

**UNIVERSIDADE SANTO AMARO**

**Mestrado Acadêmico em Direito Médico**

**JOSIMÁRIO JOÃO DA SILVA**

**Responsabilidade médica pela perda de uma chance do paciente:  
contribuição da Bioética por meio da deliberação moral.**

**São Paulo**

**2023**

**JOSIMÁRIO JOÃO DA SILVA**

**Responsabilidade médica pela perda de uma chance do paciente:  
contribuição da Bioética por meio da deliberação moral**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Santo Amaro – UNISA, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Médico.

Orientador: Prof. Dr. Georghio Alessandro Tomelin

Co-orientador: Prof. Dr. Clóvis Francisco Constantino

**São Paulo**

**2023**

S578r

Silva, Josimário João da

Responsabilidade médica pela perda de uma chance do paciente: contribuição da Bioética por meio da deliberação moral / Josimário João da Silva. – 2023.

77 p. : P&B.

Orientador: Prof. Dr. Giorghio Alessandro Tomelin.

Co-orientador: Prof. Dr. Clóvis Francisco Constantino.

Dissertação. (Mestrado em Direito Médico) - Universidade Santo Amaro, 2023.

Bibliografia incluída.

1. Responsabilidade. 2. Deliberação moral. 3. Perda de uma chance. I. Tomelin, Giorghio Alessandro. II. Constantino, Clóvis Francisco. III. Universidade Santo Amaro. IV. Título.

CDD 347.51

# **JOSIMÁRIO JOÃO DA SILVA**

## **Responsabilidade médica pela perda de uma chance do paciente: contribuição da Bioética por meio da deliberação moral**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Santo Amaro — UNISA, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Médico.

Orientador: Prof. Dr. Giorghio Alessandro Tomelin

Coorientador: Prof. Dr. Clóvis Francisco Constantino

São Paulo, 12 de dezembro de 2023.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Giorghio Alessandro Tomelin**  
Orientador

---

**Prof. Dr. Clóvis Francisco Constantino**  
Co-Orientador

---

**Profa. Dra. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz**  
Membro Externo

**Conceito Final:** \_\_\_\_\_

Aos meus filhos Luísa, Victor e Maria Beatriz. À minha mãe, Jacy Barbosa. À minha esposa, Dayse Cruz. Sem o suporte emocional de vocês e todo o apoio, o caminho seria mais difícil.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus amigos do programa de Mestrado, pela convivência e aprendizado.

Ao meu orientador, Giorghio Alessandro Tomelin, por ter me proporcionado um novo conhecimento, pela amizade e a forma como conduziu minha orientação neste trabalho. Ao co-orientador deste trabalho, Clóvis Francisco Constatino, por ser uma inspiração na condução profissional, pelo conhecimento em Bioética e pela amizade que se fortaleceu ainda mais.

Meu agradecimento aos professores do programa que contribuíram com grandes debates e ensinamentos.

## RESUMO

A assistência médica, nos últimos tempos, vem passando por grandes mudanças sociais e o novo cenário vai exigir do profissional médico aprender novas habilidades para melhorar as tomadas de decisões. Com o aumento na demanda de atendimentos no sistema de saúde e a maior participação do paciente nas decisões que dizem respeito à sua saúde, aumentam as tensões entre os atores do sistema de saúde, corroborando para o aumento exponencial da judicialização e da chamada 'Medicina defensiva'. Os conflitos éticos são inevitáveis. O paciente nem sempre recebe o atendimento merecido, resultando no aumento da morbidade, até por falta de diligência da equipe. Dependendo da condição clínica do paciente, o momento em que dá entrada no sistema de saúde para receber os primeiros atendimentos pode ser crucial para a definição de seu prognóstico e, conseqüentemente, de todos os desdobramentos futuros visando a sua recuperação. Para tanto, a unidade de tratamento deve estar preparada física e profissionalmente. Por se tratar de uma relação em que a incerteza consubstancia um de seus aspectos, cabe ao profissional médico ser diligente, responsável e usar de forma correta os métodos diagnóstico e terapêutico disponíveis, com base nas evidências científicas e, sobretudo, ancorado na ética médica e, no limite, afastar a morte de uma condição salvável. Sobre a atuação médica incidem as responsabilidades ética e civil. Sob análise bioética, quando a condição é potencialmente salvável, deve prevalecer o princípio da beneficência. Diante das inúmeras possibilidades de dano ao paciente em função do cenário de incerteza, tão comum na clínica médica, é fundamental que as decisões sejam deliberadas. Usar uma estratégia ético-clínica para tomar decisões prudentes em situações de incertezas é dever médico. Não se sustenta a tese de que a intuição profissional possa ser o balizador das tomadas de decisões. A partir da revisão da literatura disponível, pretende-se analisar neste trabalho a responsabilidade subjetiva do médico pela perda de uma chance ao paciente, demonstrando-se que a aplicação do método deliberativo desenvolvido pelo Professor Diego Gracia pode ser um instrumento da Bioética Clínica à disposição dos profissionais médicos para as tomadas de decisões, que também possibilita pontuar a responsabilização dos mesmos e contribuir para que o operador do Direito avalie a adequação ou não da conduta médica no caso concreto.

**Palavras chaves:** Responsabilidade. Tomada de decisão. Perda de uma Chance. Deliberação Moral. Bioética.

## ABSTRACT

Nowadays, medical care is undergoing significant social changes and the new scenario requires new skills from professionals in order to improve decision-making. The increase in demand for care in the healthcare system, combined with the greater engagement of patients in decisions relating to their health, generates more pressure on healthcare system operators, contributing to the exponential increase in judicialization and the so-called 'defensive medicine'. Ethical conflicts are inevitable. The patient does not always receive adequate care, escalating morbidity, which also happens due to a lack of diligence on the part of the healthcare team. Depending on the patient's clinical condition, the moment of entry in the healthcare system can be crucial to defining their prognosis and all future developments regarding recovery. To this end, the treatment unit must be physically and professionally prepared. Considering uncertainty as one of the aspects related to the doctor-patient relationship, the professional must be diligent, responsible and apply the best diagnostic and therapeutic methods available, based on the scientific evidences and, most of all, anchored on medical ethics, on the limit, to make the chance of saving a life prevail over death. Ethical and civil responsibilities affect medical performance. In bioethical analysis, when the condition is potentially controllable, the principle of beneficence must prevail. Given the countless possibilities of harm to the patient due to the scenario of uncertainty, so common in medical practice, decisions must be deliberated. Using an ethical-clinical strategy to make prudent decisions in uncertain situations is a medical duty. The idea that professional intuition can guide decision-making cannot be sustained. Based on the review of the available literature, this work aims to analyze the doctor's subjective responsibility for the patient's loss of a chance, demonstrating that the application of the deliberative method developed by Professor Diego Gracia can be a Clinical Bioethics instrument to assist in decision-making. This method can also contribute to identify medical liability, helping the legal operator to assess the suitability of a medical conduct in a specific case.

**Keywords:** Responsibility. Decision-making. Loss of a Chance. Moral Deliberation. Bioethics.

## LISTAS DE ABREVIATURAS

<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CPP</b>	Código de Processo Penal
<b>CEM</b>	Código de Ética Médica
<b>UBS</b>	Unidade Básica de Saúde
<b>JCAHO</b>	Joint Commission on Accreditation of Health Care Organization
<b>PAB</b>	Piso da Atenção Básica
<b>MS</b>	Ministério da Saúde
<b>CFM</b>	Conselho Federal de Medicina
<b>CDC</b>	Código de Defesa do Consumidor
<b>SUS</b>	Sistema Único de Saúde
<b>ANSS</b>	Agência Nacional de Saúde Suplementar
<b>SNC</b>	Sistema Nervoso Central

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 – ESTADO DA ARTE</b> .....	<b>12</b>
1.1 O Problema e o percurso da pesquisa.....	12
1.2 A saúde como direito fundamental .....	13
1.3 O Sistema de saúde brasileiro em linhas gerais.....	19
1.4 Acesso ao sistema de saúde pela população .....	20
1.4.1 O subsistema público de saúde.....	20
1.4.2 O subsistema privado de saúde .....	22
1.4.3 A assistência médica de qualidade.....	25
<b>CAPÍTULO 2 – INSTITUTO DA PERDA DE UMA CHANCE</b> .....	<b>27</b>
<b>CAPÍTULO 3 –</b> .....	<b>33</b>
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>33</b>
<b>3.1 Espécie e Elementos da Responsabilidade Civil</b> .....	<b>36</b>
3.1.1 Responsabilidade Subjetiva.....	36
3.1.2 Responsabilidade Objetiva .....	37
3.1.3 Responsabilidade contratual e extracontratual (ou aquiliana) .....	38
<b>3.2 Elementos da Responsabilidade Civil</b> .....	<b>39</b>
<b>3.3 Excludente de responsabilidade</b> .....	<b>41</b>
3.3.1 Caso fortuito ou força maior.....	41
3.3.2 Culpa exclusiva da vítima .....	42
3.3.3 Estrito cumprimento do dever legal .....	43
3.3.4 Exercício regular de direito .....	43
3.3.5 Estado de necessidade.....	44
<b>3.4 Responsabilidade médica</b> .....	<b>44</b>
<b>CAPÍTULO 4 – BIOÉTICA CLÍNICA</b> .....	<b>53</b>
<b>4.1 Deliberação Moral</b> .....	<b>56</b>
4.1.1 Valores.....	60
4.1.2 Deveres .....	63
4.1.3 Teste de Consistência .....	64
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>68</b>

## INTRODUÇÃO

No atual modelo de sociedade, a interface entre Medicina e Direito está cada vez mais estreita, como por exemplo a regulação já existente do Direito Médico, no âmbito das intervenções médicas.

Como resultado, um novo campo de estudo vem se desenvolvendo para lidar com a complexidade dos casos clínicos e padronizar condutas que possam passar a ser previstas legalmente, com o intuito de proteger a dignidade da pessoa humana.

A Bioética é a disciplina que se propõe a estudar as questões relativas à conduta humana nas ciências da vida e, portanto, se reveste de princípios e fundamentos que norteiam as ações humanas. Em sua vertente voltada às questões da saúde, a Bioética Clínica ou Ética Prática utiliza-se de métodos de resolução de conflitos morais no âmbito da assistência médica, possibilitando ao profissional da Saúde eleger decisões prudentes e responsáveis.

Vivemos em uma coletividade plural e multiculturalista, sendo necessária a intersecção de conhecimentos para estabelecer pontes que permitam abranger maiores possibilidades.

A relação médico-paciente vem se transformando ao longo do tempo: a relação centrada no médico, de caráter paternalista, paulatinamente tem cedido lugar ao paciente como protagonista. A autonomia da vontade do paciente cresce como referência ética para as tomadas de decisão, cabendo ao profissional o exercício de um processo de comunicação e de informação adequados para que, considerada a capacidade de compreensão do paciente, este possa eleger dentre as possíveis alternativas de tratamentos, aquela que melhor atenda às suas necessidades clínicas.

Entretanto, quando a questão se desloca para a judicialização desta particular relação entre o médico e o paciente, nada contribui para que o vínculo de confiança e as intervenções médicas ocorram em um campo de harmonia ou a chamada “humanização da saúde”.

Com o aumento das demandas judiciais envolvendo o instituto da responsabilidade civil nesse sentido, em determinados casos, constatado um dano efetivo para a vítima em razão de conduta culposa do agente, não é possível

demonstrar o nexo de causalidade entre ambos, restando o lesado sem reparação. Para tratar dessa lacuna, surge a teoria da “Perda de Uma Chance”.

Esse novo enfoque da clássica teoria da responsabilidade civil consiste em uma criação jurisprudencial francesa. Alguns doutrinadores, como se demonstrará adiante, traduzem-na somente como “Perda de Uma Chance de Cura”, limitando sua aplicação aos casos de responsabilidade médica.

Historicamente, como se verá adiante, em 1965, uma decisão da Corte de Cassação Francesa utilizou pela primeira vez tal conceito. Tratava-se de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que teria proferido diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia.

A perda de uma chance vem se configurando como uma nova forma de reparação civil de ato ilícito e chama a atenção pelo recente destaque tanto na doutrina quanto na jurisprudência, como se estudará.

Promover uma assistência em saúde de qualidade no Brasil é um enorme desafio, pois o sistema de saúde apresenta grandes proporções, complexidades e alto custo, seja na esfera pública ou na privada. Além disso, o atendimento médico a um paciente exige do profissional máxima diligência, afastando-se tomada de decisões precipitadas e empregando-se os recursos disponíveis racionalmente para estabelecer o diagnóstico e, com isso, dar seguimento às demais etapas da condução clínica.

O exercício da Medicina implica a consideração de incertezas, o que exige do profissional habilidades ético-clínicas para promover a melhor assistência possível e eleger os melhores cursos de ações. Nesse sentido, justifica-se a importância da aplicação do método da deliberação moral pelos profissionais nos casos de maior complexidade, pois esses casos apresentam maior probabilidade de serem judicializados.

Este trabalho aborda a perda da chance do paciente e como a Bioética pode contribuir para evitar tal situação, concluindo que é importante para o profissional médico, além do conhecimento técnico, compreensão da Bioética Clínica.

O capítulo 1 tratará do percurso deste trabalho, enfocando no problema a ser estudado na pesquisa e percorrendo etapas de construção do sistema de saúde no Brasil.

O capítulo 2 abordará o instituto da Perda de Uma Chance, suas principais características e de que forma se insere no Direito brasileiro.

O capítulo 3 analisa a responsabilidade civil do médico e suas consequências.

O capítulo 4 será dedicado à Bioética Clínica e ao método da deliberação moral, bem como a sua aplicação para resoluções de conflitos morais.

Com isso, conclui-se o trabalho demonstrando-se a relevância do tema para o Direito.

## CAPÍTULO 1 – ESTADO DA ARTE

### 1.1 O Problema e o percurso da pesquisa

A saúde é um dos maiores bens a que tem direito o ser humano. Considerado um direito social pela Constituição Federal de 1988, compete ao Estado protegê-lo, nos termos do artigo 196:

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

Com mais precisão, a saúde é um direito social fundamental que dá lastro à dignidade da pessoa humana, daí sua previsão na Constituição Federal de 1988. Do ponto vista ético, é bem estruturado, pois está ancorado em princípios que respeitam a dignidade da pessoa humana: universalidade, integralidade e equidade, os quais possuem grande relevância ética<sup>1</sup>.

A impossibilidade de acesso à saúde ou o atendimento indevido geram sofrimento na sua dimensão física, emocional e moral. Em outras palavras, a qualidade de vida é afetada<sup>2</sup>.

Apesar do Sistema de Saúde no Brasil ser muito complexo, por diversos fatores, ainda é considerado um dos melhores do mundo. No entanto, existem adversidades e, em função destas, seja de pessoas ou de infraestrutura, pacientes deixam de ter acesso ao melhor tratamento possível, perdendo muitas vezes uma valiosa oportunidade ou chance de ter seu problema diagnosticado e tratado adequadamente.

O instituto da Perda de Uma Chance visa a proteger o paciente, por ele ser a parte mais vulnerável. Cabe, assim, ao médico, por meio de seu conhecimento

---

<sup>1</sup> PONTE, Antonio Carlos da; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Redes interfederativas de serviços de saúde e controle do Ministério Público: o papel dos estados no SUS. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 315-330, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5585/rdb.v18i7.790>. Acesso em: 10 ago. 2023.

<sup>2</sup> MORENO, Arlinda B. *et al.* Propriedades psicométricas do Instrumento Abreviado de Avaliação de Qualidade de Vida da Organização Mundial da Saúde no Estudo Pró-Saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, [s. l.], v. 22, n. 12, p. 2585-2597, 2006, p. 2586. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2006001200009>. Acesso em: 06 set. 2023.

científico, promover da melhor maneira a assistência ao paciente, na tentativa de estabelecer o diagnóstico, o prognóstico e o tratamento adequados, evitando-se, deste modo, a piora do estado de saúde do paciente ou sua morte<sup>3</sup>.

A pesquisa procurou, portanto, analisar julgados sobre a perda de uma chance em saúde, na tentativa de compreender cada decisão e analisar se o médico agiu de maneira prudente ou imprudente, independentemente do resultado final para o paciente (que pode decorrer de outros fatores ou causas). Posteriormente, esses julgados foram submetidos a uma análise bioética, utilizando-se o método da deliberação moral.

Ao empregar o método ético-clínico da deliberação moral para tomar uma decisão, é possível avaliar se a conduta médica foi: (i) prudente; e, (ii) se o curso de ação eleito foi o mais adequado para o caso concreto, independentemente do resultado final para o paciente. Dessa forma, diante da complexidade que é a ciência médica na sua prática, o método da deliberação moral pode ser um forte aliado na análise da conduta profissional pelo julgador, oferecendo maior clareza em todas as etapas da assistência ao paciente.

