

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELO DEVER DE INFORMAÇÃO À GESTANTE

MEDICAL LIABILITY FOR DUTY OF INFORMATION TO PREGNANT

Stéphanie Lorrany Barbosa¹

RESUMO: O presente trabalho acadêmico tem como intuito trazer à tona discussões que giram em torno da responsabilidade civil médica pelo dever de informação à gestante, passando pela natureza jurídica da obrigação médicas, respondendo se as atividades prestadas por tais profissionais são de meio ou resultado, bem como demonstrar o posicionamento nos dias atuais do judiciário se esta relação é contratual ou não. Ademais buscará esclarecer as possibilidades de responsabilidade civil médica, sendo subjetiva com a presença da culpa ou dolo, ou objetiva quando estas serão excluídas. Por derradeiro mostraremos as diversas informações que devem ser passadas a gestante durante o pré-natal e as consequências pelo seu descumprimento.

PALAVRAS-CHAVE: Gestante. Informação. Obrigação. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This academic work has the intention to bring up discussions revolving around the medical liability the duty of information to pregnant women through the legal nature of medical liability, accounting if the activity provided by such professionals are a support or, and demonstrate the positioning in the current court days if this relationship is contractual or not. Moreover, it seeks to clarify the possibilities of medical civil liability, being subjective in the presence of fault or objective when it is deleted. On the last, the study shows the various information to be passed to pregnant women during prenatal care and the consequences for noncompliance.

KEYWORDS: Pregnant Women. Information. Obligation. Civil Responsibility.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Natureza Jurídica da Obrigação Médica. 2.1 Obrigação de meio. 2.2 Obrigação de resultado. 3 Responsabilidade Civil Médica. 3.1 Responsabilidade civil médica subjetiva. 3.2 Responsabilidade civil médica objetiva. 4 O Princípio da Boa-Fé Objetiva e O Dever de Informação. 4.1 Princípio da boa-fé objetiva. 4.2 O dever de Informação. 5 Responsabilidade Civil Médica Pelo Dever de Informação à Gestante. 6 Conclusão. Referências.

¹ Graduanda da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

1 INTRODUÇÃO

Segundo informações da ONU (Organização das Nações Unidas) de 2014, cerca de três bebês nascem por segundo no mundo, cento e oitenta bebês por minuto, e só no Brasil, 320 bebês nascem por hora segundo o IBGE (2014), ou seja, inúmeras mães dão à luz todos os dias, mas nem todas têm acesso às informações pertinentes tais como os vários tipos de partos existentes e quais os reais riscos que cada um pode ocasionar à mãe e ao bebê. Portanto, o que se buscou com a pesquisa foi esclarecer algumas questões relacionadas a responsabilidade civil médica pelo dever de informação a gestante.

Para tanto, torna-se importante o estudo da natureza jurídica da obrigação médica passando pela superação de paradigmas que perduraram durante um tempo no ordenamento: se a relação médica era contratual ou extracontratual, entendimento que foi superado e prevaleceu a compreensão de uma relação contratual de consumo. Semelhantemente, houve o questionamento no que tange a essa obrigação ser de meio ou resultado. Entende-se hoje que se trata de uma obrigação de meio e não de resultado. Observa-se exceções que trazem a doutrina no decorrer do presente artigo.

Já a responsabilidade civil médica será analisada no aspecto subjetivo quando está condicionada ao ato médico que agiu por negligência, imprudência e imperícia, ou seja, quando este agir com culpa ou dolo, previsto no Código Civil artigo 186 e Código de Defesa do Consumidor no artigo 14 §4º.

A responsabilidade civil médica no aspecto objetivo ocorre, ao contrário da subjetiva, quando há a exclusão da culpa. Essa modalidade geralmente é aplicada aos hospitais, clínicas, laboratórios, etc. O médico que atua de forma liberal, direta e pessoal responde de forma subjetiva, mesmo que este preste serviço ao hospital. Contudo, as exceções serão trabalhadas no decorrer do trabalho, onde neste caso, poderá, o médico responder objetivamente, pelo descumprimento do dever de informação, dever anexo ao princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva é um princípio geral, presente nas relações contratuais e nas relações consumeristas, portanto, também foi analisado neste trabalho. Sendo um princípio base, presente na relação médico-paciente como uma presunção do que se pode esperar da conduta do médico, bem como de seu paciente. Trata-se de um princípio que mesmo não estando de forma explícita, estará sempre presente nas relações, seja civil, consumerista ou na relação médico-paciente.

A informação tratada no presente artigo está diretamente relacionada ao princípio da boa-fé objetiva. O médico está condicionado a este dever de informar, pois não se trata apenas de uma questão ética, mas um direito do paciente e, portanto, um dever médico.

No que tange a responsabilidade civil médica pelo dever de informação, o trabalho busca mostrar a diversidade de partos existentes no Brasil e quais as informações que devem ser passadas, bem como a consequência que a ausência destas informações podem ocasionar ao profissional que não as passarem de forma clara. Afinal, só assim, a gestante poderá escolher o melhor parto, aquele que a fará se sentir segura, evitando dessa forma, possíveis danos causados pela ausência dessas informações.

2 NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO MÉDICA

Durante muito tempo, a natureza jurídica da obrigação médica foi pauta de discussões, pois, alguns doutrinadores diziam ser uma relação contratual, ao contrário de outros que alegavam se tratar de uma relação extracontratual. Entretanto, essa discussão não perdura

mais nos dias de hoje. Entende-se esta ser uma relação contratual de prestação de serviço, como coloca Miguel Kfourri (2001):

A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. (KFOURI, 2001, p. 65)

Atualmente, entende-se que com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade médica deve ser analisada com base na prestação de serviço exercida pelo médico. Se esta ocorre de forma liberal, direta e pessoal ou se essa prestação de serviço deriva de uma sociedade médica, exercendo atividade empresarial, em que serão incluídas clínicas laboratórios, hospitais, etc.

Desta forma, a discussão hoje giras em torno de esta relação médico-pacienteser de consumo ou uma relação civil, mas segundo posicionamento majoritário da doutrina é de que esta relação é de consumo. Contudo, a responsabilidade do profissional médico que atua de forma liberal é subjetiva, mesmo que haja uma prestação de serviço por parte deste à um hospital, ou seja, necessita que haja culpa ou dolo para caracterização da responsabilidade civil conforme artigo 14, § 4º do CDC, e artigo 186 do Código Civil. Já as clínicas e hospitais respondem de forma objetiva como coloca Carlos Roberto Gonçalves (2012):

O Código é claro ao asseverar que só para a 'responsabilidade pessoal' dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente". Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento. Estão também sujeitos à disciplina do referido Código, com responsabilidade *objetiva* e de *resultado*, os laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue e centros de exames radiológicos, como prestadores de serviços. (GONÇALVES, 2012, p. 335)

Ademais, o hospital ainda que não tenha culpa também responde civilmente pelos atos praticados pelo seu empregado no exercício de suas funções como dispõe o artigo 932, inciso III, e artigo 933 do Código Civil que traz:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (BRASIL, 2015, p. 910)

No que tange a obrigação da atividade exercida pelo médico durante um longo tempo, perdeu a discussão sobre a atividade exercida por tais profissionais esta obrigação de meio ou resultado, o que será visto adiante.

2.1 Obrigação de meio

A obrigação de meio está atrelada ao dever de diligência, ao cuidado na prestação de serviço que o profissional de saúde tem que ter para com seu paciente, não garantindo um resultado. O médico por mais competente que seja não pode garantir a cura de um paciente que se encontra em estado grave, nem pode garantir a vida do ser humano. Por isso, a afirmação de que a atividade, ou melhor, a obrigação é meio e não de resultado. Neste sentido, dispõem Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal (2016):

Os médicos, pelos serviços que prestam, desempenham uma obrigação de meio. Nessas obrigações não se assume o dever de se chegar a determinado resultado (a cura por exemplo), mas apenas o dever de se portar com diligência e atenção, à luz dos dados atuais de sua ciência, de cujo conteúdo se espera que tenha notícias atualizadas. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 810)

Segundo posicionamento jurisprudencial e doutrinário, esse entendimento encontra-se pacificado e presente no ordenamento jurídico brasileiro como regra geral. Assim, a atividade exercida pelos profissionais de medicina é de meio, resulta do cuidado e não de um resultado final, como pode-se vislumbrar a ementa do recurso de Apelação Civil apresentada em 2014 ao Tribunal de Justiça de Minas Geras de número 10027081610803001, que teve como relator o Desembargador Luiz Carlos G. Mata:

APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTOS MÉDICOS - TEORIA SUBJETIVA - FALHA NÃO COMPROVADA - OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO - DANO MORAL NÃO RECONHECIDO.
- Ressoando do conjunto probatório dos autos, que o profissional médico realizou os procedimentos médicos nos exatos termos recomendados pela medicina e não havendo prova de eventual negligência, imperícia ou imprudência, não há que se cogitar em reconhecimento do dano moral indenizável, mormente quando a obrigação do profissional médico é de meio e não de resultado. (TJMG - Apelação Civil 1.0027.08.161080-3/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/05/2014, publicação da súmula em 16/05/2014)

Desta forma, resta claro que a regra geral no que tange a natureza jurídica da obrigação médica é de meio e não de resultado, havendo algumas exceções em que o médico poderá responder pelo resultado prometido como será visto a seguir.

