedor de proteção frente a abusos, à má prática, a condutas desleais e sem transparência, e à atuação culposa do profissional da saúde, nas modalidades negligência, imperícia e/ou imprudência.

Além disso, o Conselho Federal de Medicina destaca a importância e essencialidade do cumprimento dos deveres médicos de informação, cujo objetivo final é a obtenção do consentimento informado do paciente, alçado a instrumento obrigatório na atividade médica. Ao assim se posicionar, explicita o valor da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada do paciente e da confiança que deve reger a relação médico-paciente, alinhando-se à legislação civilista.

Em que pesem as normas deontológicas negarem a incidência da legislação consumerista, a doutrina e a jurisprudência pátrias são unânimes e pacíficas no sentido de que a relação médico-paciente é uma relação contratual regida pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil, tendo como fundamento a construção hermenêutica a partir da Constituição Federal.

Em consequência, por força da lei, o dever de informação é elevado a direito fundamental do paciente-consumidor, parte hipossuficiente na relação com o médico-prestador de serviço e merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico. O descumprimento do dever de informação caracteriza defeito do serviço prestado.

Assim sendo, a relevância do dever de informação na regulação da relação médico-paciente tem previsões éticas e legais explícitas, sendo, portanto, inquestionável a obrigatoriedade de seu cumprimento pelo médico em qualquer etapa do atendimento ao paciente, desde a fase pré-contratual, abrangendo a fase contratual e se estendendo ao período pós-contrato.

O liame que se estabelece entre o dever de informação e a tutela da pessoa humana reside, justamente, no direito do paciente à sua integridade psicofísica, a qual abarca o direito à autodeterminação e à liberdade de escolha para se submeter ou não a determinado tratamento, e no consentimento para suportar os riscos dele decorrentes.

O dever de informação abrange uma plêiade de elementos a serem observados para que a obrigação seja de fato adimplida. Para tanto, o processo dialético médico-paciente deve ser caracterizado pela clareza na linguagem adotada, pela suficiência quanto ao conteúdo e pela adequação quanto à pertinência com o quadro clínico do paciente. Uma vez cumpridos esses requisitos, será possível a obtenção do consentimento livre, esclarecido e personalizado para o ato médico, objetivo primordial dos deveres informativos.

De acordo com a doutrina e a jurisprudência, o descumprimento do dever de informação caracteriza negligência médica; ruptura da confiança, devido à frustração das legítimas expectativas geradas no paciente quanto à prestação do serviço médico; desrespeito à autonomia privada; e violação da boa-fé objetiva.

Se a informação omitida ou inadequada ensejar um dano potencialmente evitável caso o paciente tivesse tido a oportunidade de não consentir com a terapêutica proposta, haverá o dever de indenizar do médico, independentemente da ocorrência de erro médico ou de culpa *stricto sensu* quanto à técnica adotada. Ou seja, para que possa ser ponderado na apreciação da responsabilidade médica, o descumprimento do dever de informação há de ter assumido valor relevante na formação do juízo decisório do paciente.

É ônus do médico comprovar que cumpriu com seu dever de informar e de obter o consentimento do paciente. Para tanto, a necessidade do devido registro do atendimento em prontuário médico e, em especial, do termo de consentimento informado. Embora não obrigatória, a forma escrita é aconselhável a fim de facilitar a prova do cumprimento dos deveres informativos.

A análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça permite concluir que é pacífico o entendimento de que o exclusivo desrespeito do dever de informação no contrato de consumo entre médico e paciente caracteriza falha na prestação do serviço. Por um lado, porque viola a boa-fé objetiva, cláusula geral a determinar o comportamento probó e leal entre as partes contraentes ao longo de todo o *iter* contratual, e da qual deriva o dever lateral

de informação. Por outro lado, por romper a confiança construída justamente porque o paciente acreditou, desenvolveu expectativas legítimas e tomou decisões referentes à sua própria vida com base nas informações recebidas ou omitidas por seu médico.

