

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
MESTRADO EM DIREITO**

Vinicius de Negreiros Calado

Negligência informacional médica:
um estudo interdisciplinar dos julgados do Superior Tribunal de Justiça

**RECIFE
2012**

Vinicius de Negreiros Calado

Negligência informacional médica:
um estudo interdisciplinar dos julgados do Superior Tribunal de Justiça

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como um dos requisitos à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves

Co-orientador: Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira

**RECIFE
2012**

C141n

Calado, Vinícius de Negreiros

Negligência informacional médica : um estudo interdisciplinar dos julgados do Superior Tribunal de Justiça / Vinícius de Negreiros Calado ; orientador Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves ; co-orientador Roberto Wanderley Nogueira, 2012.

283 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2012.

1. Responsabilidade. 2. Boa fé. 3. Análise crítica do discurso. 4. Médico e paciente. 5. Ética médica. I. Título.

CDU 34:614.253 .

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

Negligência informacional médica:
um estudo interdisciplinar dos julgados do Superior Tribunal de Justiça

Vinicius de Negreiros Calado

Dissertação defendida e aprovada em
11 de abril de 2012, como requisito
final à obtenção do título de Mestre em
Direito, pela Banca Examinadora
composta pelos seguintes professores:

Banca Examinadora:

**Presidente e Orientadora: Profa. Dra. Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves
(UNICAP)**

Co-orientador: Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira (UNICAP)

Examinador Externo: Prof. Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo (UFPE)

**Examinador Interno: Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior
(UNICAP)**

Examinadora Interna: Profa. Dra. Carolina Valença Ferraz (UNICAP)

Dedico este trabalho ao meu avô materno **Bráulio Penna Forte de Negreiros**
em seu centenário de nascimento (*in memoriam* 29 de fevereiro de 1912)
Devo a ele minhas mais felizes lembranças da infância.

*“VINICIUS, meu anjo
Ofereço esta para o amanhã de sua vida, lhe ajudar na sua educação, assim tenho
fé em nosso Deus Todo Poderoso, que chegará a formar-se, mas não terei a
felicidade de vê-lo formado, pois a esse tempo já terei morrido.
Beijos de teu voinho de sempre – Bráulio – 12/79”*
(Dedicatória feita na obra “Eu quero Saber – Moderna enciclopédia juvenil”)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela conclusão do presente trabalho, certo de que Ele colocou a pessoa certa a cada ponto do caminho percorrido para que o trabalho fosse concluído da melhor maneira possível.

Uma palavra de agradecimento para todas, e a cada uma, das pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão da presente dissertação, certamente é muito pouco para externar o sentimento de gratidão. Contudo, não posso deixar de fazê-lo, notadamente nominando as pessoas que diretamente contribuíram para essa minha tarefa.

Assim, agradeço a minha orientadora, a professora Virgínia Colares, pela confiança, amizade, disponibilidade, carinho e incentivo; ao professor Roberto Wanderley Nogueira pelo incentivo constante desde a graduação em Direito; ao professor Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, pelas contribuições e indicações bibliográficas e aos professores do programa de quem fui aluno, por todas as lições, recomendações e incentivo: Jayme Benvenuto Lima Júnior, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, Marília Montenegro Pessoa de Melo, José Soares Filho, Stéfano Toscano, Sérgio Torres Teixeira e Walber de Moura Agra.

Não posso deixar de agradecer a minha esposa Luciana pela compreensão e apoio, principalmente pelas incontáveis horas que tive que dedicar ao trabalho acadêmico nos finais de semana e feriados.

Agradeço ao amigo Eduardo Dantas, cuja biblioteca me foi aberta sem reservas, e as amigas Maria Rita Holanda e Catarina Oliveira pela frutífera troca de idéias, pelo apoio e sugestões.

Agradeço ainda aos colegas do mestrado pelo estímulo constante, em especial ao amigo José Antônio Albuquerque Filho.

Agradeço especialmente ao amigo e sócio José Diógenes C. de Souza Júnior pela compreensão de meu interesse e dedicação à Academia, mesmo quando esses me afastam da militância diuturna de nossa advocacia privada.

Por fim, agradeço aos acadêmicos André Lucena e Elis Leão pelo apoio no levantamento bibliográfico e organização dos dados coletados.

RESUMO

O objeto de estudo da presente dissertação - negligência informacional médica - situa-se na esfera da responsabilidade civil médica, restringindo-se o escopo à esfera privada, que é compreendida majoritariamente, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como uma relação de consumo. A pesquisa empírica levanta as decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ em seu *site* na internet. A partir da filtragem lexical, é constituído um *corpus* constituído de oito julgados analisados a partir do eixo epistêmico da Análise Crítica do Discurso – ACD. Para tanto a revisão de literatura busca na dogmática jurídica suporte para compreender a responsabilidade civil médica pela violação do dever de informar. Estuda-se a natureza e o conteúdo da obrigação médica, além de analisar o direito subjetivo do consumidor à informação, bem como o dever de informar do médico contido em seu Código de Ética Médica. Investiga-se a importância do Termo de Consentimento Informado – TCI para a concreta autonomia e escolha livre e consciente do paciente-consumidor. A análise qualitativa do *corpus* viabilizou a caracterização da violação do dever de informar médico como uma negligência informacional.

Palavras-Chave: Análise Crítica do Discurso. Responsabilidade Médica. Dever de Informar. Termo de Consentimento Informado. STJ.

ABSTRACT

The object of this dissertation - informational medical negligence - locates itself in the sphere of medical liability, restricting the scope at the private sector, where is mostly understood, both by doctrine and case law, as a consumer relationship. The empirical research raises the decisions of the Superior Court of Justice - STJ from their website. From the lexical filtering, is constituted a *corpus* consisting of eight judgments, analyzed from the epistemic axis of Critical Discourse Analysis - ACD. The literature review seeks dogmatic support to understand the medical liability for violating the duty to inform. It studies the nature and content of medical obligation, and then analyzes the subjective right of consumers to information and the duty to inform of the physician contained in its Code of Medical Ethics. Investigates the importance of Informed Consent - TCI to concrete autonomy and free and conscious choice of the patient-consumer. The qualitative analysis of the corpus enabled the characterization of the violation of the physician's duty to inform as a informational negligence.

Keywords: Critical Discourse Analysis. Medical Liability. Duty to Inform. Informed Consent. STJ.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

art. por artigo

arts. por artigos

Cf. por confronto ou confira

Ex: exemplo

Id. por idem

Ibid. por ibidem

Ibid. igual ao anterior.

n. ou N^o por número

Obs. por observação

SIGLAS

ACD – Análise Crítica do Discurso

ACDJ – Análise Crítica do Discurso Jurídico

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AI – Agravo de Instrumento

Ag - Agravo

AgRg – Agravo Regimental

CC-02, CC, CC/02 e NCC – Código Civil de 2002 ou Novo Código Civil

CC/16– Código Civil de 1916

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CJF – Conselho da Justiça Federal

CEM, nCEM e NCEM – Código de Ética Médica ou Novo Código de Ética Médica

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

EDcl – Embargos Declaratórios

Min. – Ministro

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP- Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJPE - Tribunal de Justiça de Pernambuco

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO: ESCOLHAS E CAMINHOS TRILHADOS	16
1.1 Análise Crítica do Discurso – ACD em Norman Fairclough.....	16
1.2 O contexto jurídico e suas peculiaridades para Análise Crítica do Discurso Jurídico - ACDJ.....	22
1.3 A seleção e escolha do corpus.....	38
CAPÍTULO 2 – A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE	45
2.1 Breve histórico da medicina: do misticismo à ciência médica e do paternalismo ao contratualismo	45
2.2 Natureza obrigacional da relação médico-paciente.....	53
2.3. Legislação aplicável a relação médico-paciente	55
CAPÍTULO 3 – BOA FÉ E OBRIGAÇÃO MÉDICA	74
3.1 Boa fé subjetiva e boa fé objetiva: distinções necessárias	74
3.2 Boa fé como cláusula geral	76
3.3 Funções da boa fé aplicadas à relação médico-paciente.....	79
3.4 O processo obrigacional.....	84
3.5 Princípios decorrentes da boa fé na relação médico-paciente	86
3.5.1 Princípio da confiança e vulnerabilidade do consumidor	86
3.5.2 Princípio da transparência e o dever de informar	89
CAPÍTULO 4 - O DIREITO À INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE	92
4.1. A informação como direito do paciente consumidor	92
4.2. O dever de informar do médico no Código de Ética Médica	114
4.3. Termo de Consentimento Informado - TCI: autonomia e escolha do paciente-consumidor	125
CAPÍTULO 5 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	142
5.1 Natureza da responsabilidade médica	142
5.2 Culpa médica e ônus da prova.....	148
5.3 Fato do serviço médico	159
5.3.1 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva.....	159
5.3.2 Obrigações de meio e de resultado	166
5.3.3. Inversão do ônus da prova	175
5.3.4 Violação positiva do contrato pelo médico: cumprimento defeituoso	182
5.3.5 Excludentes de responsabilidade civil	184
CAPÍTULO 6 – APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DO CORPUS	192
6.1 Aspectos introdutórios.....	192
6.2 A análise qualitativa dos dados	194
6.2.1 O texto.....	194
6.2.2 O contexto	196

6.2.3 A prática social	200
6.3 Apresentação dos casos	207
6.4 Discussão e conclusões: a omissão no cumprimento do dever ético-jurídico do médico de informar como uma negligência médica	256
CONSIDERAÇÕES FINAIS	266
REFERÊNCIAS	272
APÊNDICE A – Práticas sócio-jurídicas do STJ inferidas da análise do <i>corpus</i>	282

INTRODUÇÃO

A relação jurídica privada entre o médico e o seu paciente é compreendida majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência como uma relação de consumo, sendo assim aplicáveis o Código de Defesa do Consumidor – CDC e o Código Civil - CC, à luz da Constituição Federal – CF, visto que em regra o médico e o paciente estão jungidos por força de uma relação obrigacional contratual, seja direta (contrato particular) ou indireta (através de um plano de saúde).

Justifica-se o estudo em virtude da massificação da relação médico-paciente, com o conseqüente aumento das demandas judiciais contra médicos e a adoção generalizada de uma “medicina defensiva” por parte dos profissionais que os afasta dos pacientes, numa já desgastada relação intermediada por planos de saúde que credenciam ou referenciam o médico.

Dessa relação médico-paciente decorrem direitos e deveres para ambos, mas, tendo em vista a vulnerabilidade (fática e legal) do paciente, sobressaem-se os deveres do médico, sendo objeto primordial do presente estudo o dever de informar, que é um dos componentes desse contrato de prestação de serviços médicos que se decompõe em conselhos, cuidados e abstenções.

Assim, o direito à informação do paciente faz parte desde o nascedouro dessa relação com o médico, que sendo considerado um fornecedor pelo CDC, deve cumpri-lo adequadamente.

Além das obrigações de ordem legal, deve o médico observar as regras deontológicas contidas no Código de Ética Médica – CEM, baixado pelo Conselho Federal de Medicina – CFM, através da Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009, vigente a partir de 13 de abril de 2010, do qual são sujeitos passivos os médicos, abrangendo a atividade médica considerada em si mesma, além das atividades de ensino, pesquisa e extensão. O CEM trata de inúmeras situações que implicam direta e indiretamente pacientes e instituições públicas e privadas, inclusive operadoras de planos de saúde, trazendo uma nítida preocupação com a autonomia

do paciente, contextualizando o exercício da sua vontade com recebimento de informações adequadas e claras, na mesma linha principiológica do Código de Defesa do Consumidor – CDC e das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Objetiva-se com o presente estudo analisar a caracterização da responsabilidade civil do médico no tocante à violação do dever de informar (direito à informação do paciente-consumidor), notadamente quanto à obtenção do consentimento do paciente e a prova de sua materialização, seja através do Termo de Consentimento Informado – TCI ou de outras formas judicialmente permitidas.

O levantamento dos dados que compõem o *corpus* do presente estudo operou-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, realizando-se a seleção dos julgados a partir de critérios objetivos através do mecanismo informatizado de busca da própria instituição contido em seu *site* na internet, que possibilitou filtragem lexical com precisão, de modo que se pudesse realizar um estudo mais específico do dever de informar incidente sobre os oito julgados que versam sobre a matéria, a partir do eixo epistêmico da Análise Crítica do Discurso – ACD que fundamenta o estudo qualitativo da pesquisa.

A decisão metodológica de adotar a Análise Crítica do Discurso - ACD como abordagem de trabalho para a presente dissertação de mestrado surgiu a partir da disciplina “Análise Crítica do Discurso Jurídico”, onde se verificou a importância da dimensão crítica na análise dos textos, notadamente dos textos jurídicos, a partir da teoria de Norman Fairclough que concebe a análise do discurso como sendo tridimensional, tendo como ponto de partida o texto (análise textual e linguística), seguindo-se a prática discursiva (prática social em relação às estruturas sociais) e a prática social (aquilo que as pessoas produzem ativamente e entendem com base no senso comum partilhado).

Assim, a análise dos julgados do STJ possibilita conhecer o posicionamento não apenas daquele tribunal, mas também dos tribunais de origem, identificando as

práticas adotadas, verificando ainda se está ocorrendo a aplicação do CDC, do CEM e em que medida considera-se adimplida a obrigação médica de informar.

No primeiro capítulo aborda-se a Análise Crítica do Discurso – ACD, tendo como marco teórico Norman Fairclough, analisando-se o contexto jurídico e suas peculiaridades, além de apresentar ao leitor a metodologia utilizada, destacando-se os critérios metodológicos da seleção do *corpus*, bem como a análise qualitativa dos dados através da teoria tridimensional do discurso de Norman Fairclough que aborda o texto, o contexto e a prática social.

No segundo capítulo inicia-se a abordagem dogmática estudando-se a relação jurídica médico-paciente, estabelecendo seus contornos iniciais e a legislação aplicável, destacando-se que com a evolução da medicina, passa-se de uma relação paternalista, onde o paciente era tutelado pelo médico, para uma relação contratualista em que o outro (o paciente) é reconhecido como sujeito de direitos, inexistindo a submissão, num verdadeiro compartilhamento do poder médico, com compromissos assumidos de parte a parte. Como a atuação médica tem como objeto o ser humano, sua dignidade há de ser preservada e protegida, assegurando-se o tratamento isonômico, consubstanciado, inclusive, com o direito à informação como pilar na equação consumidor-fornecedor, dado o enquadramento do médico no campo de incidência do CDC, além das normas do Código Civil de 2002, havendo dispositivos que expressamente tratam das obrigações, regras gerais contratuais, da prestação de serviço e da responsabilidade dos profissionais de saúde.

No terceiro capítulo analisa-se a importância da boa fé para a relação médico-paciente, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor, a confiança depositada e a necessária transparência nas relações de consumo, destacando-se o dever de informar como originalmente decorrente da boa fé objetiva e hoje alçado a condição de direito básico do consumidor.

O quarto capítulo trata do direito subjetivo do paciente à informação como direito básico do consumidor, bem como do dever de informar do médico contido em seu

Código de Ética Médica, além de analisar a importância do Termo de Consentimento Informado – TCI para a concreta autonomia e escolha livre e consciente do paciente-consumidor.

O quinto capítulo aborda a responsabilidade civil do médico, analisando a sua natureza jurídica, a questão da culpa médica e sua prova, além de discutir a clássica distinção entre obrigação de meio e de resultado, o fato do serviço médico no CDC e suas excludentes.

A apresentação e análise do *corpus*, que se constitui na abordagem empírica dos julgados, é feita no sexto capítulo, a partir da ACDJ, entabulando-se conclusões de ordem geral e específicas para cada um dos oito acórdãos componentes da pesquisa, onde são transcritos fragmentos e aplicadas as categorias de análise a partir do referencial teórico abordado, caracterizando-se o não cumprimento do dever de informar na relação jurídica médico-paciente como uma negligência médica, vez que a conduta normalmente esperada e considerada adequada consiste em prestar as informações ao paciente, sendo omissa o médico que não o faz, sendo sua conduta violadora de deveres preexistentes. O dever de informação do médico se caracteriza como uma obrigação de fazer, cuja violação se dá através de um ato omissivo. Ou seja, o médico deveria ter prestado a informação (ato comissivo), mas não o fez, caracterizando-se assim uma conduta culposa na sua espécie negligência, uma negligência informacional médica.

Na realidade brasileira, sob a égide do CDC, onde o paciente é sempre vulnerável e se exige uma conduta transparente e leal do médico-fornecedor, a simples omissão da informação já é suficiente para caracterizar a negligência informacional, vez que pautada a relação jurídica médico-paciente na boa fé objetiva, cuja omissão é capaz de violar a autodeterminação do paciente, deixando de garantir o acesso à informação, demonstrando-se o reconhecimento dessa negligência informacional nos julgados do STJ analisados.

CAPÍTULO 1 – ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO: ESCOLHAS E CAMINHOS TRILHADOS

1.1 Análise Crítica do Discurso – ACD em Norman Fairclough

A adoção da Análise Crítica do Discurso (ACD) como abordagem de trabalho para a presente dissertação de mestrado surgiu a partir das lições advindas da professora Virgínia Colares durante o curso, na disciplina “Análise Crítica do Discurso Jurídico”, onde verificou-se a importância da dimensão crítica na análise dos textos, notadamente dos textos jurídicos, para a compreensão das condições de interpretação nas atividades desenvolvidas no Poder Judiciário.

A professora no fecho de sua obra “Inquirição na Justiça: estratégias linguístico-discursivas” ao referir-se à pesquisa científica interdisciplinar entre linguagem e direito afirma que a “fecundidade desta linha de pesquisa, que se insinua, dependerá da adesão dos especialistas [...]”¹. É justamente este o objetivo da presente dissertação, qual seja, o de aderir à linha de pesquisa Análise Crítica do Discurso Jurídico do Grupo de Pesquisa Linguagem e Direito (CNPQ) do Programa do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco², liderada pela pesquisadora que teve a coragem de ousar estudar o discurso jurídico numa época que poucas vezes era trabalhado no âmbito da Linguística, e ainda fornecer diagnósticos estarecedores para a comunidade científica, notadamente no evento tomada de depoimento (TD).

¹ ALVES, Virgínia Colares Soares Figueirêdo. **Inquirição na Justiça: estratégias linguístico-discursivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 181.

² Sobre o Grupo de Pesquisa: “Este grupo busca discutir a construção do discurso jurídico no âmbito da doutrina, da jurisprudência e nas diferentes situações de interação na justiça. Partindo do pressuposto de que o domínio da relação entre a linguagem e a atividade jurisdicional se inscreve numa prática necessariamente transdisciplinar, estuda-se a linguagem como atividade cultural e seu funcionamento no Direito. Consideram-se tanto os estudos hermenêuticos de interpretação dogmática quanto as abordagens linguístico-discursivas nas quais, se destacam o papel das relações interpessoais, o papel do sujeito produtor do discurso jurídico, as estruturas de participação e os contextos sociais imediatos que interferem nos diversos processos de produção e circulação de sentido das ações linguísticas desenvolvidas no âmbito do funcionamento jurídico. Temos como meta construir coletivamente procedimentos teórico-metodológicos para análise dos textos produzidos pela e na justiça, reconhecendo alguns impasses epistemológicos e metodológicos que inquietam a cultura jurídica contemporânea.” Maiores informações sobre o Grupo de Pesquisa e suas linhas em: <http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhegrupo.jsp?grupo=1734601LV7GNX9>

A linha desenvolvida pela pesquisadora, como afirmado pela professora Mirian de Sá Pereira, é “definitivamente contemporânea do novo modo de pensar o direito pela interdisciplinariedade acadêmica”³, motivo pelo qual a ela enfileira-se a presente pesquisa.

Outrossim, cientes de que a ACD possui “um leque amplo de categorias descritivas e metodológicas”⁴, como primeiro passo visualiza-se a necessidade de estabelecer e fixar estes parâmetros de modo a desenvolver a pesquisa, pelo que elegeram-se como base e marco teórico central Norman Fairclough, passando a explicar adiante as bases de sua teoria e aplicação da ACD.

Um conceito fundamental para desenvolver um trabalho em ACD é a noção de discurso⁵. Assim, tomando como base e marco teórico Norman Fairclough, como mencionado anteriormente, temos que discurso é linguagem falada ou escrita, compreendendo-o como um modo de ação sobre o mundo e sobre os outros, uma prática e não apenas uma representação do mundo que se encontra numa relação dialética entre a prática social e a estrutura social e que é moldado e socialmente constituído. Dito de um modo mais simples: discurso é linguagem como prática social⁶.

Outrossim, os textos dependem dos recursos de seus membros⁷, pois não podem ser produzidos nem interpretados sem os recursos destes membros, que relacionam-se diretamente com a sua formação discursiva.

Para Fairclough a concepção tridimensional do discurso:

³ PEREIRA, Mirian de Sá. Apresentação. In ALVES, Virgínia Colares Soares Figueirêdo. **Inquirição na Justiça: estratégias linguístico-discursivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 16.

⁴ “inquestionável e que, hoje, continuam a dividir investigadores, teorias e metodologias de análise ...” PEDRO, Emília Ribeiro. *Análise crítica do discurso: aspectos teóricos, metodológicos e analíticos*. In PEDRO, Emília Ribeiro (Org). **Análise Crítica do Discurso**. Lisboa: Editorial Caminho, 1997. p. 33.

⁵ “Uma definição de discurso é certamente um tarefa árdua, talvez mais ainda do que a definição de outros conceitos, usados permanentemente na disciplina da Linguística, cujo significado referencial pareceu, durante largo tempo, claro e inquestionável e que, hoje, continuam a dividir investigadores, teorias e metodologias de análise ...” PEDRO, Emília Ribeiro. *Análise crítica do discurso: aspectos teóricos, metodológicos e analíticos*. In PEDRO, Emília Ribeiro (Org). **Análise Crítica do Discurso**. Lisboa: Editorial Caminho, 1997. p.19.

⁶ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 91.

⁷ Idem, *ibidem*. p. 100.

É uma tentativa de reunir três tradições analíticas, cada uma das quais é indispensável na análise de discurso. Essas são a tradição de análise textual e linguística detalhada na Linguística, a tradição macrossociológica de análise da prática social em relação às estruturas sociais e a tradição interpretativa ou microssociológica de considerar a prática social como alguma coisa que as pessoas produzem ativamente e entendem com base em procedimentos de senso comum partilhados.⁸

Neste sentido, a análise textual e linguística perfaz uma descrição e a análise da prática discursiva e da prática social uma interpretação.⁹

Na organização da análise textual Fairclough refere sete itens, dentre os quais quatro estão situados especificamente na tessitura textual e três são componentes da prática discursiva, mas que estão relacionados diretamente com a análise textual, são eles: vocabulário, gramática, coesão; estrutura textual; e, no segundo grupo, força dos enunciados (tipos de atos de fala); coerência e intertextualidade. Estes sete itens, então, constituem um quadro contendo a produção, interpretação e propriedades do texto¹⁰.