2.2 Obrigação de resultado

Segundo dicionário da língua portuguesa, Aurélio (2000, p. 604), a palavra resultado possui os seguintes significados: "1. Ato ou efeito de resultar, 2. Termo, fim, 3. Lucro proveitoso". Assim, a obrigação de resultado entende-se por ser algo fim, o que se busca no final, o resultado final de um serviço, e no caso do profissional médico, o resultado de um procedimento, por exemplo.

Como citado anteriormente, o posicionamento do judiciário em relação a obrigação do médico ser de meio e resultado, entende-se por ser uma atividade de meio. Miguel Kfoury em sua obra Culpa Médica e Ônus da Prova (2002) discorre com demasiada veemência demonstrando mais uma vez a atividade exercida pelo profissional de saúde, e diz:

A obrigação contraída pelo médico é espécie do gênero obrigação de fazer, em regra, infungível, que pressupõe atividade do devedor, energia de trabalho, material ou intelectual, em favor do

paciente (credor). Implica diagnóstico, prognóstico, e tratamento: examinar, prescrever, intervir, aconselhar. A prestação devida pelo médico é sua própria atividade, consciente, cuidadosa, valendo-se dos conhecimentos científicos consagrados em busca da cura. (KFOURI, 2002, p. 226)

Contudo, ocorre uma exceção para regra geral aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, em que para a doutrina, a obrigação será de resultado, podendo desta forma ser o profissional responsabilizado caso não alcance o resultado prometido. Essa exceção está diretamente relacionada às cirurgias plásticas estéticas, pois, neste caso o médico se compromete a entregar um resultado desejável pelo paciente que o procura, seja para colocar uma prótese de silicone, ou afinar o nariz, diminuir as rugas, enfim, busca algum procedimento que ao seu ver vai trazer um resultado agradável e deixá-lo mais feliz consigo mesmo.

Neste sentido, tem-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que trouxe a exceção no Agravo Regimental. A confirmação da responsabilidade civil médica atrelada à cirurgia plástica estética pela natureza jurídica da obrigação ser de resultado e não de meio, mantendo a indenização concedida na sentença no valor de cinquenta mil reais.

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido. 2. A reforma do aresto no tocante à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta médica e os danos experimentados pela recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do complexo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. 3. A revisão da indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7/STJ a impedir o conhecimento do recurso. 4. No caso vertente, verifica-se que o Tribunal de origem arbitra o quantum indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos danos morais que a recorrida experimentou em decorrência do erro médico produzido pelo recorrente, que além de ter contrariado as expectativas da paciente com os resultados alcançados na cirurgia íntima de natureza estética a que foi submetida, gerou-lhe prejuízos em sua saúde. 5. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg nos EDcl no AREsp: 328110 RS 2013/0110013-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/09/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJE 25/09/2013)

Importante dizer que essa exceção é para cirurgia plástica estética, pois, para a cirurgia plástica reparadora, o entendimento jurisprudencial é de que a obrigação do profissional neste caso é de meio, pois, não se trata de assegurar um fim proposto, mas o que se busca é minimizar cicatrizes ou corrigir algo decorrente de um acidente, uma fatalidade. Ao contrário da cirurgia estética em que o que se busca é

melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física, e caso não atinja o resultado final prometido pelo médico, este poderá responder por responsabilidade civil médica nos termos que serão estudados no próximo tópico.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A Constituição Federal no artigo 5º garante o direito à liberdade ao indivíduo. Contudo, essa liberdade para fazer ou deixar de fazer sofre limitações pelo ordenamento jurídico para quando haja violação do direito de outros, violações estas, que são chamadas de ilícito e quando ocorrida acabam gerando uma nova obrigação, ou seja, um novo dever, sendo este de reparar o dano causado anteriormente.

A palavra responsabilidade tanto no sentido jurídico como etimológico traz uma ideia de encargo, contraprestação e obrigação. Desta forma, encontra-se entrelaçada a uma noção de desvio de conduta, quando há um comportamento contrário às normas jurídicas e que geram danos a outros.

Ao definir responsabilidade civil, o doutrinador Sergio Cavalieri traz com primazia da seguinte forma (2012, p. 2): “Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Como visto, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo ao dever jurídico originário, ou seja, quando há um descumprimento de uma obrigação, a responsabilidade é a consequência deste fato. Assim, para que haja a caracterização da responsabilidade deve sempre haver uma obrigação e estas devem estar sempre interligadas. Ademais, para configuração da responsabilidade civil, é necessária a existência da conduta humana; o dano e nexos causal sendo esta a modalidade de responsabilidade objetiva e para que seja caracterizada a responsabilidade subjetiva, ainda será necessária a presença da culpa ou do dolo.

No que tange a responsabilidade civil médica, como posto anteriormente, a prestação de serviço do profissional médico não pode ser de resultado, uma vez que o médico não tem como garantir um o sucesso final da prestação de serviço, sendo observado as exceções que a doutrina traz. Percebe-se então, que o papel exercido por tais profissionais é de conselheiro, guarda e protetor dos enfermos, sendo a natureza da prestação de serviço de meio.

Desta forma, a obrigação médica como regra geral, só será penalizada quando este agir com culpa ou dolo, quer dizer, pela responsabilidade subjetiva que é amparada pelo Código Civil artigo 186 e pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 14 § 4º.

A responsabilidade civil objetiva não é a regra, é a exceção quando tratar da relação médico-paciente. No geral, como citado anteriormente, o profissional médico que exerce atividade liberal será responsabilizado quando agir com culpa ou dolo, e o hospital em que presta o serviço responde de forma objetiva, modalidades distintas de responsabilização que serão pautadas adiante.

3.1 Responsabilidade civil médica subjetiva

A responsabilidade civil médica subjetiva é regulamentada pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do consumidor. Os requisitos para configuração do ato ilícito estão condicionados aos seguintes elementos: conduta humana; o dano; nexos causal; culpa ou dolo.

Entende-se por ilícita, a conduta do agente que por ação ou omissão viola as normas jurídicas. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016) trazem:

O ilícito pode ser definido como um ato contrário a uma norma que disciplina um comando. Em outras palavras, uma ação em sentido *lato*, isto é,

uma conduta ativa ou omissiva, suscetível de ser qualificada como obrigatória ou proibitiva. Esta ação ilícita se opõe a uma norma que prevê um comando, pois somente normas que proíbem ou obrigam definem ações. O fato ilícito nada mais é do que o fato antijurídico, isto é, aquele acontecimento cujos potenciais jurídicos são contrários ao ordenamento jurídico. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 158)

Para que haja penalização, ressarcimento é necessário que esteja presente o dano, e este pode ser patrimonial entendido por dano material, ou, extrapatrimonial, ou seja, o dano moral, aquele que traz uma lesão ao patrimônio imaterial, existencial do indivíduo. O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves complementa dizendo que quando não há dano, não há que se falar em indenização, com suas palavras: (2013, p. 320): “Mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. A inexistência de dano torna sem objeto a pretensão à sua reparação”.

Outro elemento fundamental para a configuração da responsabilidade subjetiva é o nexos causal, sendo este uma ligação atrelada a conduta e o dano, ou seja, o um elo entre ação e resultado, e neste caso deverá ser indenizado.

Importante definir o conceito de culpa, visto que ela é um dos requisitos essenciais para caracterização da responsabilidade subjetiva. A culpa deriva da conduta do agente que age com imprudência, negligência ou imperícia. Complementa Carlos Roberto Gonçalves (2012):

Só se pode, com efeito, cogitar de culpa quando o evento é previsível. Se, ao contrário, é imprevisível, não há cogitar de culpa. O art. 159 do Código Civil de 1916 [atual art. 186] pressupõe sempre a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de o praticar) e a culpa *stricto sensu* ou aquiliana (violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo os padrões de comportamento médio). (GONÇALVES, 2012, p. 52)

Assim, a culpa *lato sensu* também abrange o dolo e por este, entende-se ser a conduta maliciosa, onde um indivíduo induz o outro ao erro, ou a prática de um ato jurídico que o prejudica.

À luz de Pablo Stolze (2014, p. 400), “seria, portanto todo artifício malicioso empregado por uma das partes ou por terceiro com o propósito de prejudicar outrem, quando da celebração do negócio jurídico”.