Embora frequentemente redirecionada à proteção da boa-fé, a responsabilidade pela confiança tem se firmado como autônoma em relação às espécies contratual e aquiliana da Responsabilidade Civil. Por meio dela, é possível expandir a proteção do paciente para além da tutela dos padrões de comportamento objetivamente avaliáveis, a fim de conferir proteção unicamente à confiança que o paciente depositou no seu médico.

Portanto, a ocorrência de dano imputável ao médico, em virtude da falha ou da falta da informação suficiente e necessária para a tomada de decisão pelo paciente, determinará o dever de indenizar do médico. As razões de decidir dos Tribunais analisados convergem para a proteção da confiança e da dignidade humana do paciente, respeitadas sempre que lhe é permitido o exercício da autonomia privada e a emissão do consentimento informado.

Destarte, cabe ao médico, além de atuar de acordo com a *ars medica*, compreender a importância da comunicação com o paciente e do consentimento informado, como forma de humanizar o atendimento, consolidar a confiança e evitar a responsabilização civil, alcançando assim, a plena satisfação de sua missão.

A consolidação da proteção da confiança, como princípio independente do princípio da boa-fé objetiva, ainda percorre um caminho sinuoso na doutrina e na jurisprudência. No entanto, as respostas do Direito às demandas sociais cada vez mais complexas têm encontrado na confiança um de seus fundamentos.

REFERÊNCIAS

- [ENUNCIADO nº 24]. *In*: I JORNADA de Direito Civil. Coordenador-geral: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF: CFJ, [2002]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>. Acesso em: 10 out. 2019.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e Medicina: aspecto jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 133-180, 2000.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 718, p. 33-53, ago. 1995.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil Do Médico. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, v. 718, p. 33-53, ago. 1995. São Paulo. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, vol. 5, p. 507 – 54, out. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001720e617bbba15f9911&docguid=lc17bb990f25411dfab6f010000000000&hitguid=lc17bb990f25411dfab6f010000000000&spos=15&epos=15&td=16&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 mai. 2020.
- ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Ausfertigungsdatum: 18.08.1896. Bonn: Bundesamt für Justiz, [2020]. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html. Acesso em: 22 abr. 2020
- ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2016.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no Direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.18, abril/junho, 1996. p. 121-132. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292/69902>. Acesso em: 04 fev. 2020.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, a. 10, p. 115-131, jan./jun. 2016.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do produto e do serviço. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Boscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 179-217.
- BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, Gustavo C.; MOTTIN, Roberta Weirich. Responsabilidade civil por ausência de consentimento informado no atendimento médico: panorama jurisprudencial do STJ. São Paulo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 64, p. 119–143, out./dez. 2015. Disponível em: <https://revistadoSTJ.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000001715fff9cad4f97864b&docguid=Id9debd8057f11e5a052010000000000&hitguid=Id9debd80c57f11e5a052010000000000&spos=1&epos=1&td=147&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 08 abr. 2020.

BORGES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade Civil e Nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. São Paulo. **Revista de Direito Privado**. v. 12, p. 169 – 225, out./dez. 2002. Disponível em: <https://revistadoSTJ.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001720f581c34d4b7369b&docguid=le989c570f25011dfab6f010000000000&hitguid=le989c570f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Código Civil de 2002]. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 31 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. [Código de Processo Civil de 2015]. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. [Código Comercial do Império do Brasil]. Rio de Janeiro, RJ, Imperador, 1850. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 03 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009**. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. Brasília, DF: Ministério da

Saúde, 2009. Disponível em:

https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html. Acesso em 04 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 586.316/MG**. Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da lei do glúten (lei 8.543/92 ab-rogada pela lei 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do código de defesa do consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira Das Indústrias da Alimentação – ABIA. Relator: Ministro Herman Benjamin, 17 de abril de 2007. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF. Acesso em 04 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.144.840/SP**. Consumidor. Plano de saúde. Rede conveniada. Alteração. Dever de informação adequada. Comunicação individual de cada associado. Necessidade. Recorrente: Isabel Martins Favero e outro. Recorrido: Associação Auxiliadora das Classes Laboriosas. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 20 de março de 2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1132680&num_registro=200901842121&data=20120411&formato=PDF. Acesso em 05 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.180.815/MG**. Recurso especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Art. 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade. Recorrente: Fernanda De Souza Panta. Recorrido: Carlos Fernando Hudson Nascimento. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 19 de agosto de 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 11 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.561.445/SP**. Recurso especial. Civil. Plano de saúde. Descredenciamento de clínica médica. Comunicação prévia ao consumidor. Ausência. Violação do dever de informação. Responsabilidade solidária. Prejuízo ao usuário. Suspensão de tratamento quimioterápico. Recorrente: UNIMED Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Osni Jose De Souza. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 13 de agosto de 2019. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=1849150&num_registro=201502106059&data=20190816&formato=PDF. Acesso em 25 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma) **Recurso Especial nº 1.309.972/SP**. Recurso especial. Responsabilidade civil. Dicotomia tradicional. Aquiliana e contratual. Reformulação. Responsabilidade pela quebra da confiança. Origem na confiança criada. Expectativa legítima de determinado comportamento. Responsabilidade pré-contratual. Inexistência de contrato formal superada pela repetição de atos. Juiz como perito dos peritos. Coordenação das provas. Art. 130 do CPC/1973. Recorrente: Radiall do Brasil Componentes Eletrônicos LTDA. Recorridos: PCI Componentes S/A; IBM Brasil-Indústria Máquinas e Serviços Limitada. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 27 de abril de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=1591057&num_registro=201200209451&data=20170608&formato=PDF. Acesso em 13 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 436.827/SP**. Responsabilidade civil. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. Recorrente: Agenor Melo Filho. Recorrido: Maria Benedita Fabel e Outro. Relator: Ministro Ruy Rosado De Aguiar, 01 de outubro de 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=375678&num_registro=200200258595&data=20021118&formato=PDF. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **AgRg no Agravo de Instrumento nº 818.144/SP**. Civil. Responsabilidade civil. Cirurgia plástica. Dano moral. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido. Agravante: Sérgio Passerotti. Agravado: Maria Aparecida Hernandes Dos Santos. Relator: Ministro Ari Pargendler, 09 de outubro de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=728449&num_registro=200601942305&data=20071105&formato=PDF. Acesso em 11 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.667.776/SP**. Civil e processual civil. Responsabilidade objetiva do estado. Parto. Lesão grave a menor. Incerteza quanto à ocorrência de erro médico. Vulnerabilidade e hipossuficiência técnica do recorrente. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Inversão. Precedentes do STJ. Recorrentes: Daniel Mendes Ferreira (menor), representado por Francisca Mendes dos Santos Ferreira e João Ferreira. Recorrido: Município de Santo André. Relator: Ministro Herman Benjamin, 13 de junho de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque ncial=1613027&num_registro=201700797514&data=20170801&formato=PDF. Acesso em: 24 março. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.540.580/DF**. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Responsabilidade civil do médico por inadimplemento do dever de informação. Necessidade de especialização da informação e de consentimento específico. Ofensa ao direito à autodeterminação. Valorização do sujeito de direito. Dano extrapatrimonial configurado. Inadimplemento contratual. Boa-fé objetiva. Ônus da prova do médico. Recorrentes: Dimas Pereira e Abrahão, Lindalva Gonçalves Abrahão e Tiago Barboza Abrahão. Recorridos: Sociedade Beneficente de Senhoras Hospital Sírio Libanês, Clínica Paulista de Neurologia e Neurocirurgia LTA-EPP e Manoel Jacobsen Teixeira. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 05 de junho de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719802&num_registro=201501551749&data=20180904&formato=PDF. Acesso em: 04 abril. 2020.

CALADO, Vinícius de Negreiros. Responsabilidade civil do médico e consentimento informado na visão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. Curitiba, v.3, n. 36, p. 262 – 289, 2014.