Na prática discursiva importa analisar os processos de produção, distribuição e consumo textual. No tocante a produção nem sempre é fácil identificar o produtor textual porque na complexidade do mundo contemporâneo, por vezes, aquele que figura como autor não o único responsável pelo texto. Já o consumo pode ser individual ou coletivo, dependendo significativamente dos contextos sociais onde são consumidos, dos modos de interpretação disponíveis e do processamento dos textos.¹¹

A dimensão sociocognitiva tem nítida relevância na interiorização do processamento pelos consumidores do texto, posto que os processos de produção e interpretação são restringidos pelos recursos disponíveis aos membros e pela natureza da prática social, asseverando Fairclough que devem ser fortemente exploradas as restrições, principalmente a natureza das práticas sociais.¹²

⁸ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 100.

⁹ Idem, ibidem. p. 101.

¹⁰ Idem, ibidem. p. 103-104.

¹¹ Idem, ibidem. p. 106-108.

¹² Idem, ibidem. p. 109.

A força de um texto ou de parte dele vem de seu componente acional, que é a ação que se realiza (atos de fala), como por exemplo, “julgo procedente”, “declaro nula a cláusula contratual”.¹³ Neste sentido, o contexto funciona como um fator importante na redução de ambivalências textuais, sendo a posição sequencial no texto uma forma de preditor de força, ajudando a explicar a carga e o peso daquela determinada palavra naquela situação, posto que fora daquele contexto, possivelmente, a interpretação não seria aquela.¹⁴

Assim, o contexto de situação mostra como o contexto afeta a interpretação do texto em qualquer caso particular, permitindo uma leitura da situação, uma verificação da assimetria de *status*, e a especificação dos tipos de discurso que serão relevantes para a análise.¹⁵

A coerência é tratada como uma propriedade dos textos, porém deve ser considerada como propriedade da interpretação, posto que um texto tido como coerente só faz sentido para o intérprete que nele enxerga este sentido, logo um texto coerente seria um texto cujas partes que o constituem são relacionadas com um sentido. Daí se depreende que uma leitura coerente depende dos princípios interpretativos a que se recorre, dependendo estes últimos da ordem do discursivo em que se situa o intérprete ou da comunidade que interpreta o texto.¹⁶ Assim, a coesão estabelece relações intratextuais (texto coeso) e a coerência estabelece relações interpessoais (leitura coerente). Nesse sentido explica Eduardo Bittar¹⁷:

Coesão e coerência são duas faces do mesmo problema para um texto. O texto emana coerência de seu leitor, desde que possua coesão de elementos em sua estrutura manifestada (sujeito, verbo, predicado, idéias logicamente interligadas, pronomes, advérbios devidamente distribuídos...).

Ou seja, a leitura coerente depende da aplicação dos princípios que regem a interpretação contidos na formação discursiva do intérprete. É por isso que um texto jurídico, em regra, não é inteligível, por exemplo, para um médico e vice-versa.

¹³ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 111.

¹⁴ Idem, ibidem. p. 112.

¹⁵ Idem, ibidem. p. 112.

¹⁶ Idem, ibidem. p. 113.

¹⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 349.

Em conclusão, Norman Fairclough afirma que as conexões e inferências advindas das ordens do discurso podem apoiar-se em pressupostos do tipo ideológico, fazendo com os sujeitos sejam assujeitados pelo texto que interpretam a partir destes horizontes.¹⁸

A intertextualidade é uma das maiores preocupações de Norman Fairclough na obra multireferida, considerando ele que esta é “a propriedade que têm os textos de ser cheios de fragmentos de outros textos”, cuja perspectiva intertextual denota a historicidade dos textos, classificando a intertextualidade em manifesta e constitutiva (também chamada de interdiscursividade), concebendo-a como um foco principal na análise do discurso,¹⁹ inclusive deste trabalho, dada a marcante característica intertextual dos acórdãos analisados.

Com sintética visão do pensamento de Norman Fairclough afirma José Antônio de Albuquerque Filho em sua dissertação de mestrado:

É a partir da concepção tridimensional do discurso de Fairclough que o texto, unidade mínima de comunicação, é analisado criticamente. No texto, podemos observar, por exemplo, se as decisões judiciais foram construídas com coesão textual, com entrelaçamentos significativos entre as partes do texto, com progressão textual e retomadas, considerando o vocabulário, a gramática e a estrutura textual; na dimensão da prática discursiva, podemos verificar se houve coerência na interpretação do emissor, ou seja, se o que foi dito pelo sujeito social teve sentido e não se apresentou de forma contraditória, bem como podemos analisar a força argumentativa dos enunciados, a heterogeneidade, através da intertextualidade e da interdiscursividade; no discurso como prática social, podemos identificar as atividades desenvolvidas pelos sujeitos sociais, como também as estratégias linguísticas utilizadas por eles na construção dos sentidos, suas escolhas lexicais e argumentativas, bem como o modo como a ideologia se apresenta nos enunciados.²⁰

No presente trabalho abordam-se algumas das categorias de análise propostas por Norman Fairclough, entrelaçando sua metodologia com a análise dos modos de

¹⁸ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 113.

¹⁹ Idem, ibidem. p. 114 e p. 135.

²⁰ ALBUQUERQUE FILHO, José Antônio de. **Direito à saúde e o dever da fundamentação jurídica: uma abordagem transdisciplinar ancorada na análise crítica do discurso jurídico**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pro-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2011. p. 20.

operação da ideologia proposta por Thompson, de modo a analisar criticamente os julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ que compõem o corpus da pesquisa.

Para a exata compreensão da teoria social crítica de Thompson é preciso apresentar o seu conceito de ideologia, vez que essa palavra é polissêmica e passou por inúmeras modificações ao longo do tempo²¹ (de Destutt de Tracy em 1796, passando por Marx, Mannheim até a concepção de Thompson):

[...] proponho conceitualizar ideologia em termos das maneiras como o sentido, mobilizado pelas formas simbólicas, serve para *estabelecer e sustentar* relações de dominação: estabelecer, querendo significar que o sentido pode criar ativamente e instituir relações de dominação; sustentar, querendo significar que o sentido pode servir para manter e reproduzir relações de dominação através de um contínuo processo de produção e recepção de formas simbólicas.²²

Fixado o conceito, Thompson propõe cinco modos gerais, não exaustivos, de operação da ideologia, quais sejam, legitimação, dissimulação, unificação, fragmentação e reificação. Para o presente estudo tem aplicação a legitimação e a reificação, tendo em vista a campo de aplicação do mesmo, qual seja, decisões judiciais.

A legitimação tem aplicação porque as relações de dominação podem ser estabelecidas e sustentadas pelo fato de serem representadas como legítimas e é utilizada para “persuadir uma audiência de que isso é digno de apoio”. Este modo é operado estrategicamente através da típica de construção simbólica racionalização, onde há o apelo à legalidade das regras dadas onde as relações de dominação são apontadas como legítimas. Já a reificação, operada através da nominalização/passivização, possui aplicação porque há a concentração da atenção em certos temas em prejuízo de outros, com apagamento de atores e ações, além da naturalização, onde o normal, o natural, o regular nada mais é do que a aceitação tácita de uma construção simbólica operada através desse processo discursivo²³.

²¹ Para aprofundamento do conceito de ideologia vide: THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 43-80.

²² Idem, *ibidem*. p. 78-79.

²³ RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. **Análise de discurso (para a crítica)**: o texto como material de pesquisa. Campinas: Pontes Editores, 2011. p.26-27 ; THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 81.

Essas estratégias de legitimação e naturalização operadas pela ideologia dominante do próprio Direito não passaram incólumes à dogmática jurídica, afirmando Paulo Lôbo²⁴ com sustentação no pensamento de Luiz Alberto Warat:

Pode-se ainda assinalar que a dogmática jurídica exerce, ela própria, uma *função ideológica*, já que cumpre importantes tarefas de socialização (homogeniza valores sociais e jurídicos), de silenciamento do papel social e histórico do direito, de proteção (cria uma cosmo-visão do mundo social e do direito) e de legitimação axiológica, ao apresentar, como ética e socialmente necessários, os deveres jurídicos.

Assim, o presente estudo parte desse mesmo pressuposto, qual seja, de que a dogmática jurídica é ideologicamente estruturada para criar, instituir, manter e reproduzir relações de dominação, através de um processo contínuo que se realiza discursivamente no cotidiano, como algo legítimo e natural.

Assim, no presente estudo, partir de Norman Fairclough abordam-se as seguintes categorias: vocabulário, modalização, intertextualidade e interdiscursividade. E segundo os modos de operação da ideologia em Thompson, aborda-se a legitimação e a reificação.

1.2 O contexto jurídico e suas peculiaridades para Análise Crítica do Discurso Jurídico - ACDJ

Análises discursivas contextualizadas com saberes específicos requerem pesquisadores capazes de apoderar-se do arcabouço analítico-metodológico da ACD e aplicá-lo em seu campo, sendo certa a influência de sua formação discursiva, inexistindo, pois neutralidade, haja vista que cada pesquisador analisa a partir do seu ponto de vista particular. Teun A. van Dijk²⁵ afirma que

A Análise Crítica do Discurso é (ACD) um tipo de investigação analítica discursiva que estudava principalmente o modo como o abuso de poder, a dominação e a desigualdade são representados, reproduzidos e combatidos por textos orais e escritos no contexto social e político.²⁶

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado Social: crise e transformações**. Maceió: EDUFAL, 1983. p. 28.

²⁵ DIJK, Teun A. van. **Discurso e Poder**. São Paulo: Contexto, 2008. p. 131.

²⁶ Idem, *ibidem*. p. 113.

Para o autor a ACD é uma pesquisa multidisciplinar cujos detalhes ainda estão em construção e, nesse sentido, menciona a importância da integração de várias abordagens para que se atinja esse desiderato.

Virgínia Colares já havia percebido esse fato ao asseverar:

Como se vê, linguistas e profissionais do direito constroem seus objetos de estudo sob perspectivas teóricas e assunções diversas. As condições de uso da linguagem abrangem múltiplos aspectos, simultâneos e sucessivos, no contexto institucional da justiça, criando um 'novo objeto', devendo extrapolar a mera análise linguística para construir um objeto de estudo de natureza interdisciplinar: os usos da linguagem regidos pelos princípios jurídicos.²⁷

Nesta esteira de raciocínio não é difícil perceber a importância de se realizar um maior desenvolvimento da ACD em domínios e instituições específicas, como é o caso da Análise Crítica do Discurso Jurídico – ACDJ.

Aliás, Ricardo Lorenzetti²⁸ assinala que o “Direito como linguagem é suscetível de uma análise sintática (conexão dos signos entre si), semântica (conexão do signo com o sentido) ou pragmática (que examina o contexto situacional em que o signo é utilizado)”, afirmando que a relação texto-contexto é perceptível no “movimento de estudos críticos”. No presente estudo aborda-se o texto, o contexto, e a prática social desenvolvida, através da análise do *corpus*, consoante explicação detalhada que será desenvolvida mais adiante.

Assim, a ACDJ parte do arcabouço teórico metodológico linguístico-discursivo, mas a ele não se limita, visando construir um aparato próprio interdisciplinar jurídico-discursivo, minimizando desse modo as lacunas apontadas por Teun A. van Dijk.

Nessa interlocução, a ACDJ muito ganhou ao incorporar da hermenêutica de profundidade de John B. Thompson²⁹, metodologia construída pelo pensador inglês para analisar a ideologia na sociedade da informação sob o prisma de uma teoria

²⁷ ALVES, Virgínia Colares Soares Figueirêdo. **Inquirição na Justiça: estratégias linguístico-discursivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p.89.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 81-82.

²⁹ “Trata-se de uma leitura qualificada da realidade tal qual ela se apresenta...” cf. VERONESE, Marília Veríssimo; GUARESCHI, Pedrinho Arcides. Hermenêutica de Profundidade na pesquisa social. **Ciência Sociais Unisinos**, maio/ago 2006, ano/vol 42, número 002. p.85-93. Disponível em <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/938/93842201.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

social crítica, aliando-a a concepção tridimensional do discurso de Norman Fairclough, já explicitada em linhas anteriores.

Outrossim, nesta construção do edifício teórico-metodológico da ACDJ ainda há uma grande lacuna, pois se é certo que a mera análise linguística não é suficiente, como já fora constatado, é preciso que mais e mais “especialistas” realizem estudos interdisciplinares, valendo-se da linguística a partir de suas visões de mundo, visto que construídas dentro da formação discursiva do Direito.

Para empreender esta busca é preciso primeiro derrubar as ruínas do prédio antigo³⁰ e compreender o jurídico para além do dogma (social, político e econômico), tendo a consciência de que a suposta e imutável inegabilidade dos pontos de partida possui uma razão instrumental e deve ser contextual e historicamente interpretada.

Na hermenêutica jurídica gadameriana é insustentável a ideia de sentido jurídico unívoco da lei³¹, até mesmo porque em Verdade e Método, Gadamer questiona “a autoridade do método, mostrando como a verdade, longe de ser revelada por método, está de fato encoberta e obscura por ele”³², pelo que a ACD tem ferramentas capazes de favorecer este desvelamento, o que Antônio Carlos Wolkmer chama de realidade subjacente³³, ao tratar do pensamento jurídico crítico e sua estratégia:

A estratégia não nega a “aparência real” do fenômeno jurídico, mas, sobretudo, procura revelar os interesses e as contradições que se ocultam por trás de uma estrutura normativa. A crítica legitima-se ao ser competente em distinguir, na esfera jurídica, o “nível das aparências” (realidade normativa) da “realidade subjacente” (o sublinear, o que não está prescrito, mas existe).³⁴

Neste sentido Gadamer destaca que o jurista conhece a lei considerada em si mesma (texto), “mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao

³⁰ “Clara premissa que instiga a possibilidade de reconhecer que o reinado secular de dogmas, que engrossaram páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir.” FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 01.

³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2008 p.428-429.

³² LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Petrópolis: Vozes, 2007. p.27

³³ A noção de “realidade subjacente” corresponde nas Ciências da Linguagem ao implícito, pressuposto, subentendido, ou seja, o não dito.

³⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento crítico**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.18-19.

caso que deve ser aplicado”³⁵, reconhecendo a função normativa da lei que se adapta às mudanças sociais.

Desta forma, para Gadamer o magistrado ao julgar soluciona um problema real que lhe é posto, adaptando a lei às necessidades sócio-históricas, sem que esta interpretação seja um ato arbitrário, pois essa interpretação seria o reconhecimento de um sentido vigente, pelo que a “idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.”³⁶

Nesse mesmo sentido Menezes Cordeiro esclarece que a interpretação se dá diante do caso concreto, e não do vácuo, em completa abstração, visto que

Face a uma fonte, o sujeito dirige-lhe uma interrogação real, em termos problemáticos, visando, com consciência ou sem ela, encontrar uma resposta para um caso, ainda que hipotético. Interpretar é decidir esse caso.³⁷

Outro aspecto importantíssimo da hermenêutica jurídica gadameriana é o reconhecimento de que a compreensão dos textos é individual, situacional³⁸, contextual e aplicada. Nas palavras do autor:

Na verdade, jamais existirá um leitor ante o qual se encontre simplesmente aberto o grande livro da história do mundo, assim como não há um leitor que tome um texto e simplesmente leia o que está nele. Em toda leitura tem lugar uma aplicação, e aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe. Ele próprio pertence ao texto que compreende.³⁹

Gadamer delinea esta visão ao asseverar que “não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos”⁴⁰, uma vez que a linguagem é constituinte do ser, é o próprio mundo, pois o conhecer

³⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 429.

³⁶ Idem, *ibidem*. p. 433.

³⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 38.

³⁸ Posição que ocupa no espaço social, segundo o modo de produção do poder social. Para maiores detalhes vide SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: O social e político na pós-modernidade**. Porto: Afrontamento, 1994.

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2008. p.445

⁴⁰ Idem, *ibidem*. p 631.

é linguístico, cuja tradição atua historicamente, sendo a compreensão a aplicação daquilo que se interpreta.

Assim, interpretação, contextualização e aplicação no horizonte histórico do intérprete fazem parte deste processo indissociável do compreender, no que Menezes Cordeiro concorda, pois “o sentido final do texto surge como produto do encontro das prefigurações do intérprete com o material percebido, reintegrado no seu espírito.”⁴¹

Noutra ponta, como já abordado, Norman Fairclough concebe a sua teoria da análise tridimensional do discurso a partir do texto (análise textual e linguística), da prática discursiva (prática social em relação às estruturas sociais) e a prática social (aquilo que as pessoas produzem ativamente e entendem com base no senso comum partilhado).⁴²

Aproximando Fairclough e Gadamer, poder-se-ia afirmar que a pré-compreensão gadameriana equivaleria às dimensões sociocognitivas, justamente no sentido em que existe ausência de neutralidade. Já a tradição gadameriana estaria muito próxima do contexto em Norman Fairclough (contexto de situação). E ainda a fusão de horizontes de Gadamer se aproximaria da coerência, visto que o horizonte do texto (coesão do texto) se fundiria com o horizonte do intérprete (texto coerente), na medida em que o mesmo nele encontrasse coesão e coerência.

O horizonte do profissional de direito é delimitado por sua visão de mundo, advinda do doutrinação (assujeitamento⁴³) da escola de Direito. É algo que faz parte de sua formação discursiva. Neste sentido esclarece Norman Fairclough:

Isto é, os textos estabelecem posições para os sujeitos intérpretes que são ‘capazes’ de compreendê-los e ‘capazes’ de fazer as conexões e as

⁴¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 37.

⁴² FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p.100.

⁴³ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Desvendando os segredos do texto**. São Paulo: Cortez, 2009. p. 14.

inferências, de acordo com os princípios interpretativos relevantes, necessários para gerar leituras coerentes.⁴⁴

Ao debruçar-se sobre o assunto Virgínia Colares reconhece, inclusive por suas pesquisas empíricas, que a formação discursiva do operador do direito funciona como um treinamento, automatizando-o de tal forma que os eventos não são criticamente analisados, pois são tidos como “naturais”:

A linguagem, como uma forma de ação social, nos “treina” a assumir certas posições em nossas interações interpessoais, a partir da produção, distribuição e consumo de textos. Esse treinamento linguístico (e social) nos permite reconhecer como ‘naturais’ e não-problemáticos textos tipicamente marcados por assimetrias de poder, como aqueles proferidos na instituição jurídica, durante eventos sociais autênticos.⁴⁵

Assim, a naturalidade com que um advogado ou juiz reconhece um conteúdo decisório a partir de uma única linha ou através de um único verbete é habilidade desenvolvida na formação discursiva. É na linguagem como prática social (discurso) do meio em que o mesmo está inserido que ele aprende e se constitui como sujeito. Norman Fairclough aponta que “Foulcault preocupou-se com as práticas discursivas como constitutivas do conhecimento e com as condições de transformação do conhecimento em uma ciência, associadas a uma formação discursiva.”⁴⁶ Ou seja, sem a inserção em determinada formação discursiva não se conseguiria acessar o conhecimento, muito menos ser capaz de provocar qualquer movimento de mudança científica.

A formação do operador do direito é de tal sorte “incapacitante” do ponto de vista de desenvolvimento crítico que até a definição do papel da linguagem jurídica é feita no sentido de mediação de não de constituição do ser:

Sabendo-se que a linguagem jurídica é mediadora entre o poder social e as pessoas, ela há de expressar com fidelidade os modelos de comportamento a serem seguidos, **evitando**, desta forma, **distorções na aplicação do direito**.⁴⁷ (negrito nosso)

⁴⁴ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p.113.

⁴⁵ COLARES, Virgínia. Direito, produção de sentido e o “regime de liberdade condicional”. In COLARES, Virgínia (Org.). **Linguagem e Direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p.333-334.

⁴⁶ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 64.

⁴⁷ SYTIA, Celestina Vitória Moraes. **O direito e suas instâncias linguísticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 19.

Destarte, não é difícil perceber o porque do assujeitamento do operador do direito, posto que aprendendo e enxergando a linguagem como meio⁴⁸, jamais conseguiria visualizá-la como constitutiva do ser próprio ser. Neste sentido Roberto Wanderley Nogueira critica

Enquanto as faculdades de Direito continuam a professar uma pedagogia escolástica, repetitiva de fórmulas e de métodos, abstraído do jogo histórico e social (conteúdo do próprio Direito), em que os alunos se tornam como que autômatos, puros técnicos decalcadores de formulários pré-fabricados e rotinas, em vez de pensadores do fenômeno jurídico, construtores deste saber, continuamos nossa “viagem” por meio do éter da ficção científica.⁴⁹

Assim, trabalhar com ACDJ exige, antes de mais nada, a contextualização do evento autêntico a ser abordado, a partir da formação jurídica da comunidade de intérpretes, através da abordagem dogmática da relação jurídica médico-paciente e suas consequências, o que será realizado efetivamente nos capítulos subsequentes deste trabalho.

Sobre a linguagem jurídica, toma-se de empréstimo o texto de José Ademly Acioli:

Como o Direito não possui um sistema próprio de signos para se expressar à sociedade, destinatária de suas normas, utiliza-se da linguagem como interface de comunicação e inteligibilidade de suas prescrições dotadas de cunho obrigatório, tornando o seu estudo, a partir da perspectiva linguística, uma ferramenta de inexorável importância com vistas não só à interpretação daquilo que se quis dizer, mas também do porquê se quis dizer, dando ainda as balizas necessárias para se inferir se o que foi dito efetivamente é coerente e se guarda compatibilidade e adequação com todas as hipóteses contempladas dentro do jargão polissêmico e, de uma forma geral, com o todo do sistema jurídico constitucional.⁵⁰

O que o autor chama de balizas necessárias está contido inexoravelmente na formação discursiva, posto que a polissemia é minimizada a partir dos horizontes interpretativos de uma mesma comunidade de intérpretes, ocorrendo justamente o contrário quando um leigo na seara jurídica se depara com textos legais ou com decisões judiciais, notadamente quando manifestações jurídicas divergentes surgem. A seguinte passagem ilustra bem a questão:

⁴⁸ “A concepção de linguagem como instrumento, com um sentido literal enrijecido pela dogmática jurídica, perpassa a ilusão da neutralidade.” COLARES, Virgínia. Linguagem e Direito no Brasil. Disponível em <http://www.ifce.jus.br/internet/esmafe/materialDidatico/documentos/discursoJuridicoDecisao/01-linguagemDireitoBrasil-VirginiaColares.pdf>. Acesso em: 17 set. 2011.

⁴⁹ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 130.

⁵⁰ ACIOLI, José Adelmy da Silva. Análise crítica do discurso legal/jurídico: entre a lei e a doutrina. In COLARES, Virgínia (Org.). **Linguagem e Direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p.237.

Enquanto o cidadão comum se questiona como podem os operadores do Direito ter opiniões muitas vezes opostas a respeito do mesmo assunto, a AD desmistifica a transparência da linguagem e mostra que não há como ser diferente, pois o sentido não está na literalidade da lei, mas sim no sujeito ideologicamente determinado.⁵¹

Assim, da mesma forma que para um leigo é difícil compreender o porquê de um advogado ter uma opinião diferente da de outro ou de um magistrado, para um advogado ou magistrado é absolutamente normal a existência de divergências, sendo estas ocorrências habituais e corriqueiras, fazendo parte do seu campo de atuação. Tomem-se como exemplos dois casos difíceis em que o Supremo Tribunal Federal – STF teve decisões por majorias apertadas: a questões dos poderes do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (6x5) e o caso Cesare Batistti (5x4).