## 1.2A saúde como direito fundamental

Para a compreensão da saúde no contexto dos direitos fundamentais e sua afirmação como tal, cumpre analisar como essa condição está concebida em um Estado contemporâneo e as teorias que contribuíram para o seu atual estágio. Dois conceitos podem ser extraídos da história dos direitos fundamentais, um de natureza filosófica e outro de natureza jurídico-política.

Para Julia Ximenes<sup>4</sup>, na concepção do Jusnaturalismo, em uma perspectiva filosófica, os direitos fundamentais são os direitos de todos os homens existentes desde sempre: absolutos, imutáveis e atemporais. Implica dizer, para a corrente

---

<sup>3</sup> SILVA, Josimário João da; PIBER, Ronaldo. *Misthanasia: Bioethical Reflections on the Cruel Face of Human Indifference*. In: BOTRUGNO, Carlo; RAYMUNDO, Marcia Mocellin; RE, Lucia (org.).

**Bioethics and Racism: practices, conflicts, negotiations and struggles**. Berlin: De Gruyter, 2023. p. 141-148. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/9783110765120-010>. Acesso em: 06 set. 2023.

<sup>4</sup> XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões Sobre o Jusnaturalismo e o Direito Contemporâneo*.

**Cadernos de Direito**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 157-165, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v1n1p157-165>. Acesso em: 06 set. 2023.

jusnaturalista, os direitos fundamentais são direitos de todos os homens, independentemente do tempo e do lugar<sup>5</sup>.

Para o Juspositivismo, na perspectiva jurídico-política, direitos fundamentais são os direitos do homem perante o Estado que são objeto da Constituição<sup>6</sup>. A constitucionalização dos direitos fundamentais resguarda os direitos do indivíduo em relação ao Estado e aos demais membros da coletividade. Segundo o Professor José Afonso da Silva, “direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”<sup>7</sup>.

Estas concepções têm implicação direta para a definição dos direitos fundamentais em sentido formal e material. Entende-se por direitos fundamentais, em sentido formal, o que preceitua a perspectiva juspositivista: “a posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagradas na Lei Fundamental”<sup>8</sup>. Conforme Filipe Augusto dos Santos Nascimento:

Os direitos fundamentais são, assim, um determinado grupo de direitos previstos na Constituição que são considerados os mais básicos do ser humano. São os direitos essenciais, basilares, prioritários, sem os quais não se pode garantir a dignidade do próprio ser humano. Assim, afirma-se que a dignidade da pessoa humana é o fundamento ético do qual surge a noção de direitos fundamentais.<sup>9</sup>

Pode-se definir, então, direitos fundamentais como os direitos do homem, nas dimensões individual e coletiva, perante o Estado e os demais indivíduos no contexto da Constituição formal e material<sup>10</sup>. Os direitos fundamentais estão discriminados na Constituição Federal brasileira, no Título II, bem como expressos e implícitos em todo o corpo constitucional. Merece destaque o teor do § 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, que prevê a aplicação imediata dos direitos fundamentais, independentemente de configurarem direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais.

---

<sup>5</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almadina, 2019, p. 13.

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: introdução geral**. Apontamentos das aulas. Lisboa, 1999, p. 27.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 180.

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 134.

<sup>9</sup> NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Curso de Direitos Fundamentais**. Leme: Mizuno, 2022, p. 16.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Os direitos fundamentais, como direitos humanos, são anteriores ao próprio Estado e à sociedade (Jusnaturalismo). Contudo, em face das constantes violações dos direitos inerentes à convivência humana, houve a necessidade de declará-los através da codificação (Juspositivismo), criando-se, assim, mecanismos de defesa contra as arbitrariedades e atrocidades dos que detinham o poder<sup>11</sup>.

O direito à saúde, como afirmado anteriormente, é um direito social fundamental. Contudo, para compreender o seu alcance e valor, cumpre inicialmente estabelecer a noção normativa de saúde.

Em 1948, foi criada a Organização Mundial da Saúde (OMS), com a principal missão de promover a garantia do direito à saúde para todas as pessoas. Isto é crucial não só no que tange à discussão e investigação das preocupações envolvendo saúde/doença e à orientação das políticas e sistemas de saúde, como também para a própria definição da noção de saúde, relacionando-a ao conceito anterior do componente social<sup>12</sup>.

De acordo com a OMS<sup>13</sup> “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Constitui, ainda, o requisito basilar para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”.

Este paradigma contribuiu para a positivação do direito à saúde em diversas Constituições no âmbito global, tais como Portugal, Espanha, Itália e Brasil. Importante mencionar que em todas foi dado ênfase à atuação preventiva na área da saúde como um dos grandes fatores para a salvaguarda desse direito<sup>14</sup>.

A Conferência Internacional sobre Cuidados de Saúde Primários, organizada pela Organização Mundial de Saúde (1978)<sup>15</sup> em Alma-Ata, República do Cazaquistão, asseverou a "necessidade urgente de todos os governos, todos aqueles

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>12</sup> SAMPAIO, Nícia Regina. **A saúde como um direito fundamental no Estado Social de Direito**. 89 f. 2003. Dissertação de Mestrado. Lisboa, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2003, p. 37. Disponível em: <https://abre.ai/gHVk>. Acesso em: 14 set. 2023.

<sup>13</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. New York: [s. n.], 1946.

<sup>14</sup> SAMPAIO, Nícia Regina. Op. cit., p. 37. Acesso em: 14 set. 2023.

<sup>15</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários de Saúde**. Alma-Ata: [s. n.], 1978. Disponível em: [https://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_alma\\_ata.pdf](https://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf). Acesso em: 14 set. 2023.

que trabalham nas áreas da saúde e do desenvolvimento, e a comunidade global para promover a saúde de todas as pessoas no mundo". Em seu item I, estabelece: "A saúde é a mais importante meta social mundial, devendo a sua realização ser implementada por todos os setores sociais e econômicos, além do setor saúde" (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1978)<sup>16</sup>.

Em síntese, Nícia Regina Sampaio assinala que:

O conceito de saúde formulado pela Organização Mundial de Saúde, levando em conta não só as causas biológicas da doença, mas também, as causas sociais, influenciou a maneira de ver o direito à saúde nas sociedades modernas. De igual modo contribuiu para a formulação de um conceito jurídico de saúde e seu enquadramento como direito fundamental. Assim, pode-se afirmar que a saúde, estado de completo bem-estar físico, mental e social, é um direito fundamental da pessoa humana frente ao Estado e aos demais indivíduos.<sup>17</sup>

O ditado pela Organização Mundial de Saúde foi recepcionado pela Constituição Federal, que inseriu o direito à saúde no rol dos direitos sociais, além de ser proclamado direito fundamental.

Assegurando a todos, indistintamente, acesso igualitário aos serviços de saúde, o plano normativo-constitucional materializou o direito à saúde no artigo 196<sup>18</sup>, disciplinando nos artigos 197, 198, 199 e 200 a forma como devem ser prestados os serviços e ações de saúde, delimitando-se também nesses dispositivos os valores mínimos a serem aplicados em cada esfera de governo para atender ao direito positivado.

Para Canotilho<sup>19</sup>, paralelamente à evolução do conceito de direitos fundamentais, emerge a definição das funções destes no Estado Social de Direito, que podem ser de defesa, prestação social, proteção perante terceiros, não discriminação, dentre outras, dependendo da natureza do direito fundamental a ser tratado.

<sup>16</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários de Saúde**. Alma-Ata: [s. n.], 1978. Disponível em:

[https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_alma\\_ata.pdf](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf). Acesso em: 14 set. 2023.

<sup>17</sup> SAMPAIO, Nícia Regina. **A saúde como um direito fundamental no Estado Social de Direito**. 89 f. 2003. Dissertação de Mestrado. Lisboa, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2003, p.

38. Disponível em: <https://abre.ai/gHVk>. Acesso em: 14 set. 2023.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>19</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

Numa visão humanística, a classificação de direitos fundamentais deve ser vista como um somatório de direitos indivisíveis e interrelacionados, com uma interdependência entre si, vinculados à figura humana<sup>20</sup>. De acordo com Hachem<sup>21</sup>, por decisão do Constituinte de 88, o direito à saúde foi alçado à expressão de direito fundamental, mais especificamente, de direito fundamental social e, conseqüentemente, de cláusula pétrea.

Faz-se mister, desse modo, o desenvolvimento de uma teoria adequada ao ordenamento jurídico pátrio, bem como o de uma dogmática específica, que vise à “transformação” dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial<sup>22</sup>.

O direito à saúde é considerado um direito social, expresso na Constituição Federal de 1988, no artigo 6º Título II, Capítulo II, inserido no rol de direitos que compreendem os valores básicos e as decisões axiológicas da sociedade<sup>23</sup>.

Embora assegurado em nível constitucional, o acesso ao direito à saúde ainda é precário e o Estado trabalha em descompasso com a velocidade dos avanços tecnológicos, de modo que nem todos os cidadãos se beneficiam disso. Ainda que hoje em dia haja mais possibilidade de pleitear judicialmente a efetivação desses direitos, justamente por isso o sistema judiciário recebe uma demanda imensa da qual não dá conta com a agilidade que os casos em saúde requerem.

O direito à saúde já está regulamentado há um certo tempo infraconstitucionalmente. Como exemplos, vale mencionar a Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde - SUS (8.080/90), a Lei 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos a portadores de HIV, a Lei 8.142/90, que trata da participação da comunidade na gestão do SUS.

---

<sup>20</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

<sup>21</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [s. l.], v. 13, n. 13, p. 340-399, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/417/324/921>. Acesso em: 15 set. 2023.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

No que se refere à dimensão negativa do direito à saúde, que está vinculado ao direito de defesa, ou seja, da proteção estatal a um bem jurídico fundamental contra a agressão de terceiros (inclusive do próprio Estado), o Estado e demais entes particulares possuem o dever jurídico de não prejudicar a saúde das pessoas, bem como de não intervir na delimitada esfera privada de autonomia pessoal para escolhas relativas à sua saúde<sup>24</sup>.

O Estado tem, indiscutivelmente, o dever constitucional de efetivar os direitos sociais, ao menos enquanto representam o mínimo existencial. É baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, nos fundamentos do Estado Social de Direito e no direito à vida, de aplicabilidade imediata consoante o artigo 5º, §1º da Constituição Federal em vigor, que o mínimo existencial é invocado na Constituição Federal. De acordo com Ana Paula de Barcellos, o direito ao mínimo existencial é:

O núcleo material do princípio da dignidade humana. Por isso, constitui direito subjetivo oponível ao Estado. Afinal, por mais que a dignidade possa ser aplicada em maior ou menor grau, a depender do caso concreto, é inadmissível a efetivação de um direito social em uma linha inferior à da mínima dignidade humana.<sup>25</sup>

Para Luiza Chaves Vieira<sup>26</sup>, a responsabilidade do médico para com a coletividade sempre existiu e a Medicina não pode ser comparada a nenhuma outra profissão, pois é nela que a vida é protegida, garantindo as demais dimensões humanas a possibilidade de sua existência funcional. Ainda de acordo com esta autora, a existência humana, individualmente considerada, enquanto convivência dos homens em sociedade, constituiu, o centro de irradiação por excelência de todos os bens ou interesses juridicamente protegidos. A vida, a integridade corporal, a honra e a liberdade são bens supremos da pessoa humana, cuja eficiente proteção é dever precípua do Estado, na sua ação de preservar as condições básicas de perpetuação da espécie e de manter a ordem e a tranquilidade, indispensáveis à sobrevivência da humanidade.

---

<sup>24</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. Tutela judicial do direito fundamental à saúde: interpretando a Constituição a partir do projeto democrático brasileiro. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.).

**Jurisdição e Questões Controvertidas de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 157.

<sup>25</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 247.

<sup>26</sup> VIEIRA, Luiza Chaves. Responsabilidade Civil Médica. **RDC**, São Paulo, n. 3, p. 147-159, jan./fev. 2000. Disponível em:

[https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDC\\_03\\_147.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_03_147.pdf). Acesso em: 09 out. 2023.

### 1.3 O Sistema de saúde brasileiro em linhas gerais

A construção da política social de saúde envolve diversos aspectos políticos, sociais, econômicos, institucionais, estratégicos, ideológicos, teóricos, técnicos, culturais, dentre outros, que são intrínsecos, interdependentes. A política de saúde se coloca na fronteira de diversas formas de relações sociais, como a relação entre gestores e atores políticos de unidades governamentais e empresas, entre indivíduos e grupos sociais (famílias, grupos ocupacionais e religiosos, entre outros), entre cidadãos e os poderes públicos, entre consumidores e provedores de bens e serviços etc. Cada uma dessas relações demanda estratégias, planos e instrumentos diversos.

O sistema de saúde é a combinação de recursos, organização, financiamento e gerenciamento que culmina na prestação de serviços à população. Garantir esta prestação de forma adequada demanda recursos financeiros, humanos e técnicos, estruturados de forma coletiva, visando à manutenção dos serviços de saúde, a formação e a remuneração de profissionais, a produção e a utilização de medicamentos, insumos e tecnologias<sup>27</sup>.

O sistema de saúde brasileiro engloba tanto os serviços prestados ao indivíduo quanto à coletividade, contemplando cuidados de saúde, prevenção de doenças, promoção da saúde e dos esforços para influenciar políticas públicas diversas, valendo-se de uma estrutura pública e privada, regulada a partir de uma política de Estado e que compreende estabelecimentos e unidades prestação e assistência como as Unidades Básicas de Saúde (UBS), Postos de Saúde (PS), Ambulatórios, Centros Especializados e os hospitais que se articulam no sistema de referência e contrarreferência, organizados de acordo com suas complexidades.

A atenção primária (atenção básica), como a principal porta de entrada do sistema de saúde, destina-se a atender as necessidades básicas de saúde por meio de UBS, ambulatórios, postos de saúde, centros de saúde, equipes de saúde da família (ESF), direcionados a cobrir e resolver a maioria dos problemas de saúde que afetam a população. O nível secundário é composto por clínicas ou ambulatórios especializados, as unidades de pronto atendimentos. Já o nível terciário é

---

<sup>27</sup> LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de Saúde: origens, componentes e dinâmicas. *In*: GIOVANELLA, Lígia; et al. (org.). **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012. p. 107.

basicamente composto pelos hospitais que respondem por serviços de alta complexidade<sup>28</sup>.

#### 1.4 Acesso ao sistema de saúde pela população

O sistema de saúde brasileiro é formado por uma rede complexa de prestadores e compradores de serviços que competem entre si, gerando uma combinação público-privada financiada sobretudo por recursos privados<sup>29</sup>. O sistema de saúde apresenta três subsetores: o subsetor público, no qual os serviços são financiados e providos pelo Estado nos níveis federal, estadual e municipal, incluindo os serviços de saúde militares; o subsetor privado (com fins lucrativos ou não), no qual os serviços são financiados de diversas maneiras com recursos públicos ou privados; e, por último, o subsetor de saúde suplementar, com diferentes tipos de planos privados de saúde e de apólices de seguro, além de subsídios fiscais. Os componentes público e privado do sistema são distintos, mas estão interconectados, e as pessoas podem utilizar os serviços de todos os três subsetores, dependendo da facilidade de acesso ou de sua capacidade de pagamento<sup>30</sup>.

A utilização dos serviços de saúde resulta de uma interação de fatores, como a necessidade e a percepção desta sob a ótica do usuário e a oferta disponível de serviços. Diversas condições associam-se a essa oferta, de maneira que a acessibilidade geográfica e os fatores socioculturais e econômicos, por exemplo, têm papel fundamental na demanda dos serviços de saúde.

##### 1.4.1 O subsistema público de saúde

A implementação do SUS começou em 1990, com a entrada em vigor da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), que especifica as atribuições e a organização do

---

<sup>28</sup> COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

<sup>29</sup> ASSUMPÇÃO, Bruno Gomes de. A política pública de saúde no Brasil e as sociedades cooperativas de trabalho médico: um diálogo contemporâneo e necessário. *In*: FOLLMANN, José Ivo; GÁDEA, Carlos A.; LACERDA, Luiz Felipe (org.). **Políticas públicas: debates sociológicos pontuais**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2019. p. 105.

<sup>30</sup> CORTES, Soraya Maria Vargas. Construindo a possibilidade da participação dos usuários: conselhos e conferências no Sistema Único de Saúde. **Sociologias**, [s. l.], n. 7, p. 18–49, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222002000100002>. Acesso em: 17 set. 2023.

SUS. O projeto da reforma sanitária foi retomado em 1992, após o *impeachment* do presidente à época, por corrupção.

A descentralização do sistema aumentou e foi lançado o Programa de Saúde da Família (PSF), em 1993. Um novo plano de estabilização econômica (Plano Real) foi introduzido em 1994, trazendo políticas de ajuste macroeconômico e projetos de reforma do Estado.