CALADO, Vinícius de Negreiros; ALVES, Virgínia Colares Figueiredo. Negligência informacional: uma análise jurídico-discursiva de precedente do STJ. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 9., 2010. Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: 2010, p. 739-755.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade – Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. 2011. 347 f. Tese (Doutorado em Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03092012-144625/publico/TESE_DE_DOUTORAMENTO_MARCOS_JORGE_CATALAN_VERSAO_COMPLET.pdf. Acesso em 31 out. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022414/>. Acesso em 26 mar. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos Comitês de Ética em pesquisa e na prática médica: conceituação, origens e atualidade. **Revista Bioética**. Brasília, v. 3, n. 1, 1995. p. 51-59. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/430. Acesso em 25 out. 2019.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**. Brasília, n. 7, p. 165-203, jan./abr.2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Processo-Consulta CFM nº 1383/91 - Parecer- CFM nº 10/1996**. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 1996. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/1996/10>. Acesso em 25 mar 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em 25 mar 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas resoluções nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. [Código de Ética Médica]. Brasília: DF, Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem 2019.pdf>. Acesso em 31 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Processo-consulta CFM nº 8/2020–Parecer CFM nº 4/2020**. Tratamento de pacientes portadores de COVID-19 com cloroquina e hidroxiclороquina. Brasília, DF, Conselho Federal de Medicina, 16 abr. 2020. p. 6-7. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em 26 abr. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). **Juramento de Hipócrates**. São Paulo, [2020?]. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em 22 mar. 2020.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. A modernização do Direito das Obrigações. *In: Revista Da Ordem dos Advogados*. Portugal, dez. 2002. (Não paginado). Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-iii-dez-2002/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-a-modernizacao-do-direito-das-obrigacoes/>. Acesso em 01 jan. 2020.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DENARI, Zelmo (Segmento atualizado por José Geraldo Brito Filomeno). Da qualidade dos produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. *In: GRINOVER, Ada Pelegrini; et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumido: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processual - Volume Único*, 12. ed. ver., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.176-256. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982867/>. Acesso em 01 mar. 2020.

DIAMVUTU, Lino. **A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais**. Lisboa, 2010/2011. Dissertação. Curso de Pós-Graduação em Direito dos Contratos,

Instituto de Cooperação Jurídica, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. 2010/2011. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Diamvutu-Lino-A-TUTELA-DA-CONFIANCA-NAS-NEGOCIACOES-PRE-CONTRATUAIS.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

DUARTE, Nestor. Arts. 1º a 232 – Parte Geral. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406 de 10.01.2002**. 13. ed. rev. e atual. Barueri SP: Manole, 2019. p. 15-153. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520460184/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em 27 maio 2020.

FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível - o consentimento informado sob o prisma do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, p. 53 – 105, jul./set. 2015. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017160298eb79c23fa28&docguid=ldc2d4df06d8611e59dfb010000000000&hitguid=ldc2d4df06d8611e59dfb010000000000&spos=2&epos=2&td=1188&context=37&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 08 abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 20 fev. 2020.

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

FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. O princípio da confiança: proteção e tópica jurisprudencial dos contratos de saúde suplementar. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, v. 2, p. 83-107, jan./mar., 2015. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001719e6d420b0a2ad9f4&docguid=l6ef311d0d1ef11e497cf010000000000&hitguid=l6ef311d0d1ef11e497cf010000000000&spos=13&epos=13&td=16&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 12 fev. 2020.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processual - Volume Único**, 12. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 136-168. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982867/>. Acesso em 01 mar. 2020.

FRADA, Manuel António Carneiro da. **Direito Civil, responsabilidade civil: o método do caso**. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. 1. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788527735247/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.107>. Acesso em 17 mar.2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 15. ed. rev., ampl. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016. v.4: Contratos, t. I: Teoria geral.

GOLDIM, José Roberto. Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da Bioética e dos Direitos Humanos. **Revista de Direito e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 18, n. 3, p. 239-266, set./dez. 2017.

GOLDIM, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. **Revista AMRIGS**, v. 46 (3-4), 2002: p. 109-116. Acesso em 08 abr. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3: Contratos e atos unilaterais.

GONÇALVES, Roberto, C. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 4: Responsabilidade civil. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608553/>. Acesso em 17 mar. 2020.