O operador do direito incorpora usos e costumes da sua área de atuação, desde o vocabulário até a forma polida de se portar. Essa incorporação dos usos e costumes dá-se no dia-a-dia do operador do direito como algo natural, sem a sua percepção, numa apropriação pelo sujeito sem que disso ele se dê conta. Exemplifica Bourdieu:

Aquele que tira o chapéu para cumprimentar *reactiva*, sem saber, um sinal convencional herdado da Idade Média no qual, como relembra Panofsky os homens de armas costumavam retirar o seu elmo para manifestarem as suas intenções pacíficas. Esta actualização da história é consequência do *habitus*, produto de uma aquisição histórica que permite a apropriação do adquirido histórico.⁵²

As noções de *habitus* e de campo jurídico resgatadas de Bourdieu trazem luz sobre o tema:

[...] o *habitus*, como indica a palavra, é um conhecimento adquirido e também um *haver*, um capital (de um sujeito transcendental na tradição idealista) o *habitus*, a *hexis*, indica a disposição incorporada, quase postural [...]⁵³

Como será analisada mais adiante essa noção de *habitus* tem relação direta com o que Foucault chama de ritual, característica que faz parte da formação discursiva do sujeito “jurídico”.

⁵¹ SILVEIRA, Cristina Cattaneo da. A interpretação do/no discurso jurídico. In COLARES, Virgínia (Org.). **Linguagem e Direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p.130.

⁵² BOURDIEU. Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 82-83.

⁵³ Idem, ibidem. p.61.

Ao trabalhar com o conceito de campo jurídico Bourdieu não o limita apenas ao local em si mesmo considerado, mas inclui os atores envolvidos, bem como as práticas que deles se esperam:

O campo jurídico é o lugar de concorrência do monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.⁵⁴

Essa prática revela-se acentuadamente poderosa, vez que o operador jurídico apropria-se da força (poder dizer) contida nos textos jurídicos ao realizar a leitura e interpretação destes, como fala autorizada, pois “como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial”.⁵⁵

Contudo, esta fala autorizada não é um todo harmônico, pois em sua reflexão Bourdieu reconhece que “as diferentes categorias de intérpretes autorizados tendem sempre a distribuir-se em dois pólos”⁵⁶: os teóricos e os práticos. Os primeiros seriam compostos pelos professores e os segundos pelos magistrados.

Os membros destas categorias detêm visões de mundo diferentes e capital jurídico diverso, refletindo diretamente no seu trabalho de interpretação, que segundo Bourdieu funcionam de modo complementar e servem de base para uma forma sutil de “*divisão do trabalho de dominação simbólica* na qual os adversários, objectivamente cúmplices, se servem uns aos outros.”⁵⁷

Essa dicotomia de práticos e teóricos externa não apenas visões de mundo divergentes, mas também escalonamentos e posições hierárquicas diversas que resultam, muitas vezes, em conclusões e soluções diversas para os casos que se apresentam em juízo ou em debates públicos, sendo certo que há uma conformação nos casos concretos postos em juízo, pelo que a fala autorizada em última instância

⁵⁴ BOURDIEU. Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 212.

⁵⁵ Idem, ibidem. p. 213.

⁵⁶ Idem, ibidem. p. 217.

⁵⁷ Idem, ibidem. p. 219.

de poder jurídico-social seriam os tribunais superiores⁵⁸, alicerçados nos doutrinadores de destaque no cenário nacional, que externariam o “senso comum teórico dos juristas”⁵⁹.

Este poder social deriva da própria construção social hierarquicamente estruturada que é atributiva de poder em espaços e campos específicos, notadamente aqueles espaços institucionais. Nas palavras de Thompson:

As pessoas situadas dentro de contextos socialmente estruturados têm, em virtude de sua localização, diferentes quantidades e diferentes graus de acesso a recursos disponíveis. A localização social das pessoas e as qualificações associadas a essas posições, num campo social ou numa instituição, fornecem a esses indivíduos diferentes graus de “poder”, entendido este nível como uma capacidade conferida a eles socialmente ou institucionalmente, que dá poder a alguns indivíduos para tomar decisões, conseguir objetivos e realizar seus interesses.⁶⁰

Assim, quando um determinado indivíduo ou grupo toma uma decisão, não foi João ou Marcos que tomou a decisão, mas sim o Judiciário ou a CPI, deslocando a decisão da pessoa, objetivando estrategicamente este distanciamento (reificação).

Segundo Bourdieu há um efeito de apriorização que faz parte do funcionamento do campo jurídico revelando-se claramente em sua linguagem que retira elementos da língua comum e constrói uma retórica da ‘impersonalidade’ e da neutralidade⁶¹, através de processos linguísticos visando uma neutralização e uma universalização, deixando pouco (ou nenhum) espaço para a criatividade dos operadores do direito. Ou seja, o operador “necessita” aguardar a fala autorizada, pois “há, no alto, os chefes, padres, reis etc, que têm o livro sagrado que interpretam, ele e só eles, e são assim, os detentores monopolistas da verdade”.⁶²

⁵⁸ A pesquisa estuda exatamente decisões emanadas do STJ.

⁵⁹ Expressão cunhada por Warat: “Enfim, estamos reivindicando um saber crítico do direito como um novo ponto de vista epistemológico, que tenha por objeto de análise os discursos competentes da ciência e epistemologia jurídicas. Ditos discursos competentes são forjados na própria práxis jurídica, razão pela qual sugerimos chamá-los de ‘senso comum teórico dos juristas’.” WARAT, Luis Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. In Buscalegis. Revista n.º 5. Junho de 1982 - p. 48-57. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/25156/24719>. Acesso em: 18 jul. 2010.

⁶⁰ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 79-80.

⁶¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 215.

⁶² MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 155-156.

Assim, seja diante de uma regra ou de um precedente judicial, em que pese o juiz ter liberdade (autonomia) para decidir, inclusive realizando uma operação de historicização da norma, explorando a polissemia dos textos, estendendo ou restringindo o alcance e incidência da norma⁶³, esta não é plena, pois adstrita a conformação daquilo que a instância hierarquicamente superior já decidiu. Entende Lenio Streck que há um *teto hermenêutico*⁶⁴ intransponível, pois prefixado no senso comum teórico do jurista conformado numa reprodução inautêntica de pré-conceitos no sentido gadameriano.

Interessante notar que Bourdieu destaca a importância da luta simbólica travada entre os operadores do direito no campo de batalha do tribunal pela exploração das “regras possíveis” como “armas simbólicas”, concluindo que a decisão judicial deve mais às “atitudes éticas dos agentes do que às normas puras do direito”, sendo esta decisão reconhecida como legítima em face da racionalização jurídica que lhe confere eficácia ao tempo em que se ignora seu conteúdo arbitrário, pois, na verdade, toda a construção jurídica (trabalho de racionalização) é feita para disfarçar o óbvio, qual seja, que a decisão exprime a visão de mundo do juiz, e não a vontade da lei ou a vontade do legislador contida no texto da norma.⁶⁵

Assim, “a constituição do campo jurídico é um princípio de constituição da realidade”, e ao “entrar no jogo”, o indivíduo aceita e se conforma com as regras dispostas, abdicando e renunciando a outras formas de resolução do conflito, havendo uma transmutação do conflito entre as partes para um jogo cujos atores são expertos jurídicos que as representam em um local neutro que resultará numa decisão objetiva decorrente de uma habilidade jurídica específica, livre de subjetivismos⁶⁶. Ledo (auto)engano, não é isto que ocorre, visto não existe neutralidade, e como já abordado, o sujeito interpretante não “se livra” de seus pré-conceitos (pré-compreensão gadameriana), havendo pois parcela significativa de subjetivismos em toda a atuação jurídica, no que afirma Paulo Lôbo:

⁶³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 222-224.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 58-59

⁶⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 224-225.

⁶⁶ Idem, *ibidem*. p. 229.

Dir-se-á que o intérprete se deve restringir à análise da norma jurídica, tal como ela é. Mas essa neutralidade ideológica tão decantada é algo muito difícil de acontecer. De uma maneira geral, o intérprete parte de concepções previamente elaboradas.⁶⁷

Nesse mesmo sentido anota Roberto Wanderley Nogueira ao tratar do juiz:

Sob sua silhueta, adornada dos símbolos da jurisdição, vestes talares à mostra, há sempre uma pessoa que canaliza os seus próprios valores e as suas aptidões para desincumbir-se de múnus que se traduz, conceitualmente, como singular e grave: o de distribuir Justiça.⁶⁸

A questão posta perante a autoridade jurídica em Bourdieu é vista como uma encenação paradigmática⁶⁹ da luta simbólica⁷⁰, onde o poder judicial manifesta-se como detentor da violência simbólica legítima do Estado, estando esta decisão classificada como “ato de nomeação ou de instituição” constituídos de enunciados performativos que impõem o ponto de vista nela contido, fazendo cair por terra a tese da objetividade e neutralidade discursivamente construídos.

O direito cria a realidade social e estabelece poderes ou capacidades sociais que se configuram no efetivo exercício destes poderes sociais (ou nas palavras de Bourdieu “direito de utilizar estes poderes”). Neste sentido assinala:

O direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas.⁷¹

Assim, não é difícil concluir com Bourdieu que o direito faz o mundo social ao tempo que é feito por ele, sendo “a crença na neutralidade e na autonomia do direito e dos juristas”⁷² o fundamento da ideologia profissional do corpo dos juristas que é estendida a todos, vez que esta só pode exercer sua eficácia quando é reconhecida como discurso legítimo, “na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem de seu funcionamento.”⁷³

⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado Social: crise e transformações**. Maceió: EDUFAL, 1983. p. 64.

⁶⁸ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Justiça acidental: nos bastidores do Poder Judiciário**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003. p. 143.

⁶⁹ No sentido de modelo, padrão.

⁷⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 236.

⁷¹ Idem, ibidem. p. 237.

⁷² Idem, ibidem. p. 244.

⁷³ Idem, ibidem. p. 243-244.

A magna força desta construção simbólica é a força da forma – a formalização do direito – e é exercida por aqueles que são os detentores do poder (forças dominantes) que compartilham sua visão de mundo a partir de horizontes próximos (mesma formação, origem, escolaridade, parentesco etc), buscando o efetivo exercício de uma dominação simbólica (imposição da legitimidade de uma ordem social – a sua), cujo efeito primordial é a universalização. Ou seja, há a imposição da visão de mundo dos dominantes aos dominados, através da criação de um conjunto de normas jurídicas universalizantes que, com o uso regular e o passar do tempo, produzem o efeito de normalização, com o conseqüente aumento da autoridade social da prática jurídica estabelecida.⁷⁴

São as grandes formações discursivas que dão alguma unidade aos discursos das instituições, entendidas aqui como o judiciário, a igreja, o exército, a escola, a medicina etc. Compreende-se porque existem recorrências nas falas dos advogados, dos religiosos, dos militares, dos professores, dos médicos. Tal recorrência resulta do fato de os sujeitos tenderem a atualizar seus discursos, textos ou pronunciamentos, as formações discursivas com as/nas quais convivem.⁷⁵

Esse efeito é irradiado para dentro e para fora do universo do direito (mundo jurídico), visto que o direito regula a vida social. Assim, esta universalização/normalização tende a considerar como desviantes ou anormais todas as práticas não conformadas ou diferentes, fazendo com que os dominantes possam jurisdicizar (negativamente) tais práticas, assegurando a manutenção do seu estilo de vida, sendo o direito um instrumento transformador destas relações sociais, notadamente quanto às reivindicações éticas e “problemas sociais”, além da detecção e marcação do delinquente e do delito⁷⁶. Neste sentido, o normal e o patológico, o cidadão de bem e o delinquente não passam de construções da realidade a partir de jurisdicização de conceitos.

É todo este trabalho de construção e de formulação das representações que o trabalho jurídico consagra, juntando-lhe o efeito de generalização e de universalização contido na técnica jurídica e nos meios de coerção cuja mobilização esta permite.⁷⁷

⁷⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 246.

⁷⁵ CITELLI, Adilson. **Linguagem e persuasão**. São Paulo: Ática, 2007. p. 37.

⁷⁶ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 247-248.

⁷⁷ Idem, ibidem. p. 248.

Neste diapasão, é possível confirmar a hipótese (geral) de Foucault para a ordem do discurso jurídico:

Suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que tem por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.⁷⁸

A influência dessa concepção de discurso foucaultiana como método é adotada por Fairclough, para quem a obra de Foucault é contribuição importantíssima para a teoria social do discurso, notadamente as relações entre discurso e poder e as construções delas derivadas.⁷⁹

Nesse sentido, Foucault assinala que o discurso é poder que se quer apoderar e não simplesmente o local onde as lutas são travadas, pelo que quando um indivíduo se apropria de um discurso através de uma formação discursiva⁸⁰, na verdade ele está se apropriando do próprio poder. Assim, o advogado ao conhecer as regras e o funcionamento da corte tem efetivamente um poder, pois não se permite que qualquer pessoa tenha acesso, sendo ele ao mesmo tempo submetido ao poder e às regras/condições de funcionamento da corte.⁸¹

O que Bourdieu chama de encenação paradigmática da luta simbólica denomina Foucault de ritual, acrescentando que este define “todo o conjunto de signos que devem acompanhar o discurso” que “não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos”.⁸²

Assim explicitado, o discurso jurídico como campo de produção de poder especializado é capaz de conformar o mundo social aos seus interesses (dominantes), através de uma representação oficial. Neste sentido, Bourdieu afirma

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2009. p. 8-9.

⁷⁹ FAIRCLOUGH, Normam. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 62.

⁸⁰ Para Foucault a formação discursiva possui poder de afirmação, poder de constituir domínios de objetos, atribuindo qualidades verdadeiras ou falsas

⁸¹ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2009. p. 10 e 36.

⁸² Idem, ibidem. p. 39.

que o direito é instrumento de normalização por excelência, transformando a ortodoxia/dever-ser em doxa/normal, concluindo Warat:

Dessa forma, o ponto de retorno do conceito ao campo da doxa é que inicia a discussão sobre o poder do conhecimento jurídico na sociedade. Um poder que encontra-se baseado na reivindicação do caráter inocente da linguagem do direito. Mas, a história deste conhecimento não é tão pura. Ela revela uma violência estrutural da dita linguagem, cujo efeito central é transformar os sujeitos sociais em objetos do poder.⁸³

Resta claro, pois, que a linguagem do direito não é inocente. Inexiste fala inocente, mas a construção hegemônica é tão forte que conforma os indivíduos. Essa conformação chega, inclusive, a divisão do mundo social:

[...] o poder de impor uma visão do mundo social através dos princípios de di-visão que, quando se impõem ao conjunto do grupo, realizam o sentido e o consenso sobre o sentido e, em particular, sobre a identidade e a unidade do grupo, que fazem a realidade da unidade e identidade do grupo.⁸⁴

O discurso jurídico, como discurso legítimo, transforma em coisa existente aquilo que diz (aquilo que a fala autorizada enuncia). Ou seja, de fato, opera-se a reificação através de um ato performático, v.g. cria-se uma lei que define uma data como feriado: está criado o feriado; decide-se judicialmente que João é pai de Carla: ele o é mesmo que não seja de fato (como ocorria no passado antes do DNA ou nos casos que há a negativa do fornecimento do material genético), entre outros. Nas palavras de Bourdieu:

[...] em suma, o princípio de di-visão legítima do mundo social. Este acto de direito que consiste em afirmar com autoridade uma verdade que tem força de lei é um acto de conhecimento, o qual, por estar firmado, como todo o poder simbólico, no reconhecimento, produz a existência daquilo que enuncia (a *auctoritas*, como lembra Benveniste, é a capacidade de produzir que cabe em partilha ao *auctor*).⁸⁵

Como já alinhavado linhas atrás, a fala autorizada não é considerada arbitrária, pois ela é conforme o direito posto, válido e vigente, reflexo de um processo democrático natural, assim:

[...] ao dizer as coisas com autoridade, quer dizer, à vista de todos e em nome de todos, publicamente e oficialmente, ele subtrai-as ao arbitrário, sanciona-as, santifica-as, consagra-as, fazendo-as existir como dignas de existir, como conformes à natureza das coisas, <<naturais>>.⁸⁶

⁸³ WARAT, Luis Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. In Buscalegis. Revista n.º 5. Junho de 1982 - p. 48-57. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/25156/24719>. Acesso em: 18 jul. 2010.

⁸⁴ BOURDIEU. Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 113.

⁸⁵ Idem, ibidem. p. 114.

⁸⁶ Idem, ibidem. p. 114.

Desta feita, se o direito constrói (e realiza mudanças) (n)a realidade social através do controle da produção e do consumo do discurso jurídico, designando as falas autorizadas, em verdade ele é instrumento a serviço do poder. É um instrumento a serviço da ideologia na visão de Thompson, significando as:

[...] maneiras como o sentido, mobilizado pelas formas simbólicas, serve para estabelecer e sustentar relações de dominação: estabelecer querendo significar que o sentido pode criar ativamente e instituir relações de dominação; sustentar, querendo significar que o sentido pode servir para manter e reproduzir relações de dominação através de um contínuo processo de produção e recepção de formas simbólicas.⁸⁷

Assim, o normal, o natural, o regular nada mais é do que a aceitação tácita dada através deste processo de reificação, na estratégia típica de construção simbólica de naturalização⁸⁸, afirmando Edgar Morin que “basta, portanto, que **os homens sejam considerados coisas** para que se tornem **manipuláveis** à mercê, submetidos à ditadura racionalizada moderna que encontra seu apogeu no campo de concentração”.⁸⁹

Desta forma este sujeito coisificado (fantoche?) é, nas palavras de Koch, um sujeito assujeitado que não é possuidor do seu discurso, nem de sua vontade. Ele é um simples produto desta engrenagem e que pensa ser livre, “*mas, na verdade, ele só diz e faz o que se exige que faça e diga na posição em que se encontra.*”⁹⁰ Ele simplesmente cumpre o papel social que dele se espera, pensando que é um juiz ou advogado a servir a sociedade, um “doutor”⁹¹ como já criticou em música o “maluco beleza” quase trinta anos atrás.

Depreende-se que aquilo que é ensinado nas faculdades de direito é justamente uma noção de linguagem jurídica mantenedora do *status quo*, da aceitação acrítica do dito pela fala autorizada, evitando “distorções”, que se materializam em “crimes

⁸⁷ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 79.

⁸⁸ Idem, ibidem. p. 81.

⁸⁹ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 163. (negrito nosso)

⁹⁰ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Desvendando os segredos do texto**. São Paulo: Cortez, 2009. p. 14.

⁹¹ SEIXAS, Raul. **Ouro de tolo**. In Krig-Ha, Bandolo (LP), 1973: “*E você ainda acredita/Que é um doutor/Padre ou policial/Que está contribuindo/Com sua parte/Para o nosso belo/Quadro social...*”

verbais” contemporâneos, no “porte ilegal de fala” de que nos fala Lênio Streck⁹², pois aplicar (interpretar) o direito (dar eficácia social) de modo divergente (contra hegemônico) é praticar um erro crasso, é o equivalente a praticar um crime.

As construções discursivas operadas pela força de atuação (simbólica) do campo jurídico já foram também constatadas por Virgínia Colares, para quem

a contemporaneidade dos ‘crimes verbais’ numa sociedade ‘semiotizada’ ao extremo, tratada nos estudos de Bourdieu, Foucault, Pêcheux e outros que discutem as questões das trocas simbólicas na economia capitalista que transforma o discurso em coisa, *reificando-o*, numa metáfora econômica da sociedade.⁹³

Assim, é com esta visão crítica da realidade jurídica que se realiza o presente estudo, centrado no *corpus* cujos critérios metodológicos de seleção são adiante explicados, pois o jurista “não é de um mero possibilista técnico, nem sua tarefa o aplauso incondicional dos mandados do poder político”.⁹⁴

1.3 Critérios metodológicos da seleção do *corpus*

Apoiando-se nas lições de Bauer e Gaskell para quem “toda pesquisa social empírica seleciona evidência para argumentar e necessita justificar a seleção da base de investigação, descrição, demonstração, prova ou refutação de uma afirmação específica”⁹⁵ a presente pesquisa procura construir a sua base de investigação a partir de evidências textuais e contextuais contidas nas decisões judiciais selecionadas que compõem seu *corpus*.

Ademais, consoante Viviane Resende a pesquisa qualitativa

lida com descrições e interpretações da realidade social a partir de dados interpretativos; é uma forma de pesquisa potencialmente crítica: por meio da PQ as ciências sociais críticas identificam estruturas de poder naturalizadas em um contexto sócio-histórico definido.

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 209.

⁹³ ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves. **Inquirição na justiça: estratégias linguístico-discursivas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 85.

⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado Social:** crise e transformações. Maceió: EDUFAL, 1983. p. 20.

⁹⁵ BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som:** um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002. p.39.

Sendo certo que para esse tipo de pesquisa

não há planejamentos de pesquisa pré-moldados; ao contrário, há múltiplas opções de métodos para a geração e coleta de dados, construção de *corpora*, manejo e análise de dados – o/a pesquisador/a precisa se engajar na construção de uma metodologia adequada a sua pesquisa.⁹⁶

Assim, o presente estudo começa justamente com o engajamento na construção do *corpus*, que passa a ser explicitado adiante.

Dada a importância e influência de suas decisões a escolha recaiu sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ que é **ponto de partida do presente estudo**, realizando-se a seleção dos julgados a partir de critérios objetivos através do mecanismo de busca informatizado da própria instituição que possibilitou realizar filtros com precisão.

Segundo Bauer e Gaskell “a palavra *corpus* (latim; plural *corpora*) significa simplesmente corpo. Nas ciências históricas, ela se refere a uma coleção de textos”⁹⁷, citando alguns exemplos:

Exemplos, colecionados principalmente durante o século dezenove, são o *Corpus Doctrinae*, um conjunto de tratados teológicos da história eclesiástica alemã; o *Corpus Inscriptorum Semiticorum*, uma coleção completa dos antigos textos judaicos na Academia Francesa; ou o *Corpus Inscriptorum Graecorum*, dos textos gregos antigos na Academia de Berlim. Estas coleções procuram ser completas e tematicamente unificadas, além de servir para a pesquisa.⁹⁸

Selecionada a base de dados a ser pesquisa, procedeu-se então com a construção do *corpus* a partir do sistema informatizado de busca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ constante de seu *site* na internet.

Indagam, e ao mesmo tempo respondem, Bauer e Gaskell:

Como lidam os pesquisadores no emprego de um *corpus*? E o que eles investigam? Obviamente isto depende de seus objetivos de pesquisa. De qualquer modo é necessário um programa de computador que possa fazer buscas inteligentes. O tipo mais simples de busca é para se encontrar um item léxico, digamos, a palavra “o”.⁹⁹

⁹⁶ RESENDE, Viviane de Melo. **Análise de discurso crítica e realismo crítico**. Campinas: Pontes Editores, 2009. p. 57.