Ainda que a reforma sanitária tenha se tornado uma prioridade política secundária durante a década de 1990, foram lançadas várias iniciativas, como um Programa Nacional de Controle e Prevenção de HIV/AIDS, maiores esforços para o controle do tabagismo, a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o estabelecimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar e a criação de um modelo de atenção à saúde indígena. O Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) e a Política Nacional de Saúde Bucal (Brasil Sorridente) foram iniciativas, entre muitas outras, implementadas após 2003.

A descentralização do sistema de saúde esteve vinculada a um processo mais amplo de transição política e de reconfiguração da federação brasileira, iniciado pelos movimentos democráticos da década de 1980 e moldado, posteriormente, pelos programas de ajuste macroeconômico. Esse novo arranjo federativo conferiu mais autonomia aos municípios e também expandiu os recursos e controles do nível federal. A saúde foi o único setor que implementou uma descentralização radical, com importante financiamento e ações regulatórias do governo federal.

A descentralização do sistema de saúde foi a lógica subjacente da implementação do SUS. Para isso, foram necessárias legislação complementar, novas regras e reforma administrativa em todos os níveis do governo. Normas aprovadas pelo Ministério da Saúde, destinadas a redefinir responsabilidades, estabeleceram mecanismos de repasse financeiro (como o Piso da Atenção Básica - PAB, um valor per capita transferido pelo Ministério da Saúde aos municípios para financiar a atenção básica) e novos conselhos representativos e comitês de gestão foram criados em todos os níveis de governo<sup>31</sup>. Desde 2006, algumas dessas normas foram substituídas pelo Pacto pela Saúde, um acordo no qual os gestores de cada

---

<sup>31</sup> BRASIL. **Para entender a gestão do SUS**: Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: [s. n.], 2003.

nível de governo assumem compromissos mútuos sobre as metas e responsabilidades em saúde.

Para administrar essa política descentralizada, os mecanismos de tomada de decisão foram ampliados no sistema, com participação social e construção de alianças entre os principais atores envolvidos. Além das conferências nacionais de saúde, foi institucionalizada uma estrutura inovadora, que estabeleceu conselhos de saúde e comitês intergestores nos níveis estadual (bipartite) e federal (tripartite), nos quais as decisões são tomadas por consenso.

Essas estruturas políticas representam grande inovação na governança em saúde no Brasil, permitindo que um maior número de atores participe do processo de tomada de decisão. Definiram, ainda, as áreas de responsabilidade institucional com maior clareza, assegurando o apoio de cada nível de governo à implementação da política nacional de saúde<sup>32</sup>.

#### 1.4.2 O subsistema privado de saúde

Historicamente, as políticas de saúde estimularam o setor privado no Brasil. Promoveram a privatização da atenção à saúde, seja por meio de credenciamento de consultórios médicos, seja pela remuneração e criação de clínicas diagnósticas e terapêuticas especializadas, hospitais e também mediante incentivos às empresas de planos e seguros de saúde.

O subsistema privado de saúde soma-se ao setor público, oferecendo serviços terceirizados pelo SUS, serviços hospitalares e ambulatoriais e medicamentos pagos por desembolso direto, planos e seguros de saúde privados. Parte dessa oferta é financiada pelo SUS e o restante, por fontes privadas.

A demanda por planos e seguros de saúde privados provém especialmente de empresas públicas e privadas que oferecem tais benefícios a seus funcionários. Em 1998, 24,5% da população brasileira possuía um seguro de saúde, dos quais 18,4% eram planos privados e 6,1% para funcionários públicos. Essa proporção cresceu para 26% em 2008 e, em 2009, gerou rendimentos de R\$ 63 bilhões (cerca de US\$ 27

---

<sup>32</sup> BRASIL. **Para entender a gestão do SUS**: Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: [s. n.], 2003.

bilhões). Os planos privados de atenção odontológica também cresceram consideravelmente<sup>33</sup>.

Ainda que as pessoas com planos e seguros de saúde privados afirmam terem melhor acesso a serviços preventivos e utilizarem mais os serviços de saúde que aquelas que não dispõem de tais planos ou seguros, frequentemente se beneficiam de vacinas, serviços de alto custo e procedimentos complexos, como hemodiálise e transplantes, por meio do SUS<sup>34</sup>.

Em 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para garantir a regulamentação legal e administrativa do mercado de seguros privados de saúde. A Lei 9.656/98 tornou ilegal a negação de cobertura a pacientes com doenças e lesões preexistentes por parte dos planos de saúde privados, vedando também a limitação do uso de serviços ou procedimentos de saúde específicos. Ainda assim, como a expansão contínua do subsetor privado é subsidiada pelo Estado, o subsetor público se torna subfinanciado, o que potencialmente compromete sua capacidade de assegurar a qualidade do cuidado e o acesso da população em geral aos serviços<sup>35</sup>.

A utilização do serviço é determinada por uma necessidade percebida pelo usuário, decorrente de sua situação de saúde e conhecimento prévio de doença ou condição, o que sofre influência sociodemográfica por sua vez. Além disso, o acesso ao uso de serviços retrata desigualdades e vulnerabilidades reais da sociedade, produzidas no arcabouço social. Assegurar o princípio da equidade em relação ao Sistema Único de Saúde (SUS), garantido constitucionalmente, é dever do Estado, de modo a ponderar as desigualdades que são produzidas em nível social<sup>36</sup>.

De acordo com Sanches e Ciconelli<sup>37</sup>, 'acesso' refere-se à oportunidade de utilizar os serviços de saúde quando necessário e expressa características de sua

---

<sup>33</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos.** Brasília: [s. n.], 2009.

<sup>34</sup> HEIMANN, L.; IBANHEZ, C.; BARBOZA, R. **O público e o privado na saúde.** São Paulo: Hucitec, 2010.

<sup>35</sup> NORONHA, J.; SANTOS, I.; PEREIRA, T. Relações entre o SUS e a saúde suplementar: problemas e alternativas para o futuro do sistema universal. *In:* SANTOS, NR; AMARANTE, PDC (org.). **Gestão pública e relação público-privado na saúde.** Rio de Janeiro: Cebes, 2011. p. 152-179.

<sup>36</sup> CESAR, Chester Luiz Galvão; GOLDBAUM, Moisés. **Usos de serviços de saúde.** *In:* CESAR, Chester Luiz Galvão et al. (org.). **Saúde e condição de vida em São Paulo: inquérito multicêntrico de saúde no Estado de São Paulo: ISA-SP.** São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da USP, 2005. p. 185-198.

oferta e de circunstâncias que facilitam ou perturbam a capacidade das pessoas de efetivarem o uso. O acesso está relacionado, simultaneamente, a quatro elementos: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade:

- a) Disponibilidade corresponde ao quantitativo dos serviços em relação ao atendimento da demanda e da sua necessidade.
- b) Acessibilidade, por sua vez, é compreendida pela não diferenciação do acesso aos recursos e serviços de saúde entre os indivíduos, preconizando a acessibilidade física, principalmente para aqueles que moram em locais mais periféricos e distantes, garantindo a disposição mais próxima dos serviços e sem barreiras.
- c) Aceitabilidade refere-se ainda à adequação das características individuais em relação aos produtos, aos serviços e às práticas dos trabalhadores pertencentes às instituições. Ela pode ser percebida, principalmente, durante o atendimento em que o usuário é respeitado enquanto sujeito e, durante a prestação do serviço, é observado empenho em assegurar qualidade, adaptando ao contexto.
- d) Qualidade do serviço, é caracterizado não só pela qualificação dos profissionais diante das particularidades da população adscrita, mas também pela qualidade dos produtos utilizados.

Vários motivos são apontados como intervenientes do acesso a serviços de saúde, tais como: características do sistema, nível socioeconômico da população, escolaridade, aspectos culturais, características geográficas dos usuários e dos serviços, pertencimento a grupos específicos. Quando esses fatores aumentam ou diminuem referido acesso, configura-se a desigualdade no mesmo<sup>38</sup>.

No Brasil, ainda são observados grandes traços de iniquidade, com evidentes desigualdades que levam a restrições aos serviços de saúde essenciais. Apesar da robustez do arcabouço legal em saúde, com vistas ao acesso igualitário, a garantia da equidade à saúde ainda está aquém do desejado e não se dá por completo. Esse fato impacta, diretamente, os grupos em situação de vulnerabilidade social, pois observa-se que essas desvantagens geram consequências no perfil de morbimortalidade quando se comparam diferentes populações<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> SANCHEZ, Raquel Maia; CICONELLI, Rozana Mesquita. Conceitos de acesso à saúde. (Spanish). **Revista Panamericana de Salud Pública**, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 260–268, 2012. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lth&AN=85389304&lang=es&site=eds-live>. Acesso em: 17 set. 2023.

<sup>38</sup> BOTELHO, Fernanda Cangussu; FRANÇA, Ivan. Como a atenção primária à saúde pode fortalecer a alimentação adequada enquanto direito na América Latina? **Revista Panamericana de Salud Pública**, [s. l.], v. 42, p. 1-6, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2018.159>. Acesso em: 17 set. 2023.

<sup>39</sup> MACINKO, James; DOURADO, Inês; GUANAIS, Frederico C. Doenças Crônicas, Atenção Primária e Desempenho dos Sistemas de Saúde: diagnósticos, instrumentos e intervenções. **Textos para Debate Banco Interamericano de Desenvolvimento**, [s. l.], n. novembro 2011, p. 33, 2011.

### 1.4.3 A assistência médica de qualidade

A qualidade faz subentender o grau de adequação de um bem ou serviço à necessidade de alguém. Desde o início do século passado, os profissionais da saúde procuram definir qualidade médico-assistencial. O conceito de *quality of care* foi proposto pela primeira vez por um cirurgião de Boston chamado Codman, em 1912<sup>40</sup>.

Partindo do princípio de que a observação de tudo o que acontece durante e após o tratamento seria a melhor maneira de avaliar a qualidade da assistência prestada, Codman criou os conceitos de tratamento eletivo, paliativo e de emergência, bem como o de risco provável. As ideias de Codman estimularam propostas para estabelecer uma definição operacional de qualidade médico-assistencial que, em 1990, foi afirmada pela *Joint Commission on Accreditation of Health Care Organization* (JCAHO) como um “grau de excelência segundo o qual colocaria em alto padrão de qualidade os cuidados com a saúde do paciente, aumentando suas possibilidades de recuperação e reduzindo a probabilidade do aparecimento de eventos indesejados, dado o atual estado de conhecimento”<sup>41</sup>.

Em condições operacionais, os profissionais são avaliados pela assistência que inclui uma boa anamnese, colher a história clínica, estabelecer a correção da queixa com os exames e definir o diagnóstico, prever o prognóstico<sup>42</sup>.

A anamnese é essencial para o estabelecimento do diagnóstico e das condutas quanto ao tratamento e orientações ao paciente, portanto, um exame clínico detalhado em que se colhe os detalhes da história pregressa e atual do paciente possibilita ao médico uma dimensão bastante ampliada sobre os sintomas. Os exames complementares proporcionarão as condições subsequentes para que a assistência seja a mais apropriada.

---

<sup>40</sup> NEUHAUSER, D. Heroes and martyrs of quality and safety: Ernest Amory Codman mD. **Qual Saf Health Care**. 2002 [citado 20 ago 2023]; 11:104-5, 2002. Disponível em <http://qualitysafety.bmj.com/content/11/1/104.full.pdf+html>. Acesso em: 05 nov. 2023.

<sup>41</sup> MENDES, V. **Qualidade no Sistema Nacional de Saúde, evolução recente e perspectivas futuras**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública, 2012.

<sup>42</sup> SANTOS, João Barberino. Ouvir o paciente: a anamnese no diagnóstico clínico. **Brasília Médica**, [s. l.], v. 36, n. 3/4, p. 90-95, 1999, p. 90.

Existem referências<sup>43</sup> na literatura que demonstram que a anamnese, isoladamente, é capaz de produzir 76% de diagnósticos corretos entre as alternativas diagnósticas listadas por internistas, em paciente de clínica geral. Em pacientes de ambulatório, consegue-se diagnosticar 56% dos casos apenas com a anamnese, associando-se a esta o exame físico, a proporção de diagnósticos aumenta em 73%. Os exames complementares auxiliam o médico, após uma boa anamnese e exame físico, a confirmar ou negar uma hipótese ou diagnóstico inicial. Na maioria dos casos, os resultados dos exames clínicos contribuem decisivamente para o diagnóstico.

Até a metade dos anos 90, as decisões diagnósticas eram tomadas exclusivamente pelos médicos, que usualmente não explicavam ao paciente o seu quadro<sup>44</sup>. Atualmente, todos os pacientes têm direito de receber um diagnóstico do médico de maneira clara, sem ambiguidades, para que possam compreender e tomar suas próprias decisões. Uma maneira de identificar se essa condução clínica está adequada é por meio do prontuário, que deve ser preenchido de modo objetivo e completo, identificando todas as etapas da condução clínica. Sem o prontuário, eventuais avaliações jurídicas restam frustradas e isso pode levar à inversão do ônus da prova.

O paciente tem o direito de exigir quaisquer informações e esclarecimentos que julgar necessários sobre o seu diagnóstico, prognóstico e tratamento, para compreender sua condição e manifestar sua autonomia de vontade sobre as propostas terapêuticas disponíveis. Cabe ao médico responder de forma objetiva, compreensível e precisa, dando ao paciente o tempo necessário para que compreenda efetivamente a situação.

A expectativa do paciente é deixar o hospital curado ou pelo menos melhor do que quando deu entrada, no menor tempo possível. Dependendo da situação, a permanência do paciente no hospital pode ser ampliada, de tal maneira que ele receba toda a atenção necessária do corpo clínico e lhe seja garantido o direito fundamental à saúde<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> SKEFF K.M.; STRATOS G. A. **Methods for Teaching Medicine**. Philadelphia, PA: American College of Physicians; 2010.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> GUADERER, Dr. E. Christian. Os direitos dos pacientes. **Revista Brasileira de Educação Médica**, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 32-34, 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1981-5271v17.2-006>. Acesso em: 17 set. 2023.

## CAPÍTULO 2 – INSTITUTO DA PERDA DE UMA CHANCE

A noção de perda de uma chance é um conceito difícil de definir. Classicamente, consubstancia a perda de uma oportunidade de uma ação eventualmente favorável. Há mais de um século, a jurisprudência francesa suscitou a formulação de uma definição nesse sentido. A Câmara Criminal do Tribunal de Cassação francesa afirmou que:

O dano resultante da perda de oportunidade, poderia em si mesmo, apresentar um caráter direto e certo cada vez que a oportunidade não fosse aproveitada, portanto, o evento favorável não ocorreria, embora a realização de uma chance nunca é certa.<sup>46</sup>

O precedente mais antigo no direito francês foi um caso apreciado em 17 de julho de 1889 pela Corte de Cassação, que reconheceu o direito de uma parte a ser indenizada pela conduta negligente de um funcionário que impediu o prosseguimento de um procedimento e, assim, tirou da parte a possibilidade de ganhar o processo. A justiça francesa entendeu que a perda da chance para a parte demandante não foi apenas um prejuízo hipotético, embora não houvesse certeza acerca da decisão que seria tomada pelo tribunal no julgamento daquele caso. Em função disso, a jurisprudência francesa passou a reconhecer a existência de um dano certo e específico pela perda de uma chance, determinando o arbitramento da indenização em conformidade com a maior ou menor probabilidade de sucesso final.

No que tange à responsabilidade médica, o princípio da reparação da perda de oportunidade foi empregado pela primeira vez em um julgamento da primeira Câmara Civil Francesa, em 07 de fevereiro de 1965:

[...] o médico que falha em sua obrigação de informar ao seu paciente sobre as possíveis consequências do tratamento proposto, priva o paciente de poder desistir e não correr o risco, que foi concretizado pela lesão resultante do procedimento.<sup>47</sup>

Neste sentido, trata-se de reparar a perda da chance que teria o paciente de não sofrer um dano, caso se recusasse a se submeter a uma intervenção após ter sido completamente informado sobre as possíveis complicações e sequelas do ato

---

<sup>46</sup> RÉPUBLIQUE FRANCAISE. COUR DE CASSATION. CHAMBRE CRIMINELLE. N. de pourvoi: 74-92.118 1975. Disponível em: <https://x.gd/uNPka>. Acesso em: 22 set. 2023.

<sup>47</sup> Ibidem.

médico. A partir da perda da chance, a pessoa é privada de uma esperança futura, ainda que seja impossível saber se o dano ocorreria ou não.

A perda de uma chance na área médica desenvolveu-se e foi além da simples sanção ao descumprimento do dever de informar em função de erro de diagnóstico e tratamento que fez com que o paciente perdesse a chance de recuperação.