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

KFOURI NETO, Miguel. Graus de culpa e redução equitativa da indenização. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, Campinas, v. 2, n. 1, p. 15-26, jan./fev. 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073566.pdf> acesso em 30/10. Acesso em 30 out. 2019.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

KUHN, Adriana. Menezes de Simão. **Os deveres de informação do médico e o nexo causal na responsabilidade civil na jurisprudência brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/16165>. Acesso em 28 mar. 2020.

LOBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. *In*: GEN Jurídico. São Paulo, 16 fev. 2018. (não paginado). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/>. Acesso em 20 abr. 2020.

LOWN, Bernard. **A arte perdida de curar**. São Paulo: Peirópolis, 2008.

MAIA, Maurílio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 86, p. 203-232, mar./abr. 2013. Disponível em: <https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad6adc500001719e7024d592d6d8e8&epos=12&spos=12&page=0&td=16&savedSearch=&searchFrom=&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em: 21 abr. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Boscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 67-105.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 3, p.393-444, abr. 2011. Disponível em: <https://revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000172093f26493b39a32f&docguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&hitguid=lf3b56410f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 mai. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Boscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 107-144.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Raphael Manhães. Apontamentos sobre o princípio da confiança legítima no Direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 40, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre técnica jurídica e a reflexão bioética. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35, n. 139, jul/set 1998. p. 5-22. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 fev. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 867, p. 11-51, jan. 2008. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 4, p. 693-746, out. 2010. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017199512b8d31007032&docguid=I9d227520f25411dfab6f010000000000&hitguid=I9d227520f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=41&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 02 fev. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502628519/cfi/0>. Acesso em: 12 mai. 2020.

MIRANDA, José Gustavo Souza. A proteção da confiança nas relações obrigacionais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 38, n. 153, jan./mar., 2002. p. 131-149. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/752/R153-10.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 01 jan. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAZINATTO, Márcia Maria. A relação médico-paciente na perspectiva da Recomendação CFM 1/2016. **Revista de Bioética**. Brasília, v. 27, n.2, p. 234-243. abr./jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422019272305>. Acesso em 08 abr. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (atual.). **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado no Poder Judiciário brasileiro. **Revista da AMRIGS**. Porto Alegre, v. 65 (1), p. 87-92, jan./mar. 2012. Disponível em: http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/13017/2/O_consentimento_informado_no_Poder_Judiciario_brasileiro.pdf. Acesso em 19 dez. 2019.

PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento médico na assistência médica: uma análise jurídica orientada pela Bioética**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>. Acesso em 31 out. 2019.

PRATA, Ana. **Responsabilidade pré-contratual: uma perspectiva comparada**

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (10. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70066069758**. Responsabilidade civil médica. Paciente com câncer de mama. Biópsia para diagnosticar massa corpórea na região pélvica. Cirurgia com retirada de ovário lesionado. Tratamento correto. Técnica adequada. Ausência de violação ao direito de informação. Comarca de Bento Gonçalves. Apelante: Maria de Lourdes Ruggini; e Associação Dr. Bartholomeu Tacchini. Apelado: Renato Martinez Pereira. Relator: Túlio de Oliveira Martins, 26 de novembro de 2015. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70066069758&code=6325&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%202010.%20CAMARA%20CIVEL. Acesso em 25 abr. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (10. Câmara Cível). **Embargos de Declaração nº 70060147287**. Reexame determinado pelo STJ. Recurso de embargos de declaração. Dever de informação. Consentimento informado. Embargantes: Edimara Cristina Carneiro Pena, Vinícius Carneiro Pena e Raíssa Carneiro Pena. Embargados: Alberto Arais Pydd, Complexo Hospitalar ULBRA Hospital Independência, CELSP – Comunidade Evangélica São Paulo – ULBRA Saúde. Relator: Des^a. Catarina Rita Krieger Martins, 06 de julho de 2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70060147287&codEmenta=7706337&temIntTeor=true-7. Acesso em 16 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (5. Grupo Cível). **Embargos Infringentes nº 70068700517**. Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e estéticos. Perfuração do intestino em exame de colonoscopia. Falha do serviço médico não demonstrada. Impossibilidade, no caso, de presumir-se vício na vontade manifestada pela paciente por ausência de consentimento informado sobre os riscos do procedimento. Dever de indenizar não configurado. Danos estéticos insuscetíveis de apreciação nesta via recursal. Configuração de dupla sucumbência no ponto. Comarca de Cachoeira do Sul. Embargante: Loveli Scherer de Souza. Embargado: Paulo Valentin. Relator: Des. Carlos Eduardo Richinitti, 18 de maio de 2016. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70068700517&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 19 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (9. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70078400231**. Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Alegação de erro médico e adoção de procedimentos cirúrgicos invasivos desnecessários. Consentimento informado não verificado. Dano moral caracterizado. Apelante: Tainá dos Santos Aguilera. Apelados: Fundação Hospitalar de Caridade de Quaraí e Prefeitura Municipal de Quaraí. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, 26 de setembro de 2018. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1