⁹⁷ BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 44.

⁹⁸ Idem, *ibidem*. p. 44.

⁹⁹ Idem, *ibidem*. p. 48.

Justamente este tipo simples de busca é desenvolvido na pesquisa, vez que o primeiro filtro objetivo adotou a “pesquisa livre” (terminologia do *site*) contendo a seguinte expressão: [(responsabilidade civil medico) ou (responsabilidade civil medica)]. Ou seja, o sistema informatizado de busca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ procurou em todos os julgados¹⁰⁰ disponíveis pelas palavras (responsabilidade civil medico) ou (responsabilidade civil medica), de modo que retornou como resultado da busca todas as decisões que continham ao mesmo tempo as palavras responsabilidade, civil e médico ou responsabilidade, civil e médica¹⁰¹. A não utilização de aspas aumenta a incidência de casos, vez que o objetivo era analisar o maior número possível de acórdãos a partir de critérios objetivos que resultassem na análise pelo STJ da responsabilidade civil do profissional médico.

Esclarece-se que antes desta escolha, vários outros filtros foram tentados, tais como “erro médico”, “responsabilidade civil” e médico, entre outros, tendo sido escolhida a opção acima, por resultar no maior número de acórdãos, o que amplia o escopo da pesquisa.

Assim, há a possibilidade de adoção de um segundo e terceiro filtros a serem aplicados sobre o primeiro, com certo grau de objetividade dentro de um número bem maior de julgados.

Com essa busca foram “fiscados” pelo critério 321 acórdãos do STJ, sobre os quais foi aplicado o segundo filtro que consistiu na análise de cada julgado (manualmente pelo pesquisador) para a verificação do seu conteúdo, de modo a verificar quais versam efetivamente acerca da responsabilidade civil do médico, através da leitura da sua ementa, vez que algumas decisões poderiam tratar de aspectos outros (como por exemplo: responsabilidade criminal, tributária etc.).

¹⁰⁰ Esclarece o pesquisador que a pesquisa desenvolve-se a partir das decisões colegiadas (acórdãos) não sendo consideradas as decisões singulares (monocráticas).

¹⁰¹ Esse tipo de pesquisa é chamada pesquisa Booleana, onde o sistema utiliza o operador AND (significando soma, acréscimo) e OR (significando alternativa, ou). Para maiores detalhes sobre os operadores lógicos booleanos vide: <http://www.ibisweb.it/bcpb/pt-br/pages/help2.htm> Acesso em: 20 jan. 2012.

Após a aplicação do segundo filtro, foram encontradas 148 decisões que versam sobre a responsabilidade civil do médico, cujos acórdãos foram analisados para verificar se foram enfrentadas questões relativas à responsabilidade médica em decorrência da violação do dever de informar.

Em relação ao corte temporal foram consideradas todas¹⁰² as decisões da Corte contidas no seu repositório oficial eletrônico de jurisprudência até o dia 31 de março de 2011. Contudo, não se pode afirmar categoricamente que todos os julgados pertinentes foram analisados, uma vez que algum julgado pode não ter sido “fisgado” pelo mecanismo de busca.

No gráfico abaixo (Gráfico 01) confrontam-se os resultados da busca informatizada (booleana) com os critérios definidos com a verificação feita pelo pesquisador (manual), concluindo-se que da totalidade dos achados, 321 acórdãos (100%), 173 deles (53,9%) versavam sobre assuntos correlatos e 148 deles (46,1%) versavam efetivamente sobre responsabilidade civil médica.

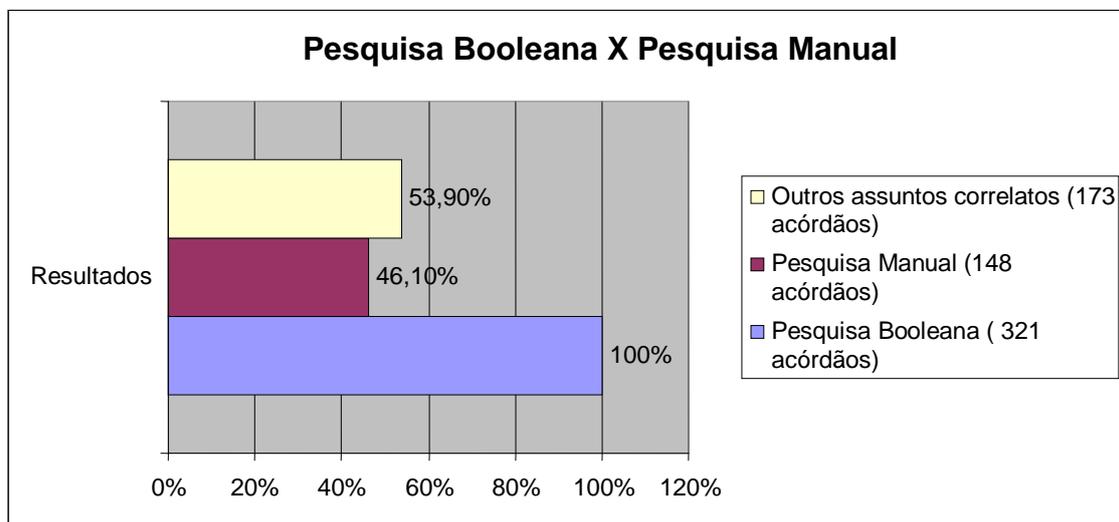


Gráfico 01

Por fim, foi aplicado o último filtro (pesquisa manual), que na verdade reveste-se numa decisão metodológica do pesquisador decorrente do objetivo da pesquisa, de

¹⁰² A decisão mais antiga localizada com o critério de busca utilizado é datada de 28.11.1990 (REsp 6078/SP), destacando-se que o STJ começou a funcionar em abril de 1989, conforme informações contidas em seu próprio *site*, na seção reservada para a história do tribunal, no seguinte endereço http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=698. Acesso em: 17 fev. 2012.

modo a delimitar o tema a ser aprofundado, qual seja, a responsabilidade médica no tocante a violação do dever de informar e a apreciação dessa prática médica pelo STJ.

No gráfico abaixo (Gráfico 02), verifica-se que da totalidade dos acórdãos que versam sobre responsabilidade civil médica, apenas 08 deles, o equivalente a 5,4% tratam da questão da informação na relação médico-paciente.

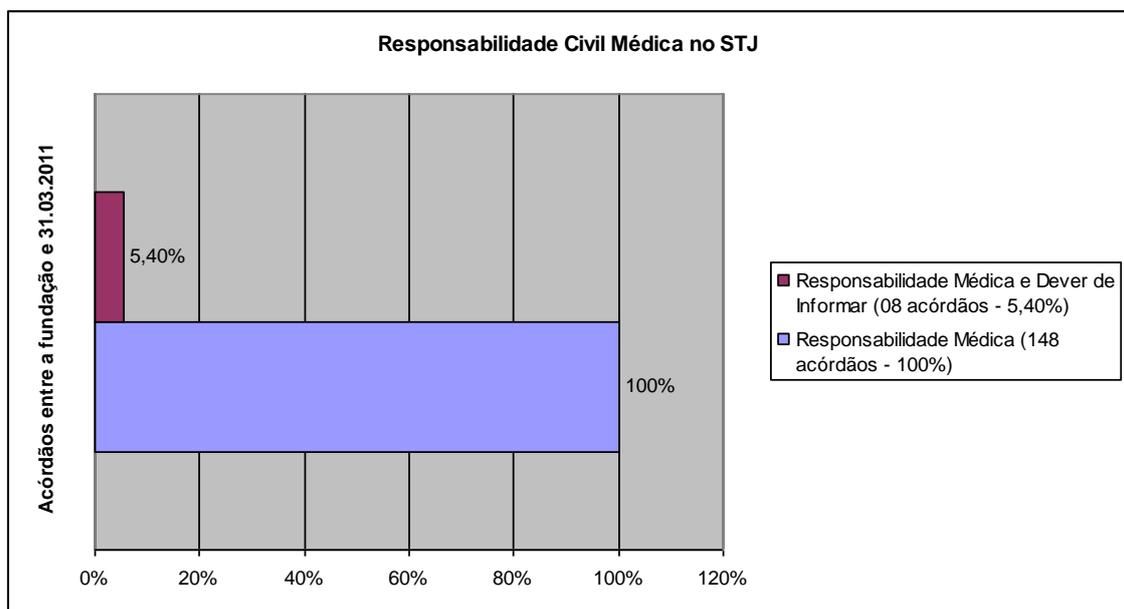


Gráfico 02

Assim, o estudo qualitativo parte do eixo epistêmico da Análise Crítica do Discurso – ACD sobre 08 (oito) julgados, que se constituem em acórdãos, todos unânimes, conforme tabela abaixo:

Referência ao longo da Dissertação	Acórdão	Decisão
Caso 01	REsp 326014/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 29/10/2001, p. 212	Não conhecido
Caso 02	REsp 332025/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 332	Parcialmente conhecido e provido

Caso 03	REsp 436827/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 228	Parcialmente conhecido e provido
Caso 04	REsp 467878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003, p. 222	Não conhecido
Caso 05	REsp 707541/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 30/04/2007, p. 323	Parcialmente conhecido e provido
Caso 06	AgRg no Ag 818144/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 264	Conhecido e não provido
Caso 07	REsp 1051674/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 24/04/2009	Não conhecido
Caso 08	REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010	Conhecido e não provido

Tabela 01

Outrossim, todos os acórdãos tiveram suas linhas numeradas da primeira a última lauda e foram fragmentados de modo a possibilitar a referência e análise, seguindo o modelo adotado no Grupo de Pesquisa Linguagem e Direito¹⁰³.

No segundo capítulo inicia-se o estudo dogmático abordando-se a relação jurídica de consumo entre o médico e o seu paciente, que continua no terceiro capítulo com a análise da boa fé na relação médico-paciente, discutindo-se no quarto capítulo o direito subjetivo do paciente à informação como direito básico do consumidor e dever ético do médico para a concreta autonomia e escolha livre e consciente do paciente-consumidor. No quinto capítulo é estudada a responsabilidade civil do médico para assim construir-se a base de conhecimento da formação discursiva e contextual do material autêntico a ser analisado no sexto capítulo, onde é feita a apresentação e análise do *corpus*, que se constitui na abordagem empírica dos

¹⁰³ <http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhegrupo.jsp?grupo=1734601LV7GNX9>

julgados, é feita, a partir da ACDJ, entabulando-se conclusões de ordem geral e específicas para cada um dos oito acórdãos componentes da pesquisa.

CAPÍTULO 2 – A RELAÇÃO JURÍDICA MÉDICO-PACIENTE

2.1 Breve histórico da medicina: do misticismo à ciência médica e do paternalismo ao contratualismo

No passado, o pajé, o xamã, o curandeiro, tinha ligação direta com o divino e se o mau (materializado pela doença) não fosse extirpado, a cura não fosse possível, e houvesse um infortúnio, seria aquela a vontade dos deuses. E se a cura se desse, homenagens seriam rendidas aos deuses. Contudo, “o tempo da atribuição da responsabilidade por danos a deuses, bruxas ou divindades de qualquer espécie distancia-se como distantes estão a Idade Média e a própria Renascença”.¹⁰⁴

Mas não se pode olvidar que envolto nessa aura mística estava o médico, afirmando Kfoury Neto¹⁰⁵ que na antiguidade era ele mesmo (o médico) considerado um mago ou sacerdote, em face da ignorância completa das doenças e sua atuação sobre o corpo humano. Era uma época em que a Ciência era o mesmo que Magia, asseverando André Pereira que foi o “Código do rei da Pérsia criou as bases da responsabilidade médica e dissociou a do médico do padre”¹⁰⁶, sustentando que o povo hebraico já vislumbrava a necessidade do consentimento, posto que “o respeito pela pessoa humana impunha que o médico não executasse qualquer operação sem o consentimento do doente (Talmud, Tratado Baba Kamma)”.¹⁰⁷

Nessa mesma linha Kfoury Neto comenta os preceitos contidos no Código de Hamurabi, externando ser o primeiro documento histórico que aborda a questão do erro médico, passando a analisar a responsabilidade civil médica em Roma, Egito, Grécia e na França. Discorrendo sobre a situação em Roma, parte o autor da Lei das XII Tábuas chegando até a *Lex Aquilia* onde destaca que foram esboçados os primeiros rudimentos da responsabilidade médica. De modo diverso, no Egito, desde que os médicos, que detinham muito prestígio social, seguissem literalmente o

¹⁰⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. In NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Vianna**. São Paulo: RT, 2009. p. 189.

¹⁰⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 2001. p. 37-46.

¹⁰⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 27

¹⁰⁷ Idem, ibidem. p. 25.

código de conduta descrito no seu “Livro Sagrado” nada lhes poderia ser imputado. Já na Grécia, no Século V a.C. encontra-se “o primeiro verdadeiro estudo no campo da medicina”, o chamado Corpus Hippocraticum, cuja autoria é atribuída a Hipócrates, destacando-se que

Os vários escritos que lhe são atribuídos, e que formam o Corpus Hippocraticus, provavelmente foram o trabalho de várias pessoas, talvez em um longo período de tempo. O importante é que tais escritos traduzem uma visão racional da medicina, bem diferente da concepção mágico-religiosa antes descrita¹⁰⁸

Pelo que “em conformidade com o pensamento do século V a.C, Hipócrates coloca a medicina em bases racionais e a atribui aos homens, e não aos deuses, como relatado no Prometeu acorrentado de Ésquilo (525-456 a.C.)”¹⁰⁹ fazendo romper, de certa forma, o paradigma anterior e trazendo juntamente com a racionalidade humana, a possibilidade de falha humana e a sua conseqüente responsabilização civil.

Outrossim, na Grécia antiga o paciente era visto como um incapaz, partindo-se do pressuposto que a doença o impedia de emitir sua vontade de modo coerente. Anota Carlos Ragazzo que a “orientação que permeava a medicina grega (de médicos-filósofos hipocráticos) sugeria um modelo no qual o paciente não teria qualquer participação no processo de decisão médica.”¹¹⁰

Neste mesmo sentido observa Ricardo Lorenzetti:

Na Grécia, por exemplo, considerava-se impróprio que o paciente participasse das decisões ou estivesse informado. Hoje dá-se à informação tamanha relevância que lhe foi conferido *status* constitucional, já que o art. 42 da Constituição Argentina adverte que os consumidores têm direito a uma “informação adequada”.¹¹¹

André Pereira, buscando as raízes etimológicas da palavra enfermo aduz que a mesma “provém do latim *infirmus*, ou seja, débil, sem firmeza, não apenas física,

¹⁰⁸ SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro**, 17(1):29-41, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf> Acesso em: 02 nov. 2011.

¹⁰⁹ GUSMÃO, Sebastião. HISTÓRIA DA MEDICINA: evolução e importância. Disponível em http://www.museu-emigrantes.org/Hist%C3%B3ria_da_medicina.pdf. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹¹⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 40

¹¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 132.

mas também moral; de onde resulta que historicamente não fizesse sentido solicitar a sua opinião ou o seu consentimento”.¹¹²

Ou seja, a mudança de paradigma para a atualidade é muito nítida, de um paciente meramente objeto da atuação médica para o paciente senhor de seu destino, recebendo todas as informações pertinentes para que possa assim decidir-se. Esta é uma das grandes questões enfrentadas neste trabalho.

Dessa época grega origina-se a visão paternalista do médico em relação ao paciente, pois se o mesmo não era capaz de autodeterminar-se não seria possível sequer levar em consideração a sua emissão de vontade. Sebastião Gusmão assinala que:

Pode-se comprovar, nos diferentes períodos históricos, como se refletem na arte de curar as doutrinas médicas e como, nestas, se representa a ideologia geral da época, suas concepções filosóficas e religiosas, produzindo-se a explicação da doença e, conseqüentemente, os métodos terapêuticos.¹¹³

Assim, apesar da medicina ter iniciado suas bases racionais desde a época hipocrática, o desenvolvimento cultural de cada civilização é deveras importante para a análise do desenvolvimento da medicina ali praticada. Tratando da medicina no Brasil, assinala Brunello Stancioli que:

A religião, ou seja, a teoria da base sobrenatural das doenças era o *medium* existente entre os saberes indígena, africano e português. Essa amálgama cultural, fundado na crença metafísica da doença e da cura, norteou a práxis médica nos três primeiros séculos da Colônia.¹¹⁴

Destacando ainda que

No entanto, o saber médico “oficial” não diferia, fundamentalmente, das práticas da fisicatura e da cirurgia exercidas na Colônia. Pelo contrário, as suas bases teóricas e epistemológicas também apregoavam fundamentos metafísicos para enfermidade e cura.¹¹⁵

Importava assim a pessoa que praticava o ato e não necessariamente o ato considerado em si mesmo, posto que “parece que a legitimidade da medicina era

¹¹² PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 29

¹¹³ GUSMÃO, Sebastião. HISTÓRIA DA MEDICINA: evolução e importância. Disponível em http://www.museu-emigrantes.org/Hist%C3%B3ria_da_medicina.pdf. Acesso em: 10 jan. 2012.

¹¹⁴ STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 04-05.

¹¹⁵ Idem, ibidem. p. 07.

proveniente da ‘fonte’ de saber, isto é, era ‘oficial’ segundo características subjetivas, e não objetivas (avaliação epistemológica do saber em si).¹¹⁶ Ou seja, permeada indelevelmente pela ideologia relatada por Sebastião Gusmão. O que não discrepa da abordagem feita no capítulo anterior sobre a noção de campo, *habitus* e formação discursiva.

Narra Brunello Stancioli que com a vinda da coroa portuguesa para o Brasil o cenário começou a modificar-se, sofrendo forte influência francesa a partir da independência.¹¹⁷

Médicos franceses e americanos traziam na bagagem o novo modelo, que seria adotado com vigor após o advento da República: o sanitarismo higienista. Parece que a lusofobia, instaurada nas terras da ex-colônia portuguesa, buscava raios de luz, ainda que pálidos, advindos do iluminismo instaurado na França e estendido, em suas bases ideológicas, à jovem nação americana.¹¹⁸

Naquela época, em virtude das epidemias que assolavam as cidades, e que chegavam a dizimar a quase totalidade da população, iniciou-se uma tendência ao trabalho com a prevenção da doença, já que vislumbrava-se a dificuldade da cura que era sempre individual, sendo a atuação na prevenção um fazer coletivo. Nas palavras do mencionado autor:

Começa a existir uma oposição entre a cura e a prevenção de doenças. Mais que isso, um antagonismo entre a medicina individual, considerada arcaica, e a medicina social, que representa uma nova racionalidade e propicia sua penetração na sociedade, visando a formar e reformar *física e moralmente* o cidadão.¹¹⁹ (itálico no original)

Ao estudar este período Foucault analisa o hospital e as transformações sofridas pelo mesmo, destacando o aumento do poder médico, vez que “a partir do momento em que o hospital é concebido como um instrumento de cura e a distribuição do espaço torna-se um instrumento terapêutico, o médico passa a ser o principal responsável pela organização hospitalar”¹²⁰, além do que passa a ter posição privilegiada, sendo “sua função de higienista, mais que seus prestígios de terapeuta,

¹¹⁶ STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 08.

¹¹⁷ Idem, ibidem. p. 10.

¹¹⁸ Idem, ibidem. p. 13.

¹¹⁹ Idem, ibidem. p. 14.

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 109.

que lhe assegura esta posição politicamente privilegiada no século XVIII, antes de vê-la econômica e socialmente no século XIX”¹²¹. E continua:

Essa inversão das relações hierárquicas no hospital, a tomada de poder pelo médico, se manifesta no ritual da visita, desfile quase religioso em que o médico, na frente, vai ao leito de cada doente seguido de toda a hierarquia do hospital: assistentes, alunos, enfermeiras, etc. Essa codificação ritual da visita, que marca o advento do poder médico, é encontrada nos regulamentos de hospitais do século XVIII, em que se diz onde cada pessoa deve estar colocada, que o médico deve ser anunciado por uma sineta, que a enfermeira deve estar na porta com um caderno nas mãos e deve acompanhar o médico quando ele entrar, etc.¹²²

A medicina para a ser, então, de grande interesse para o Estado, que se utilizando dos mecanismos jurídicos passa a disciplinar e controlar a saúde, recebendo a medicina sanitarista suporte jurídico, inclusive com criação de Códigos Sanitários e até mesmo uma polícia sanitária¹²³.

A medicina como técnica geral de saúde, mais do que como serviço das doenças e arte das curas, assume um lugar cada vez mais importante nas estruturas administrativas e nesta maquinaria de poder que, durante o século XVIII, não cessa de se estender e de se afirmar. O médico penetra em diferentes instâncias de poder. A administração serve de ponto de apoio e, por vezes, de ponto de partida aos grandes inquéritos médicos sobre a saúde das populações; por outro lado, os médicos consagram uma parte cada vez maior de suas atividades a tarefas tanto gerais quanto administrativas que lhes foram fixadas pelo poder. Acerca da sociedade, de sua saúde e suas doenças, de sua condição de vida, de sua habitação e de seus hábitos, começa a se formar um saber médico-administrativo que serviu de núcleo originário à "economia social" e à sociologia do século XIX.¹²⁴

Naquele momento histórico não muito distante (início do século XX) a “dogmática jurídica cuidava de legitimar a total aniquilação da vontade, autonomia e privacidade dos enfermos”¹²⁵, vez que eram conduzidos os doentes para hospitais de isolamento sem qualquer compreensão ou justificativa do que lhes ocorria. Eram conduzidos para o seu leito de morte, posto que os hospitais eram o local onde se morria, como menciona Foucault:

O hospital como instrumento terapêutico é uma invenção relativamente nova, que data do final do século XVIII. A consciência de que o hospital pode e deve ser um instrumento destinado a curar aparece claramente em

¹²¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 203.

¹²² Idem, ibidem. p. 110.

¹²³ STANCIOLI. Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 17.

¹²⁴ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 202.

¹²⁵ STANCIOLI. Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 19.

torno de 1780 e é assinalada por uma nova prática: a visita e a observação sistemática e comparada dos hospitais.¹²⁶

Erradicadas as grandes epidemias, voltam-se os olhares para a relação individual do médico com seus pacientes em seus tratos diários, com a humanização da medicina, visando resgatar a pessoa humana “por trás” do paciente que antes era visto como um objeto¹²⁷, numa clara estratégia discursiva de reificação¹²⁸, pois como coisa não seria dotado de vontade, para uma postura participativa e dialogada, com compromissos mútuos, contratual, vez que:

O modelo paternalista já não satisfazia nem os pacientes nem os médicos. As razões da superação desse modelo encontram-se em parte, na própria medicina: ela tornou-se uma ciência cada vez mais precisa. Uma medicina que sabia menos, tinha menos a dizer ao doente. Por outro lado, tornou-se mais eficaz e, por isso, mais agressiva, mais invasiva, potencialmente mais perigosa, por meios cirúrgicos químicos, exploratórios, que apelam ao consentimento do paciente.¹²⁹

Andrea Caprara e Anamélia Franco afirmam que:

A superação dos modelos paternalista e informativo significa a necessidade de assumir um processo de comunicação que implique na passagem de um modelo de comunicação unidirecional a um bidirecional, que vai além do direito à informação.¹³⁰

Sendo certo que este processo “exige mudança de atitude do médico, no intuito de estabelecer uma relação empática e participativa que ofereça ao paciente a possibilidade de decidir na escolha do tratamento”.¹³¹

Assim, não é difícil de compreender que esta mudança paradigmática ocorre

Face à atribuição ao paciente do estatuto de verdadeiro sujeito, que não mero objecto, da actuação médica, vieram revelar a necessidade de exigir ao médico um novo papel: o de facultar ao paciente os elementos imprescindíveis para que este conheça e compreenda, no essencial, os dados do problema e possa, assim, exercer, conscienciosamente, o seu poder de decisão.¹³²

¹²⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 99.