Flávio Tartuce<sup>48</sup> aduz que “a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal”. Schreiber explica que “a teoria da perda da chance (*perte d'une chance*) propõe que a vítima seja ressarcida sempre que configurada a perda de uma oportunidade de obter certa vantagem ou evitar certo prejuízo”<sup>49</sup>. Neste contexto, Sérgio Savi entende que:

A chance implica necessariamente uma incógnita – um determinado evento poderia se produzir (as vitórias na corrida de cavalos e na ação judicial, por exemplo), mas a sua ocorrência não é passível de demonstração. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos que poderiam dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se o resultado útil esperado teria ou não se realizado.<sup>50</sup>

No Brasil, ficou famoso o caso ocorrido no programa “Show do Milhão”, apresentado por Silvio Santos, na emissora SBT, em 15 de junho de 2000. Sucessivas perguntas eram feitas ao participante, os acertos progressivamente conduziam ao prêmio de um milhão de reais em barras de ouro. A participante Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos decidiu não responder à pergunta que lhe daria esse prêmio, pois, em sua visão, a pergunta comportava mais de uma resposta. O relator do processo proferiu a decisão de que houve culpa da empresa, sendo cabível, portanto, indenização por perda de uma chance.

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

---

<sup>48</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 895.

<sup>49</sup> SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 886.

<sup>50</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 111.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. STJ - REsp: 788.459 BA , Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334.<sup>51</sup>

Nos casos envolvendo o Direito Médico, a perda da chance não substitui o nexo causal, mas permite reparar o dano pela eliminação de uma probabilidade de o paciente ter o tratamento adequado e evitar o agravamento de sua saúde, ou até mesmo de alcançar a cura. A perda de uma chance refere-se a um erro médico que faz com que o paciente perca a oportunidade de evitar sofrimento desnecessário ou mesmo de adiar a morte por meio da preservação de um padrão de vida aceitável. Se é verdade que a ideia de perder uma oportunidade está ligada à ideia de dano, é igualmente intrínseca a ideia de uma relação causal. Segundo Correia-Lima:

Situações como a demora na solicitação de exames específicos para o diagnóstico, como a punção líquórica num caso de meningite, por exemplo, retardariam a possibilidade de um diagnóstico precoce, e, muitas vezes, haveria a perda de uma chance de cura. A ausência do médico ao parto poderá privar a criança da chance de nascer sem uma deformação. A não solicitação de um exame de rubéola durante o exame pré-nupcial, por sua vez, privará o casal da chance de evitar as consequências da rubéola congênita.<sup>52</sup>

A incerteza reside na própria contribuição causal do médico com o resultado, uma vez que, em princípio, o dano é causado por força do curso normal da doença em si, e não pela falha de tratamento. Por isso, esta espécie de perda de uma chance demandará um esforço doutrinário e jurisprudencial de flexibilização de nexo causal pela via da admissão de presunção de causalidade<sup>53</sup>.

No estudo da responsabilidade civil, o dano, como resultado da lesão ao patrimônio material ou imaterial, apresenta-se como ponto crucial para a configuração da responsabilidade civil, é o principal elemento para sua caracterização. Sabendo-se que a responsabilidade civil impõe a obrigação de reparar o dano, não se determinará a obrigação de reparar sem a comprovação do ato danoso. Já nos casos envolvendo a Medicina, a indenização será determinada pela perda de uma chance séria e real de obtenção de resultado favorável no tratamento, e não precisamente pelo dano

---

<sup>51</sup> BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL No 788.459/BA 2005. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num\\_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF). Acesso em: 22 set. 2023.

<sup>52</sup> CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 26.

<sup>53</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 236.

sofrido. Isso significa que a Teoria da Perda de Uma Chance se aplica quando a atuação médica impossibilitou que o paciente gozasse de uma alternativa que o levasse ao sucesso terapêutico. Com efeito, “não se confunde esta variação da perda de uma chance com o erro médico clássico”<sup>54</sup>.

Na responsabilidade civil, o tipo (conduta) é aberto, nos termos do artigo 186 do Código Civil, que delimita as condições do ato ilícito ensejador de indenização. Conforme este dispositivo, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Dessa forma, a perda de uma chance pressupõe dano real, atual e certo dentro de um juízo de probabilidade e não de mera possibilidade.

Partindo da lógica de que a relação clínica em Medicina não é categórica e que o raciocínio clínico é dedutível porque existem inúmeras variáveis comportando incertezas e ambiguidades, exige-se prudência do profissional na tomada de decisão, tanto para deliberar como para identificar um curso de ação apto a maximizar os benefícios ou a lesar o menos possível. Diferentemente do diagnóstico, o profissional, sim, precisa ter um raciocínio categórico, pois será deste profissional que o paciente receberá a assistência necessária e adequada para seus males. Quando o diagnóstico não é feito corretamente, o paciente perde muito tempo até obter tratamento correto, aumentando-se o risco de sequelas e de morte.

Há um momento do atendimento ao paciente conhecido na Medicina como a “hora de ouro”, que ocorre quando o médico e o paciente estão diante de uma condição que precisa ser identificada para se estabelecer o diagnóstico e esse é o momento que fará toda a diferença entre saúde e doença, bem como entre vida e morte. Perder esse momento pode ser uma sentença de morte para o paciente.

É dever do médico buscar os meios necessários e possíveis para estabelecer o diagnóstico, avaliar o prognóstico e propor o tratamento correto. A morte pode ocorrer em função da gravidade da doença, do estágio avançado, da procura tardia por atendimento, mas nunca porque o paciente, ao receber atendimento, não teve seu diagnóstico estabelecido, ou seja, porque perdeu a chance e o dano irreversível se instalou.

---

<sup>54</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 236.

É justamente a partir da perda da chance e da instalação do dano irreversível que se evidenciam os desdobramentos jurisdicionais hodiernos. O dano, como elemento basilar na obrigação de indenizar, sofreu importantes avanços, ensejando a concepção de novas modalidades de lesão, dentre as quais se destaca aquela decorrente da perda de uma chance. A perda de uma chance é a frustração de uma oportunidade de obter um benefício, que estaria à disposição da vítima, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência do ato do lesante, que gera o dever de indenizar<sup>55</sup>. Assim, abre-se um momento na doutrina a fim de proteger o indivíduo, lesado em seu direito, que seja capaz de comprovar a conduta lesiva, o dano e o nexo de causalidade, a fim de resguardar seu direito de ser ressarcido de vantagem que deixou de ganhar por culpa de terceiros.

A literatura aponta que essa teoria nasceu em decorrência da dificuldade de a vítima proceder à prova do nexo causal e, por consequência, da própria extensão do dano indenizável, especialmente quando o evento danoso está cercado de condições múltiplas, como nos casos de responsabilidade médica. Neste campo, proliferam-se os chamados danos passivos, que ocorrem não pela ação direta e ativa dos profissionais da saúde, mas em função dos erros de diagnóstico ou omissões no tratamento do paciente que fica privado dos cuidados adequados.

A Teoria da Perda de Uma Chance surgiu, então, para que se pudesse contornar, nos casos mais tormentosos, os obstáculos impostos pela prova do nexo de causalidade que constituía, na maioria das vezes, uma barreira quase intransponível, a afastar a vítima da indenização. A origem desta teoria está, portanto, ligada ao estudo do nexo causal, embora atualmente esteja vinculada com um problema específico de qualificação de dano<sup>56</sup>.

Assim como se dá em relação aos danos materiais, morais e estéticos, a perda de uma chance também exige que haja um dano ocasionado por uma conduta culposa do agente (ato ilícito e/ou abusivo) para formar o nexo causal e gerar a obrigação de

---

<sup>55</sup> SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, [s. l.], v. 23, n. 29, p. 63, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v23i29.p63>. Acesso em: 27 set. 2023.

<sup>56</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 165-166.

indenizar. Porém, difere dos outros tipos de danos – concretos ou ao menos facilmente perceptíveis – por ser de difícil verificação e quantificação.

Para auxiliar na análise do caso concreto e na diferenciação entre o dano decorrente da perda de uma chance e o dano eventual ou hipotético, é importante que seja examinada a probabilidade da ocorrência do resultado final que era pretendido. Ou seja, é necessária uma nítida compreensão de que aquela chance que se alega perdida pela vítima seria muito provável de se alcançar, se não tivesse ocorrido a conduta do agente que violou a expectativa.

### CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo ‘responsabilidade’ só começou a ser usado no sentido jurídico na França, no século XVIII, quando foi incluído no dicionário Crítico de *Necker e Feraud*, de 1789<sup>57</sup>. Segundo o dicionário da *Royal Academy*, ‘responsabilidade’ significa dívida de reparar e satisfazer outrem, em função de uma lesão a um bem tutelado juridicamente<sup>58</sup>. Nas palavras de Rosenvald e Farias:

[...] a adoção da pena no direito privado é uma exigência de integração ao sistema de uma tutela efetiva para aqueles casos em que o ressarcimento, pelo equivalente ou em forma específica, mostre-se pouco idôneo para prevenir determinadas formas de ilícitos civis. Portanto, ao invés de um retorno ao passado, representa um índice de evolução dos sistemas jurídicos.<sup>59</sup>

A responsabilidade civil emana da noção de que todo aquele que violar um dever jurídico, através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário: o de não causar danos a outrem (princípio geral da “proibição de ofender”, ou seja, de que a ninguém se deve lesar). A violação deste dever jurídico originário gera um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano causado, como bem preceitua a doutrina:

A noção puramente jurídica de responsabilidade, entendida como obrigação de reparar o dano ou de sofrer a pena, pode ser conceituada como resultado desse deslocamento. Restam as duas obrigações: a de fazer, violada pela infração, e a de reparar ou sofrer a pena. A responsabilidade jurídica procede assim do cruzamento dessas duas obrigações, em que a primeira justifica a segunda, e a segunda sanciona a primeira. Esse jogo da responsabilidade ao conceito de uma “obrigação” é adotado por Kelsen e toda a escola neokantiana.<sup>60</sup>

Para Maria Helena Diniz<sup>61</sup> “o vocábulo ‘responsabilidade’ é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo”.

<sup>57</sup> PEIRANO FACIO, J. **Responsabilidad extracontractual**. 3. ed. Bogotá: Themis, 1981.

<sup>58</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB 21**. São Paulo: JusPodivm, 2023.

<sup>59</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

<sup>60</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

<sup>61</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33

Na concepção de Gagliano e Pamplona Filho<sup>62</sup>, o conceito jurídico de responsabilidade civil está relacionado a um dever jurídico sucessivo advindo de uma consequência jurídica de um fato:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Ainda sobre este assunto, entende Sergio Cavalieri Filho que:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.<sup>63</sup>

O ordenamento jurídico pátrio prevê regras para a boa e harmoniosa convivência social, sendo que sua violação implica punição àqueles que causarem lesão aos interesses jurídicos tutelados. Esta é exatamente a inteligência do artigo 186 do Código Civil. Idêntico raciocínio é feito quando a violação incidir sobre uma norma contratual. A responsabilidade, portanto, pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica, legal ou contratual, assumindo a obrigação de reparar as consequências de seu ato.

A responsabilidade civil tem como objetivo restabelecer o *status quo* quanto ao dano patrimonial ou moral sofrido pela vítima. Desse modo, quando uma pessoa viola direitos ou causa danos a outrem terá a obrigação de indenizar nos termos do artigo 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A teoria subjetiva da responsabilidade civil está relacionada diretamente com quatro importantes elementos estruturais: a conduta do agente, o dano, a culpa e o nexo de causalidade. A conduta do agente corresponde à ação (conduta positiva) ou

<sup>62</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito: responsabilidade civil**. v. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 45.

<sup>63</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

omissão (conduta negativa); o dano é o prejuízo suportado por outrem, podendo ser material ou moral; a culpa será genérica quando caracterizada pelo dolo ou *stricto sensu* se constatada imprudência, negligência ou imperícia; o nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano que causou.

No âmbito do Direito Civil, a teoria subjetiva requer seja apurado se o autor agiu com dolo (desejo de causar dano) ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia) para que seja imposta a obrigação de reparar um dano ou indenizar<sup>64</sup>.

A responsabilidade civil pela perda de uma chance surge com o escopo de preencher as lacunas existentes no âmbito da responsabilização, principalmente na seara médica. É conhecida como a perda da chance de cura ou de sobrevivência, uma vez que o profissional, age sem cautela quando deixa de aplicar seu conhecimento para explorar as diversas variáveis que um caso clínico pode apresentar, de tal maneira que o paciente perde a oportunidade de ter sua condição de saúde reestabelecida; ou ainda quando o médico não dá o devido encaminhamento para que o paciente não fique sem um diagnóstico, sendo que, em certos casos, o retardo no tratamento poderá levar o paciente a óbito ou, no mínimo, lhe trazer sequelas irreversíveis que caracterizam grave lesão ao sujeito<sup>65</sup>.

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; trata-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos, de tal forma que não há como afirmar se o afetado obteria ou não obteria bons resultados, se evitaria ou não certa desvantagem, a questão é que um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar da possibilidade de um êxito<sup>66</sup>.

A chance é a oportunidade de um êxito futuro, provável, à disposição das faculdades de atuação do sujeito; considera-se o dano, ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. A Teoria da Perda de Uma Chance considera que se

---

<sup>64</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>65</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>66</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

a intervenção errada do médico elimina a possibilidade do paciente de se ver livre de determinada enfermidade, aquele deve ser responsabilizado<sup>67</sup>.

Nesse sentido, nos casos em que é difícil a comprovação do nexo de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se como elemento prejudicial que determina a indenização a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento<sup>68</sup>, enfatizando, assim, o resultado lesivo. Exemplo clássico na doutrina é o do profissional médico que não diagnostica em seu paciente um câncer cujas chances de cura seriam muito maiores se descoberta a doença no início, sendo descoberto mais tarde por outro médico; a imperícia do primeiro profissional resulta na eliminação das possibilidades de sobrevivência do doente.

### 3.1 Espécie e Elementos da Responsabilidade Civil

#### 3.1.1 Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Tradicionalmente, desde o Código Civil de 1916 (art. 159) e, atualmente, na dicção do artigo 186 do Código Civil vigente, o entendimento é de que a culpa de natureza civil se caracteriza quando o agente pratica o ato com negligência ou imprudência e que a obrigação de indenizar é a consequência juridicamente lógica do ato ilícito<sup>69</sup>.

A noção básica da responsabilidade civil, na perspectiva da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Sobre este tema, Correia-Lima ensina:

A responsabilidade civil subjetiva origina-se de dano decorrente de ato doloso ou culposo (culpa *lato sensu*), dependendo do comportamento do agente. A

---

<sup>67</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>68</sup> BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>69</sup> CÓDIGO CIVIL (1916), Art. 159/ CÓDIGO CIVIL (2002), Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

culpa, na teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva, é pressuposto necessário e indispensável do dano indenizável.<sup>70</sup>

Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico atribui responsabilidade civil a terceiro com quem o causador do dano mantém algum tipo de relação jurídica<sup>71</sup>. Trata-se de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa é presumido em função do dever geral de vigilância ou de uma relação de subordinação hierárquica, da qual pode ser exemplo a responsabilização do diretor por erro de seu subordinado em certas circunstâncias.

Com o desenvolvimento de certas tecnologias, que também implicam transformações das relações de trabalho e de consumo, entre outros fatores, em muitas situações, torna-se dificultoso para a vítima provar a culpa do agente causador do dano, que se submete, então, a uma situação de completa vulnerabilidade e hipossuficiência. Nesse sentido, é prevista juridicamente a responsabilidade objetiva, que dispensa a comprovação da culpa.

### 3.1.2 Responsabilidade Objetiva

Na responsabilidade civil objetiva, o dolo ou a culpa do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, sendo necessária apenas a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente para que se instaure o dever de indenizar<sup>72</sup>. De acordo com as teorias objetivistas, a reparação de danos está fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.

O Código Civil de 2002 inovou ao conceber a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927:

Art. 927 [...]

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.

---

<sup>70</sup> CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 34.

<sup>71</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito: responsabilidade civil**. v. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

<sup>72</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

Portanto, no sistema jurídico brasileiro, o Código adotou uma perspectiva em que coexistem a responsabilidade subjetiva (art. 186) e a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo agente responsável.

### 3.1.3 Responsabilidade contratual e extracontratual (ou aquiliana)

A depender da natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano, a responsabilidade civil pode ser: contratual ou extracontratual (também conhecida como aquiliana). Será extracontratual se o prejuízo decorrer diretamente da violação de uma norma legal em razão da atuação ilícita do agente infrator (Ex: acidente de trânsito). Será contratual se entre as partes envolvidas já existia uma norma jurídica contratual que as vinculava e o dano decorre do descumprimento da mesma. O Código Civil consagra regras específicas para as duas espécies: a responsabilidade contratual é estabelecida nos artigos 389 e seguintes, bem como nos artigos 395 e seguintes; a extracontratual é prevista nos artigos 186 e 927.