&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70078400231&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 27 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (9. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70083222083**. Apelações. Responsabilidade civil. Ação indenizatória decorrente de erro médico. Danos materiais e morais. Procedimento de curetagem para retirada de pólipos endometriais. Insucesso da medida. Contexto probatório que evidencia ausência de falha na execução do procedimento. Caracterizada, contudo, violação ao dever de informação. Baixo índice de eficácia da medida eleita. Existência de outros meios e conhecimentos que poderiam ser aplicados ao caso da autora. Ausência de demonstração de que a paciente fora cientificada dos riscos envolvidos. Dever de indenizar caracterizado. Quantum indenizatório mantido. 9ª. Câmara Cível. Comarca de Porto Alegre. Apelante: Maria Luísa Felix Capelão Porto. Apelado: Consultório Médico Doutor Roberto Gonçalves. Relator: Des. Eduardo Kraemer, 17 de dezembro de 2019. Disponível em:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70083222083&num_processo=70083222083&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&ordem_consulta=1&N1_var=&id_comarca3=todas&nome_parte=&N1_var2_2=1&intervalo_movimentacao_2=0. Acesso em 11 mai. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 9. Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70082465196**. Apelação cível. Responsabilidade civil. Médica. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos. Tratamento dermatológico facial com técnica abrasiva. Demora na recuperação. Falha na prestação do serviço configurada. Conduta médica adotada sem o consentimento esclarecido da paciente. Apelante: Priscila Rocho Alves. Apelados: Clínica Paranhos De Cirurgia Plástica LTDA; e Diulio Paranhos. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, 20 de novembro de 2019. Disponível em:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70082465196&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 11 mai. 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Consultor Jurídico**, São Paulo, .03 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-03/direito-comparado-influencia-codigo-civil-alemao-1900-parte>. Acesso em 29 jan. 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-17/direito-comparado-influencia-codigo-civil-alemao-1900-parte>. Acesso em 29 jan. 2020.

RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. Responsabilidade civil médica. Inversão do ônus da prova e teoria da carga dinâmica probatória. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 51, n. 203, p. 34-41, jul./set., 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507416/001017707.pdf?sequen ce=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 mar. 2020.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 573-658, 1 jan. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em 24 jan. 2020.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira **Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502152529/>. Acesso em 03 mar. 2020.

SCHOEMBAKLA, Carlos Eduardo Dipp. A tutela constitucional da autonomia privada. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, v. 2, n. 11, p. 231-251, 2009. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2652>. Acesso em 01 mar. 2020.

SILVEIRA, Alípio. **A boa-fé no Código Civil: doutrina e jurisprudência**. v. 1. São Paulo: [s. n.], 1972.

SOTTO, Debora. O dever de informar do médico e o consentimento informado do paciente. Medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 178, 31 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4635>. Acesso em: 6 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 34-41, jan./jun. 2004.

ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparada entre o CDC e o CC/2002. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 58, p. 116–142, abr./jun. 2006. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000171b2f9e4d3fa83243e&docguid=lee8ef2f0f25211dfab6f010000000000&hitguid=lee8ef2f0f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 25 abr. 2020.