¹²⁷ STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23-24.

¹²⁸ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 81.

¹²⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 28.

¹³⁰ CAPRARA, Andrea; FRANCO, Anamélia Lins e Silva. **A Relação paciente-médico: para uma humanização da prática médica**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csp/v15n3/0505.pdf> Acesso em: 12 jan. 2012.

¹³¹ Idem, ibidem.

¹³² RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 17.

Contudo, conclui Brunello Stancioli que “a práxis médica, embora de maneira sutil, continua, até os dias atuais, a violar muitas vezes, a individualidade do paciente”¹³³, posto que arraigada na visão paternalista, ignorando a pessoa que se encontra do outro lado, mas resta indubitoso que esta relação “médico-paciente transformou-se: partindo de um esquema autoritário e vertical, surge-nos hoje como democrática e horizontal”.¹³⁴

Para Christoph Fabian é a autoridade do médico que está cheque:

Nos últimos vinte anos, os processos de responsabilidade civil e também penal contra os médicos aumentaram muito. Uma explicação é que a autoridade dos médicos na sociedade diminuiu. Os médicos não parecem mais incontestáveis ou como “deuses em branco”.¹³⁵

Contudo, notadamente em virtude do reconhecimento ético-jurídico dos direitos do paciente, essa visão começa a mudar, modificando-se o comportamento paternalista, não mais socialmente (e eticamente) aceito, para um comportamento dialogado onde o médico e o paciente relacionam-se em igualdade, mas cientes de seus diferentes prismas, com compromissos mútuos. Essa visão é consagrada na apresentação do Código de Ética Médica – CEM¹³⁶, pelo seu então presidente Roberto Luiz d’Avila:

Subordinado à Constituição Federal e à legislação brasileira, o novo Código reafirma os direitos dos pacientes, a necessidade de informar e proteger a população assistida. Buscou-se um Código justo, pois a medicina deve equilibrar-se entre estar a serviço do paciente, da saúde pública e do bem-estar da sociedade. O imperativo é a harmonização entre os princípios das autonomias do médico e do paciente. Permeando o novo Código, esse é o contrato tácito e implícito de todo ato médico.

Outrossim, recebe destaque na resolução que aprova o Código de Ética Médica que o mesmo está sendo baixado considerando, dentre outros motivos, “a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade”, enfatizando Edmilson Barros Júnior que “na Medicina atual, notadamente após o NCEM, não mais se admite a Medicina paternalista, em que o médico decide

¹³³ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 21.

¹³⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 29

¹³⁵ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.133.

¹³⁶ Código de Ética Médica - Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009.

sozinho, baseando em suas preferências pessoais, o que seria melhor para o seu paciente.”¹³⁷

André Pereira, ao tratar do consentimento, destaca bem esta mudança ao afirmar que

a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, hoje, não só que o paciente consinta ou recuse uma intervenção determinada heteronomamente, mas que tenha todos elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, assumindo-se como sujeito e como um par, um igual na relação.¹³⁸

Salientando o autor que a “alteração do paradigma na relação médico-paciente” consiste no “abandono do paternalismo clínico em favor da autonomia do paciente”.

139

Assim, a autonomia do paciente está intimamente ligada ao dever de informar do médico, pois

Censura-se ou desaprova-se um tratamento sem conselho adequado, porque o médico desrespeitou-se o direito à autonomia do paciente. Nesta perspectiva se compreende o problema do dever de informar pelo médico como uma questão existencial da autonomia humana.¹⁴⁰

Analisando a questão do mesmo prisma, João Vaz Rodrigues afirma que

Com o consentimento culmina-se uma fase e inicia-se outra: a concretização de um tratamento ou de uma avaliação com possível contacto físico, em que foi já reconhecido ao paciente o direito a determinar o que pode ser feito no seu corpo. Só assim se poderá dizer que o paciente foi tratado como sujeito e não como objecto do acto médico.¹⁴¹

Ou seja, ambos os autores partem do princípio de que paciente só é capaz de exercer plenamente sua autonomia após receber as necessárias informações médicas, para sobre elas deliberar com o apoio do médico.

¹³⁷ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 244.

¹³⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 53

¹³⁹ Idem, ibidem. p. 349

¹⁴⁰ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.134.

¹⁴¹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 27.

Em conclusão, pode-se afirmar que a medicina confundia-se nas priscas eras com a magia, momento em que o paciente era tido como um incapaz, sendo tutelado pelo médico, numa relação nitidamente paternalista, em que o poder do médico sobre o paciente é total, ou seja, há uma submissão do paciente à vontade do médico. Com a evolução da medicina passou-se ao abandono do paternalismo, reconhecendo o paciente como pessoa, dotada de vontade que deve ser respeitada, chegando ao momento atual em que o respeito à autonomia da vontade do paciente está contido nos regramentos da profissão, como dever ético, passando-se assim de uma relação paternalista para uma relação contratualista em que o outro é reconhecido como tal, inexistindo a submissão de outrora, havendo um verdadeiro compartilhamento do poder médico, com compromissos assumidos de parte a parte. Nesta relação compartilhada de poder, ao paciente é assegurado ética e juridicamente o direito de decidir sobre sua saúde, seu corpo e sua vida, sob a orientação e conselhos do médico.

No próximo item abordar-se-á a relação médico-paciente, sob a ótica do Direito, discorrendo-se sobre da relação jurídica entabulada.

2.2 Natureza obrigacional da relação médico-paciente

Cretella Júnior¹⁴² ao abordar o vocábulo obrigação, estabelece que se trata de um compromisso presente que se projeta para o futuro, assinalando que:

Na língua latina, o vocábulo *obligatio*, formado de *ob+ligatio*, encerra a idéia de *laço*, *liame*, evocando a época primitiva em que duas pessoas se *ligavam por um laço*. Feito um compromisso, no campo, para ser cumprido momentos depois, na cidade, ou em outro lugar, o credor amarrava a pessoa do devedor à sua própria pessoa, para que o *obligatus*, ao chegar ao destino, cumprisse o prometido.

E continua:

Neste instante, desatava-se, desamarrava-se, *dissolvia-se* (de sólvère, sóluo; em grego *luo*), o laço concreto que lembrava ao devedor seu compromisso com o credor. O devedor quebrava a *ligatio*, liberando-se materialmente e, pois, moralmente da *obrigação* ou *ligação* assumida.

¹⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano**. São Paulo: RT, 1966. p. 171.

Concluindo que da “idéia abstrata de laço é fácil chegar à idéia abstrata de obrigação”. Nesse cenário de relações obrigacionais se encontra a relação médico-paciente, sendo certo que encerra um compromisso celebrado entre o paciente e o médico.

Segundo João Calvão, o direito das obrigações é o “direito da dinâmica patrimonial”, sem deixar de estabelecer que esta se dá entre pessoas e se que materializam com a “sua colaboração ou cooperação mediante comportamentos (prestações de *dare*, de *facere* ou de *non facere*)”¹⁴³, desempenhando “uma função económica e social de enorme relevância prática, tanto mais reconhecida e salientada quanto a maior parte das relações jurídicas privadas, que se estabelecem dia a dia, são relações obrigacionais”¹⁴⁴ que

Directa e imediatamente concedem ao credor direito à prestação. Direito este que se traduz no poder que o credor tem de exigir do devedor o comportamento positivo ou negativo a que está adstrito, mas não já no poder directo *sobre* a pessoa do devedor ou *sobre* o objecto da prestação. É que o objecto da obrigação é a prestação (ou prestações), através das quais os homens cooperam entre si.¹⁴⁵

Nesta mesma linha de raciocínio, destaca Menezes Leitão que a

A obrigação não se pode considerar um direito incidente sobre os bens do devedor, sendo antes um vínculo pessoal entre dois sujeitos, através do qual um deles pode exigir que o outro adopte determinado comportamento em seu benefício.¹⁴⁶

É justamente neste contexto que se insere a obrigação médica, qual seja, a adoção de um determinado comportamento pela pessoa do médico (devedor) em favor da pessoa do paciente (credor). O comportamento a ser adotado pelo médico se dirige para a satisfação dos interesses do paciente (a cura), com o compromisso de não causar-lhe qualquer dano. Nas palavras do citado autor:

Efectivamente, a obrigação consiste no dever de adoptar uma conduta em benefício de outrem. Estão assim em causa no vínculo obrigacional regras de comportamento que, adequadamente respeitadas, proporcionarão a satisfação do direito de crédito mediante a realização da prestação pelo devedor, sem que daí resultem danos para qualquer das partes.¹⁴⁷

¹⁴³ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Almedina: Coimbra, 1997. p. 22-23.

¹⁴⁴ Idem, ibidem. p. 23-24.

¹⁴⁵ Idem, ibidem. p. 23

¹⁴⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações** – 1º. v: Introdução, da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2010. p. 91.

¹⁴⁷ Idem, ibidem. p. 56.

A atuação do profissional médico por sua natureza constitui-se numa obrigação de fazer, caracterizando por uma atividade intelectual e material, onde a parte obrigada (o médico, como sujeito passivo da obrigação) tem o dever de utilizar todo o conhecimento disponível (atividade intelectual) a fim de prestar a melhor assistência à outra parte (paciente, sujeito ativo ou credor obrigacional), empenhando-se para atingir o objetivo almejado (atividade material), sem que, contudo, haja um compromisso com o resultado a ser atingido. Noutras palavras, o médico obriga-se a tratar do paciente, mas não a curá-lo.

Segundo Bruno Miragem

O objeto da relação obrigacional médico-paciente, que se caracteriza como regra em uma obrigação de fazer visando à preservação da vida, a cura ou prevenção da doença ou moléstia, assim como a melhoria das suas condições pessoais, vincula-se diretamente à vida e à integridade física e moral da pessoa [...]¹⁴⁸

Dada a complexidade da atuação do médico este comportamento, este fazer, sofre diversos influxos, cujo conteúdo será fixado em momento seguinte, sendo importante, pois, analisar a legislação aplicável.

2.3. Legislação aplicável a relação médico-paciente

A atividade médica lida com um valor de natureza inestimável, que é a saúde e consequentemente a vida do ser humano, logo existem influxos direitos dos direitos e garantias fundamentais albergados na Constituição Federal na relação privada existente entre o médico e o seu paciente.

Contemporaneamente não existem mais dúvidas quanto a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dentro de uma perspectiva civil-constitucional:

A virada de uma jurisprudência dos conceitos em direção a uma jurisprudência de valores, chegando-se, atualmente, a uma jurisprudência dos princípios e dos valores, municia a perspectiva civil-constitucional com instrumentos metodológicos apropriados a permitir às normas constitucionais que incidam sobre as relações jurídicas estabelecidas entre

¹⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.402.

particulares.¹⁴⁹

A atual conjuntura permite a aplicação cotidiana dos preceitos constitucionais fundamentais às relações entre particulares, tanto que

No dia a dia dos Tribunais (especialmente os inferiores), estes foram de certa forma forçados a afastar a separação entre o Direito constitucional e o Direito civil, diante dos inúmeros casos em que se passou a invocar os direitos fundamentais, seja por parte do demandante, seja por parte do demandado.¹⁵⁰

Assim, não se podem olvidar os preceitos consagrados na Constituição quando se está a analisar uma relação jurídica entre médico e paciente, a principiar por um dos fundamentos da República que é a dignidade da pessoa humana, cuja garantia também se encontra expressamente estampada no capítulo constitucional específico dos princípios gerais da atividade econômica¹⁵¹ que tem por finalidade assegurar uma existência digna aos cidadãos brasileiros, tendo como um de seus princípios a defesa do consumidor¹⁵². Ou seja, o respeito à dignidade¹⁵³ do paciente por parte do médico é uma garantia constitucional decorrente desses princípios constitucionais apontados.

Ademais, ao fixar a Constituição o princípio da igualdade, balizou-o com uma série de garantias, dentre elas a obrigação do Estado de promover a defesa do consumidor¹⁵⁴, num nítido reconhecimento da necessidade do tratamento diferenciado do mesmo em face de sua vulnerabilidade. Logo, o fornecedor deve atentar para o respeito a estes princípios e garantias, notadamente quando de realização de assistência médica, posto que o paciente estará, em geral, fragilizado

¹⁴⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 57-58.

¹⁵⁰ GALIZA, Andréa Karla Amaral de. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares**: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.44.

¹⁵¹ CF/88 - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;

¹⁵² ADCT, CF/88, Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹⁵³ CF/88 - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁵⁴ CF/88 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

em face da doença que o acomete, assegurando-lhe sua inviolabilidade, liberdade, segurança, intimidade, honra, acesso a informação etc.

Noutra oportunidade¹⁵⁵ já se afirmou que a defesa do consumidor tem fundamento constitucional expresso, que, de tão forte, aparece entre as garantias fundamentais como reflexo do princípio da igualdade, e ainda, impondo ao Estado a obrigação de sua promoção, ladeada pelo princípio da igualdade, inserindo-se a defesa do consumidor como princípio constitucional geral da atividade econômica, de modo a assegurar a existência digna do cidadão.

Assim, ao serem violadas as normas de ordem pública e interesse social¹⁵⁶ contidas no CDC, estar-se-á, na verdade, violando princípios constitucionais fundamentais, noção esta que o operador do direito precisa ter em mente ao interpretar e aplicar o direito do consumidor.

Brito Filomeno¹⁵⁷ observa que os consumidores se tornaram titulares de direitos subjetivos constitucionais fundamentais, justamente porque a Constituição Federal de 1988 determinou no art. 48 de suas Disposições Transitórias que o Congresso Nacional elaboraria o Código de Defesa do Consumidor, numa expressa determinação do cumprimento das normas programáticas dos art. 5º XXXII e art. 170, V, consoante menção anteriormente realizada.

Cláudia Lima Marques destaca que no modelo brasileiro há uma coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, explicando que

Se tivéssemos que utilizar uma figura de linguagem para descrever o modelo *sui generis* brasileiro, o direito privado brasileiro reconstruído pela Constituição de 1988 seria semelhante a um edifício. O Código Civil de 2002 é a base geral e central, é o próprio edifício, em que todos usam o corredor, o elevador, os jardins, é a entrada comum a civis, a empresários e a consumidores em suas relações obrigacionais. Já o CDC é um local especial, só para privilegiados, é como o apartamento de cobertura: lá existem privilégios materiais e processuais para os diferentes, que passam por sua porta e usufruem de seu interior, com piscina, churrasqueira, vista para o rio ou o mar e outras facilidades especiais. Na porta da cobertura só

¹⁵⁵ CALADO, Vinicius de Negreiros. **Manual básico de Direito do Consumidor**. Recife: IPEDIC, 2005. p.14.

¹⁵⁶ CDC, Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

¹⁵⁷ FILOMENO. José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 68.

entram os convidados: os consumidores, os diferentes, em suas relações mistas com fornecedores. Sustentando conceitualmente o privilégio ou como base do CDC, está o CC/2002, com seus princípios convergentes (boa-fé, combate ao abuso, à lesão enorme, à onerosidade excessiva etc.), sempre prontos a atuar subsidiariamente.¹⁵⁸

Assim, cabe neste momento a análise do Código Civil de 2002 - CC/2002 e do Código de Defesa do Consumidor – CDC, ressalvadas as peculiaridades destacadas pela autora.

No plano infraconstitucional o direito brasileiro trata da relação médico-paciente, no tocante à responsabilidade médica especificamente no art. 951¹⁵⁹ do Código Civil de 2002 - CC/2002. Aplica o dispositivo a responsabilidade subjetiva ao ligar o dever de indenizar à conduta culposa do médico, assim, esta é regra geral no direito civil para a responsabilidade médica. Comentando o artigo análogo do Código Civil de 1916 (art. 1.545) assinala Clovis Bevilacqua:

A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzam morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a excusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que êsses profissionais exerçam a sua arte, segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E êsse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações.¹⁶⁰

Outrossim, o artigo 15¹⁶¹ do CC/2002 também versa sobre tratamento médico, inserindo dentre os direitos da personalidade o de não ser constrangido com risco de morte a tratamento médico ou cirúrgico. Este artigo consagra o respeito a autonomia do paciente, sendo necessário atentar para as regras basilares de emissão da vontade juridicamente válida. Nesse sentido, é de se observar que aquele que não

¹⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 51, jul./set. 2004, p. 34-67. p. 56.

¹⁵⁹ CC/2002 - Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

¹⁶⁰ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua**. Vol. V. Rio de Janeiro: Francisco Laves, 1957. p. 252.

¹⁶¹ CC/2002 - Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

pode, ainda que temporariamente, exprimir sua vontade é absolutamente incapaz na forma do art. 3º, III¹⁶² do CC/2002.

Logo, se o agente não era capaz, o negócio jurídico celebrado é inválido na forma do art. 104¹⁶³ do CC/2002, sendo em verdade, um negócio jurídico nulo, na forma do art. 166, I¹⁶⁴ do CC/2002.

Essa vontade pode ser expressa de modo verbal ou escrito, sendo a regra geral na atividade médica a oralidade da aceitação, posto que a validade de uma declaração de vontade não depende de forma especial¹⁶⁵, devendo-se atentar especialmente para a intenção das partes¹⁶⁶.

Este princípio da liberdade de forma também vigora no ordenamento português:

Nos termos do art. 219º. vigora no direito civil português o princípio da liberdade de forma. Do mesmo modo também no contrato médico a regra é a da oralidade.¹⁶⁷

Relevantes considerações devem ser feitas também quando a vontade é manifesta, mas decorre de erro ou ignorância, fato este que não é incomum na área médica, sendo o negócio jurídico anulável¹⁶⁸.

Na área da responsabilidade médica pode haver erro substancial¹⁶⁹ quando o paciente não toma conhecimento das qualidades essenciais do tratamento ou mesmo no tocante ao grau de estudo/especialização do profissional médico (neste

¹⁶² CC/2002- Art. 3o. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

¹⁶³ CC/2002 - Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁶⁴ CC/2002 - Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

¹⁶⁵ CC/2002 - Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

¹⁶⁶ CC/2002 - Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

¹⁶⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 481. Artigo 219º do CC de Portugal: “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir”.

¹⁶⁸ CC/2002 - Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

¹⁶⁹ CC/2002 - Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

sentido a preocupação e regramento do CFM quanto a divulgação das especialidades).

Outrossim, aquilo que inicialmente poderia ser considerado erro substancial pode caracteriza-se como omissão dolosa¹⁷⁰, o que pode ocorrer com certa frequência na área médica, posto que um paciente ciente de um efeito colateral qualquer, poderá optar por não realizar um determinado tratamento. Esse fato torna-se mais grave se o procedimento médico for eletivo. Assim, haverá omissão dolosa na relação médico-paciente quando o médico silenciar, negligenciando o seu dever de informar, sobre fatos de relevo a respeito do tratamento médico que sejam capazes de influir na recusa do paciente à aquele tratamento, de tal modo que se o mesmo soubesse daquele fato não o teria realizado.

Situações de estado de perigo¹⁷¹ são também comuns na área médico-hospitalar, notadamente quando planos de saúde não autorizam procedimentos e o paciente ou seus familiares são obrigados a assumir as despesas médicas e hospitalares que seriam naturalmente da operadora. Menos comum é o caso do profissional médico que antes de procedimento cirúrgico resolve elevar a cobrança de honorários médicos, seja porque o plano de saúde a ele repassa pouco, seja porque decidiu cobrar mais caro do paciente em momento equivocado.

A obrigação médica e sua conseqüente responsabilização podem decorrer de um contrato ou de ato ilícito, sendo mais comum a decorrente de contrato¹⁷², visto que em regra o médico e o paciente estão jungidos por força de uma relação obrigacional contratual, seja direta (contrato particular) ou indireta (através de um plano de saúde), cujo aprofundamento será feito em capítulo próprio.

Acaso a responsabilidade médica seja extracontratual (delitual), aplicar-se-ão as regras decorrentes da prática de ato ilícito contida nos arts. 186 e 187 do

¹⁷⁰CC/2002 - Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

¹⁷¹CC/2002 - Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

¹⁷²PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 31

CC/2002¹⁷³, juntamente com o art. 927 do CC/2002¹⁷⁴. Já se a responsabilidade civil decorre do contrato aplicar-se-á a teoria geral das obrigações para o adimplemento ou inadimplemento contratual, cuja problemática será abordada em capítulo próprio.

Esta problemática ocorre justamente porque o CC/2002, nas palavras de Pablo Malheiros

Majorou as hipóteses de valoração objetiva da responsabilidade (arts. 43, 187, 734, 750, 927, parágrafo único, 931, 932, 933, 936–940), manteve a responsabilidade com culpa e a dicotomia entre a responsabilidade contratual (arts. 389–397 e 399–420) e a responsabilidade extracontratual (arts. 398, 927–954).¹⁷⁵

Ou seja, no nosso ordenamento jurídico temos hipóteses de responsabilidade subjetiva e de responsabilidade objetiva que convivem harmoniosamente dentro do sistema.

Muito ainda se discute acerca da natureza jurídica do contrato médico, sendo de grande e maior relevo a discussão sobre a natureza obrigacional, se de meio ou de resultado que será tratada em momento próprio em face de sua relevância.

É de se destacar ainda que contemporaneamente o contrato médico é típico contrato de prestação de serviços, sendo o mesmo assim considerado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, criada pela Lei n.º 9.961/00¹⁷⁶, e sua regulamentação posterior¹⁷⁷.

¹⁷³ CC/2002 - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

CC/2002 - Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

¹⁷⁴ CC/2002 - Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁷⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 102.

¹⁷⁶ Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências.

¹⁷⁷ RESOLUÇÃO NORMATIVA – RN Nº 71, DE 17 DE MARÇO DE 2004 que “Estabelece os requisitos dos instrumentos jurídicos a serem firmados entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde ou seguradoras especializadas em saúde e profissionais de saúde ou pessoas jurídicas que prestam serviços em consultórios”

Desta feita, como contrato de prestação de serviços não existem dúvidas que as regras aplicáveis são as que versam sobre as obrigações contratualmente assumidas e se elas foram adimplidas ou não, além das obrigações que decorrem das regras deontológicas da atividade médica.

Assim, importa para o presente estudo o adimplemento e o inadimplemento das obrigações, expressa ou tacitamente, assumidas pelo médico neste contrato, destacando-se que, no mais das vezes, este contrato é verbal, sendo logicamente verbal a manifestação de vontade do paciente.