Estes dois tipos de responsabilidade se diferenciam, levando-se em conta três aspectos:

- (i) Preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante: na responsabilidade contratual, é necessário que a vítima e o autor do dano já tenham se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, de modo que a culpa contratual decorre da violação de um dever de adimplir. Já na responsabilidade extracontratual, viola-se um dever negativo, ou seja, obrigação de não causar dano a ninguém;
- (ii) Ônus da prova quanto à culpa: a culpa extracontratual deve ser sempre provada pela vítima, enquanto a contratual é, via de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova (cabe à vítima provar apenas que a obrigação não foi cumprida);
- (iii) Capacidade: o menor só se vincula contratualmente quando assistido, se relativamente incapaz, ou se maliciosamente se autodeclarar maior, o que denota a ideia de que dificilmente ocorrerá a culpa contratual nesses casos. Sob o enfoque da culpa aquiliana, a responsabilidade dos pais é indireta (art. 933 c/c 932, I, CC), em razão do dever de vigilância.

### 3.2 Elementos da Responsabilidade Civil

Independentemente de se tratar de responsabilidade contratual ou extracontratual, o artigo 186 do Código Civil constitui a base teórica para o tema como um todo, extraindo-se de seu teor os seguintes elementos da responsabilidade civil: (i) conduta humana (positiva ou negativa); (ii) dano ou prejuízo; (iii) nexo de causalidade. Repita-se, o elemento culpa, em seu sentido *lato* (o que abrange o dolo), não é pressuposto imprescindível, considerada a responsabilidade objetiva estabelecida nos termos do Código Civil vigente.

A responsabilidade civil é, evidentemente, manifestação da atividade humana (ato jurídico), decorrente de uma ação ou omissão voluntária, pois a conduta humana, positiva ou negativa, pode resultar em dano ou prejuízo a outrem. Portanto, “o núcleo fundamental da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”<sup>73</sup>.

Registra-se que a voluntariedade é aspecto da conduta humana, primeiro elemento da responsabilidade civil, e não do dolo, pois significa a intenção de causar dano, sendo tão somente a consciência sobre a ação. Independe se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva, porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, ciente dos atos que pratica.

A conduta humana pode ser positiva ou negativa. A conduta positiva implica comportamento ativo, como, por exemplo, o indivíduo avança o sinal e seu carro causa um acidente. A conduta negativa reflete o dano causado por uma omissão ou ação negativa, do qual é exemplo a enfermeira que, capacitada profissionalmente e no exercício de sua função, deixa de ministrar os medicamentos ao paciente, seja por dolo ou desídia<sup>74</sup>.

Cumprе ressaltar que a voluntariedade é essencial na análise da conduta omissiva, sob pena de não se configurar a responsabilidade civil, como, por exemplo, uma pessoa em estado de choque emocional em razão de um acidente que não

---

<sup>73</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito: responsabilidade civil**. v. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 79.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 80.

consegue prestar socorro às vítimas não será responsabilizada por omissão. Nesse caso, é evidente a incapacidade da pessoa.

Além da responsabilidade por ato próprio, o Código Civil prevê a responsabilidade civil indireta (por ato de terceiro, conforme o artigo 932) ou por fato do animal (artigo 936) e da coisa (artigos 937 e 938). Até nestes casos há que se falar em conduta voluntária, pois haveria omissão de deveres jurídicos de custódia, vigilância ou má eleição de representantes, por exemplo.

Tradicionalmente, a doutrina<sup>75</sup> indica a ilicitude como aspecto necessário da ação humana voluntária para a configuração da responsabilidade, ou seja, o ato ilícito se traduz num comportamento voluntário em transgressão a um dever. Como a responsabilidade denota a ideia de atribuição de consequências danosas ao agente infrator, é lógico que, para que haja o dever de indenizar, a referida atuação lesiva deva ser contrária ao direito.

Todavia, no artigo 186 do Código Civil, base legal da responsabilidade civil e que trata do ato ilícito, o legislador, fez questão de não qualificar a conduta humana como “ilícita”. Isso porque o dever de indenizar poderá existir mesmo quando o sujeito atua licitamente. Ou seja, poderá haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade. A doutrina corrobora este entendimento<sup>76</sup>.

Em razão disso, ao contrário do que apregoou a doutrina clássica, não se pode dizer que a ilicitude acompanha necessariamente a ação humana danosa ensejadora da responsabilização. Pode haver dano reparável sem ilicitude, como nas hipóteses de indenização por expropriação ou de ato praticado em estado de necessidade. Registra-se que a atuação lícita do infrator, que age amparado pelo direito, ainda assim, não o isenta do dever de reparar o dano, mas depende sempre de previsão legal para tanto.

O segundo elemento configurador da responsabilidade civil é a existência do dano ou do prejuízo. Até mesmo quando se trata de responsabilidade contratual, há que se considerar a existência do resultado danoso, especialmente quando ocorre o inadimplemento da parte. Dessa forma, o dano é, sem dúvida, o requisito indispensável para configuração da responsabilidade civil, seja qual for a sua espécie.

---

<sup>75</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito: responsabilidade civil**. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

<sup>76</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

Não haveria que se falar em indenização nem ressarcimento se não houvesse o dano. Pode até haver responsabilidade sem culpa, mas jamais sem dano.

O dano ou prejuízo é a lesão a um interesse jurídico tutelado, seja de cunho patrimonial ou não, provocada por uma ação ou omissão do agente infrator.

Trata-se da agressão a direitos ou interesses de outrem, extrapatrimoniais ou não: a diminuição do patrimônio (no sentido amplo) de alguém em decorrência da ação lesiva de terceiros. O prejuízo indenizável, portanto, poderá decorrer tanto da violação do patrimônio economicamente aferível quanto dos direitos de personalidade, sem expressão pecuniária.

### **3.3 Excludente de responsabilidade**

As causas de excludentes de responsabilidade civil se caracterizam como situações em que, uma vez atacado um dos elementos ou pressupostos da responsabilidade, rompe-se o nexo de causalidade, restando sem direito a indenização o sofredor do dano, em regra. Isso se dá quando ficar comprovado que o resultado danoso teve causa diversa, que impeça a imputação de responsabilidade ao suposto causador do dano.

#### **3.3.1 Caso fortuito ou força maior**

De acordo com o artigo 393 do Código Civil de 2002, o caso fortuito e a força maior constituem elementos que eliminam a culpabilidade em função de sua inevitabilidade. Nestes casos, o prejuízo não é causado por fato do agente, mas em razão de acontecimentos que escapam de seu poder. Caracterizam-se por um elemento objetivo, a inevitabilidade do evento danoso, e outro subjetivo, a ausência de culpa na produção do acontecimento.

O fato gerador da exclusão de responsabilidade nestes casos consiste na supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexo causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar. Pereira e Tepedino<sup>77</sup> esclarecem com muita

---

<sup>77</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

propriedade o fato de não ser qualquer acontecimento que libera o devedor, mas tão somente aquele que leva obrigatoriamente o ato danoso à inevitabilidade, vale dizer, para eximir o agente da responsabilidade, é necessário que o evento não possa ser impedido nos seus efeitos.

A morte de um empregado rural vitimado por raio é acontecimento trágico, imprevisível e inevitável, puro evento de origem natural, caracterizando-se o caso fortuito ou força maior, o que exclui o encargo indenizatório. O mesmo ocorre nos casos de enchentes, terremotos, tornados e outras forças da natureza que fogem ao controle do ser humano.

### 3.3.2 Culpa exclusiva da vítima

Apesar da lei civil não apresentar qualquer disposição normativa com relação à culpa da vítima como causa excludente da responsabilidade civil, a doutrina e a jurisprudência<sup>78</sup> se ocuparam de tal tarefa. Ocorre uma quebra nos elementos configuradores da responsabilidade subjetiva, uma vez que não existe nexo causal entre a ação ilícita e o dano causado. Assim, responderá pelos danos somente a própria vítima, tendo em vista que a culpa incide unicamente sobre ela. É exemplo o indivíduo que se lança na frente de um carro em movimento na tentativa de cometer suicídio. Não há que se falar em ação do condutor, muito menos em nexo de causalidade. Impossível falar em relação de causa e efeito entre o ato do motorista e o falecimento da vítima<sup>79</sup>.

Da ideia da culpa exclusiva da vítima, que derruba um dos elos que leva à responsabilidade civil (o nexo causal), chega-se à concorrência de culpa, quando a vítima não é a única causadora do dano, mas também um outro agente. Assim, se lesado e lesante concorreram cada qual com uma parcela de culpa, produzindo um mesmo prejuízo, porém por atos independentes, cada um responderá pelo dano na proporção em que concorreu para o evento danoso.

---

<sup>78</sup> LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.]

<sup>79</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia (coautora). **Código Civil interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

### 3.3.3 Estrito cumprimento do dever legal

Um fato considerado ilícito perde esta conotação quando praticado no cumprimento de um dever legal. O estrito cumprimento do dever legal decorre do dever imposto pelo direito objetivo. Assim, a prisão efetuada pelo policial em obediência a mandado judicial não configura ato ilícito não podendo o preso requerer, por exemplo, indenização por danos morais.

O cumprimento do dever legal representa valor predominante em relação ao interesse que é lesado. O agente deve agir, sob pena de ser responsabilizado pela sua omissão.

O dever não pode exceder o limite racionalmente indispensável à sua realização, quer no modo como nos meios empregados. O excesso transforma a ação inicialmente lícita em ilícita, ensejando, então, ressarcimento dos danos causados.

Nos casos de estrito cumprimento do dever legal, em que um agente público, por exemplo, é exonerado da responsabilidade pelos danos causados, a vítima deve buscar o ressarcimento do Estado. Ademais, o Estado não terá ação regressiva contra o servidor que executou o dever legal, amparado pela excludente do estrito cumprimento do dever legal.

### 3.3.4 Exercício regular de direito

É a faculdade que a ordem jurídica assegura a toda pessoa de desfrutar de seu direito desde que este não atinja o de outrem. É quando o indivíduo usufrui seu direito sem causar dano a ninguém. Desta forma, caso haja lesão a direito alheio causado por ato realizado no exercício regular de um direito reconhecido, não haverá imputabilidade, excluindo-se qualquer responsabilidade do agente.

Tal instituto não possui previsão expressa no Código Civil, mas não deixa de ser uma causa excludente de responsabilidade, pois não se pode responsabilizar, por exemplo, quem tem o dever legal de proteger e, em função dessa ação de proteção, causar um dano, como no caso do cirurgião que, ao intervir, pode deixar uma cicatriz resultante da reação tecidual em função do trauma cirúrgico. A cicatriz é um dano que se justifica em função do bem maior: salvar a vida do paciente.

### 3.3.5 Estado de necessidade

O Código Civil, em seu artigo 188, inciso II e parágrafo único, dispõe que não constituem atos ilícitos a deterioração ou destruição da coisa alheia a fim de remover perigo iminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não se exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A questão envolve um conflito de direitos ou de interesses. O indivíduo, diante da ameaça a um direito seu, ataca direito alheio. O ato é isento apenas no limite indispensável para afastar o dano, de tal sorte que o autor ou um terceiro não fariam de outra maneira.

Ocorre, na verdade, um dilema: ou sofrer mal iminente e inevitável, ou escapar disso sacrificando um bem alheio. Muitos autores consideram o estado de necessidade e a legítima defesa como institutos semelhantes, por possuírem requisitos em comum. No entanto, no estado de necessidade, ao contrário da legítima defesa, a vítima é inocente. O estado de necessidade difere da legítima defesa por não compreender reação a uma agressão.

## 3.4 Responsabilidade médica

Os profissionais médicos têm deveres que podem ser considerados paradigmáticos em suas atuações, como agir com diligência, ser prudente e atuar conforme a *lex artis* médica, pois em regra geral a sua obrigação é de meio e excepcionalmente de resultado. Para que haja *a priori* a responsabilização, é mister um dano real e previsível com repercussões futuras.

Para Bustamante<sup>80</sup>, o médico, na sua missão de prevenir, aliviar, tratar e curar, está no centro das atividades preservadoras da vida. A sua atividade profissional lida com bens supremos do indivíduo, protegidos pela ordem estatal. Daí a íntima relação entre a Medicina e o Direito. O exercício da Medicina permanece envolvido em uma série de atos que não permitem que se torne exclusivamente privado, pois a

---

<sup>80</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la responsabilidad civil**. 9. ed., ampl. y act. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. Disponível em: <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=2171>. Acesso em: 09 out. 2023.

vida e a saúde das pessoas são de interesse da coletividade, constituindo, com isso, bens inalienáveis que o Estado deve assegurar como direitos fundamentais, como já mencionado anteriormente. O Direito Médico não pode deixar de estar subordinado à Moral Médica, em harmonia com esta, pois se o Direito se distanciar demasiadamente da Moral e da Ética, o positivismo jurídico exacerbado pode levar a julgamentos impiedosos e a terríveis contradições, o que não se concilia com a necessária autonomia da Medicina. O médico deve atuar em obediência aos conceitos éticos que permeiam sua atividade, zelar e trabalhar com vistas ao perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão.

No exercício profissional, o médico se coloca como guardião da vida e da saúde, valores que podem ser considerados como os maiores que o ser humano possui. O médico deve ter dedicação, correção, respeito pela vida e, em razão de sua função, agir sempre com diligência, cautela e evitar que seu paciente possa ser conduzido ao sofrimento, à dor, à angústia e às perdas irreparáveis. A responsabilidade do médico e os acontecimentos gerados em decorrência de sua profissão podem gerar efeitos na esfera ética, civil e criminal.

No exercício de sua atividade profissional, o médico não deve praticar nenhum ato profissional que possa ser danoso ao paciente, ou seja, atos em que se constate imperícia, imprudência ou negligência. Há um princípio fundamental da Medicina que deve ser lembrado pelo médico e aplicado em suas ações em saúde:

Ao médico cabe, obrigatoriamente, obedecer ao princípio da não maleficência, ou seja, de não causar mal ou dano ao seu paciente, de não lesar ou danificar as pessoas, podendo-se dizer que "não causar prejuízo ou dano foi a primeira grande norma da conduta eticamente correta para os profissionais da Medicina e do cuidado da saúde."<sup>81</sup>

A Medicina não é uma ciência exata, tampouco uma atividade fim, por isso, imprevistos ocorrem e critérios de imprevisibilidade adereçados a diferentes tipos de tratamento deverão ser ponderados, objetivando-se evitar erros inerentes à própria resposta do ser humano. Como a obrigação do médico é de meio e não de resultado, o objetivo de um tratamento é disponibilizar e utilizar, dentro de uma condição ética, todos os meios para alcançar a cura do paciente.

---

<sup>81</sup> BEAUCHAMP, Tom L. A Defense of the Common Morality. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 259-274, 2003, p. 263. Disponível em: <https://doi.org/10.1353/ken.2003.0019>. Acesso em: 28 set. 2023.

A responsabilidade do médico é contratual, há entre médico e paciente um contrato sobre uma obrigação de meio que não impõe o dever de curar, de prestação de cuidados conscienciosos e atentos conforme os avanços da Medicina, na direção do bem-estar e, se possível, da cura. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes. Excepcionalmente, a responsabilidade do médico terá natureza de delito se cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. Assim, se o médico assistente for diligente e tiver usado os meios técnicos indicados, não se explicando a origem da eventual sequela, não haverá obrigação por risco profissional, pois os serviços médicos, em regra, são de meio e não de resultado.

Se nenhuma modalidade de culpa – negligência, imprudência ou imperícia – ficar demonstrada, como não há risco profissional independente de culpa, deixará de haver base para fixação de responsabilidade civil, pois as correlações orgânicas ainda são pouco conhecidas e surgem às vezes resultados inesperados, desconhecidos.

Consoante a doutrina de Humberto Theodoro Junior:

Em uma leitura do Código Civil em vigor, a responsabilidade civil é decorrente da ação humana que tem como pressupostos a existência de uma conduta voluntária, e o dano injusto sofrido pela vítima. A responsabilidade civil do médico tem como pressupostos o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato, imputável a título de culpa, e o dano sofrido pelo paciente. O médico, assim como qualquer cidadão, é responsável por todo o dano produzido a outrem, quando sua culpa for comprovada.

A culpa, no sentido mais amplo, só existe quando um ato nocivo é produzido por pessoa mentalmente hígida (imputável) e capaz de determinar de acordo com o livre arbítrio. Se o médico, no exercício de sua profissão, enseja um dano ao paciente, por ele será responsabilizado.

Não se trata de dolo, que ocorreria se o médico cometesse um crime. O que se deve avaliar com cautela é a existência de negligência, imprudência ou imperícia no exercício da atividade profissional. Dolo é o ato de má-fé, é a vontade do agente em praticar o ato. O agente sabia o risco e quis o resultado. O dolo pode ser praticado por ação ou omissão.