Desta forma, o profissional médico que atua com culpa ou dolo, responderá civilmente pela responsabilidade civil médica subjetiva conforme traz a legislação brasileira, que dispõe no Código Civil no artigo 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2015, p. 169).

Também se encontra amparado pelo Código de defesa do Consumidor, no artigo 14 § 4º, que dispõe que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL, 2015, p. 759).

Assim, nesta modalidade de responsabilidade, o médico só responderá quando tiver atuado com culpa ou dolo, pois, seria um ônus muito elevado para o profissional responder por um risco inerente, tornando a profissão inexecutável.

Para que haja responsabilização do médico todos os elementos devem ser provados e no que tange a culpa é um critério essencial e indispensável. Não basta apenas o insucesso do tratamento ou da cirurgia. O ônus da prova é de quem alega, mas poderá o juiz entender pela inversão devido à dificuldade na sua produção. O que

traz a doutrina com relação a esta prova é que na maioria dos casos torna-se quase impossível sua comprovação, vez que o juiz não tem o conhecimento técnico-científico. Complementando o pensamento, o doutrinador Sergio Cavalieri (2012) traz:

[...] a matéria é essencialmente técnica, exigindo prova pericial, eis que o juiz não tem conhecimento científico para lançar-se em apreciações técnicas sobre questões médicas. E, nesse campo, lamentavelmente, ainda funciona o *esprit de corps*, a *conspiração do silêncio*, a solidariedade profissional, de sorte que o perito, por mais elevado que seja o seu conceito, não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado. (CAVALIERI, 2012, p. 404)

Ressalta-se que a perícia não é o único meio de prova que o juiz vai analisar, mas quando trata da relação médica, ela ainda continua sendo o melhor meio, pois, não cabe ao Judiciário adentrar no conhecimento técnico-científico e nem definir qual o melhor tratamento a ser adotado. Aqui, o que será analisado serão os meios que foram utilizados e se há erros grosseiros.

Entretanto com base no Código de defesa do consumidor em seu artigo 6º que dispõe:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
[...]
VIII - a facilitação da defesa dos 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 experiência. (BRASIL, 2015, p.758)

Assim, pode o juiz entender pela inversão do ônus da prova e desta forma, transferir a responsabilidade da prova ao médico, com o fundamento na hipossuficiência do consumidor, não apenas financeira, mas principalmente, devido à complexidade técnica para se conseguir a prova, visto que o conhecimento dos pacientes ou responsável não seria o suficiente, fazendo esse jus ao benefício que traz o referido código.

Portanto, com base nessa complexidade na produção de prova, o papel do perito como auxiliar da justiça torna-se fundamental para ser averiguada a conduta exercida pelo profissional médico. Assim, é verificado se houve culpa ou dolo, e se desta forma, observa-se se enquadra o médico na responsabilidade subjetiva amparado pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.2 Responsabilidade civil médica objetiva

Para sustentar a responsabilidade civil objetiva, surge na França no final do século XIX, a *teoria do risco*. A palavra risco neste sentido possui o significado de perigo e quem exerce uma atividade perigosa por consequência assume o dever de indenizar segundo o entendimento doutrinário. Neste sentido, Sergio Cavalieri lapida (2012):

A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano. (CAVALIERI, 2012, p. 152)

Nesta teoria, a culpa e o dolo são excluídos assumindo o prestador de serviço, cuja a atividade é arriscada o dever de indenizar caso

haja falha ou lesão neta prestação, não buscando o culpado, mas sim quem deve indenizar. Neste ditame, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016):

Pois bem, aquele que delibera por assumir um risco inerente a uma atividade deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrentes, independentemente da existência de culpa. Se a opção do agente é se aventurar, necessariamente arcará com os custos relacionados à trasladação dos danos sofridos pela vítima, sem considerar licitude ou ilicitude da conduta. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 456)

A previsão legal que ampara a referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro está pautada no artigo 927 do Código Civil que aduz:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é 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. (BRASIL, 2015, p. 210)

Em suma, a *teoria do risco* no Brasil possui algumas modalidades, sendo elas; a *teoria do risco administrativo*: aplicado a responsabilidade civil objetiva do Estado (Art 37 § 6º CR88); *teoria do risco criado*: a pessoa que gera o risco, em virtude de outra pessoa ou coisa (Art. 938 CC); *teoria do risco integral*: empregada na esfera ambiental, aqui há a exclusão do nexa causal (Art. 14 §1º); *teoria do risco-proveitos*: adotada quando os riscos provém de uma atividade lucrativa, o agente se beneficia do ocorrido; *teoria do risco profissional ou da atividade*: e esta teoria é empregada quando atividade acaba por gerar risco à terceiro (Art. 927 segunda parte). Assim, será aplicada a responsabilidade civil objetiva quando enquadrar em qualquer umas das modalidades supracitadas (TARTUCE, Flávio. 2015, p. 445).

Como posto, a responsabilidade civil objetiva é pautada na teoria do risco, sendo isto o que a difere da responsabilidade subjetiva, pois, na primeira, há exclusão da culpa ou o dolo do agente, tornando uma modalidade muito mais abrangente e, portanto, devendo ser analisada com muito critério, para que não haja erro na responsabilização.

Com isso, a responsabilidade civil objetiva aplicada à atividade médica, o profissional, neste caso, não responde por um erro ou falha a quem ele deu causa, mas sim, por um fato inerente que normalmente, não responderia. Deve então, responder por haver uma violação no dever de informar, um descumprimento da boa-fé objetiva.

Esse dever de informação refere-se ao risco de procedimento que podem ocorrer como por exemplo, em uma cirurgia, caso as informações sobre tais risco sejam desconhecidas ao paciente a responsabilidade, que antes seria do paciente, transfere-se ao médico, ou, até mesmo ao hospital. Complementa o doutrinador Sergio Cavalieri (2004):

Em princípio, o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as consequências destes riscos para o prestador de serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade. Daí resulta, entretanto, a extrema relevância do dever de informar do médico. A falta de informação, a violação do dever de informar, pode levar o médico ou hospital a ter que responder até mesmo pelo risco inerente, não por ter havido defeito do serviço, nem culpa pelo insucesso do tratamento, mas pelo defeito de informação; pela omissão em informar ao paciente os reais riscos do tratamento. (CAVALIERI, 2004, p. 84)

Quando o doutrinador diz não haver um defeito na prestação de serviço, quer dizer que o serviço pode ter sido prestado com excelência, até mesmo alcançado o resultado desejado. A violação estaria atrelada ao vício de informação, ao princípio da boa-fé objetiva, princípio este presente nas relações contratuais e relação de consumo. Que serão aprofundadas no capítulo seguinte.

Desta forma, a responsabilidade objetiva do médico, pode ser enxergada no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, pelo vício de informação. E quando este for violado, poderá o profissional de saúde responder por um risco inerente da profissão, ou seja, pela responsabilidade civil objetiva porque houve uma violação ao princípio da boa-fé objetiva que será estudado no próximo capítulo.

4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O DEVER DE INFORMAÇÃO

Entende-se que a relação médica-paciente trata-se de uma relação de consumo. Desta forma, um dos direitos básicos do consumidor é o direito à informação alancado no artigo 6º, inciso III do CDC. Tal dever de informar decorre do princípio da boa-fé objetiva, princípio permeado no ordenamento jurídico brasileiro, presente nas relações obrigacionais que será aprofundado no próximo item.

4.1 Princípio da boa-fé objetiva

A palavra princípio deriva do latim *principium*, e possui como significado: origem, o começo, início, que vem antes. Os princípios no ordenamento jurídicos brasileiros são de extrema importância e tem força de lei, e, portanto, devem ser observados a todo instante.

O princípio da boa-fé objetiva trata-se de um princípio geral de uma norma de comportamento que está relacionado ao dever que as partes devem ter uma para com a outra. Dever esse de agir de forma correta, buscando a honestidade, lealdade, retidão. Segundo Ana Cristina Klainpaul (2013, p. 1), “o princípio da boa-fé se relaciona com o princípio da segurança jurídica e com o princípio segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Impõe aos indivíduos o dever de agir com honestidade e probidade nas suas relações vedando comportamentos que visem à fraude e à falta de decoro”.

Assim, este princípio busca que o indivíduo aja com boa-fé em suas relações recíprocas, e esta deve ser presumida pelo o judiciário, devendo a má-fé ser provada por quem alega.

Tal princípio encontra-se positivado no artigo 187 do Código Civil, que prevê que “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” (BRASIL, 2015, p. 169). Ao relacionar a essa norma, torna-se claro que quando há uma violação do princípio da boa-fé, o indivíduo comete um ilícito, e este deve ser responsabilizado.

Já no artigo 113 do referido código, o legislador se preocupou em garantir que os negócios jurídicos sejam respaldados e fundamentados pelo princípio da boa-fé objetiva demonstrando a sua importância no ordenamento, que dispõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL, 2015, p. 165).