Na formação dos contratos é importante o estudo das tratativas preliminares, da proposta e da aceitação¹⁷⁸, além dos princípios que regem a teoria contratual no direito civil, além das regras específicas do contrato de prestação de serviço.

Contudo, além das normas de direito civil são aplicáveis as regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor - CDC, vez que a relação médico-paciente é reconhecida de modo pacífico como sendo uma relação de consumo pelos tribunais superiores, notadamente porque a massificação¹⁷⁹ dos contratos de prestação de serviços de assistência à saúde, os chamados planos de saúde, foi determinante para a massificação das relações médico-paciente, não sendo possível nos dias atuais defender que o contrato médico não é um contrato de prestação de serviços, bem como que a ele não se aplicaria o CDC.

Assim, para compreender as implicações jurídicas da relação médico-paciente, é preciso analisar, ainda que brevemente a teoria das obrigações, a teoria geral dos contratos, o contrato em espécie de prestação de serviço, as regras do CDC aplicáveis e ainda as regras deontológicas aplicáveis.

¹⁷⁸ No presente estudo não se adentra na discussão acerca da essencialidade da vontade (dogma da vontade), sendo certo que a sua desconsideração para o aperfeiçoamento de certos contratos no tráfico jurídico contemporâneo não pode ser ignorada, uma vez que existem casos em que “a utilização efetiva da prestação realiza a relação contratual”, conforme LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado Social: crise e transformações**. Maceió: EDUFAL, 1983. p. 68.

¹⁷⁹ NOGUEIRA, Roberto Wanderley; FERRAZ, Edmundo Machado. Erro médico e a prática não médica. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. **Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 351-352.

Apenas após a visualização deste cenário por completo, poderemos aprofundar as consequências da relação jurídica médico-paciente quando o contrato não for adimplido ou quando um ilícito for praticado.

Neste segundo momento haverá então a necessidade do estudo da teoria do inadimplemento das obrigações e aplicá-la ao contrato médico com todas as nuances e peculiaridades que lhe são próprias.

A obrigação médica é uma obrigação de fazer, vez que se constitui numa atividade, sendo regida pelos arts. 247 a 249 do CC/2002.

Sendo uma obrigação de fazer, o sujeito passivo incorre na obrigação de indenizar quando este se recusar a fazê-lo¹⁸⁰ ou se a prestação do fato se tornar impossível com culpa deste¹⁸¹ ou ainda se houver o cumprimento defeituoso da prestação.

Esse cumprimento defeituoso (violação positiva do contrato) tem especial interesse para o presente estudo, de modo que será aprofundado em momento posterior.

Já se for descumprida a obrigação, estaremos diante de outro campo de incidência, qual seja, o inadimplemento das obrigações, tratado entre os arts. 389 a 420 do CC/2002.

De acordo com as regras codificadas, responde o sujeito passivo inadimplente por perdas e danos, acrescidos os juros e atualização monetária, além de honorários advocatícios¹⁸², com todos os seus bens¹⁸³, somente se a sua culpa for verificada¹⁸⁴, não se responsabilizando, contudo, pelos prejuízos causados em virtude de caso

¹⁸⁰ CC/2002 - Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

¹⁸¹ CC/2002 - Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

¹⁸² CC/2002 - Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado

¹⁸³ CC/2002 - Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

¹⁸⁴ CC/2002 - Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

fortuito ou força maior, que é caracterizado como “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”¹⁸⁵.

Além das regras obrigacionais, o contrato médico está regido pelas regras contratuais gerais e especiais do CC/2002.

Dentre os princípios contratuais, destacam-se o da autonomia privada, ou autonomia da vontade¹⁸⁶ (limitada pela função social do contrato) e o princípio da boa fé¹⁸⁷ que irradiam efeitos para todos os contratos e que têm especial relevância para este estudo, dadas as peculiaridades contratuais, consoante já analisado no tocante aos elementos vontade e erro.

Destaque-se que a liberdade de contratar tem seu limite fundamental na função social do contrato, explicando Paulo Lôbo¹⁸⁸ que “a função social não é simples limite externo ou negativo, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar”, salientando ainda que esses princípios devem harmonizar-se com a regra básica de interpretação do negócios jurídicos com base na boa fé. Alíás, esse o posicionamento¹⁸⁹ do autor já havia sido externado antes mesmo do advento do CC/2002.

Assim, o princípio contratual da autonomia privada somente poderá ser integralmente observado acaso o princípio da boa fé também o seja pela outra parte, no sentido em que a manifestação da vontade só será suficientemente capaz de vincular o paciente acaso não haja erro, dolo ou deslealdade (decorrente do princípio de probidade e boa fé).

¹⁸⁵ CC/2002 - Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹⁸⁶ CC/2002 - Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁸⁷ CC/2002 - Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Princípios dos contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 53, n. 329, p. 9-17, mar. 2005. p. 14.

¹⁸⁹ “O contrato exerceu uma função *individual*, em conformidade com a ideologia dominante: o liberalismo. Há de ser reestruturado, para atender e exercer uma função *social*, segundo a ideologia que, em nosso tempo, parece ser dominante: o igualitarismo, com suas demandas de justiça social.” *In* LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado Social**: crise e transformações. Maceió: EDUFAL, 1983. p. 44.

Neste particular, agir com boa fé é ser transparente e externar as qualidades (positivas e negativas) da prestação, ou seja, o próprio conteúdo obrigacional, com todas as suas características, dada a relevância do tema será dedicado um capítulo para essa análise.

A informação prestada pelo médico passa a ter crucial importância para a observância desses dois princípios basilares do CC/2002, o que será objeto de estudo posteriormente, entendimento este consolidado, inclusive nos enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF:

Enunciado CJF 24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Enunciado CJF 27 - Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

Já o contrato de prestação de serviço está tipificado e disciplinado no CC/2002 entre os artigos 593 e 609, sendo passível de ter como objeto “toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial”, conforme o art. 594, caracterizando-se ainda pela retribuição paga pelo tomador do serviço.

Inexiste qualquer óbice para a contratação da prestação do serviço de modo verbal, havendo exceção quanto ao analfabeto¹⁹⁰ (art. 595 do CC/2002), quando o contrato escrito deverá ser assinado a rogo e por testemunhas, sendo certo que, em regra, a prestação de serviços é contrato personalíssimo (art. 605 do CC/2002), não escapando a esta regra o contrato médico.

Prestadores de serviço são enquadrados no conceito legal de fornecedor, contido no Código de Defesa do Consumidor - CDC, estando, assim, sujeitos às normas ali prescritas, em especial no § 2º do Art. 3º:

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

¹⁹⁰ Inaplicável ao estudo posto que o médico é profissional de nível superior.

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

Sobre a definição de fornecedor observa Luiz Otavio Amaral:

Pode-se dizer que fornecedor é toda pessoa, tanto a natural quanto a jurídica, a pública e a privada, a nacional e a estrangeira. E vai mais longe o espectro garantidor dessa norma, pois alcança até os entes despersonalizados (único fornecedor não pessoa).¹⁹¹

O CDC disciplina a relação entre consumidores e fornecedores, atribuindo-lhes direitos e deveres, e sendo o médico uma pessoa física que desenvolve uma atividade de prestação de serviços é o mesmo fornecedor na acepção do CDC, inclusive consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ¹⁹².

Este entendimento também vigora no direito português:

O contrato de prestação de serviços médicos é um **contrato de consumo** e portanto merecedor da aplicação das regras de protecção dos consumidores, especialmente das normas que impõem deveres de informação.¹⁹³ – negrito no original.

Já o paciente é considerado consumidor, uma vez que se trata de uma pessoa física que utiliza um serviço como destinatário final, entabulando-se assim uma relação jurídica de consumo a relação médico-paciente:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Ricardo Lorenzetti¹⁹⁴, ao tratar dos elementos e características genéricas do contrato médico na Argentina, entende como elemento estrutural o consentimento informado, justificando-o com base na autonomia da vontade do paciente. Como segundo elemento destaca o objeto da prestação do serviço, que é tripartida em: curar, cuidar

¹⁹¹ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010.p.109

¹⁹² Em caso envolvendo alegação de erro médico, praticado por cirurgião plástico na condição de profissional liberal, o STJ aplicou o Código de Defesa do Consumidor: "I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14." (Excerto do REsp 731.078/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 799)

¹⁹³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 621-622.

¹⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **La responsabilidad civil de los médicos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. p.312-330.

e modificar (no sentido cuidados para atingimento da cura, inclusive com mudança de conduta). Aduz ainda que tal contrato é consensual, pois nasce do simples consenso e bilateral, posto que ambas as partes possuem obrigações recíprocas, além de comutativo (sendo o risco da prestação uma questão distinta da álea). Destaca ainda que é oneroso, posto que o paciente remunera os serviços médicos e de execução continuada, visto que não se exaure num único ato, dividindo-se em várias etapas (consulta, diagnóstico, tratamento, cirurgia etc), sendo firmado de forma livre e pautado na confiança (o autor alude a uma confiança especial que seria diferente da fidúcia clássica). Por fim, destaca que o contrato médico é de adesão, ressaltando que a Lei argentina 24.240 exclui de sua incidência os profissionais liberais, mas inclui as pessoas jurídicas, e neste particular os serviços prestados por médicos em hospitais, clínicas, laboratórios e por operadoras de plano de saúde. Resumindo o objeto do contrato médico assevera:

El objeto de la obligación assumida por el galeno son las prestaciones de conductas profesionales tendentes a la curación; la obligación del paciente es el pago de estos servicios. El objeto del contrato es entonces la operación jurídica considerada, esto es: la provisión onerosa de servicios con finalidad curativa.¹⁹⁵

Podemos aplicar em solo pátrio as considerações do autor, com atenção apenas para o fato que a nossa lei de proteção aos consumidores inclui os prestadores de serviços liberais, tratando apenas de modo diferenciado em relação a apuração da culpa (art. 14, parágrafo 4º do CDC).

Interessante notar que a exceção contida na Lei Argentina também ocorre noutros países, cada um com suas peculiaridades. No direito japonês Lucia Elena Bastos¹⁹⁶ destaca que a prestação de serviços não está incluída nas relações de consumo quando inexistente um produto associado, assim

Quando, por exemplo, o dano é causado por um defeito do médico no tratamento, ou pelo engenheiro em uma construção, ou seja, um profissional liberal, tal dano não está coberto pela LRFP¹⁹⁷, porque a referida lei é aplicada somente para o dano causado por um defeito de um produto que é entregue pelo seu fabricante. Assim, no caso do médico e do

¹⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **La responsabilidad civil de los médicos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. p. 317.

¹⁹⁶ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Estudo comparativo sobre a responsabilidade pelo fato do produto no Japão e no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, SP, v. 13, n. 52, p. 37-65, out./dez. 2004. p. 49.

¹⁹⁷ A LRFP - Lei de Responsabilidades dos Fornecedores japonesa, seria o equivalente ao nosso CDC.

engenheiro, a vítima deveria buscar os seus direitos de indenização com base nas disposições contidas no Código Civil japonês a respeito da inexecução do contrato.

Já para Aguiar Dias¹⁹⁸ o conteúdo do contrato médico pode ser decomposto em obrigações implícitas impondo deveres de conselhos, cuidados e abstenção de abuso ou desvio de poder. Pelo que se pode afirmar que estes conselhos se manifestam através de informações prestadas pelo médico, os deveres de cuidado confunde-se com a própria atuação médica em si e o dever de abstenção de abuso materializa-se com a horizontalidade da relação, com o compartilhar das decisões sobre as condutas a serem adotadas, após o esclarecimento efetivo. Ou seja, o médico informa e esclarece o paciente, passando a tomar uma decisão conjunta com o mesmo acerca dos cuidados que serão prestados (exames, procedimentos, cirurgias etc).

Para Cláudia Lima Marques¹⁹⁹ os serviços médicos, clínicos e hospitalares submetem-se ao regime do CDC, independentemente da forma de atuação, seja de modo individual ou coletivo, chegando a afirmar que “hoje não há mais dúvidas em nosso País sobre a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por médicos, hospitais e clínicas privadas”.

E mesmo que haja a intermediação dos serviços médicos por interposta pessoa, ainda continuará a existir a relação de consumo, como observa o Rizzato Nunes²⁰⁰, para quem as operadoras de planos de saúde estão enquadradas no conceito de fornecedoras, conforme o art. 3.º do CDC, e por via de consequência são os usuários considerados consumidores para todos os fins de direito, aplicando-se o CDC nas suas relações decorrentes, notadamente quando a grande maioria das relações entre médico e paciente decorrem da relação contratual entre o consumidor e seu plano de saúde que credencia ou referencia o médico, como, inclusive já sumulou o STJ – Superior Tribunal de Justiça²⁰¹. Até porque

¹⁹⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.258-259.

¹⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 12.

²⁰⁰ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários a Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 13.

²⁰¹ Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (STJ/Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010)

Não é de se desprezar que aquilo que nos EUA se chama medicina organizada (organized medicine), ou indústria médica ou de serviços médicos, tenha interesses mais amplos do que a simples prestação de serviços adequados ao universo de consumidores ou pacientes. Uma vez empresarizada a medicina, interesses tipicamente capitalistas (de expansão e concentração de recursos) aparecem naturalmente.²⁰²

E é esta a lógica se instala no Brasil com as empresas de planos de saúde, regidas pela Lei 9.656/98, entendendo a doutrina que “a Lei 9.656/98 encontra-se dentre do direito do consumidor, seus dispositivos devem ser interpretados dentre os princípios gerais ou contratuais da Lei 8.078/90”²⁰³.

Edmilson Barros Júnior²⁰⁴ ao tratar da questão da saúde suplementar no Brasil aduz que as operadoras de planos de saúde são um “terceiro elemento na relação médico-paciente” que desejam apenas dela “usufruir e auferir, ao máximo, lucros pela atividade”, sendo a realidade atual um

verdadeiro meio de cultura para a proliferação dessas empresas que, por não enfrentarem resistências, inicialmente, fixaram valores irrisórios de remuneração pelo trabalho médico e, agora, adicionalmente, ensaiam determinar a forma e os limites das condutas médicas.

Essa realidade desgasta ainda mais a relação médico-paciente, posto que, embora decorrente do contrato existente entre o consumidor e seu plano de saúde, permeia-se de questões importantes que fogem ao escopo do presente trabalho, mas que de modo direto ou indireto contribuem para a ocorrência de erros, dado o aviltamento sofrido pela classe médica. Neste sentido a observação de Carlos Ragazzo:

Pressionados por tempo e custos, os médicos dispõem menos atenção aos seus pacientes, atendendo um número excessivo de pessoas em períodos curtos, até mesmo porque os valores de remuneração atualmente pagos pelas operadoras de saúde por atendimentos são considerados baixos pela classe.²⁰⁵

Concorda-se com o autor que na relação entre a operadora, o médico e o paciente estes dois últimos têm tido perdas, o médico em sua remuneração e o paciente em relação ao grau de atenção recebido, mas este fato pode gerar (e gera) erros médicos, pois deixando de dar a atenção devida ao paciente o médico pode estar

²⁰² MARQUES, Cláudia Lima. **Saúde e responsabilidade: Seguros e planos de assistência privada a saúde**. São Paulo: RT, 1999. p. 26.

²⁰³ Idem, ibidem. p. 29

²⁰⁴ BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 102.

²⁰⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009. p.47-48.

sendo negligente, até porque “esta forma majoritária, quase absoluta, de iniciar o vínculo gera prejuízos a todos os envolvidos e à própria comunidade, minimizando, quando não eliminando, a importância da confiabilidade e da credibilidade no centro de toda a relação médico-paciente”.²⁰⁶

Esse aspecto também não escapou a crítica de Ricardo Lorenzetti²⁰⁷ para quem “el fenómeno de la atención médica em serie, mecanizada, conduce a la disolución de los lazos íntimos que outrora vinculaban al galeno com su paciente”, trazendo consigo, infelizmente, as consequências apontadas anteriormente.

No tocante a natureza jurídica dos contratos de assistência à saúde (ou contratos de assistência médico-hospitalar) os mesmos não são simples contratos de seguro que envolvem prestações de dar, mas sim contratos complexos que envolvem prestações de dar e de fazer. Estando as operadoras de planos de saúde obrigadas diretamente, ou através de seus prepostos, credenciados, contratados ou referenciados.

Cláudia Lima Marques²⁰⁸ sobre o tema, tentando desvendar sua finalidade maior e precípua, leciona:

Além da finalidade de assegurar ao consumidor e seus dependentes contra os riscos relacionados com a saúde e a manutenção da vida, parece-nos que a característica comum principal dos contratos de seguro-saúde é o fato de ambas as modalidades envolverem serviços (de prestação médica ou de seguro) de trato sucessivo, ou seja, contratos de fazer de longa duração e que possuem uma grande importância social e individual.

Assim, estando o médico isoladamente prestando seus serviços ao paciente ou como referenciado/credenciado de uma operadora de plano de saúde, haverá relação de consumo.

Ademais, destacada atenção recai sobre a atividade médica porque o CDC exige que o prestador de serviço atue de modo eminentemente transparente com o

²⁰⁶ BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 103.

²⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **La responsabilidad civil de los médicos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. p. 24.

²⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999. p. 192.

consumidor, sob pena de violar o direito à informação (direito básico do consumidor contido no art. 6º, III e art. 8º do CDC), o que será abordado em capítulo próprio.

A principiologia do CDC parte do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (Art. 4º, I do CDC), sendo certo que essa vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor independe de sua cultura ou poder aquisitivo, não admitindo prova em contrário²⁰⁹, assegurando-lhe direitos básicos (Art. 6º do CDC) que informam programaticamente todo o microsistema.

Posteriormente entre o art. 8º e o art. 10 do CDC encontram-se as regras sobre a proteção à saúde e segurança do consumidor no capítulo do Código relativo à qualidade de produtos e serviços e da prevenção e da reparação dos danos, merecendo especial interesse do nosso estudo os arts. 8º. e 9º do CDC, bem como os arts. 12 a 17 do CDC, que versam sobre a responsabilidade civil dos fornecedores, ou responsabilidade pelo fato do produto e do serviço na terminologia do Código.

Bruno Miragem²¹⁰ afirma que “com relação ao dever de informar vinculado à proteção da integridade do consumidor, é possível identificar no regime legal estabelecido no CDC uma espécie de dever de informar qualificado com relação a certos produtos e serviços” potencialmente nocivos ou perigos e “determinou-lhe expressamente amplo dever de informar”.

O Código trata ainda neste mesmo capítulo, na seção seguinte, dos vícios do produto e do serviço (arts. 18 a 25 do CDC), fechando o capítulo com os prazos decadências e prescricional (arts. 26 e 27 do CDC), esclarecendo-se que o presente estudo limita seu escopo ao fato do serviço.

Dada a natureza contratual da relação médico-paciente interessaria também ao presente estudo a proteção contratual do consumidor, versada entre os arts. 46 a 54 do CDC, sendo que, em regra o contrato entre o médico e o paciente é verbal e as

²⁰⁹ MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**. São Paulo: RT, 1993. p.38.

²¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.369-370.

regras do CDC têm nítido escopo protetivo contra as cláusulas contidas em instrumento escrito, versando sobre sua interpretação, integração e correlatas nulidades, o que não é objeto do presente estudo.

Em que pese o CDC tratar também de sanções administrativas (art. 55 a 60 do CDC) e penais (arts. 61 a 80), estas não serão objeto de nosso estudo, pois fogem ao recorte definido.

Outrossim, como outrora mencionado interessa também ao estudo o delineamento da conduta médica sob a ótica ética, pelo que será analisado o Código de Ética Médica – CEM, notadamente no tocante ao dever de informar do médico, em momento posterior.

Estas primeiras linhas estabelecem assim, um plano de trabalho que será seguido para a análise da dogmática jurídica aplicável à relação jurídica médico-paciente de modo a subsidiar a análise do *corpus* da pesquisa à luz da Análise Crítica do Discurso – ACD.

CAPÍTULO 3 – BOA FÉ E OBRIGAÇÃO MÉDICA

3.1 Boa fé subjetiva e boa fé objetiva: distinções necessárias

A boa fé possui duas acepções clássicas, a primeira é a chamada boa fé subjetiva, e a segunda a boa fé objetiva, sendo indispensável dividir o seu conteúdo, sobretudo pela grande diferença que as separa, com as consequências daí advindas.

Judith Martins-Costa ao distinguir a boa fé subjetiva da boa fé objetiva estabelece que na boa fé subjetiva “deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica”, sendo esta o oposto de má fé, que é a intenção de causar uma lesão ao outro. Já a boa fé objetiva seria “modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”.²¹¹

Continua a autora afirmando que a boa fé subjetiva denota “a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular”²¹², repousando tal crença justamente no estado de ignorância da pessoa. Já a boa-fé objetiva não teria seu conteúdo aprioristicamente fixado, dependendo de cada caso concreto, seria uma

regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.*(itálico no original)²¹³

Da mesma forma entende Paulo Lôbo²¹⁴ que a “boa fé subjetiva diz respeito à ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro, ou então, à convicção justificada de ter um comportamento conforme o direito”, concluindo que é “uma boa fé de crença”. Já a boa fé objetiva seria uma “regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais”, visualizando-a como uma regra de comportamento que é esperado socialmente. Nas palavras do autor:

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p.411.

²¹² Idem, ibidem. p.411.

²¹³ Idem, ibidem. p.412.

²¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 145.

A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas contratuais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento.²¹⁵

A opinião de Paulo de Tarso Sanseverino não é diferente, asseverando o autor que a boa fé é “um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade”.²¹⁶

Luiz Otávio Amaral²¹⁷ também concorda que a boa fé objetiva é uma regra jurídica de conduta e que a mesma “consiste no dever de lealdade, sinceridade e honestidade com que toda pessoa deve conduzir-se no relacionamento jurídico. É uma regra de probidade na conduta humana”, sendo a boa fé subjetiva uma “convicção ou crença de que nossa conduta representa ato legítimo ou não prejudica ninguém”.

Já Pablo Malheiros entende que a doutrina divide a boa fé em psicológica, ética, subjetiva e objetiva, definindo cada uma delas:

- a) **psicológica:** verificada pela ignorância completa de uma parte diante de determinada circunstância fática, sem que importe a diligência ou a culpa daquela (art.1.201 do CC/02);
- b) **ética:** impõe certo conhecimento da parte de determinado fato, a gerar má-fé, se por culpa daquela, faltar com a diligência esperada que atinja a esfera jurídica da outra parte [...];
- c) **subjetiva:** boa intenção de se obrigar com correção, sem o conhecimento de um fato obstativo da posição jurídica, presente nos institutos possessórios [...];
- d) **objetiva:** [= boa-fé subjetiva (boa intenção) + (e) probidade (lealdade)], que impõe aos contratantes condutas de acordo com os ideais de honestidade, lisura e lealdade, considerados os legítimos interesses dessas partes, independentemente da vontade de ambas.²¹⁸
- negritos no original.

²¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72-73.