Segundo o artigo 159 do Código Civil de 1916, “aquele que, por omissão voluntária, negligência, ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Negligência vem do latim *negligere*, que significa desprezar, desatender, não cuidar, desatenção, falta de precaução necessária para executar certos atos e falta de diligência necessária à execução do ato. A negligência implica omissão ou inobservância do dever de realizar determinado procedimento com as precauções necessárias. A negligência indica a culpa do agente. Imprudência é mais que falta de atenção, é a *imprevidência à cerca do mal* que se deveria prever, porém, não se previu. Imperícia é o que se faz sem o conhecimento da *arte ou técnica*, com o qual deveria se evitar o mal.

A responsabilidade civil, ao contrário da penal, não é apenas individual, mas também de instituições, e se transmite aos herdeiros. Já a responsabilidade penal é pessoal, só pode ser punido quem tenha pessoalmente infringido o

Código Penal, aplicando-se as sanções da lei a mais de uma pessoa para um mesmo crime quando tenha havido cumplicidade. O que se destaca é que o médico está comprometido com o seu cliente, e com a sociedade, no sentido de proteger a sua saúde. Jamais sua atuação poderá se voltar contra o objeto e o objetivo de seu trabalho.<sup>82</sup>

Sendo a natureza da obrigação médica de caráter negocial, é importante determinar o momento do nascimento deste contrato. De acordo com Maria Helena Diniz, "o médico que atende a um chamado determina desde logo o nascimento de um contrato com o doente ou com a pessoa que o chamou em benefício do enfermo"<sup>83</sup>. O contrato médico, segundo a mesma autora, poderá abranger ainda, um contrato de assistência médico-hospitalar, que inclui a internação em casa de saúde ou clínica, e ainda, o fornecimento de alimentos.

Nos termos do Código de Ética Médica, Resolução CFM 2.217/2018, modificada pelas Resoluções 2.222/2018 e 2.226/2019, do contrato médico advêm certos deveres a serem observados:

a) o dever de zelo (dever ético que o médico precisar promover no cuidado ao paciente), cuja inobservância importa em abandono e negligência, principalmente em relação àqueles que se encontram em estado que não lhes possibilite agir livremente. Tal dever é previsto nos artigos 1º e 3º do Capítulo III, da responsabilidade profissional, em que se afirma 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.

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

b) o dever de informar e aconselhar o paciente quanto às precauções sobre o seu estado, bem como indicar o tratamento adequado e dar ciência direta ao paciente dos riscos que corre, salvo quando tais informações possam causar-lhe dano, hipótese em que as informações devem ser levadas ao conhecimento do representante legal ou da família, conforme os artigos 22, 24 e 28 do Capítulo IV, dos direitos humanos, sendo vedado ao médico:

<sup>82</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **O erro médico e a responsabilidade civil** – parte 1. Gen Jurídico, 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br>. Acesso em: 05 nov. 2023.

<sup>83</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130.

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

Art. 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.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

Nesse sentido, no Capítulo V, da relação com pacientes e familiares, também 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.

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

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

c) o dever de abstenção (referente ao princípio bioético da não maleficência) de atos que impliquem abuso ou desvio de poder. Os artigos 28 e o 29 do Capítulo IV, sobre os direitos humanos, veda ao médico:

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade. Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 29. Participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte.

O referido Código de Ética Médica trata dos direitos dos médicos em seu capítulo II, apresentando um amplo rol de garantias destinadas aos profissionais da saúde, no exercício da profissão, sobretudo, “exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, cor, sexo, orientação sexual, nacionalidade, idade, condição social, opinião política, deficiência ou de qualquer outra natureza”. Essa afirmativa está expressa no inciso XI do Capítulo II.

Ainda, no que tange à garantia de isonomia de tratamento entre os profissionais, “é direito do médico com deficiência ou com doença, nos limites de suas capacidades e da segurança dos pacientes, exercer a profissão sem ser discriminado”, podendo inclusive “recusar-se a qualquer exercício da Medicina em hospitais sem condições dignas de trabalho, que possam prejudicar a saúde do médico, do paciente, ou dos demais profissionais”, nos termos do inciso IV do Capítulo II.

Ademais, ainda nos termos do Capítulo II Código de Ética Médica, é assegurada ao profissional autonomia no exercício da profissão e relação com os pacientes, principalmente para: “indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente” (inciso II); “decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente sem permitir que o acúmulo de encargos ou de consultas venha prejudicar seu trabalho” (inciso VIII); “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” (inciso IX).

No modelo interpretativo, referente à relação médico-paciente, consagrado na literatura médica, “o profissional é um conselheiro, um consultor e a autonomia do paciente concebe-se como uma autocompreensão”<sup>84</sup>.

Os deveres médicos dispostos no Código de Ética Médica norteiam, de modo geral, o exercício da atividade médica. Regulando a conduta do médico e impondo direitos, deveres e normas a serem observados no exercício da respectiva profissão, essa regulamentação representa uma garantia de qualidade, segurança e respeito para a sociedade quanto ao trabalho realizado por médicos de todo o país, tanto da rede pública como privada.

Em síntese, o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da sua profissão, de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> JÓLLUSKIN, Gloria; TOLDY, Teresa. Autonomia e Consentimento Informado: Um Exercício de Cidadania? **ANTROPOlógicas**, [s. l.], v. 12, p. 44-51, 2011, p. 48.

<sup>85</sup> DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

Consoante a doutrina<sup>86</sup>, a análise da culpa do profissional da saúde depende da observância de certos aspectos que podem ser divididos em três classes: (i) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; (ii) o emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; (iii) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica.

José de Aguiar Dias<sup>87</sup>, neste sentido, preleciona que as obrigações implícitas no contrato médico podem ser divididas em: (i) deveres de conselhos; (ii) deveres de cuidados; (iii) deveres de abstenção de abuso ou desvio de poder.

O doutrinador aponta que o dever de conselho corresponde ao dever de informação, disposto no próprio Código de Ética Médica em seu artigo 34, que entende descumprido quando o 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 danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Eduardo Dantas e Marcos Vinicius Coltri afirma que a adequação no exercício da atividade médica está atrelada ao dever de informar, que abrange:

A prestação das informações sobre o quadro do paciente, quais são as opções de procedimento, quais as consequências de cada um dos procedimentos, possíveis benefícios dos procedimentos e, principalmente, quais os riscos envolvidos em cada um dos procedimentos. Ainda o paciente deve ser informado sobre as consequências e os riscos inerentes a não adoção de procedimentos.<sup>88</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, em sentido semelhante, prevê, no artigo 6º, inciso III, o princípio da transparência, que norteia o direito do consumidor de ser informado sobre todos os aspectos do serviço ou produto adquirido, o que inclui “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”.

---

<sup>86</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>87</sup> AGUIAR, José Dias de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 116.

<sup>88</sup> DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 115.

Na concepção de Ronaldo Piber<sup>89</sup>, o livre consentimento informado é expressão do princípio da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana. As informações relacionadas ao procedimento ou circunstâncias médicas a que o paciente se encontre submetido devem ser repassadas em termos compreensíveis e esclarecedores ao leigo, com vistas a atingir sua finalidade.

Todavia, o dever de informação do médico não é absoluto. Assim, excepcionalmente, em casos de risco de dano ao paciente, o Código de Ética Médica permite que o médico deixe de prestar ao paciente determinadas informações, como por exemplo, quando a informação causar abalo ao seu estado emocional ou psíquico:

Art. 34. 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.

Nessas situações, cabe ao médico prestar as informações ao representante legal do paciente, como sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede de julgamento de Recurso Especial:

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.<sup>90</sup>

O Código de Ética Médica também prevê como infração:

Art. 26 Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

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.

Sob esta perspectiva, é oportuno mencionar o artigo 15 do Código Civil, que estabelece entre os direitos da personalidade que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. A lei

---

<sup>89</sup> PIBER, Ronaldo Souza. **O letramento em saúde para uma eficaz obtenção do consentimento informado**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Médico), 112 f. Universidade Santo Amaro, São Paulo, 2023.

<sup>90</sup> BRASIL. STJ. REsp no. 1857098 - MS 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br>. Acesso em: 23 set. 2023.

impõe, como condição intransponível, a prévia autorização do paciente para que o médico o submeta a qualquer tratamento perigoso.

O Código de Ética Médica prevê, entre os princípios fundamentais da Medicina, como alvo de toda a atenção do médico, a saúde do ser humano, em benefício da qual aquele deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

## CAPÍTULO 4 – BIOÉTICA CLÍNICA

Em situações, como na urgência e na emergência, é que se sente a premente necessidade de certos dispositivos que não deixem dúvidas quanto ao exercício pleno da Medicina. É no iminente perigo à vida que o médico e paciente se encontram mais desprovidos de uma legislação que os ampare. Assim, se um seguidor de uma determinada religião recusa uma transfusão de sangue quando esse é o único meio de escapar da morte, fica o médico na obrigação de salvar-lhe a vida, enquanto o paciente sente-se no direito de salvar a alma<sup>91</sup>.

Uma profissão que penetra na intimidade da vida do indivíduo e se estende à coletividade necessita de um grande apoio jurídico que lhe dê segurança e garantia no exercício da atividade. Sendo a vida e a saúde os bens mais nobres e mais protegidos, além da legislação que regulamenta o exercício profissional médico e o comportamento dos indivíduos ante a Medicina, é fundamental também uma disciplina autônoma e independente, o Direito Médico, para lançar luz, discutir e pautar as complexas questões que circundam o tema<sup>92</sup>. No entanto, a disciplina isoladamente não seria capaz de oferecer subsídios suficientes para todas as peculiaridades neste campo.

Em função das mudanças que ocorreram no século XX, especialmente considerando-se os avanços científicos e biotecnológicos na Medicina em particular, envolvendo investigações científicas em seres humanos, surgiu uma área do conhecimento para oferecer respostas aos desafios ocasionados por essas transformações, a Bioética.

A Bioética consubstancia uma interface para viabilizar a implementação dos avanços técnico-científicos, em parte atravancados pelo atraso moral quanto a considerar o ser humano como meio e não como fim em si mesmo.

A disciplina nasceu em 1970, nos Estados Unidos da América, sob dupla concepção, atribuída ao oncologista e professor da Universidade de Winsconsin, Van Resselaeer Potter, e ao obstetra holandês André Hellegers, baseado em Washington

---

<sup>91</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la responsabilidad civil**. 9. ed., ampl. y act. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. Disponível em: <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=2171>. Acesso em: 09 out. 2023.

<sup>92</sup> Ibidem.

(DC). Potter conceituou-a sob uma abordagem biológica voltada ao meio ambiente, enquanto Hellegers tratou-a sob a visão médica.

Não obstante, em 1927, em um artigo publicado no periódico alemão *Kosmos*, Fritz Jahr utilizou pela primeira vez a palavra 'bioética' (bio + ethik) para tratar do reconhecimento de obrigações éticas não apenas em relação ao ser humano, mas a todos os seres vivos. Esse texto, encontrado por Rolf Löther, da Universidade Humboldt, em Berlim, e divulgado por Eve Marie Engel, da Universidade de Tübingen, também na Alemanha, antecipa o surgimento do termo em 43 anos. No final do artigo, Fritz Jahr propõe um "imperativo bioético": respeita todo ser vivo essencialmente como um fim em si mesmo e trata-o, se possível, como tal<sup>93</sup>.

A Bioética Clínica, como tal, surge com André Hellegers, que efetivamente introduz os problemas éticos complexos do campo da Medicina que envolvem difíceis tomadas de decisões diante de problemas morais.

Durante as décadas de 50 e 60, algumas das primeiras controvérsias públicas que antecederam o surgimento da Bioética diziam respeito aos recém-nascidos portadores de malformações graves, à manutenção de respiradores artificiais como suporte da vida em pessoas em estado de coma, à reanimação de pacientes com doenças graves ou de prognóstico incerto, além das dramáticas polêmicas surgidas a partir da invenção do shunt arteriovenoso por Belding Scribner e do advento da máquina de hemodiálise<sup>94</sup>.

Não havia consenso acerca do emprego de todos os recursos para salvar recém-nascidos malformados com prognóstico reservado, se o respirador artificial deveria ser mantido em todas os casos, se pacientes em parada cardíaca deveriam ou não ser reanimados e para determinar quais os doentes renais crônicos que deveriam ser beneficiados com a nova tecnologia da hemodiálise<sup>95</sup>.

Em 1962, com a criação do primeiro programa de hemodiálise na cidade de Seattle, em Washington, como o número de doentes renais era superior à capacidade de atendimento, a grande controvérsia na sociedade americana era delimitar os

---

<sup>93</sup> GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista HCPA**, [s. l.], v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006.

<sup>94</sup> GRACIA, Diego. **Procedimientos de decisión en ética clínica**. Madrid: Triacastela, 2010.

<sup>95</sup> Ibidem.

critérios seletivos que definiriam quais os pacientes a serem beneficiados pelo tratamento salvador da vida.

Diante do impasse, a solução foi criar um comitê para determinar tais critérios de escolha. O episódio foi considerado um divisor de águas entre o antigo legado da Ética de inspiração hipocrática e aquela orientada pela Bioética, pois na prática médica, tradicionalmente, os dilemas eram resolvidos com base no princípio absoluto de que toda vida deveria ser salva, por ser sagrada. A partir desse momento, os médicos foram postos na difícil situação de decidir quais pessoas teriam a chance de serem salvas e quais receberiam a sentença de morte<sup>96</sup>.

A Bioética Clínica busca encontrar condutas desejáveis no âmbito da relação médico-paciente que possibilitem a máxima preservação dos valores pessoais e individuais dos envolvidos, afastando-se da Medicina paternalista<sup>97</sup>.

Na prática clínica, a tarefa de ponderar diante dos conflitos de valores não é simples e demanda instrumentos capazes de solucionar os problemas éticos advindos da relação assistencial para dirimir ou mitigar as vulnerabilidades. A deliberação em Bioética é uma dessas ferramentas capazes de tornar a prática da Medicina mais humana e menos defensiva. Equipes multidisciplinares, deliberando em uma participação coordenada, ativa e coletiva para auxiliar a tomada de decisões em problemas morais, impulsionam para a nova experiência profissional, voltada ao melhoramento ético das práticas em saúde, contribuindo para o exercício de uma Medicina mais humana e afetuosa<sup>98</sup>.

A Bioética Clínica não deve ser compreendida de forma separada da Bioética em geral, sob o risco de esconder por trás das particularidades analíticas de um caso clínico filosofias discutíveis enquanto referência moral de forma ampla. Por outro lado, em razão de sua característica pluralista, a Bioética – disciplina que dialoga com as demais áreas do saber, haja vista que nela estão presentes os conhecimentos,

---

<sup>96</sup> FIGUEIREDO, Antônio Macena. O ensino da bioética na pós-graduação stricto sensu da área de ciências da saúde no Brasil. Universidade de Brasília, 2011. **Revista Brasileira de Pós Graduação**, v. 8. n.15.

<sup>97</sup> CARREIRO, Natalia Maria Soares. Mediação Bioética: busca de soluções compartilhadas para resolução de conflitos bioéticos. Universidade de Brasília, 2011. **Revista Brasileira de Pós Graduação**, v. 8. n. 15.

<sup>98</sup> GOMES, Doris; APARISI, Juan Carlos Siurana. Deliberação Coletiva: uma contribuição contemporânea da bioética brasileira pra as práticas do SUS. **Trabalho, Educação e Saúde**, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 347–371, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00052>. Acesso em: 15 ago. 2023.

métodos e outras linhas de raciocínio pertencentes a diversas áreas do conhecimento – é alimentada também pelos dilemas que surgem no cotidiano da prática clínica<sup>99</sup>.

#### 4.1 Deliberação Moral

Durante toda a vida, o ser humano estará diante de situações de tomada de decisões que integrem algum tipo de envolvimento moral, ainda que não tão explicitamente, de modo que, como consequência, não sejam identificadas as regras morais ou valores que deveriam guiar as ações empreendidas. Como esses valores ou regras morais estarão implicados de toda forma, o seu desconhecimento poderá levar a tomadas de decisão inadequadas. Daí a importância da Ética para pontuá-los e, assim, contribuir na orientação de uma boa decisão.

Um sistema moral é formado pelo o conjunto de princípios éticos, regras morais e valores que compõem a perspectiva integral de um indivíduo ou da própria sociedade. É importante distinguir claramente entre estes conceitos para aperfeiçoar o raciocínio e o processo de tomada de decisões em questões éticas.

Os valores são crenças do indivíduo ou de um grupo acerca do que consideram importante para sua vida, tanto nos aspectos éticos ou morais como nos que não são. Consistem na base ou fundamento para a formulação de juízos que pautam as escolhas, sejam quais forem. São adquiridos desde a primeira infância, praticamente junto com o aprendizado da fala até a fase da socialização, e se consolidam e ampliam com a educação e acesso aos meios culturais e informativos. Existem situações nas quais as pessoas não conseguem ter clareza de suas prioridades valorativas, como em situações de doenças mentais ou neurológicas, ou quando há baixa capacidade de cognição.