Ao tratar das relações contratuais, no entanto, o Código Civil novamente menciona o princípio da boa-fé mostrando mais uma vez a sua relevância para a relação interpessoal, como traz o artigo 422, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2015, p. 183).

O princípio da boa-fé não precisa estar de forma explícita no contrato. Aqui, há uma presunção, ou seja, ele já se encontra de forma implícita, já existe uma expectativa no que tange ao comportamento

dos contratantes, e quando esse comportamento for contrário ao esperado haverá de se falar em um ilícito pela violação do princípio da boa-fé objetiva.

No Código de Defesa do Consumidor, tal princípio não ficou esquecido, e também é aplicado nas relações consumeristas com previsão legal no artigo 4º, III e no artigo 51, VI. Carlos Roberto Gonçalves (2010) disposto da seguinte maneira:

No Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé é tratada como princípio a ser seguido para a harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo (art. 4º, III) e como critério para definição da abusividade das cláusulas (art. 51, IV): “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. (GONÇALVES, 2010, p. 23)

Na relação médico-paciente, o princípio da boa-fé também está presente, e como já citado, não necessariamente de forma explícita, mas por se tratar de uma norma de conduta, há uma presunção do que se espera do comportamento do profissional médico, bem como do seu paciente. Assim, este princípio impõe deveres anexos, tais como o dever de informação demonstrado pelo doutrinador Flávio Tartuce (2015):

Pois bem, como antes destacado, tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os *deveres anexos ou laterais de conduta*, que são insitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. São considerados deveres anexos, entre outros: Dever de cuidado em relação à outra parte negocial; Dever de respeito; Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; [...]. (TARTUCE, 2015, p. 486)

Deste modo, quando há uma violação no dever de informação, pode-se dizer que sucessivamente há uma violação da boa-fé objetiva. Assim, como exemplo pode-se destacar o caso concreto que ocorreu no Rio de Janeiro em que um paciente teve um problema de próstata aumentada de volume e foi submetido a uma cirurgia para sanar o problema. Ocorreu que este não foi informado dos riscos inerentes do procedimento o que o levou aos problemas de incontinência urinária e a impotência sexual. Desta forma, entendeu o Tribunal Regional do Rio de Janeiro pela reforma da sentença, como demonstra a ementa da apelação cível de número 0022959-97.1999.8.19.0000:

Ementa - Responsabilidade civil. Erro médico. Caracterização. Limites. Cirurgia de prostatectomia. Lesões permanentes. Sequelas de incontinência urinária e impotência. Prova pericial deficiente. Evento ocorrido sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Observância do princípio da reparação necessária. Responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços médicos. Responsabilidade mediante verificação de culpa do médico com aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Sentença de improcedência reformada. (TJRJ - Apelação Cível 0022959-97.1999.8.19.0000, Relator(a): Des.(a) Roberto Wider, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/04/2001, publicação da súmula em 01/08/2001)

Este caso teve como relator, o Desembargador Roberto Wider que em seu voto arremata:

[...] impõe-se que comprove expressamente de que o paciente estava ciente de tais riscos e com eles concordou, pois é intuitivo e de sabedoria comum, que ninguém, em sã consciência, trocaria um problema de próstata aumentada, dificuldades de micção e infecção urinária pelo risco de seqüela permanente de incontinência urinária e impotência e uso de fraldas pelo resto da vida. (TJRJ - Apelação Cível 0022959-97.1999.8.19.0000, Relator(a): Des.(a) Roberto Wider, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/04/2001, publicação da súmula em 01/08/2001)

Desta forma, houve claramente no exemplo citado uma violação do princípio da boa-fé objetiva, e o médico neste caso, irá responder por violação deste dever de informar. Importante destacar que no caso supracitado, mesmo havendo um vício de informação o entendimento do tribunal foi no sentido de que o médico responde de forma subjetiva por ter havido culpa, e as prestadoras de serviços médicos de forma objetiva com base no Código de Defesa do Consumidor. Assim, responsabilidade civil aplicada, neste caso, ocorre por uma ilicitude decorrente da violação de uma obrigação, um dever de informação e sucessivamente uma violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Quando ocorre essa violação dos deveres anexos à doutrina, intitula como a existência de uma violação positiva do contrato, ou seja, há o inadimplemento do contrato, mesmo que haja o cumprimento do objeto principal. A não observância do princípio da boa-fé pode gerar ao profissional, o dever de indenizar, ainda que ele não tenha atuado com culpa ou dolo, como traz o enunciado 24 da Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça que diz que "em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".

Nesta toada, corrobora os professores Michael Silva e Roberto Nogueira (2012):

[...] é imprescindível que as partes atuem nas relações jurídicas obrigacionais firmadas com observância aos deveres anexos de conduta, que impõem, para além da obrigação jurídica principal, deveres acessórios, aos quais objetivam resguardar a legítima expectativa e a confiança mútua existentes entre as partes. (SILVA; NOGUEIRA, 2012, p. 12)

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva é de suma importância, seja nas relações contratuais, civil, consumerista ou médico-paciente. Tal princípio está arraigado no ordenamento jurídico brasileiro devendo ser observado para que a aplicação da responsabilidade civil seja a mais acertada.

4.2 O dever de informação

Tendo como significado de: esclarecimento, conhecimento, meio de comunicação, transmissão, encontramos várias palavras que definem informação, bem como existem vários meios para se transmitir uma informação, verbal, escrita, através da língua de sinais, etc.

A informação é suma importância no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é através dela que se pode chegar a um conhecimento claro e objetivo e a posteriori, tomar decisões de forma consciente e precisa, sem que haja que se falar em vício de informação. Segundo Sergio Cavalieri (2004):

Entre os direitos básicos do consumidor especificados nos vários incisos desse art. 6º do CDC, o direito à informação é um dos mais importantes. E isso porque vivemos em uma sociedade perigosa, quanto maior o risco a que está exposto o consumidor, quanto maior o perigo

dos produtos e serviços, maior relevância terá o direito de ser informado. (CAVALIERI, 2004, p. 86)

Apesar do Código de Ética Médica dizer que a atividade prestada pelo médico não é uma relação consumerista, o posicionamento do judiciário e da doutrina é no sentido contrário, ou seja, o entendimento é de que sim, essa relação é de consumo e, portanto, há aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, como demonstrada o Superior Tribunal de Justiça a consolidação deste entendimento nos Embargos de Declaração interposto no Resp 704272:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROPÓSITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 27 DO CDC. PRECEDENTES.

1. A orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal é no sentido de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo de prescrição quinquenal previsto no artigo 27 do CDC.
2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - EDcl no Resp 704.272/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012)

Portanto, o artigo 6º, III do CDC traz como direito básico do consumidor, o direito à informação, e como posto será aplicado ao médico tal dispositivo legal.

A prestação de serviço pelo profissional de medicina é rodeada de risco. Os chamados riscos inerentes, pois todo procedimento médico por mais simples que seja pode trazer de alguma forma algum dano ao paciente, seja uma cirurgia, ou uma simples prescrição de medicamento, e como dito anteriormente, a atividade exercida por tais profissionais são de meio e não de resultado. Daí a importância da informação clara, pois será através dela que excluirá a responsabilidade civil do médico. É neste sentido que o STJ tem se manifestado como demonstra o Recurso Especial de número 985888 SP que teve como relator, o Ministro Luiz Felipe Salomão, mesmo tratando de uma obrigação de resultado foi destacado que o médico não informou a paciente dos riscos do procedimento acarretando a este a responsabilidade civil:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE.

1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.
2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.
3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência ao paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não aprovou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial.
4. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp 985.888/SP, Rel. Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 13/03/2012)

O Código Civil também regulamenta o direito à informação no artigo 15º: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”. Desta forma, nas palavras de Sergio Cavalieri (2012, p. 412): “quem não pode ser constrangido também não pode ser enganado, nem mal informado”. Ainda complementadizando que no tange ao ônus de provar o cumprimento do dever de informação, este será do médico ou do hospital.

O dever de informação está diretamente relacionado ao princípio da boa-fé objetiva, aquilo que se espera em uma relação médico-paciente, como já tratado, a violação do dever de informação acaba por gerar uma violação deste princípio, Sergio Cavalieri (2012) traz da seguinte forma:

Ora, se o direito à informação é direito básico do paciente, em contrapartida, o dever de informar é também um dos principais deveres do prestador de serviços médico-hospitalares - dever, este, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações médico/paciente. A informação deve ser completa, verdadeira e adequada, pois somente esta permite o consentimento informado. (CAVALIERI, 2012, p. 415)

Assim, antes do Código de Defesa do Consumidor, o direito à informação na relação médico-paciente era tratado pelo Código de Ética Médica no artigo 34, ou seja, era apenas uma questão ética, e não uma questão jurídica, mas sempre sendo observada pela grande relevância que esta tem desde os primórdios. Hoje, pode-se dizer que nas relações de consumo a informação torna-se uma base, e em caso de violação poderá ser o médico responsabilizado.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA PELO DEVER DE INFORMAÇÃO À GESTANTE

A Constituição Federal no artigo 5º traz um rol de garantias fundamentais. Entre estes, a liberdade e igualdade entre os indivíduos independente de sexo, cor, raça, etnia, religião etc. Desta forma torna claro a impugnação da desigualdade entre as pessoas. A constituição possui como meta, o princípio da dignidade da pessoa humana, dos quais todos os direitos giram em torno de garantir uma vida digna.