²¹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.63

²¹⁷ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 75.

²¹⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 211.

Da classificação apontada por Pablo Malheiros, percebe-se que estando incluídas a boa fé psicológica e a ética na boa fé subjetiva, essas seriam subespécies da boa fé subjetiva, interessando para o estudo a boa fé objetiva, pois consagrada em nossa legislação como regra de comportamento.

Aprofundando-se sobre o tema, Cláudia Lima Marques entende a boa fé objetiva como uma

atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o, cuidando sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.²¹⁹

A autora observa, inclusive, que em decorrência da boa fé na relação médico paciente surge o dever de informar²²⁰, que será aprofundado em momento posterior, asseverando que o CDC “introduz, efetivamente, no ordenamento jurídico brasileiro dois novos princípios basilares: o *Princípio da Transparência* e o *Princípio da Boa-Fé* quando da formação dos contratos de consumo”.²²¹

Assim, sendo a relação jurídica médico-paciente um contrato de consumo deve o mesmo ser interpretado e analisado sob os princípios da boa fé e da transparência.

3.2 Boa fé como cláusula geral

Consoante analisado no capítulo anterior, a obrigação médica decorrente de um contrato, em regra, está regida pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC e pelo Código Civil – CC, num constante diálogo²²² entre estas fontes, sendo certo que em ambas são encontrados princípios norteadores pautados na boa fé, daí a sua importância.

²¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *RT*, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 23

²²⁰ Idem, ibidem. p. 16.

²²¹ Idem, ibidem. p. 285.

²²² MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 51, jul./set. 2004, p. 34-67. p.57.

Ao tratar da boa fé no direito brasileiro, Paulo de Tarso Sanseverino²²³ explica que

A inexistência, no Código Civil brasileiro de 1916, de cláusula geral semelhante ao § 242 do BGB ou à do art. 227, n.1, do Código Civil português não impediu que a boa-fé passasse a ser reconhecida em nosso sistema jurídico por constituir um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado.

Robustecendo a assertiva do autor antes mencionado, Menezes Cordeiro chega a afirmar que o Código Civil português “nasceu sob o signo da boa fé”²²⁴, afirmando que a mesma estaria sendo pouco aproveitada pela doutrina.

Destaca Paulo de Tarso Sanseverino que com o CDC “a boa-fé foi consagrada como um dos princípios fundamentais das relações de consumo (art. 4º, III) e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas (art. 51, IV)”.

Já no CC a cláusula geral de boa fé está grafada nos princípios que regem os negócios jurídicos e os contratos, nos arts. 113²²⁵ e 422²²⁶, destacando Pablo Malheiros que a mesma

Possui a natureza de dever contratual geral, pois gera deveres diferentes daqueles principais, não necessariamente expressos em lei ou contrato, não derivados da relação obrigacional ou do dever de adimplemento [...] assim como derivam dos princípios normativos e difundem-se sobre a citada relação e os efeitos dela decorrentes, a conformar o crédito e o débito.²²⁷

Assim, teríamos a boa fé como cláusula geral consagrada inicialmente no CDC (1990) e, posteriormente, no CC (2002). Ou seja, como cláusula geral no direito privado, área onde está situada a relação jurídica médico-paciente objeto de nosso estudo.

Christoph Fabian também concebe a boa fé como cláusula geral, asseverando que sua principiologia “penetra em todas as relações do direito privado”, posto que

Ao exercer um direito ou cumprir um dever de uma relação jurídica, as partes devem agir conforme o princípio da boa-fé. O principal campo de

²²³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.65.

²²⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 28.

²²⁵ CC/2002 - Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²²⁶ CC/2002 - Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²²⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 210.

aplicação da boa-fé são os contratos, mas a boa-fé domina qualquer relação jurídica.²²⁸

Em estudo de referência sobre a boa fé, Menezes Cordeiro destaca a sua importância para o Direito Civil, notadamente por causa de seu forte conteúdo ético²²⁹, aduzindo que

A boa fé surge, com frequência, no espaço civil. Desde as fontes do Direito à sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direitos reais, a boa fé informa previsões normativas e nomina vectores importantes da ordem privada. As figuras de ponta da civilística estão-lhe associadas: a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito, a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias e a complexidade do conteúdo obrigacional.²³⁰

Continuando sua análise o autor destaca o papel da boa fé, situando-a e inserindo-a dentro do contexto social, histórico e jurídico afirmando que ela possui uma natureza juscultural que “implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos”.²³¹

Justamente por seu forte conteúdo ético, a boa fé aliada ao dever de julgar (proibição do *non liquet*)

assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para o seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos arcaicos, seja, por fim, realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indiciou.²³²

Neste sentido, a boa fé tem funções que são desempenhadas no curso do processo social, histórico e jurídico, adequando o sentido das normas a cada momento, transformando e atualizando o seu conteúdo, vertendo em realidade concreta aquilo que estava amorfo no plano normativo, diante de cada caso individualmente considerado, destacando Paulo Lôbo:

Impressiona como velhas soluções jurídicas contribuem com sopro renovador para a decidibilidade dos conflitos dantes não cogitados. A boa-fé teve função prestante nos negócios jurídicos da antiga Roma e, agora,

²²⁸ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.59.

²²⁹ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 42.

²³⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 17.

²³¹ Idem, *ibidem*. p. 18.

²³² Idem, *ibidem*. p. 46.

penetra capilarmente nos esquemas contratuais, adequando-as às novas exigências da *mass production* e *mass distribution*.²³³

Justamente por essa flexibilidade e maleabilidade é que no item seguinte serão abordadas as funções da boa fé.

3.3 Funções da boa fé aplicadas à relação médico-paciente

A doutrina majoritária reconhece a existência da boa fé objetiva como cláusula geral e como regra de conduta, possuindo a mesma basicamente três funções bem definidas.

Judith Martins-Costa ao tratar das funções da boa fé objetiva, registra que segundo a doutrina três lhes são imputadas: a de cânone hermenêutico-interpretativo, a de norma de criação de deveres jurídicos e de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.²³⁴

A estas funções acrescenta Clovis do Couto e Silva a função harmonizadora que decorre da aplicação do princípio da boa fé que funcionaria

conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no hortus conclusos do sistema do positivismo jurídico, “janelas para o ético”.²³⁵

Como cânone hermenêutico-interpretativo a boa fé funciona no preenchimento de lacunas, qualificando, inclusive comportamentos “não previstos, mas essenciais a própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto”²³⁶, de modo que o contrato não atinja finalidade oposta ou contrária àquela que lhe caberia atingir.

²³³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 143.

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000. p.427-428.

²³⁵ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

p.42

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000. p.429.

Nesta mesma linha de raciocínio Teresa Negreiros, ao tratar da aplicação do princípio da boa fé como cânone interpretativo-integrativo aduz:

[...] a valorização da casuística integra a estrutura de todos os princípios e cláusulas gerais que os expressem, não sendo este um dado que, isoladamente, sirva à caracterização do dever de boa-fé contratual. De um lado, o papel sobredeterminante das circunstâncias concretas, assim qualificado como uma manifestação do princípio da boa-fé enquanto regra de interpretação, assume os contornos de uma verdadeira tautologia: a boa-fé não tem conteúdo até o instante em que seu conteúdo é invocado. De outro lado, esta indefinição em torno de um elemento material unificante das decisões fundadas na boa-fé a torna alvo fácil de críticas, no sentido de que sua aplicação possibilita que as mesmas circunstâncias erigidas em fundamento decisório, conduzam a resultados opostos, comprometendo-se pela raiz a segurança jurídica.²³⁷

Nesse particular leciona Clovis do Couto e Silva que “a boa-fé dá critério para a valorização judicial, não a solução prévia”²³⁸, pelo que é justamente esta possibilidade de adequação ao caso concreto que dota a boa fé de certa flexibilidade, possibilitando a atribuição de sentido à norma no momento de sua aplicação a partir dos conteúdos envolvidos e da realidade sócio-histórica, inexistindo interpretação normativa fora da “história”, sendo certo que a solução concreta para o caso deve considerar a finalidade²³⁹ da relação jurídica entabulada, finalidade esta que “é posta em termos sociais, e não individuais, donde se justifica que a sua consideração resulte em deveres não necessariamente reconduzíveis à vontade das partes”.²⁴⁰

Já a boa fé como criadora de deveres jurídicos atua na medida em que estabelece deveres instrumentais (secundários, laterais, anexos ou acessórios) ao lado dos deveres principais que constituem “o núcleo da relação obrigacional”, como se ao redor deste núcleo dito principal gravitasse vários deveres, que se dividem em dois tipos: os deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal e os deveres secundários com prestação autônoma. Os primeiros são intrinsecamente decorrentes do objeto contratual e os segundos são deveres de conduta que

²³⁷ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.226.

²³⁸ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.42

²³⁹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.233.

²⁴⁰ Idem, ibidem. p.235.

independem do objeto da prestação principal. Ou seja, pode haver a violação do segundo, mesmo que a obrigação principal tenha sido satisfeita.²⁴¹

Teresa Negreiros destaca que “o mais típico dever acessório derivado do princípio da boa-fé é o dever de informar”²⁴², aduzindo que

Os deveres jurídicos decorrentes da boa-fé costumam ser referidos sob a rubrica generalista de deveres secundários, laterais, anexos, acessórios ou instrumentais, como tais qualificados dos deveres imputados tanto ao devedor como ao credor, cuja fonte não é a manifestação volitiva.²⁴³

Adiante buscar-se-á demonstrar que o dever de informar no direito brasileiro fora alçado à regra legal e não apenas figura como dever anexo decorrente da boa fé.

Já a boa fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos parte da constatação que o contrato “não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade”, destacando a forte construção dogmática e jurisprudencial no tocante a impossibilidade de resolução contratual com base na boa fé objetiva, com aplicação nos casos de adimplemento substancial do contrato, na tutela da confiança e na violação ao sinalagma.²⁴⁴

Clovis do Couto e Silva destaca esta transformação pelo qual passou a teoria das fontes como concreção do princípio da boa fé, asseverando

Da concreção deste princípio resultam **novos deveres que não tem seu fundamento na autonomia da vontade**. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento, como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. Esses deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal.²⁴⁵ (negrito nosso)

De igual modo Teresa Negreiros aborda a matéria, tratando da função da boa-fé como um dever da pessoa em oposição à autonomia como direito do indivíduo, sendo extremamente relevante para o estudo da relação médico-paciente na

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p.437-438.

²⁴² NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.237.

²⁴³ Idem, ibidem. p.236.

²⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p.457-471.

²⁴⁵ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.169

perspectiva não hierarquizada, de modo a garantir o pleno exercício da autonomia da parte vulnerável. Assinala a autora:

A fundamentação constitucional da boa-fé objetiva centra-se na idéia da dignidade da pessoa humana como princípio reorientador das relações patrimoniais. Nossa hipótese é a de que o quadro principiológico previsto constitucionalmente inverte, na medida em que elege a pessoa humana como ápice valorativo do sistema jurídico, a relação de subordinação entre o **direito** à autonomia privada e o **dever** de solidariedade contratual, passando o contrato a expressar uma ordem de cooperação em que os deveres se sobrepõem aos direitos; a pessoa **solidária**, ao indivíduo **solitário**.²⁴⁶ (negritos no original)

Conclui a autora que esta relação obrigacional é “informada pelo princípio vetor da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, confere novos contornos, sociais e existenciais, à relações patrimoniais”²⁴⁷, pelo que anota Clovis do Couto e Silva “a seu turno, o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com a alter”.²⁴⁸ Já Paulo de Tarso Sanseverino, sob o mesmo conteúdo material, classifica esta função da boa fé como função de controle, assinalando que ela

limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica, consoante previsto pelo art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002. Evita-se, assim, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando a sua exigibilidade (pretensão) ou o seu exercício coativo (ação).²⁴⁹

Cláudia Lima Marques chega a aduzir que de modo genérico “a *boa-fé* é o princípio máximo orientador do CDC”²⁵⁰, concordando com as autoras retro mencionadas, na medida em que entende que a boa fé objetiva possui as seguintes funções:

A primeira função é uma **função criadora**, seja como fonte de novos deveres, deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação; seja como fonte de responsabilidade por ato ilícito, ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato. A segunda função é uma **função limitadora**, seja reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta. A terceira é a **função interpretadora**, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de

²⁴⁶ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.252.

²⁴⁷ Idem, ibidem. p.261.

²⁴⁸ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.33

²⁴⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.66

²⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 1998. p. 342-343.

consumo deve ser a do princípio da boa-fé, que permite uma visão total e real do contrato sob exame.²⁵¹ (grifos nossos)

A função interpretativa da boa fé é reconhecida por vários autores. Christoph Fabian²⁵² aduz que ela é “instituto importante no âmbito da interpretação”, asseverando que dela “resultam vários direitos à informação e deveres de informar concretos”. Já para Paulo de Tarso Sanseverino ela “auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais. Colabora, dessa forma, para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto”.²⁵³

Clovis do Couto e Silva²⁵⁴ assinala que “não se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé”, observando Paulo de Tarso Sanseverino

A função integrativa da boa-fé, tendo por fonte o art.422 do Código Civil brasileiro de 2002, permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daqueles que nascem diretamente da vontade das partes. Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais (v.g. dever de conservação da coisa até a tradição), os deveres acessórios ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional (v.g. deveres de cooperação, de informação, de sigilo, de cuidado). Entre os deveres acessórios, situa-se a obrigação de garantir a segurança do consumidor, fornecendo produtos e serviços não defeituosos no mercado de consumo.²⁵⁵

A importância de função integrativa da boa fé para a relação jurídica médico-paciente localiza-se justamente no dever de informação que a integra, posto que ao tempo que cria deveres para partes, faz nascer também o dever de indenizar nos casos de sua violação.²⁵⁶

Clovis do Couto e Silva conclui que a “conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a boa-fé, por igual, verificável apenas in

²⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 215.

²⁵² FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.48.

²⁵³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

²⁵⁴ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.

35

²⁵⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

²⁵⁶ Idem, ibidem. p. 67-68.

concreto, examinando-se o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado.”²⁵⁷

Ou seja, a atribuição de sentido (do texto normativo) só é possível a partir do caso concreto, analisada a situação concreta (contexto situacional), a partir da prática desenvolvida pelo sujeito (prática social), resultando numa concreta interpretação.²⁵⁸

3.4 O processo obrigacional

A tratar da concepção dinâmica da relação obrigacional Judith Martins-Costa parte de uma pergunta “o que é a obrigação visualizada como processo?” e busca respondê-la a partir da concepção romana de relação obrigacional como o direito do credor de exigir a prestação do devedor, onde havia a sujeição de um indivíduo (devedor) ao outro (credor), considerando esta uma visão estática da mesma. Afirma a autora que esta noção sustentava-se numa “concepção atomística do mundo” em oposição à “concepção de totalidade”, pois se é certo que o vínculo obrigacional é bipolar (com credor de um lado ou pólo e o devedor de outro) também é certo que não pode ser visto de uma “perspectiva atomística (que secciona partes que o compõem) e estática (que o vê como resultante da mera soma das partes)”²⁵⁹, posto que apreendendo-se a

totalidade concreta da relação obrigacional, percebe-se ser a mesma um vínculo dinâmico – porque passa a englobar, num permanente fluir, todas as vicissitudes, “casos” e problemas que a ela possam ser reconduzidas – que se movimentam processualmente, posto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento.²⁶⁰

Aduz Clovis do Couto e Silva que “é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo”²⁶¹, sendo certo que esta nova concepção da relação obrigacional como um processo “põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e

²⁵⁷ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 38.

²⁵⁸ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 101.

²⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 2000. p. 383-393.

²⁶⁰ Idem, *ibidem*. p. 394.

²⁶¹ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.21

inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional”, alterando-se o eixo da vontade humana para a boa fé objetiva²⁶², lecionando

A relação obrigacional pode ser entendida sem sentido amplo ou em sentido estrito. Lato sensu, abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas. Stricto sensu, dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõe o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos.²⁶³

Segundo o autor “a obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”²⁶⁴, no mesmo sentido a doutrina portuguesa de João Calvão da Silva ao visualizar a obrigação como um processo

Pelo que acaba de expor-se pode considerar-se a relação obrigacional como um *processo* tendente ao *cumprimento*, expressando o termo «processo» um encadeamento de actos destinados a um certo fim – no nosso caso o cumprimento. Do seu nascimento até à sua extinção, a relação obrigacional tem sentido como fenómeno que tende ao seu cumprimento.²⁶⁵

Para Clovis do Couto e Silva “o processo obrigacional supõe, portanto, duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento”²⁶⁶, tendo Paulo Lôbo alargado as fases desta complexa relação obrigacional para cinco, quais sejam, “a pré-negocial, a do nascimento da obrigação, a do desenvolvimento da obrigação, a do adimplemento ou de seu equivalente e a pós-negocial”.²⁶⁷

Na doutrina portuguesa a complexidade obrigacional também já foi objeto de estudo, concluindo Menezes Leitão:

A obrigação constitui analiticamente uma realidade complexa, que permite abranger:

- 1) o dever de efectuar a prestação principal, que por sua vez pode analiticamente ainda ser decomposto em sub-deveres relativos a diversas condutas materiais ou jurídicas;
- 2) os deveres secundários de prestação, que correspondem a prestação autónomas ainda que especificamente acordadas com o fim de complementar a prestação principal, sem a qual não fazem sentido;

²⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p.394.

²⁶³ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.19.

²⁶⁴ Idem, ibidem. p.20

²⁶⁵ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Almedina: Coimbra, 1997. p. 70.

²⁶⁶ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.43.

²⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil. Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

- 3) os deveres acessórios, impostos através do princípios da boa fé, que se destinam a permitir que a execução da prestação corresponda à plena satisfação do interesse do credor e que essa execução não implique danos para qualquer das partes;
- 4) sujeições, como contraponto a algumas situações jurídicas potestativas que competem ao credor;
- 5) poderes ou faculdades, que o devedor pode exercer perante o credor;
- 6) excepções, que consistem na faculdade de paralisar eficazmente o direito de crédito.²⁶⁸

Nesse mesmo sentido, Carneiro da Frada aduz que a relação obrigacional abriga “uma pluralidade de elementos autonomizáveis com utilidade para a captação do seu regime, constituindo, por isso, uma realidade complexa”.²⁶⁹

Segundo Clovis do Couto e Silva “a obrigação é um processo, vale dizer, dirige-se ao adimplemento, para satisfazer o interesse do credor. A relação jurídica, como um todo, é um sistema de processos”²⁷⁰, o que não discrepa da doutrina portuguesa:

A obrigação não deixa de ser um instrumento de cooperação do credor e do devedor, em que a natural «subalternidade» ou «subordinação» teleológica do interesse deste ao interesse daquele não impede casos vários de *favor debitoris se e enquanto* a satisfação do interesse do credor – fim e razão de ser da relação obrigacional – não sai prejudicada.²⁷¹

Do exposto, resta claro que a realidade obrigacional é complexa, devendo ser entendida como um processo, onde a preocupação com o outro é parte indissociável da obrigação assumida pelo carácter de cooperação assumido, e neste sentido, a informação passa a ter um grande relevo, tendo em vista as consequências inerentes ao cumprimento ou não deste dever, iluminado pela boa fé objetiva.

3.5 Princípios decorrentes da boa fé na relação médico-paciente

3.5.1 Princípio da confiança e vulnerabilidade do consumidor

O microsistema do CDC rompe com a visão liberal clássica do direito privado, vez que há forte intervenção por força de suas normas e principiologia nas relações entre consumidores e fornecedores “que valoriza a função do direito como ativo

²⁶⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações** – 1^o. v: Introdução, da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2010. p.123-124.

²⁶⁹ FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 36.

²⁷⁰ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.167.

²⁷¹ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Almedina: Coimbra, 1997. p. 66.

garante equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo no mercado”²⁷², porém

o tratamento jurídico dado por alguns operadores do direito a novos fenômenos sociais ligados às operações entre consumidores e fornecedores (suportes fáticos) continua sendo o mesmo que se dava a cem anos atrás.²⁷³

Afirmo Márcio Casado que “o problema é que novos atos das pessoas, frutos da economia de massa, coisas não ocorriam a cem anos atrás, ou aconteciam de outra forma, estão sendo tratados sem o necessário cuidado. É como se houvesse uma miopia jurídica.”²⁷⁴

Assim, objetivando romper com a visão clássica e atingir o equilíbrio nas relações de consumo o CDC tem como pedra angular o princípio da vulnerabilidade²⁷⁵ do consumidor que não admite prova em contrário, funcionando como “pressuposto fático necessário à justa equação das relações de consumo”, independentemente “da sua condição social, cultural ou econômica”²⁷⁶, vez que

Na relação jurídica de consumo aparecem como sujeitos (agentes potenciais, hipóteses subjetivas) o consumidor (**vulnerável sempre**, hipossuficiente nem sempre) e fornecedor (sempre hipersuficiente), ambos em largo espectro/possibilidades de subjetividade. Pessoa física/natural, pessoa jurídica (empresa ou não), inclusive o Estado podem ocupar uma ou outra subjetividade (consumidor e fornecedor).²⁷⁷ – **negrito nosso**

Como ente reconhecidamente vulnerável o CDC busca proteger as expectativas dos consumidores que são depositadas nos fornecedores em relação aos seus produtos e/ou serviços. Esta proteção da expectativa dá lugar a proteção da confiança:

No sistema do CDC leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na *prestação contratual*, na sua *adequação* ao fim que razoavelmente dela se

²⁷² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1998. p. 33.

²⁷³ CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor – Justificativas, Precedentes e Análise do Sistema Nacional. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, v. 3, jul./set. 2000, p.157-188. p.161.

²⁷⁴ Idem, ibidem. p.161.

²⁷⁵ CDC, Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

²⁷⁶ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 65.

²⁷⁷ Idem, ibidem. p.93

espera, irá proteger também a confiança que o consumidor deposita na *segurança* do produto ou do serviço colocado no mercado.²⁷⁸

Segundo Clarissa Lima²⁷⁹ “a boa-fé atua, especialmente, para tornar concreto o princípio da confiança”, princípio este que merece especial destaque nas relações médico-paciente, que é um de seus componentes consoante a doutrina de Ricardo Lorenzetti já referida.

Assim, sendo a relação jurídica privada médico-paciente uma relação de consumo e estando o paciente, em regra, em situação de vulnerabilidade fática (além da jurídica), a confiança é um componente chave, quase óbvio, posto que ao confiar o paciente no médico entrega-lhe poder (ao consentir, mediante o recebimento de informações, para determinado procedimento, por exemplo) para alterar o curso de sua saúde e conseqüentemente sua vida, haja vista que “a vulnerabilidade jurídica pode radicar na desigualdade do domínio das informações, para que o interessado em algum bem ou serviço possa exercer sua escolha”²⁸⁰, pelo que

As relações entre os médicos e os pacientes exigem uma tutela da confiança, o que, juridicamente, implica aceitar que o consentimento se processe segundo o princípio da consensualidade. Todavia, as exigências de certeza na extensão da informação e na declaração de esclarecimento, tal como da segurança dos agentes médicos na prova do cumprimento dos deveres inerentes, apelam para a certificação documental das declarações de informação e de vontade.²⁸¹

A questão do consentimento do paciente, suas regras e sua forma de realização e materialização serão objeto de estudo em capítulo específico.