As regras morais constituem pautas específicas para a ação, orientando-a em situações particulares que impliquem questões morais. Estas regras devem se basear nos valores e em princípios éticos. Os princípios éticos fazem parte da teoria ética normativa e indicam como decidir entre regras e valores alternativos.

---

<sup>99</sup> FIGUEIREDO, Antônio Macena. O ensino da bioética na pós-graduação stricto sensu da área de ciências da saúde no Brasil. Universidade de Brasília, 2011. **Revista Brasileira de Pós Graduação**, v. 8. n. 15.

As decisões médicas trazem consigo ambiguidades e incertezas, características comuns no raciocínio clínico, que exigem do médico aclarar o máximo de informações para melhor conduzir a clínica.

De acordo com Diego Gracia<sup>100</sup>, a palavra “clínica” deriva da expressão grega “*kline*” que significa “inclinação”, “clima”, “climatério”, sendo o significado mais comum “cama”. De *klyne* também vem o termo “clínico”. Clínica é a atividade realizada à beira do leito do paciente. É sempre uma atividade concreta e individual. A sua missão consiste em diagnosticar e tratar um paciente concreta e especificamente. Nesse aspecto, difere da Patologia, que é o estudo das morbidades, sendo importante ressaltar que a espécie (a patologia) é universal, mas o doente é particular.

A lógica da Patologia, de acordo com os gregos antigos, é “apodítica” e “demonstrativa”, tem um valor de verdade semelhante aos dos teoremas matemáticos (detalhar), não admite erros tampouco incertezas, ao contrário da lógica clínica, que é permeada pela incerteza<sup>101</sup>.

O médico nunca será capaz de esgotar a riqueza de uma realidade concreta. Por essa razão, o julgamento no raciocínio clínico contemplará, no limite, probabilidades. A relação clínica entre médico e paciente sempre será contextualizada na incerteza. A certeza é impossível diante de tantas possibilidades que um cenário clínico pode promover, o que leva a afirmar que as decisões médicas não podem ser consideradas de forma irrefutável, sendo, no máximo, razoáveis. Essa razoabilidade é a ponderação criteriosa dos principais fatores intervenientes, de forma a reduzir ao máximo a incerteza.

Os gregos utilizavam a expressão ‘bouleusis’ para referir o processo de ponderação razoável de tomada de decisão, que significa ‘deliberação’. Delibera-se para tomar uma decisão razoável após longo e detalhado processo de análise, levando-se em conta o contexto e as consequências, para eleger saídas que possam ser consideradas prudentes<sup>102</sup>.

Deliberação e prudência são as duas condições básicas do raciocínio prático, da mesma forma que demonstração e certeza o são para o raciocínio teórico. Para os

---

<sup>100</sup> GRACIA, Diego. **Bioética mínima**. Madrid: Triacastela, 2019.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> Ibidem.

gregos antigos, o exemplo paradigmático de raciocínio teórico é a matemática e, no que se refere ao raciocínio prático, a ética, a política e as técnicas em geral<sup>103</sup>.

A clínica e a ética compartilham a mesma lógica, ambas usam um tipo de raciocínio semelhante cujas principais características são deliberação e prudência, em oposição à demonstração e à ciência. Ninguém pode afirmar que as decisões clínicas são completamente verdadeiras ou que precisem ser corrigidas no futuro, além disso, na prática clínica, dois experientes profissionais, deliberando sobre o mesmo caso, podem chegar a diferentes decisões, o que caracteriza o típico raciocínio prudente, pois admite mais de uma solução. O mesmo evento pode ser objeto de duas ou mais decisões, sendo todas prudentes, o que é próprio da Clínica e da Ética.

O processo deliberativo consiste em pesar os princípios, os valores e as consequências que podem resultar da decisão. Exige escuta atenta, esforço para compreender a situação, interesse pelo problema, proteção dos valores ao máximo e decisões prudentes, submetendo-se, ao final, a decisão ao teste de consistência para saber se efetivamente foi boa<sup>104</sup>.

O julgamento moral, assim como o julgamento clínico feito pelo médico, é essencialmente empírico e concreto. Ambos seguem o princípio de que a realidade concreta é sempre mais rica do que a capacidade intelectual e, portanto, vai muito além da inteligência.

O processo de tomada de decisão em Medicina não equivale a uma equação matemática pura, antes deve implicar uma análise cuidadosa e ponderada dos principais fatores envolvidos. Isso é o que tecnicamente é chamado de deliberação. A deliberação clínica é realizada pelo profissional médico diante de um paciente específico que apresenta um quadro que admite posições distintas quanto à decisão a ser tomada. Na deliberação ética, essas posições técnicas geram conflitos de valores. A deliberação ética, por ser ainda pouco conhecida no Brasil, é mais complexa e difícil, sendo que sua falta acarreta um risco maior para a decisão a ser tomada, com uma grande chance de que esta seja imprudente<sup>105</sup>.

A tomada de decisão em Medicina exige deliberação. Há profissionais que tomam decisões de forma reflexa, rapidamente, sem passar por um processo cauteloso deliberativo (avaliando criteriosamente o paciente, ouvindo-o, identificando

---

<sup>103</sup> GRACIA, Diego. **Bioética mínima**. Madrid: Triacastela, 2019.

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> Ibidem.

os valores do paciente), baseando-se tão somente no chamado “olho clínico”, cuja credibilidade traduziria, em tese, sua “vasta experiência”, como se isso fosse suficiente para indicar competência profissional elevada e habilidade para “boas tomadas de decisões”.

Para Pose<sup>106</sup>, o método deliberativo é baseado no conceito de valor e assume uma perspectiva do construtivismo axiológico, que se baseia na ética formal dos bens e na obra de Xavier Zubiri, para quem é possível construir e justificar de forma racional, individual e coletiva, pela deliberação, uma escala de valores objetiva, universal e hierárquica. Pela deliberação, é possível universalizar categorias morais não apenas subjetivamente, mas também intersubjetivamente, por meio de um diálogo inclusivo de todos os seres humanos.

De acordo com Zoboli<sup>107</sup>, deliberar significa realizar consideração cuidadosa sobre os prós e os contras de uma determinada decisão, antes de adotá-la, ou seja, trata-se de decidir claramente antes de agir.

Na Medicina, o resultado lesivo nem sempre é resultante de uma má conduta profissional, portanto onexo de causalidade entre ação e resultado precisa ser analisado no contexto do processo de tomada de decisão. As decisões, neste âmbito, não podem ser fruto de uma experiência profissional apenas ou de uma intuição, que até são aspectos importantes, mas precisam estar associados a instrumentos éticos, como, por exemplo, o método deliberativo.

A deliberação é um processo que envolve todos os participantes de uma decisão, reconhecendo-os como agentes morais válidos. Nesse processo, cada indivíduo é obrigado a fundamentar seus próprios pontos de vista e também a ouvir as razões dos outros envolvidos. O objetivo da deliberação não é, necessariamente, chegar a um consenso, mas sim enriquecer a perspectiva individual com a contribuição dos outros, o que aumenta a maturidade da decisão, tornando-a mais sábia e prudente. Em um grupo de deliberação, é comum que os membros tenham opiniões divergentes sobre a solução final do caso em apreço. No entanto, o confronto

---

<sup>106</sup> POSE, Carlos. **Bioética de la responsabilidad**: de Diego Gracia a Xavier Zubiri. Madrid: Triacastela, 2011.

<sup>107</sup> ZOBOLI, Elma Lurdes Campos Pavoni. Bioética clínica na diversidade: a contribuição da proposta deliberativa. Revista **Bioethikos**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 49-57, 2012.

entre suas razões e argumentos modifica a percepção do problema por todos os envolvidos. Esse é o ganho do processo de deliberação.

É importante ressaltar que as decisões morais não são totalmente racionais, uma vez que sofrem a influência de sentimentos, valores, crenças e outros fatores. No entanto, devem ser razoáveis, ou seja, sábias e prudentes. A deliberação é o principal procedimento para alcançar esse objetivo. A deliberação obriga o indivíduo a considerar os outros, respeitando suas diferentes crenças e valores, e o encoraja a justificar seus próprios pontos de vista. Esse método tem sido tradicionalmente aplicado na Medicina Clínica, ao longo da História Ocidental, e também deveria ser o principal procedimento para a Ética Clínica<sup>108</sup>.

Conceitualmente, a deliberação é uma ação intelectual que tem por objetivo eleger um curso de ação ou tomada de decisão prudente. Parte do princípio que não existem decisões tão absolutas que não possam ser modificadas, na tentativa de identificar a melhor decisão possível para cada caso que apresenta um conflito de valores.

#### 4.1.1 Valores

Valorar é uma necessidade humana básica, portanto, é uma condição biológica tanto quanto tantas outras condições biológicas que possibilitam a experiência humana, como perceber algo, lembrar, imaginar ou pensar. Ninguém, em estado consciente, vive sem valorar. É uma necessidade natural da existência humana. Sem valorar, nossa vida seria impossível, e isso se dá por razões estritas de sobrevivência. Essa teoria começou a ganhar consistência e clareza na segunda metade do século XIX, com a obra de Charles Darwin. A Teoria da Evolução afirma que é o ambiente, por meio de seleção natural, que determina a importância das características do indivíduo ou de suas variações, sendo que os organismos mais bem adaptados a esse ambiente têm maiores chances de sobrevivência, deixando um número maior de descendentes.

Os valores são básicos ou elementares. Antecedem as normas, as leis e os princípios de ação. As normas, leis e princípios decorrem do processo de valoração

---

<sup>108</sup> GRACIA, Diego. **Bioética mínima**. Madrid: Triacastela, 2019.

que é, portanto, de natureza primária. A valoração se dá continuamente, o cotidiano e a ação humana não existem sem valoração.

Na vida, tudo é objeto de estima ou apreço. A menor coisa pode ser valorada ou desprezada (desvalorada). Nessa perspectiva, é possível afirmar que qualquer fato ou objeto suporta valores. Fato e valor andam juntos, sem fato não há valor. E todo fato carrega ou sustenta valores. Na vida humana não há nenhuma ação sem valor, tudo ostenta valor. Mas fato e valor são distintos. Por exemplo: uma nota de cem reais é um papel moeda, isto é um fato. A nota tem o valor de 100 reais, como este valor não é visto naturalmente no papel moeda, precisa estar escrito e compreendido como tal. O valor pode ser alterado sem que se altere o fato, nisso consiste a desvalorização (desvalorização).

A partir desses dados elementares, podemos concluir que a valoração é um processo mental realizado pelo ser humano para atingir um objetivo biológico e vital: a sobrevivência. Essa conexão é realizada por meio do sistema nervoso central (SNC).

O sistema nervoso é uma estrutura que se relaciona com o meio ambiente. Surge muito cedo no embrião, na terceira ou quarta semana após a fecundação, como um espessamento (conjunto de células que se proliferam por divisões mitóticas) longitudinal do ectoderma denominado placa neural. Ao invaginar-se, essa placa se transforma em goteira (ou sulco) neural e, posteriormente, em tubo neural. Portanto, embriologicamente, provém da lâmina blastodérmica mais externa denominada ectoderma, que é a mesma que origina a pele. Por esse caráter de margem ou borda, faz relação com o meio ambiente<sup>109</sup>.

O movimento nos seres vivos não depende de um sistema nervoso central, como no caso das plantas, por exemplo, mas a capacidade de previsão e planejamento ou estratégia do movimento, sim. Portanto, o sistema nervoso dos animais orienta a faculdade de “previsão”. No ser humano, esta condição adquire características diversas e muito peculiares, porque a mera antevisão torna-se “projeção”. Em síntese, o ser humano antecipa os acontecimentos, mas não só isso, ele projeta suas ações<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> GRACIA, Diego. **La cuestión del valor**. Madrid: Real Academia de Ciências Morales, 2011.

<sup>110</sup> GRACIA, Diego. **Construyendo valores**. Madrid: Triacastela, 2013.

A projeção difere da mera antecipação porque é mediada e essa é uma característica peculiar dos seres humanos, chamada de inteligência humana. A partir do ponto de vista biológico, a inteligência é uma faculdade de projeção. O projeto não é apenas intelectual, mas também emocional. As emoções também têm uma origem evolutiva. Essa condição é imanente nos demais animais e, nestes, sua função é claramente previdente.

A percepção não depende apenas dos sentidos, também decorre da análise das situações e do ambiente, ou seja, das emoções. As emoções são sinais de proteção e defesa do organismo. Situações perigosas ou arriscadas geram emoções aversivas e vice-versa<sup>111</sup>.

Nos seres humanos, as emoções puramente biológicas atingem um nível diferenciado das demais espécies não humanas. Os indivíduos da espécie humana são dotados de uma competência chamada “estimativa” ou “valorativa”, que transforma emoções puramente biológicas em algo distinto. As emoções puramente animais têm função preventiva e protetora, as emoções estimativas ou valorativas são projetivas<sup>112</sup>.

Um projeto humano é intelectual, mas também valorativo. Ambos os elementos são essenciais, pois sem um deles, o projeto falharia sistematicamente e, com ele, a própria realidade biológica que o apoia. É importante saber qual é o problema fundamental da Ética. A Ética trata de conflitos morais. E como manejar esses conflitos e tomar uma decisão adequada? Por meio da deliberação.

A deliberação se dá justamente para contribuir com a resolução do conflito, para identificar a decisão a tomar. O conflito de valores indica que não há como proteger todos os valores em jogo. Valores não são objeto da Ética e sim de uma disciplina chamada Axiologia. São os valores que efetivamente constituem a essência humana. Só há vida humana porque valoramos. Ninguém vive sem valorar e o valor é algo que precisa ser protegido<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> GRACIA, Diego. **Construyendo valores**. Madrid: Triacastela, 2013.

<sup>112</sup> GRACIA, Diego. **Bioética mínima**. Madrid: Triacastela, 2019.

<sup>113</sup> Ibidem.

#### 4.1.2 Deveres

Do grego “*déon*”, o dever é um dos conceitos chaves para a Ética de todos os tempos. Não é marcado apenas pela tendência inata para ótimo, mas também pelo conhecimento da situação vivenciada, a análise minuciosa das circunstâncias do ato e a consideração de suas consequências. É por isso que os deveres em Aristóteles sempre têm uma função concreta e são fruto de um difícil exercício intelectual, o qual o filósofo denominou “deliberação”<sup>114</sup>. Por meio da deliberação se alcança a virtude moral por excelência, a prudência.

Isso significa dizer que a vida moral tem agrega um caráter constitutivo anterior a qualquer iniciativa do ser humano e outra parte operativa, que consiste no exercício e operação das próprias capacidades.

Os deveres obrigam a realização de ações, a identificação dos cursos de ações e a eleição do melhor curso de ação possível ou o ótimo. Os deveres sinalizam para três cursos de ações: cursos extremos, cursos intermediários e curso ótimo.

Os cursos extremos não são os melhores, pois não conseguem proteger todos os valores em conflito, mas apenas um entre dois valores conflitantes, como no caso em que o paciente recusa um tratamento e o médico não considera sua vontade e institui o tratamento, atitude essa baseada na crença apenas do médico sem considerar a crença do paciente.

Os cursos intermediários são os que podem sinalizar decisões prudentes, tratando-se de saídas diversas que consideram as condições reais de cada caso, sendo previamente pensadas e analisadas as consequências de cada percurso. A construção desses cursos abrange, necessariamente, todos os envolvidos na questão, que participam com seus valores, crenças e sentimentos.

O curso ótimo é o que, finalmente, pode ser aplicado, pois, diante das circunstâncias, é o que melhor protege os valores e lesa o mínimo possível. Mesmo sendo eleito este curso como ótimo, haverá uma etapa para verificar se a escolha se sustenta, que é o teste de consistência<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> GRACIA, Diego. **Bioética mínima**. Madrid: Triacastela, 2019.

<sup>115</sup> GRACIA, Diego. **Construyendo valores**. Madrid: Triacastela, 2013.

#### 4.1.3 Teste de Consistência

Esta é a última etapa do método deliberativo e consiste em saber se a decisão tomada é prudente. Há três condições essenciais para que a decisão possa ser considerada prudente: (i) publicidade, (ii) temporalidade, (iii) legalidade<sup>116</sup>.

A publicidade é a exposição do caso, quando necessário, a um juiz ou de alguma outra forma, em que se considera a condução do caso: se o profissional demonstrou ter agido diligente e cautelosamente, usando a melhor evidência e os recursos disponíveis de forma racional, se considerou valores e crenças do paciente e de seus familiares ou cuidadores, se envolveu todos os profissionais ligados ao caso, se foram realizadas reuniões clínicas com as equipes e conferências familiares, se foram adotados todos os cuidados para o planejamento correto da conduta médica.