Já no capítulo que trata dos direitos sociais, o artigo 6º da Magna Carta: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Torna claro o direito à saúde, bem como, a proteção da maternidade, sendo este um direito de todos e, portanto, um dever do Estado de garanti-lo.

Quando se fala em surgimento da sociedade, a primeira ideia que vem à mente é a reprodução humana, e esta ocorre a séculos, tendo a mulher um papel fundamental neste processo. Ela pode ser destacada como a protagonista deste fenômeno lindo, mágico e natural. Durante um logo período na história, este processo foi de fato natural. Os partos eram realizados por outras mulheres conhecidas como parteiras, comadres ou aparadeiras. Tais mulheres eram detentoras de um conhecimento e auxiliavam a mulher em seu trabalho de parto que ocorria, muita das vezes, em seu próprio domicílio. A escola destas profissionais era atrelada a uma confiança, indicações e elas também prestavam informações sobre doenças, cuidados para com o bebê, etc.

Os partos naturais são aqueles em que não há intervenção. As parteiras apenas amparavam os bebês, e ajudavam com compressas. Também não havia a introdução de medicamentos para acelerar

o trabalho de parto, nem uso de anestésico para aliviar a dor que a mulher sentia. Por isso, era conhecido como algo natural e foi utilizado por muito tempo. A cesárea não existia e o fato de cortar a mulher para que tivesse seu filho só surge com o avanço da ciência e eventual surgimento da medicina.

Em 1808, com a colonização no Brasil, chegou a primeira faculdade de medicina localizada na Bahia e que tinha por função capacitar os profissionais, trazendo ensinamentos como cirurgias e a obstetria. Esses ensinamentos eram passados aos homens, e é neste momento que se pode destacar a figura masculina nos partos. Até então, eram realizados apenas por mulheres devido a bagagem histórica. O fórceps foi o primeiro instrumento criado para auxiliar ao parto, mas também com o surgimento deste, o processo natural passa a ser um processo intervencionista e de risco, necessitando desta forma, a presença de um profissional qualificado, com conhecimento científico para realizar a manobra de forma correta e não ocasionar um dano, seja ao recém-nascido ou à própria mãe.

A medicalização no parto surge no meio do século XX, quando as mulheres de poder aquisitivo mais elevados não aguentavam sentir a dor do parto, nem correr riscos durante este processo buscam por tal mecanismo. Também há um marco, pois surge a hospitalização para realização dos partos que representavam menos riscos às pacientes e com isso, demonstravam o poder econômico de seus maridos.

Desta forma, pode-se destacar nesta fase, o parto normal. Parto em o bebê nasce no tempo correto, a mulher aguarda pelas contrações, mas ao contrário do parto natural, há uso de ocitocina que são hormônios para acelerar o trabalho de parto, bem como o uso de anestésias, e pode haver a episiotomia, que nada mais é do que um corte na região da vagina para facilitar a passagem do bebê pelo canal vaginal.

Contudo, quando surge essa medicina intervencionista, surgem os riscos, os danos, e esses devem ser reparados. No procedimento, como por exemplo, de episiotomia pode haver infecções, inflamações ou sequelas maiores, acarretando ao médico a responsabilização civil pelos danos materiais, morais e estéticos causados à mulher, como traz a decisão no Agravo em Recurso Especial de número 726.156 RJ do ano de 2015, que teve como Relator o Ministro Benedito Gonçalves:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL E REVISÃO DOS VALORES DAS INDENIZAÇÕES. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS.

SÚMULA 7/STJ. ART. 620 DO CPC. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO. SÚMULA 284/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO

Cuida-se de agravo em recurso especial interposto contra decisão que não admitiu o recurso especial ao fundamento de que incide a Súmula 7/STJ. O apelo especial obstado enfrenta acórdão com a seguinte ementa (fls. 405):

AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS.

INTERNAÇÃO DA AUTORA EM HOSPITAL DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL EM TRABALHO DE PARTO. REALIZAÇÃO DE EPISIOTOMIA, A FIM DE FACILITAR O PROCEDIMENTO. INFECÇÃO HOSPITALAR ALEGADAMENTE CONTRAÍDA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE FEDERATIVO RÉU, COM FUNDAMENTO NO ART. 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. DANO MORAL E ESTÉTICO CARACTERIZADO. QUANTUM RESSARCITÓRIO MAJORADO. LESÃO MATERIAL

EVIDENCIADA. LUCROS CESSANTES DEVIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ADEQUADAMENTE ARBITRADOS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS CONHECIDOS, PARCIALMENTE PROVIDO O PRIMEIRO E DESPROVIDO O SEGUNDO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT E §1º-A, DO CPC. (STJ - AREsp 726.156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 01/07/2015)

No caso supracitado, houve a indenização por danos materiais, que entende-se ser aqueles em que há uma lesão, prejuízo patrimonial, sejam eles os gastos com medicamentos, hospitalizações, ou a perda de um trabalho em decorrência das debilidades que o procedimento causou, etc. Estes devem ser provados. Há também os danos morais que são extrapatrimoniais, atrelados à lesão do direito de personalidade e à dignidade da pessoa humana com previsão constitucional. E por fim, o dano estético que também trata de um dano extrapatrimonial, mas que está condicionado a violação ao direito à integridade física do indivíduo, ou seja, alguma transformação em decorrência de um procedimento que o lesou fisicamente, como por exemplo: um corte, cicatrizes, a perda de um órgão ou membro do corpo, etc. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que o dano moral é distinto do dano estético podendo ser acumulados, conforme súmula do 387 do STJ, que delibera que “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Com o passar do tempo e o avanço da medicina, surgem inúmeros tipos de partos como a cesárea que durante um tempo só era realizada em caso de óbito da mãe, como alternativa de salvar a criança, e por volta de 1500 surge o procedimento em mulheres vivas. No Brasil, segundo Joffre Marcondes de Rezende (2009, p. 172), “a primeira operação cesariana é creditada ao dr. José Correia Picanço, barão de Goiana, tendo sido realizada em Pernambuco no ano de 1822”. Hoje, este tipo de procedimento é adotado em diversos países em caso de gestação de risco, para que não haja sofrimento fetal, ou outro tipo de complicação, onde a mulher é submetida a uma anestesia geral, ou peridural e passa por um procedimento cirúrgico.

E como todo procedimento cirúrgico traz algum tipo de risco, é direito do paciente a ter ciência destes, e, portanto, um dever médico buscar informá-la para que assim, obtenha da sua paciente o consentimento informado, que não está condicionado a um documento escrito, mas sim, a clareza nas informações, de forma objetiva, demonstrando os reais riscos do procedimento e não apenas os seus benefícios. Conforme acrescenta Eugênio Facchini e Luciana Gemelli, (2015, p. 61), “uma vez prestadas as informações pertinentes pelo médico, cabe ao paciente manifestar a sua vontade, concordando ou não com o procedimento proposto. Essa manifestação não necessariamente deve ser vazada por escrito”.