A temporalidade contempla a maneira emocional como o profissional conduziu o caso, se administrou bem as pressões externas e elaborou seu raciocínio clínico de forma clara, estabelecendo as etapas da decisão com segurança.

A legalidade é o momento em que se verifica se a decisão considerada ótima não conflitua com a ordem jurídica ou se feriu alguma norma, lei, regulamento, portaria. A decisão tomada precisa atender à legalidade<sup>117</sup>.

A deliberação moral é uma estratégia ético-clínica para identificar uma decisão prudente em casos complexos. Com essa estratégia, podem ser analisados todos os passos de uma ação médica perante o paciente que busca tratamento. Oferece, ainda, melhores subsídios para o julgamento sobre a responsabilidade médica e, em especial, sobre a perda de uma chance.

A ciência médica tem características bem peculiares que a tornam complexa, mas ao adotar estratégias adequadas, o processo decisório pode ser melhor compreendido e, portanto, avaliado por um observador externo. Deliberar, do ponto de vista técnico, é um excelente método que conduz a decisões prudentes, fruto de uma dinâmica participativa entre o médico, a equipe e o paciente, envolvendo também os familiares deste, que possuem como objetivo maior eleger uma decisão tecnicamente adequada, responsável, legalmente amparada e ética.

---

<sup>116</sup> GRACIA, Diego. **Bioética mínima**. Madrid: Triacastela, 2019.

<sup>117</sup> GRACIA, Diego. **Construyendo valores**. Madrid: Triacastela, 2013.

## CONCLUSÕES

A clássica relação entre médico e paciente tem acompanhado o ritmo das transformações da vida em sociedade. As relações verticais e paternalistas vêm sendo substituídas por relações mais horizontalizadas, que prezam a multidisciplinariedade e dão espaço a valores diversificados, também no cenário médico, o que tem modificado a forma de tomar decisões. Os problemas éticos, quase ilimitados no contexto da saúde, levam o médico a refletir sobre novas habilidades. Além do conhecimento científico e habilidade prática para executar com excelência a arte médica, tornou-se essencial que o médico inclua em seu repertório conhecimentos ético-clínicos para fundamentar suas decisões.

O aumento da judicialização na saúde, sobretudo implicando a relação entre médico e paciente e também a Medicina defensiva, traz muito sofrimento moral ao médico e afronta igualmente a dignidade da pessoa humana de quem está na condição de paciente.

Desde o surgimento da Teoria de Perda de Uma Chance, tornaram-se inúmeros os questionamentos, muitos deles criados em função da possibilidade da insegurança jurídica, levando a aventureiras pretensões e gerando consequências catastróficas. Parte desse receio advém de uma dificuldade de superar ideias ultrapassadas em matéria de responsabilidade civil. Ainda é muito forte a ideia do tudo ou nada, sob o argumento de que ou bem existe nexo causal entre a conduta e o dano ou nada deve ser reparado, o que impede a possibilidade de identificação e reparação de outras formas de dano que não são centradas apenas no resultado final da ação.

A defesa da mencionada teoria é válida porque não se presta a reparar danos fantasiosos, estimulando demandas judiciais tendenciosas. Sob seu viés, não se intenciona acolher meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja indenização é vedada pelo artigo 403 do Código Civil, mas sim a reparação de um dano concreto, gerado pela perda de uma possibilidade exitosa.

Diante dos temas analisados, este trabalho suscitou algumas reflexões:

a) O médico deve sempre observar o dever de cautela, usar o conhecimento e a habilidade técnica com prudência, maximizar a beneficência médica, respeitar a

autonomia do paciente e promover uma assistência digna, sem deixar de explorar os métodos diagnósticos e terapêuticos disponíveis;

b) A ciência médica não é exata, exige, portanto, maior cautela em relação aos casos clínicos para que o paciente não deixe de receber o tratamento adequado, a informação correta e os devidos encaminhamentos para restaurar a sua saúde ou obter o controle dos sintomas que o aflige;

c) O Direito precisa pautar-se em referências ou conhecer diretrizes que possam demonstrar a conduta do médico de forma clara e compreensível, sem adentrar no mundo da ambiguidade e das incertezas médicas;

d) O instituto da Perda de uma Chance é de grande importância para proteger o paciente e os profissionais, cujo alcance deveria ser ampliado para casos de diagnósticos inadequados que afetam a qualidade de vida do paciente e geram elevados custos financeiros, emocionais e morais, em função da má qualidade de vida do paciente que deixou de ser bem orientado, diagnosticado e tratado no momento em que procurou o serviço médico;

e) O método da Deliberação Moral não tem o condão absoluto de assegurar que o paciente não perderá a chance de ter sua saúde recuperada ou sua morte evitada, mas se o médico empregá-lo para a tomada de decisão nos casos clínicos, o paciente receberá o melhor tratamento possível e, muito provavelmente, o tratamento humanizado adequado à sua necessidade clínica, ao mesmo tempo que a conduta médica deliberativa lhe propiciará proteção jurídica e moral;

f) O método da Deliberação Moral também tem função pedagógica, pois pode promover uma tomada de decisão de alto envolvimento, com maior probabilidade de ser a melhor decisão, portanto;

g) A implementação da cultura deliberativa na prática clínica, nos termos aqui expostos, promoverá a transformação do cenário de uma Medicina defensiva para uma Medicina humanizada.

A Medicina já experimentou várias “revoluções” ao longo de sua história, contudo nenhuma delas esteve voltada para a inserção de valores. Estamos na era da ética da responsabilidade ou ética do dever e, neste contexto, precisamos entender que nosso principal dever é proteger valores.

Tanto o instituto da Perda de uma Chance quanto o método da Deliberação Moral constituem um justo meio para contemplar situações que não são identificadas nas análises e julgamentos de tomadas de decisões médicas que exigem maior conhecimento sobre situações potenciais e que podem tirar do indivíduo a oportunidade de ver atendida sua legítima pretensão, mesmo considerando que o futuro é contingente, sendo exatamente por essa característica que é preciso deliberar. A deliberação tem significativo valor diante do futuro desconhecido para afastar ao máximo as incertezas e as ambiguidades que fazem parte da assistência clínica.

Este trabalho insere o tema da deliberação no campo jurídico, cabendo novos estudos para que seja melhor compreendido e aplicado nas decisões jurídicas no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, José Dias de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ASSUMPÇÃO, Bruno Gomes de. A política pública de saúde no Brasil e as sociedades cooperativas de trabalho médico: um diálogo contemporâneo e necessário. *In*: FOLLMANN, José Ivo; GÁDEA, Carlos A.; LACERDA, Luiz Felipe (org.). **Políticas públicas: debates sociológicos pontuais**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BEAUCHAMP, Tom L. A Defense of the Common Morality. **Kennedy Institute of Ethics Journal**, [s. l.], v. 13, n. 3, p. 259–274, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1353/ken.2003.0019>. Acesso em: 28 set. 2023.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de Fixação de Valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BLAGG C. R. Belding Hibbard Scribner, the individual: a brief biography. **J Nephrol.** [s. l.], v. 19, n. 10, p. 127-131, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOTELHO, Fernanda Cangussu; FRANÇA, Ivan. Como a atenção primária à saúde pode fortalecer a alimentação adequada enquanto direito na América Latina? **Revista Panamericana de Salud Pública**, [s. l.], v. 42, p. 1-6, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2018.159>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. STJ. **Recurso Especial n. 788.459/BA** 2005. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num\\_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF). Acesso em: 22. set. 2023.

BRASIL. STJ. **REsp n. 1857098-MS** 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. **Para entender a gestão do SUS**: Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: [s. n.], 2003.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la responsabilidade civil**. 9. ed., ampl. y act. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. Disponível em: <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=2171>. Acesso em: 09 out. 2023.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CARREIRO, Natália Maria Soares. **Mediação Bioética**: busca de soluções compartilhadas para resolução de conflitos bioéticos. Universidade de Brasília, [s. l.], 2011. Portal EducaCapes. acessado em 10 out de 2023. <http://www.educapes.capes.gov.br>

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CESAR, Chester Luiz Galvão; GOLDBAUM, Moisés. Usos de serviços de saúde. *In*: CESAR, Chester Luiz Galvão; CARANDINA, Luana; ALVES, Maria Cecília Goi Porto; GOLDBAUM, Moisés. **Saúde e condição de vida em São Paulo**: inquérito multicêntrico de saúde no Estado de São Paulo: ISA-SP. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da USP, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico ESMPU**, [s. l.], v. 2, n. 8, p. 151–161, 2003. Disponível em: <https://x.gd/to7yl>. Acesso em: 18 jul.2023.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon. **Saúde no Brasil**: políticas e organização de serviços. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM n. 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

CORTES, Soraya Maria Vargas. Construindo a possibilidade da participação dos usuários: conselhos e conferências no Sistema Único de Saúde. **Sociologias**, [s. l.], n. 7, p. 18-49, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222002000100002>. Acesso em: 17 set. 2023.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil.** v. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil.** v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FIGUEIREDO, Antônio Macena. O ensino da bioética na pós-graduação stricto sensu da área de ciências da saúde no Brasil. Universidade de Brasília, [s. l.], 2011. **Revista Brasileira de Pós Graduação**, v. 8. n. 15.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito: responsabilidade civil.** v. 3. 9/17. ed. São Paulo: Saraiva/ Saraiva Educação, 2011/2019.
- GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. **Revista HCPA**, [s. l.], v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006.
- GOMES, Doris; APARISI, Juan Carlos Siurana. Deliberação Coletiva: uma contribuição contemporânea da bioética brasileira pra as práticas do SUS. **Trabalho, Educação e Saúde**, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 347-371, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00052>. Acesso em: 18 de ago. 2023.
- GRACIA, Diego. **Bioética mínima.** Madrid: Triacastela, 2019.
- GRACIA, Diego. **Construyendo valores.** Madrid: Triacastela, 2013.
- GRACIA, Diego. **La cuestión del valor.** Madrid: Real Academia de Ciências Morales, 2011.
- GRACIA, Diego. **Procedimientos de decisión en ética clínica.** Madrid: Triacastela, 2010.
- GUADERER, Dr. E. Christian. Os direitos dos pacientes. **Revista Brasileira de Educação Médica**, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 32-34, 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1981-5271v17.2-006>. Acesso em: 17 set. 2023.
- HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [s. l.], v. 13, n. 13, p. 340-399, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/417/324/921>. Acesso em: 15 set. 2023.
- HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [s. l.], v. 11, n. 3, p. 405–436, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2019.113.08>. Acesso em: 15 set. 2023.

HEIMANN, L.; IBANHEZ, C.; BARBOZA, R. **O público e o privado na saúde**. São Paulo: Hucitec, 2010.

JÓLLUSKIN, Gloria; TOLDY, Teresa. Autonomia e Consentimento Informado: Um Exercício de Cidadania? **ANTROPOlógicas**, [s. l.], v. 12, p. 44-51, 2011.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de Saúde: origens, componentes e dinâmicas. *In*: GIOVANELLA, Lígia; *et al.* (org.). **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

MACINKO, James; DOURADO, Inês; GUANAIS, Frederico C. Doenças Crônicas, Atenção Primária e Desempenho dos Sistemas de Saúde: diagnósticos, instrumentos e intervenções. **Textos para Debate Banco Interamericano de Desenvolvimento**, [s. l.], n. novembro 2011, p. 33, 2011.

MAIA SANCHEZ, Raquel; MESQUITA CICONELLI, Rozana. Conceitos de acesso à saúde. (Spanish). **Revista Panamericana de Salud Pública**, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 260–268, 2012. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lth&AN=85389304&lang=es&site=eds-live>. Acesso em: 17 set. 2023.

MENDES, V. **Qualidade no Sistema Nacional de Saúde, evolução recente e perspectivas futuras**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, Escola Nacional de Saúde Pública, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos**. Brasília: [s. n.], 2009.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: introdução geral**. Apointamentos das aulas. Lisboa: [s. n.], 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORENO, Arlinda B.; FAERSTEIN, Eduardo.; WERNECK, Guilherme.; LOPES, Claudia.; CHOR, Dóra. Propriedades psicométricas do Instrumento Abreviado de Avaliação de Qualidade de Vida da Organização Mundial da Saúde no Estudo Pró-Saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, [s. l.], v. 22, n. 12, p. 2585-2597, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2006001200009>. Acesso em: 06 set. 2023. <http://www.cielo.br>

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Curso de Direitos Fundamentais**. Leme: Mizuno, 2022.

NEUHAUSER, D. Heroes and martyrs of quality and safety: Ernest Amory Codman mD. **Qual Saf Health Care**. 2002 [citado 20 ago 2023]; 11:104-5, 2002. Disponível em <http://qualitysafety.bmj.com/content/11/1/104.full.pdf+html>. Acesso em: 05 nov. 2023.

NORONHA, J.; SANTOS, I.; PEREIRA, T. Relações entre o SUS e a saúde suplementar: problemas e alternativas para o futuro do sistema universal. *In*: SANTOS, NR; AMARANTE, PDC (org.). **Gestão pública e relação público-privado na saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2011. Caderno de Saúde Pública do Rio de Janeiro. v 15. n 2. pg 229-259.

PEIRANO FACIO, J. **Responsabilidad extracontractual**. 3. ed. Bogotá: Themis, 1981.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIBER, Ronaldo Souza. **O letramento em saúde para uma eficaz obtenção do consentimento informado**. 112 f. 2023. Universidade Santo Amaro, [s. l.], 2023. Dissertação de Mestrado em Direito Médico.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Tutela judicial do direito fundamental à saúde: interpretando a Constituição a partir do projeto democrático brasileiro. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.). **Jurisdição e Questões Controvertidas de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013.

PONTE, Antonio Carlos da; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Redes interfederativas de serviços de saúde e controle do Ministério Público: o papel dos estados no SUS. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 315-330, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5585/rdb.v18i7.790>. Acesso em: 10 ago. 2023.

POSE, C. **Bioética de la responsabilidad**: de Diego Gracia a Xavier Zubiri. Madrid: Triacastela, 2011.

RÉPUBLIQUE FRANCAISE. COUR DE CASSATION. CHAMBRE CIVILE 1. **N° de pourvoi: 88-14.797** 1990. Disponível em: <https://x.gd/O1zee>. Acesso em: 22 set. 2023.

RÉPUBLIQUE FRANCAISE. COUR DE CASSATION. CHAMBRE CRIMINELLE. **N° de pourvoi: 74-92.118** 1975. Disponível em: <https://x.gd/uNPka>. Acesso em: 22 set. 2023.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SAMPAIO, Nícia Regina. **A saúde como um direito fundamental no Estado Social de Direito**. 89 f. 2003. Universidade de Lisboa, [s. l.], 2003. Disponível em: <https://abre.ai/gHVk>. Acesso em: 14 set. 2023.

SANTOS, João Barberino. Ouvir o paciente: a anamnese no diagnóstico clínico. **Brasília Médica**, [s. l.], v. 36, n. 3/4, p. 90-95, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Josimário João da; PIBER, Ronaldo. Misthanasia: Bioethical Reflections on the Cruel Face of Human Indifference. *In*: BOTRUGNO, Carlo; RAYMUNDO, Marcia Mocellin; RE, Lucia (org.). **Bioethics and Racism: practices, conflicts, negotiations and struggles**. Berlin: De Gruyter, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/9783110765120-010>. Acesso em: 06 set. 2023.

SILVA, Taynara Larissa da; DIAS, Feliciano Alcides. A teoria da perda de uma chance: critérios de aplicação e breve análise acerca da recente admissão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da ESMESC**, [s. l.], v. 23, n. 29, p. 63, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v23i29.p63>. Acesso em: 27 set. 2023.

SKEFF K.M.; STRATOS G. A. **Methods for Teaching Medicine**. Philadelphia, PA: American College of Physicians; 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O erro médico e a responsabilidade civil – parte 1**. Gen Jurídico, 2020. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br> Acesso em: 05 nov. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia (coautora). **Código Civil interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIEIRA, Luiza Chaves. Responsabilidade Civil Médica. **RDC**, São Paulo, n. 3, p. 147-159, jan./fev. 2000. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDC\\_03\\_147.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_03_147.pdf). Disponível em 09 out. 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. New York: [s. n.], 1946.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários de Saúde**. Alma-Ata: [s. n.], 1978. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_alma\\_ata.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf). Acesso em: 14 set. 2023.

XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões Sobre o Jusnaturalismo e o Direito Contemporâneo. **Cadernos de Direito**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 157-165, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v1n1p157-165>. Acesso em: 06. set. 2023.

ZOBOLI, Elma Lurdes Campos Pavone Bioética clínica na diversidade: a contribuição da proposta deliberativa. Revista **Bioethikos**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 49-57, 2012.