Assim, o médico que não obtém do paciente o consentimento informado incorre na responsabilidade civil objetiva, sujeito a reparar os danos causados que derivam da ausência destas informações mesmo que este não tenha atuado com culpa ou dolo e sim, por descumprimento de deveres anexos. O consentimento informado está atrelado a relação médico-paciente como um todo, e sempre que este for submetido a um procedimento de risco deve ter consciência, e ser devidamente esclarecido como demonstra o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar a apelação cível de número 0103456-50.2006.8.26.0100 em que o médico foi responsabilizado por não obter o consentimento informado de sua paciente em uma cirurgia oftalmológica conforme demonstra a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA OFTALMOLÓGICA. COMPLICAÇÕES NÃO CIENTIFICADAS À PACIENTE. FALTA DE TERMO

DE CONSENTIMENTO INFORMADO. CIRURGIA EXPERIMENTAL. Não se viu nos autos qualquer advertência à autora da gravidade de sua doença. Tampouco foi alertada, pormenorizadamente, dos riscos da cirurgia. Como visto, tampouco o informativo, supostamente entregue à autora, supriria a falta de informações. Ainda que não se possa apontar erro no uso da técnica e nos cuidados do réu com a autora, não pode o médico submeter o paciente ao risco de procedimento e técnica ainda não consagrados, e consequentemente de todas as complicações decorrentes, sem bem informar a respeito o paciente. Reside neste ponto, destarte, a responsabilidade do réu pelo sofrimento imposto à autora em razão de todas as complicações comprovadas nos autos e igualmente pela quebra da forte expectativa que criou para a correção da acuidade visual. Nesse passo, tem-se que o réu, como fornecedor de serviço e sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, tinha a obrigação legal de bem informar a paciente acerca dos serviços médicos que lhe seriam prestados, assim como todas as intercorrências da cirurgia, o que não ocorreu. O réu violou norma ética e, esta conduta, por si só, acarreta o dever de indenizar. À falta da prestação de informações adequadas, previamente à autora, não se pode afastar a responsabilidade do profissional pelas complicações sofridas pela autora. Percebe-se que o réu assumiu o risco do resultado, dirigindo sua ação de forma a expor a autora, insciente, aos riscos da cirurgia. Danos materiais. Lucros cessantes. Pediu a autora reparação por lucros cessantes, pois deixou de ser promovida no trabalho desempenhado em razão das complicações cirúrgicas, que lhe ocasionaram depressão. Esta prova não foi produzida na presente demanda. Diante disso, não se reconhece nexos causal entre os danos decorrentes das complicações e incapacidade laborativa. A autora manteve a acuidade visual, que não a impediu, portanto, de executar atividades rotineiras. Danos morais. A autora padeceu por longo período de complicações advindas da cirurgia, justamente uma das causas da depressão por ela sofrida. Tinha expectativa a respeito do sucesso do procedimento, pois, insciente dos riscos que corria, certamente aguardava resultado melhor do que aquele que se deu. Considerando as diversas complicações sofridas e também a falta de cuidado do réu, profissional renomado, na fase pré-contratual, justifica-se a concessão de reparação por danos morais. Recurso parcialmente provido para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais. (TJSP – Apelação Cível 0103456-50.2006.8.26.0100, Relator(a): Des(a). Carlos Alberto Garbi; 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/04/2014; Data de registro: 14/05/2014)

Desta forma, o médico deve também obter da gestante o consentimento informado independente do procedimento que será adotado, seja o parto normal, natural e principalmente a cesárea, esclarecendo-a dos reais riscos para que se possa garantir a ela um parto humanizado, e este consiste na busca por atender o desejo da mulher na hora em que ela estiver dando à luz. Esse modelo que atualmente busca o Ministério da Saúde permite a presença de um acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto, bem como alguns Estados e Municípios também garante mediante lei Estadual ou Municipal como traz a lei 10.914/2016 do Município de Belo Horizonte que regulamentou a presença de uma Doula que é uma acompanhante de parto de livre escolha da gestante e que possui um papel fundamental. O artigo 1º da referida lei diz que “maternidade, casa de parto e estabelecimento hospitalar congêneres, da rede pública e privada do Município, ficam obrigados a permitir, sempre que solicitado, a presença de doula, escolhida livremente pela parturiente, durante todo o período de trabalho de

parto, parto e pós-parto imediato” (BRASIL, 2016).

Esta abrangência não está limitada a rede pública, mas à maternidade e Hospitais também da rede privada do Município de Belo Horizonte. Desde 2005, o direito a um acompanhante da gestante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto é uma garantia que trouxe a lei federal 11.108/2005, também não sendo limitado ao SUS (Sistema Único de Saúde), como dispõe o artigo 19-J da referida lei, “os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato” (Brasil, 2005).

A escolha do acompanhante não está condicionada ao pai da criança, mas sim a uma confiança e segurança que esta representa para mãe. A lei não faz menção de quem deve estar ao lado da mulher neste momento, apenas diz que esta tem tal direito e o Estado deve garanti-lo, pois esse acompanhamento está relacionado ao vínculo afetivo e aos laços que são construídos a partir deste momento, como podemos analisar a ementa da Apelação Cível de número 1.0024.11.113002-7/001 do Estado de Minas Gerais que trouxe:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PROCESSO CIVIL - PESSOA JURÍDICA - JUNTADA DE PROCURAÇÃO - AUSÊNCIA DE CONTRATO SOCIAL - IRRELEVÂNCIA - MATERNIDADE - COBRANÇA DE TAXA PARA QUE PESSOA DA FAMÍLIA PUDESSE ACOMPANHAR PARTO - IMPEDIMENTO SEM MOTIVO BASTANTE - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - A juntada do contrato social da demandante aos autos somente é necessária quando há dúvida fundada acerca da regularidade da representação processual. - Há dano moral se a maternidade, sem motivo bastante, impede a parturiente de ser acompanhada por pessoa da família quando do parto, após ter até mesmo cobrado taxa para esse fim.

V.V.:

MATERNIDADE - PAGAMENTO DE TAXA PARA ACOMPANHAMENTO DE PARTO - ÔBICE INJUSTIFICADO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - CIRURGIA RÁPIDA E SEM COMPLICAÇÕES - VÍNCULO AFETIVO E BIOLÓGICO DIFERENCIADO - REDUÇÃO DO “QUANTUM” ARBITRADO EM VALORES DISTINTOS. - A fixação da indenização por danos morais deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, cabendo ao julgador observar, conjuntamente, a extensão da ofensa sofrida pela vítima, a condição financeira do ofensor, o grau de reprovação da conduta ilícita, as normas de experiência e o grau de sensibilidade do homem médio. - Este Tribunal, a exemplo de várias outras Cortes brasileiras, tem primado pela razoabilidade na fixação dos valores das indenizações. É preciso ter sempre em mente, que a indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para o réu, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa ou simbólica, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. - Considerando que o parto, segundo informou o médico obstetra, foi rápido e transcorreu de forma absolutamente normal, sem que houvesse danos à parturiente ou ao recém nascido, entendo que o montante indenizatório fixado revela-se excessivo para a indenizar o abalo moral sofrido pelos apelantes. - A repercussão na esfera psicológica de cada vítima, notadamente, o vínculo afetivo que cada um mantém com a parturiente e o recém nascido, sem se olvidar da relevância do vínculo de origem biológica entre o pai e o menor, deve ser levada em conta para que as indenizações sejam quantificadas em valores distintos. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.113002-7/001, Relator(a): Des.

(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/12/2013, publicação da súmula em 10/01/2014)

O presente caso trata-se de uma gestante que optou por sua irmã como acompanhante e a maternidade cobrou uma taxa para que ela pudesse estar presente na sala de parto. Mesmo pagando o valor cobrado pela maternidade, essa não pode assistir o parto nem registrar o momento. O entendimento como posto do tribunal foi pela indenização de danos morais com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, visto que a repercussão gira em torno do vínculo afetivo que cada um tem pela mãe e pelo recém-nascido.

Portanto, com base na diversidade de possibilidades de partos, de procedimento que a medicina hoje oferece, a informação deve ser primordial, a base, o pilar para construção de uma relação médico-paciente de forma sadia. Como visto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que esta relação é consumerista, mesmo o Conselho Federal de Medicina tendo entendimento contrário. O Código de Defesa do Consumidor traz no artigo 6º inciso III, que “são direitos básicos do consumidor: - 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” (BRASIL, 2015).

A informação é um direito básico do consumidor. Saber sobre os reais riscos de um procedimento é um dever do profissional da saúde, pois além de ser um direito, trata-se de uma questão de ética médica, como traz o Código de Ética Médica no artigo 34, que prevê que “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (BRASIL, 2015).

No ordenamento jurídico brasileiro há uma diversidade de normas para regulamentar a responsabilização do médico pelo descumprimento do dever de informação, nesta linha de pensamento dispõe Eugênio Facchini e Luciana Gemelli (2015):

A base legal para a responsabilização do médico pela falha no dever de informação é ampla, em nosso direito, como já visto, pois encontram-se previsões no Código Civil (art. 15), no Código Penal (CP, art. 146 e seu § 3º, I), no CDC (art. 6º, inciso III, bem como das regras que também aludem a um genérico dever de informar, como é o caso dos arts. 4º, inciso IV, 8º, parágrafo único, e 9º; das regras sobre responsabilidade civil, fixadas nos arts. 12 e 14; das regras que integram a informação ao conteúdo do contrato, arts. 30, 31, 36, parágrafo único, 37 e 38; bem como da regra assecuratória do amplo conhecimento do conteúdo do contrato pelo consumidor, art. 46, entre outros). No Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009), as previsões expressas encontram-se nos arts. 22, 24, 31 e 34. No âmbito jurisprudencial, cada vez mais os Tribunais pátrios vêm entendendo que a não observância do dever de obter o consentimento informado do paciente para se submeter a intervenções médicas gera dever de indenizar [...]. (FACCHINI; GEMELLI, 2015, p. 75)

Assim, as informações devem ser passadas à gestante, pois somente através deste meio pode-se garantir mais segurança à mãe ou, até mesmo, ao médico, para que este não responda por um vício de informação que traz o CDC. A autonomia sobre seu corpo é um direito da mulher, e quando não se tratar de uma gestação de risco, cabe a mulher escolher por qual parto optar, mas ela deve estar ciente dos reais riscos que cada procedimento traz como dispõe o Código de Ética Médica que diz: “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” (BRASIL, 2015).

A não observância no dever de informar gera por consequência uma violação positiva do contrato, e por haver tal violação, o médico responde civilmente de forma objetiva, pois há o descumprimento dos deveres anexos, violação do princípio da boa-fé objetiva, acarretando ao médico o dever de indenizar, de reparar os danos sofridos, sejam estes morais, materiais ou estéticos. Nesta linha de pensamento complementa Facchini (2015):

[...] portanto, pode-se dizer que quando o profissional de medicina deixa de informar o seu respectivo paciente estará descumprindo o princípio genérico da boa-fé objetiva, as regras deontológicas do seu Código de Ética Médica, além de violar um direito básico do consumidor. Assim, a inobservância do dever de informar enseja o inadimplemento contratual, e, portanto, atribui responsabilidade civil ao médico quando, dessa ausência de informação, sobrevierem danos ao paciente, por violação do princípio da autonomia privada do paciente, direito fundamental que é. (FACCHINI, 2015, p. 73)

Há alguns anos, a preocupação que a Agência Nacional de Saúde tem manifestado é com relação ao grande índice de cesáreas que ocorrem no Brasil. A concepção que é disseminada é que o procedimento cirúrgico é mais seguro e pode gerar menos danos, quando na verdade, este tipo de procedimentos pode gerar um risco maior aos recém-nascidos como traz ANS. (2009):

No setor suplementar de saúde brasileiro, a média da proporção de cesarianas é de 80,5%, dado alarmante que contribui para a ocorrência de resultados perinatais desfavoráveis, especialmente em relação à prematuridade iatrogênica, à síndrome da angústia respiratória do recém-nascido e à mortalidade materna. (ANS, 2009, p.159)

A prematuridade iatrogênica ocorre quando o bebê ainda não está em completa formação, e acaba que este pode nascer com esta prematuridade e é submetido à incubadora para que se recupere. A contagem das semanas gestacional não promete exatidão, por isso há uma presunção mínima de duas semanas para mais ou para menos quando a mãe opta por uma cesárea eletiva com 37ª semanas, poderia ela estar com 35ª ou com 39ª semanas gestacionais, e por isso surgiam esses riscos. O Conselho Federal de Medicina no dia 17 de março de 2016 criou uma resolução em que as cesáreas eletivas das gestantes que não correm risco só poderão ocorrer a partir da 39ª semana, isso para que o bebê já esteja apto a vir ao mundo, com uma maior segurança, como coloca a reportagem do G1 que diz:

A orientação seguida pelo CFM era de que fossem considerados fetos maduros aqueles entre 37 e 42 semanas de gestação. Nesta nova resolução, muda-se para o mínimo de 39 semanas até que se torne seguro o parto cesariano, considerando aval médico. Além disso, o prontuário da grávida deverá conter obrigatoriamente a informação da opção pelo parto cesáreo em linguagem de fácil compreensão, algo que não era claramente exigido até o momento. De acordo com estudos apresentados pelo conselho, promover partos antes da 39ª semana pode acarretar problemas nos pulmões, fígado e cérebro, provocando desconfortos respiratórios, icterícia e até lesões cerebrais. (VIDIGAL, Mateus. 2016)

A resolução 2.144/2016 do CFM deixa claro o dever de informa-

ção que o médico deve ter para com a gestante, informando-a sobre os reais riscos do procedimento cirúrgico e sobre o parto vaginal, bem como torna claro, o direito que a gestante tem de escolher sobre o melhor parto ao seu ver, importante salientar que essas informações devem ser prestadas de forma clara, e que o consentimento da parturiente deve ser de forma expressa em seu prontuário como traz o artigo primeiro e o parágrafo único:

Art. 1º É direito da gestante, nas situações eletivas, optar pela realização de cesariana, garantida por sua autonomia, desde que tenha recebido todas as informações de forma pormenorizada sobre o parto vaginal e cesariana, seus respectivos benefícios e riscos.

Parágrafo único. A decisão deve ser registrada em termo de consentimento livre e esclarecido, elaborado em linguagem de fácil compreensão, respeitando as características socioculturais da gestante. (BRASIL, 2015)

Ademais, o artigo segundo da resolução supracitada busca garantir e preservar os direitos do nascituro que também é amparado pelo código civil no artigo 2º. Desta forma, o artigo da resolução busca garantir a segurança do feto e diz que “para garantir a segurança do feto, a cesariana a pedido da gestante, nas situações de risco habitual, somente poderá ser realizada a partir da 39ª semana de gestação, devendo haver o registro em prontuário”.

Para que o médico não responda pela violação ao dever de informar à gestante, tais informações devem ser passadas ao longo de todo pré-natal, para que a gestante possa ao longo deste processo escolher por qual procedimento adotar, visto que no Brasil, há uma diversidade de procedimentos, e a segurança que cada um transmite à mulher é pessoal e, portanto, uma escolha única dela.

Outra informação que se pode destacar como pertinente e que mostra a liberdade de manifestação foi a resolução 368 da Agência Nacional de Saúde que busca garantir a gestante que ela tenha acesso a informações sobre o índice de partos cesáreos e partos normais realizados pelo profissional médico ou pela clínica. Essa resolução surgiu através de uma manifestação na Avenida Paulista em SP. A chamada marcha das mulheres. Através deste ato, o Ministério Público propôs uma ação civil pública contra a Agência Nacional de Saúde que como medida para sanar o problema criou a resolução citada. A presente resolução traz no artigo 2º que:

Sempre que for solicitado por uma de suas beneficiárias ou seu representante legal, a Operadora de Planos Privados de Assistência à Saúde deverá disponibilizar o percentual de cirurgias cesáreas e de partos normais, da própria operadora, estabelecimentos de saúde e médicos nominados pela beneficiária ou seu representante legal (BRASIL, 2015).

Importante destacar que a ausência destas informações pela operadora de saúde poderá acarretar penalidades a ela, uma vez que há um descumprimento normativo. Pode a mesma responder pelas responsabilidades que traz a legislação brasileira, como dispõe o artigo 5º da resolução 368 que diz “O não atendimento da solicitação da beneficiária, no prazo fixado nos §§ 1º e 2º, art. 2º desta Resolução, poderá sujeitar a Operadora de Planos Privados de Assistência à Saúde à sanção estabelecida nos normativos vigentes”.

A informação é um meio de trazer mais segurança à gestante, pois, desta forma, a paciente poderá escolher pelo procedimento que achar mais seguro a ela e a seu filho. A ignorância leva o ser humano como um todo a escolhas impróprias e a resultados muitas vezes, indesejáveis. E para que isso não ocorra, as informações devem ser

passadas para que a sociedade como um todo entenda que o processo de nascer é algo comum, normal, que ocorre há séculos e não um evento médico. Nesta linha de pensamento, argumenta o Ministério da saúde (2001):

O nascimento é historicamente um evento natural. Como é indiscutivelmente um fenômeno mobilizador, mesmo as primeiras civilizações agregaram, a este acontecimento, inúmeros significados culturais que através de gerações sofreram transformações, e ainda comemoram o nascimento como um dos fatos marcantes da vida. (MS, 2001, p. 17)

A cultura brasileira é de uma medicina intervencionista, coisa que o Ministério da Saúde vem tentando desmistificar quando tratar de uma gestação. O parto não é uma doença e sim, um momento de vida, mas para isso, é necessário não só a atuação do Estado, mas dos profissionais de saúde. Neste sentido, dispõe o MS (2001):

Para, de fato, mudar a relação profissional de saúde/mulher é necessário uma mudança de atitude que, de foro íntimo, depende de cada um. Entretanto, algumas questões devem ser vistas como compromissos profissionais indispensáveis: estar sintonizado com novas propostas e experiências, com novas técnicas, praticar uma medicina baseada em evidências, com o olhar do observador atento. Reconhecer que a grávida é a condutora do processo e que gravidez não é doença. E, principalmente, adotar a ética como pressuposto básico na prática profissional. (MS, 2001, p. 10)

Desta forma, com base nas informações postas, o médico que é omissor nas informações que podem ocasionar danos à gestante pode responder pelo dever de informação, ou seja, pelo descumprimento do princípio da boa-fé objetiva, por um erro inerente que antes não responderia, mas por haver violação do disposto no artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, e pelo descumprimento ético da profissão elencado no artigo 34 do Código de Ética Médica.

Importante destacar que o dever jurídico originário é o dever principal, quando há o descumprimento deste, acaba por gerar um dever jurídico sucessivo, neste caso, quando há a violação do dever de informar, o descumprimento da boa-fé objetiva, por consequência surge o dever de indenizar, e no caso do médico, essa indenização pode ser material, moral ou estético.

A finalidade da indenização é de equiparar a vítima no estado que estaria se o dano, ou melhor, se o fato não houvesse corrido. Por sua vez, a característica da obrigação de indenizar é a sucessividade, vez que decorre a violação da obrigação anterior, uma violação positiva do contrato, por descumprimento dos deveres anexos atrelados a relação médico-paciente.

Portanto, a informação é de suma importância não apenas para o afastamento da responsabilidade civil objetiva do médico, mas principalmente para que a decisão mais acertada seja tomada pela gestante, pois, trata-se de um momento único e que não volta mais, onde ela é a protagonista desta história, e o mais importante, a segurança e a vida devem, acima de tudo, ser preservados, bem como a garantia de direitos a ela resguardados pelo Estado.

6 CONCLUSÃO

Em virtude das informações trabalhadas no presente artigo, pode-se destacar que a natureza da obrigação médica como regra geral será de meio. Não pode o profissional de saúde garantir a vida de um paciente, sendo sua profissão uma forma de cuidar dos enfermos.

Uma exceção seria a cirurgia plástica estética, em que, neste caso, a natureza jurídica da obrigação médica será de resultado.

No que tange a responsabilidade civil médica, o estudo mostrou que esta não está condicionada à responsabilidade civil subjetiva prevista no artigo 186 do Código Civil em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor no artigo 14 § 4º, em que o médico responde por um erro ou culpa a quem tenha dado causa. Percebe-se que com o advento do CDC, o ônus da prova não fica limitado ao consumidor, podendo haver inversão deste quando entender o juiz ser o profissional de saúde ou o hospital melhor capacitado para produção desta prova.

Assim, pode-se destacar a responsabilidade civil médica objetiva, em que a culpa é afastada e pode o médico responder por risco inerente pelo descumprimento que traz o Código de Defesa do Consumidor, previsto no artigo 6º, inciso III, pelo dever de informação. Com a pesquisa, pode-se enxergar o quão importante é a informação na relação médico-paciente, não sendo apenas uma questão ética, mas um direito do consumidor e um dever do médico.

No decorrer dos estudos, observou-se que a responsabilidade civil médica pelo dever de informação está atrelada ao princípio da boa-fé objetiva, princípio este que não precisa estar de forma explícita, mas encontra-se de forma subentendida na relação médico-paciente. Quando ocorrer um vício de informação, sucessivamente houve uma violação deste.

O dever de informação à gestante está ligado ao avanço da medicina que hoje oferece uma gama de diversos tipos de partos, e que por consequência cabe a mulher, nos casos em que não ofereça risco a ela e ao nascituro, optar pelo parto que achar mais seguro. Essa informação também não está condicionada apenas à segurança médica, mas também ao cumprimento do dever legal.

Como posto no trabalho, se tais informações, por omissão médica, ocasionar algum dano à gestante, sejam eles morais, materiais ou estéticos, acarretará ao profissional responder pela responsabilidade civil objetiva, não por ter havido um erro na prestação de serviço, mas por haver um descumprimento do princípio da boa-fé objetiva, pelo vício de informação, amparado pelo Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

ANS. *Manual técnico de promoção da saúde e prevenção de risco e doença na saúde suplementar*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Manual_Tecnico_de_Promocao_da_saude_no_setor_de_SS.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2016.

ANS. *Resolução Normativa 368*. Dispõe sobre o direito de acesso à informação das beneficiárias aos percentuais de cirurgias cesáreas e de partos normais. Disponível em: <<http://artemis.org.br/ans/>>. Acesso em: 18 maio 2016.

ARRUDA, Vivian Lacerda. *Culpa*: o fio condutor na responsabilidade civil do médico. Unibrasil, 2009.

BRASIL. Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp>. Acesso em: 17 maio 2016.

BRASIL. *Lei Federal número 11.108 de 7 de Abril de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

BRASIL. *Lei Municipal de Belo Horizonte* número 10.914 de 10 de Março de 2016. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317434>>. Acesso em: 14 out. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher*. Ministério da Saúde, 2001.

BRASIL. *Resolução CFM 2.144/2016*. Dispõe sobre cesárea eletiva a partir da 39ª semana de gestação, por livre consentimento da gestante com base na informação. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/stories/pdf/res21442016.pdf>>. Acesso em: 14 out. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 726.156 - RJ (2015/0138642-2)*. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Wilma Marinho de Freitas. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 01 Julho de 2015. Jurisprudência do STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nº328110 RS 2013/0110013-4*. Agravante: J B J N. Agravado: A S O O. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Decidem 19 de Setembro de 2013, T4 – Quarta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 704272*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. 15 de Agosto de 2012. Jurisprudência do STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 985888 SP 2007/0088776-1*. Recorrente: Antônio Carlos Ferreira Castro. Recorrido: Andréa Josefa da Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 16 de Fevereiro de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Civil nº 1.0024.11.113002-7/001*. Apelantes: Ozana Ferreira de Rezende; Sarah Ferreira Rezende de Paula e outros. Apelado: Casa Saúde Maternidade Santa Fé LTDA. Relator: Desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira. 19 de Dezembro de 2013. Jurisprudência TJMG.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Civil nº 1.0027.08.161080-3/001*. Apelante: Ivanete Costa Pereira. Apelado: Eduardo Amaral Gomes, Hospital Unimed Betim. Relator: Desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata. 08 de Maio de 2014. Jurisprudência do TJMG.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Civil nº 0022959-97.1999.8.19.0000*. Apelante: Helmut Schnetzer. Apelado: Walter Pereira da Silva Filho e Outros. Relator: Roberto Wider. 29 de Junho de 2001. Jurisprudência do TJRJ.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Civil nº 0103456-50.2006.8.26.0100*. Apelante: Débora Regina Gludovatz. Apelado: Hamleto Emílio Molinari. Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi. 29 de Abril de 2014. Jurisprudência TJSP.

BRASIL. *VadeMecum Compacto*. Saraiva, 2015.

BRENES, Anayansi Correa. *História da parturição no Brasil, século XIX*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1991000200002>. Acesso em: 12 out. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *A responsabilidade civil médica e o dever de informar*. Revista EMERJ, número 28, 2004. Disponível em:

<file:///C:/Users/StephanieLorrany/Downloads/revista28_81.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. Atlas S.A, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. EICK, Luciana Gemelli. *Responsabilidade Civil do Médico Pela Falha no Dever de Informação, à Luz do Princípio da Boa-Fé Objetiva*. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/553/Ajuris138_DT3>. Acesso em: 22 out. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA Netto, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. JusPodivm, 2016.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor*. Elsevier, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Século XXI Escolar; o minidicionário da língua portuguesa*. 4. ed. Nova Fronteira, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte geral*. Volume 1. 16 ed. Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. Saraiva, 2016.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica: as obrigações de meio e resultado: avaliação, uso e adequação*. Juruá, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. Saraiva, 2012.

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 e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. Revista dos Tribunais, 2001.

KLAINPAUL, Ana Cristina Jorge. *Considerações Acerca da Importância dos Princípios no Ordenamento Jurídico Brasileiro e do Princípio da Boa-Fé*. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/artigos/consideracoes-acerca-importancia-dos-principios-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-do-principio-bo/729>>. Acesso em: 25 set. 2016.

REZENDE, Joffre Marcondes. *A primeira operação cesariana em parturiente viva*. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-19.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

SANCHES, Antônio. *O princípio da boa-fé objetiva e a violação positiva do contrato na jurisprudência atual do TJ/SP e do STJ*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230978,51045-O+principio+da+boafe+objetiva+e+a+violacao+positiva+do+contrato+na>>. Acesso em: 23 out. 2016.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica*: civil, criminal e ética. Del Rey, 2003.

SEIBERT, Sabrina Lins. *Medicalização X Humanização*: O cuidado ao parto na história. Disponível em: <<http://www.facenf.uerj.br/v13n2/v13n2a16.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

SILVA, Michael César. NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. *Direito à informação qualificada na relação médico-paciente*: estudo das implicações da diferença entre Certificado de Pós-Graduação *Latu Sensu* e Título de Especialista em Dermatologia. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=492>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação Jurídica Médico-Paciente*. Del Rey, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

VIDIGAL, Mateus. *Conselho de Medicina Veta Cesáreas Antes de 39 semanas de Gestação*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/06/conselho-de-medicina-veta-cesareas-antes-de-39-semanas-de-gestacao.html>>. Acesso em: 14 out. 2016.

BANCA EXAMINADORA:

PAULA MARIA TECLES LARA (ORIENTADORA)

TATIANA MARIA OLIVEIRA PRATES MOTTA (EXAMINADORA 1)

MARCO TÚLIO FIGUEIREDO (EXAMINADOR 2)