Sobre a confiança João Calvão da Silva aduz

Se o credor não confiasse no cumprimento não celebraria o contrato. As obrigações que dele nascem, nascem para ser cumpridas, sendo o seu cumprimento, sem dúvida, o essencial e principal efeito querido pelas partes ao concluírem o contrato.²⁸²

²⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1998. p. 574.

²⁷⁹ LIMA, Clarissa Costa de. Dos Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas Repercussões no Âmbito da Responsabilidade Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 51, jul./set. 2004, p. 112-129. p.121.

²⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 140.

²⁸¹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 19.

²⁸² SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Almedina: Coimbra, 1997. p. 69

É justamente nesse cenário que se insere o contrato médico, posto que “o doente é um leigo, um profano, que se apresenta perante um profissional, pelo que merece a aplicação das normas de protecção dos consumidores”.²⁸³

Irany Moraes ao tratar da relação médico-paciente e do primeiro contato que ambos travam destaca o papel da confiança ao aduzir que

Quanto mais fácil for o primeiro contato, mais forte poderá ser o grau de confiança do paciente em seu médico. Este não poderá frustrar nunca as esperanças que o paciente deposita nele. Nesse ponto está a chave do êxito. O médico não pode criar expectativa maior do que aquela que o doente pode ter. Ele deve transmitir esperança sem criar ilusão. Esse equilíbrio é o que existe de arte no exercer a profissão. Na dosagem certa do que falar e do que não falar está a habilidade do médico.²⁸⁴

Nesse sentido, o princípio da confiança garante ao consumidor-paciente a adequação²⁸⁵ do serviço médico, no afã de evitar a violação de suas expectativas, cientificando-o dos riscos oriundos dos serviços médicos.

3.5.2 Princípio da transparência e o dever de informar

A transparência como princípio norteador das relações de consumo encontra-se previsto no art. 4º, *caput* do CDC²⁸⁶ como reflexo do respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor. Para Cláudia Lima Marques:

A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.²⁸⁷

²⁸³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 354

²⁸⁴ MORAES, Irany Novah. **Erro medico e a lei.** São Paulo: Lejus, 1998. p.192/193

²⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1998. p. 576.

²⁸⁶ CDC, Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

²⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1998. p. 286.

Para a autora “transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual”²⁸⁸, pelo que

O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6.º, inciso III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor.²⁸⁹

A transparência assim considerada seria um ideal que funcionaria como “pré-condição para que o consumidor possa manifestar sem medo e livremente sua vontade, e realizar (ao fim) as suas expectativas legítimas”²⁹⁰, sendo certo que este ideal

acaba por inverter os papéis tradicionais, aquele que encontrava-se na posição ativa e menos confortável (*caveat emptor*), aquele que necessitava atuar, informar-se, perguntar, conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, o consumidor, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6, III), enquanto aquele que encontrava-se na segura posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação (*caveat venditor*).²⁹¹

Já Christoph Fabian²⁹² afirma que “a transparência descreve um modo de informar, isto é, informar de forma clara”, destacando Ricardo Lorenzetti²⁹³ que “o dever de informação causa um impacto sobre a capacidade de discernimento de umas das partes, melhorando-a para que possa consentir”. Ou seja, a informação é essencial para o consentimento e “alcançar adequado cumprimento desse dever só é possível em um mercado transparente”.

Assim, temos de um lado o fornecedor que é o detentor da informação e de outro o consumidor que, leigo e vulnerável, precisa ser adequadamente informado para consumir conscientemente, sendo esta uma premissa para a concretização do princípio da transparência, pelo que

Na sociedade moderna configura-se uma dissecção entre quem provê profissionalmente produtos e serviços e quem os consome. O primeiro assume um conhecimento específico sobre sua atividade, que vem a ser, em definitivo, a prestação, conteúdo, de sua obrigação. Consequentemente

²⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1998. p. 286.

²⁸⁹ Idem, ibidem. p. 325.

²⁹⁰ Idem, ibidem. p. 287.

²⁹¹ Idem, ibidem. p. 287.

²⁹² FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.68.

²⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2010. p. 316-317.

instaura-se um desequilíbrio cognoscitivo entre o profissional e seu cliente. É a lacuna informativa que opera como fator de desequilíbrio da prestação.²⁹⁴

Essa lacuna informativa ensejadora de desequilíbrio na relação jurídica de consumo é ainda mais forte na relação médico-paciente, em virtude do já mencionado estado débil que, regra geral, se encontra o paciente, sendo com base nas informações recebidas que este outorga poder ao médico para realizar uma ação (física, química ou psíquica) sobre sua pessoa.

Continuando sua análise Ricardo Lorenzetti aduz que

Foi no âmbito da atividade médica onde se observou, de maneira mais evidente, a distância entre o profissional e o profano, bem como as consequências jurídicas daí advindas:

- a obrigação de informar, resultante da condição de profissional de bens e serviços;
- a inversão da carga probatória, como consequência dessa prévia apropriação de conhecimento.

A necessidade de consentimento informado do paciente se converte assim em um limite bilateral à “medicalização” da relação.

Essas informações importam uma reviravolta radical sobre o modo de ver as coisas em outros termos históricos.²⁹⁵

Assim, é essencial que o médico assuma um novo papel nessa relação, consoante abordado em tópico anterior, deixando de exercer uma postura paternalista, compartilhando as informações e decisões com o paciente, respeitando-o enquanto pessoa, pois só assim estará o mesmo cumprindo seus deveres, despontando assim o dever de informar como um pilar para a consecução desse desiderato, pelo que André Pereira²⁹⁶ estabelece que o dever de informar “deve receber um significado autónomo (face ao dever de obter consentimento) e conseqüentemente ser assumido como uma obrigação jurídica” e ainda que “o devedor da obrigação de informação é o médico”.²⁹⁷

Assim, o princípio da transparência está intimamente ligado ao dever de informar dos fornecedores na medida em que a relação só será transparente quando forem prestadas aos consumidores as informações devidas.

²⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p.132.

²⁹⁵ Idem, ibidem. p.132.

²⁹⁶ PEREIRA, André Gonçalves Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 353

²⁹⁷ Idem, ibidem. p. 360

CAPÍTULO 4 - O DIREITO À INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE

4.1. A informação como direito do paciente consumidor

Este estudo reconhece com Fernanda Nunes Barbosa que “o objeto principal da informação como fato jurídico está na adequada formação do consentimento no que pertine aos aspectos jurídicos e materiais do negócio”²⁹⁸, pelo que “o reconhecimento de direitos subjetivos à informação é a maior proteção jurídica possível para os interesses de informar.”²⁹⁹

Assim, se faz necessário caracterizar a informação como direito subjetivo do paciente, atualmente visto como consumidor, bem como analisar de que modo pode, e deve, ocorrer a materialização deste dever pelo fornecedor, no caso o médico.

Assim, no presente capítulo busca-se demonstrar que o direito à informação constitui-se como um direito fundamental do paciente-consumidor, havendo inclusive regras deontológicas que versam sobre a matéria, para, ao final, verificar como deve ser manifestado seu consentimento para que se considere adimplida a obrigação médica informacional.

Partindo da concepção de que os direitos fundamentais são aqueles que foram alçados a condição de norma constitucional, Paulo Lôbo³⁰⁰ afirma que os direitos do consumidor

inserem-se nos direitos fundamentais de terceira geração e somente foram concebidos tais nas últimas décadas do século XX. E apenas foi possível quando se percebeu a dimensão humanística e de exercício da cidadania que eles encerram, para além das concepções puramente econômicas.

Para o autor, o direito do consumidor tal qual como assentado como direito fundamental efetuou um resgate da dimensão humana do sujeito de modo que o

²⁹⁸ BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2008. p. 69.

²⁹⁹ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.51.

³⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59, p. 62.

mesmo não fosse visto apenas como 'consumidor', mas sim como um cidadão sujeito de direitos constitucionalmente garantidos, asseverando ainda que

o direito à informação adequada, suficiente e veraz é um dos pilares do direito do consumidor. Nas legislações mundiais, voltadas a regular as relações de consumo, a referência quase uniforme ao direito à informação fortalece as características universalizantes desse novo direito. Afinal, os problemas e dificuldades enfrentados pelos consumidores, em qualquer país, são comuns, a merecerem soluções comuns.³⁰¹

Nesse sentido, como já observado em capítulos anteriores, o CDC foi fruto de determinação constante das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT 48³⁰², onde restou expresso que o “Congresso Nacional dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”, além de ser um reflexo direto do princípio da dignidade e da igualdade³⁰³, obrigando o Estado a sua promoção para assegurar a existência digna dos cidadãos brasileiros, numa interpretação sistêmica dos dispositivos constitucionais³⁰⁴. Nas palavras de Cláudia Lima Marques e Antônio Herman Benjamin:

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema, um sistema ordenado de direito positivo. Sob esta ótica sistemática, o direito do consumidor é um reflexo direto do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores (art.5o., XXXII, e art. 170,V, da CF/88; art. 48 do ADCT-CF/88).³⁰⁵

Essa proteção constitucional afirmativa, obviamente, não se dá apenas entre o cidadão e o Estado, mas sim entre os particulares envolvidos na relação de consumo, quais sejam, fornecedores e consumidores, posto que o fornecedor é o detentor do poder econômico para quem a norma constitucional e infraconstitucional efetivamente se dirige. Nesse sentido

o direito à informação, no âmbito exclusivo do direito do consumidor, é direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e

³⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59, p. 59.

³⁰² Sobre o processamento legislativo do art. 48 da ADCT da CF/88, recomenda-se a consulta ao site da Câmara do Deputados, disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/ArtAD3050.htm>. Acesso em: 07 maio 2011.

³⁰³ CF/88 - “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

³⁰⁴ CALADO, Vinicius de Negreiros. **Manual básico de Direito do Consumidor**. Recife: IPEDIC, 2005. p.12.

³⁰⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 30-31.

serviços no mercado de consumo. Assim, não se dirige negativamente ao poder político, mas positivamente ao agente de atividade econômica.³⁰⁶

Outrossim, outros autores abordam o direito à informação como um reflexo do direito à dignidade: “logo o princípio maior de dignidade da pessoa humana é o fundamento para todos os demais direitos da personalidade, inclusive o direito à informação, principalmente nas relações de consumo.”³⁰⁷

Importa, então, destacar que dúvidas não existem na doutrina quanto à matriz constitucional do direito à informação como direito fundamental do consumidor, seja como reflexo do princípio da dignidade, seja como reflexo do princípio da igualdade, pois, como doutrina Paulo Lôbo

Na era da informação, justamente a informação é erigida em direito fundamental do consumidor, de cada cidadão, no plano mais elevado que o sistema jurídico pôde desenvolver, de modo a que a tutela jurídica arme-o de condições para o exercício da liberdade de escolha, como contrapartida ao mercado massificado que tende a todos submeter à sua lógica.³⁰⁸

Assevera ainda o autor que este direito fundamental só será assegurado se o “dever de informar, por parte do fornecedor, estiver cumprido. É o ônus que se lhe impõe, em decorrência do exercício de atividade econômica lícita”.³⁰⁹

Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, datada de 22 de novembro de 1969, a qual o Brasil aderiu e determinou cumprimento através do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992³¹⁰, determina em seu artigo 13:

Liberdade de Pensamento e de Expressão

99. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. **Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações** e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras,

³⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59, p. 62.

³⁰⁷ SILVA, Gilson Hugo Rodrigo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa Cachapuz. A ROTULAGEM DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS – DIREITO DO CONSUMIDOR E ASPECTO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 7, n. 1, p. 119-136, jan./jun. 2007. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fcesumar.br%2Fpesquisa%2Fperiodicos%2Findex.php%2Frevjuridica%2Farticle%2Fdownload%2F519%2F377&ei=V9mZTs6bGqXa0Qgp34ScBA> &usq= AFQjCNGFCC00_Wult2IDSgJWO_H9SBp37g. Acesso em: 15 out. 2011.

³⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59, p. 75.

³⁰⁹ Idem, ibidem. p. 66.

³¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 07 maio 2011.

verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.³¹¹

- negritos nossos.

Observa-se, então, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também assegura o direito à informação quando trata da liberdade de pensamento e expressão, posto que insere no escopo deste direito o de “receber informações”. Ou seja, tanto no plano nacional, através da Constituição da República, quanto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, há a efetiva proteção ao direito à informação, sendo o mesmo um direito fundamental do cidadão brasileiro.

Analisados os preceitos constitucionais e interamericanos no tocante ao direito à informação, é de suma importância a análise do CDC, vez que

[...] os direitos difusos que são insuficientemente delineados no texto constitucional. Basta indicar que a defesa do consumidor é indicada de maneira genérica no art. 5.o., inciso XXXII, que por si só não é apto a produzir efeitos vinculantes nas relações de consumo. Tudo depende da legislação que estabelece as responsabilidades dos fornecedores, os limites da propaganda comercial ou os direitos de informação do consumidor.³¹²

Assim, como já trabalhado em capítulo anterior, o direito à informação está consagrado no CDC, sendo este um direito consumerista básico previsto no art.6º, III, além de se fazer presente em inúmeros outros dispositivos. Estabelece o CDC em seus artigos 6º e 8º (negritos do autor):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Art. 8º Os produtos e **serviços** colocados no mercado de consumo não acarretarão **riscos à saúde ou segurança** dos consumidores, **exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição**, obrigando-se os fornecedores, **em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.**

Para Pablo Malheiros o dever de informar é um dever contratual geral que faz com que o fornecedor informe as características do serviço e do produto, além do

³¹¹ Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm. Acesso em: 07 maio 2011.

³¹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2010. p. 91.

conteúdo contratual “a fim de que quem contrate apreenda efetivamente o pacto”, destacando que

O aludido dever contratual geral abarca toda a atividade contratual, aparece explicitamente (arts. 5º, XIV, XXXIII e LXXII, 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias) e implicitamente (art. 170) na Constituição Federal e em artigos do CDC, entre os quais, os arts. 4º, IV; 6º, III, 8º, 14; 30; 31; 36, parágrafo único; 37, § 1º; 38, 46, 54, §§ 3º e 4º, bem como no art. 2º do Decreto n. 5.903, de 20 de setembro de 2006.³¹³

Em Portugal as regras sobre os deveres gerais de conduta dos fornecedores, notadamente no tocante ao dever de informar, não divergem do Brasil, referindo João Vaz Rodrigues que

Não deixamos de relembrar aqui o que afirmámos relativamente aos direitos gerais dos consumidores quando confrontados com informação <<ilegível ou ambígua>>, em violação do dever de informar <<clara, objectiva e adequadamente>>, sobre a qual se poderá assacar uma responsabilização civil extra-contratual (cf. o citado art. 8º, no. 4 e no. 5, da Lei no. 24/96, de 31 de Julho).³¹⁴

Para Paulo de Tarso Sanveverino o CDC “acolheu amplamente o dever de informação do fornecedor. O consumidor deve ser informado clara, objetiva e precisamente sobre o correto funcionamento e advertido sobre os riscos ensejados por um determinado produto ou serviço”³¹⁵, destacando Christoph Fabian³¹⁶ que “a informação deve ser adequada. Ela não precisa ser profunda ou muito detalhada”, asseverando que “este conceito é uma delimitação para o dever de informar torne-se praticável”. E além disso deve ela ser correta, posto que “uma informação errada na fase da diagnose pode ser o fundamento para a indenização de um dano que resultar mais tarde pelo tratamento”³¹⁷, posto que o direito à informação “começa com o direito subjetivo” para “conseguir a informação e continua como dever de informar para fundamentar um direito secundário, principalmente um dever à indenização”.³¹⁸

³¹³ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 220-221.

³¹⁴ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 248.

³¹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.152

³¹⁶ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.81-82.

³¹⁷ Idem, ibidem. p. 88.

³¹⁸ Idem, ibidem. p. 51.

Consoante abordado no capítulo terceiro o direito à informação é um reflexo do princípio da transparência que se apresenta sob nova roupagem: “resumindo, como reflexos do princípio da transparência temos o novo dever de informar o consumidor.”³¹⁹, justamente decorrente do direito básico à informação contido no art. 6º., III e art. 8º., caput, do CDC antes transcritos.

Para Cláudia Lima Marques “o primeiro e mais conhecido dos deveres anexos é o dever de informar (*Informationspflicht*), imposto pelos arts. 6º, III, 8º, 10, 12, 14, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 35, 46, 51, 52 e 54 do CDC”³²⁰, no que concorda Bruno Miragem, ao asseverar que:

Dentre as grandes transformações operadas no sistema jurídico brasileiro pelo direito do consumidor, situa-se a positivação do direito à informação como espécie de direito subjetivo concreto, previsto por lei, e reconhecido em todas as espécies de relações de consumo, contratuais e não-contratuais. O direito à informação, reconhecido como direito básico do consumidor, é concretizado por intermédio de diversas disposições específicas previstas ao longo da disciplina legal do Código.³²¹

Este direito básico do consumidor à informação na forma em que está grafado no texto normativo nos remete à necessidade de perquirir o seu efetivo alcance e sentido, numa interpretação que não pode ser dissonante dos princípios constitucionais que o informam.

Marcelo Boaventura³²² ao tratar da informação no CDC aduz que “as informações ao consumidor devem ser prestadas de forma clara e sucinta, com linguagem de fácil compreensão, visando atingir o objetivo de bem esclarecer o público a que estão sendo direcionadas”. Ou seja, não basta que a informação seja prestada, ela deve atingir de modo correto ao consumidor, o que Paulo Lôbo³²³ chama de cognoscibilidade, explicando

A cognoscibilidade abrange não apenas o conhecimento (poder conhecer), mas a compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se

³¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 178.

³²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 23

³²¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.185.

³²² BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v. 3, n. 9 p. 157-182, jan./mar. 2002. p. 171.

³²³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59, p. 74.

confundem com aceitar e consentir. Não há declaração de conhecer. O consumidor nada declara. A cognoscibilidade tem caráter objetivo; reporta-se à conduta abstrata.³²⁴

Assim, para o autor “no lugar do consentimento, desponta a cognoscibilidade, como realização do dever de informar”³²⁵, pelo que a análise da compreensão do paciente em relação àquilo que fora dito pelo médico dá-se a cada caso concreto, reforçando o tríplice conteúdo da obrigação de informar na relação médico-paciente (informar o paciente, checar se o mesmo compreendeu e, posteriormente, obter seu consentimento), consoante exposição a ser realizada em tópico adiante.

Assim, é preciso atribuir sentido aos vocábulos: adequada, clara, características, qualidade, riscos, normais, previsíveis, necessárias, entre outros. Ou seja, é preciso realizar a interpretação normativa e fixar o sentido do texto no caso concreto.

O direito à informação é um dos pilares que sustenta todo o harmônico sistema de proteção e defesa do consumidor. Para Rizzatto Nunes³²⁶ é ele princípio fundamental do CDC. A importância da informação para o consumidor é de uma grandiosidade tremenda, pois apenas diante do conhecimento preciso acerca de produtos e serviços poderá o consumidor tomar uma decisão acertada, podendo inclusive deixar de consumir um produto ou serviço em face de alguma característica específica do mesmo, que, casuisticamente, para outro consumidor pouco importaria.

Aduz Paulo Lôbo que “o acesso à informação, em especial, é indeclinável, para que o consumidor possa exercer dignamente o direito de escolha, máxime quando as necessidades não são apenas reais, mas induzidas pela publicidade massificada”³²⁷, cumprindo o fornecedor o dever de informar quando “a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade”, sendo certo que estes requisitos estão interconectados e devem ser cumpridos

³²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59, p. 74.

³²⁵ Idem, ibidem. p. 75.

³²⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 123.

³²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59, p. 61 e p. 68.

conjuntamente, ou seja, de modo cumulativo, pois o simples descumprimento de um deles importa em descumprimento do dever de informar.

A tratar da suficiência afirma Paulo Lôbo que ela “relaciona-se com a completude e integralidade da informação”, sendo insuficiente aquele que “reduz, de modo proposital, as consequências danosas pelo uso do produto, em virtude do estágio ainda incerto do conhecimento científico ou tecnológico”.³²⁸ Nesse contexto, a insuficiência de informações médicas é, infelizmente, muito comum, sendo exemplar a seguinte passagem extraída do relatório do AgRg no Agravo de Instrumento Nº 818.144/SP (Caso 06 deste estudo):

‘Tratando-se de pessoa morena, o que é comum no nosso povo produto da miscigenação, o médico, como entendeu a sentença, tinha a obrigação de informar a consumidora, de acordo com o art. 8º do Código, de todos os riscos, e em especial os quelóides ou tração na pálpebra após a cirurgia, admitidos em seu depoimento pessoal em Juízo, fl. 289, **'mas não disse que ficariam tais como de fl. 19, porquanto se falar ninguém faz'**.

- grifos nossos

Como se vê, proposital e deliberadamente, o médico omitiu a informação do paciente-consumidor, violando o seu direito à informação e assumindo assim os riscos do insucesso do procedimento.

Para João Vaz Rodrigues³²⁹ “o dever de informar obedece, cumulativamente, aos princípios da simplicidade e da suficiência, e visa o esclarecimento” explicando

Simplicidade, porque devem ser utilizadas expressões acessíveis ao comum dos leigos, em termos de entendimento corrente, e não uma terminologia técnico-científica, já que esta simplicidade se destina ao consumo do paciente. Suficiência, como limite quantitativo de informação; esta visa permitir ao paciente uma decisão que seja verdadeira manifestação da sua vontade, por conter os dados essenciais à tomada de posição em causa, considerando o seu esclarecimento.

De modo assemelhado ao que Paulo Lôbo chama de cognoscibilidade, aduz o retromencionado autor³³⁰ que “a informação deve ser esclarecida, no sentido de certificada”, tratando-se de um dever situado entre a informação e obtenção do consentimento, “sem o qual os deveres de informar e de obter o consentimento ficam esvaziados dos respectivos conteúdos”, isto porque

³²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59, p. 69.

³²⁹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 241-242.

³³⁰ Idem, ibidem. p. 242.

o paciente está esclarecido quando compreendeu o sentido e o alcance das informações por forma a consentir livre e racionalmente num tratamento que lhe é proposto, ciente das suas consequências previsíveis, das alternativas e do demais que esteja em causa.

A chave, então, é o conhecer, o compreender. A mera ciência sem internalização do conhecimento não satisfaz o requisito, é forma sem conteúdo. Neste sentido a opinião de Bruno Miragem:

O exame do cumprimento do dever de informar do fornecedor se dá sempre *in concreto*, em vista das condições em que esta é transmitida e das condições subjetivas do destinatário das informações. E não poderia ser diferente, se considerarmos que o processo comunicativo tem seu êxito medido quanto ao resultado, ou seja, como regra, só terá sucesso o cumprimento do dever na medida em que o destinatário, de modo razoável, pode ter acesso às mesmas e compreendê-las.³³¹

Destaca o mencionado autor que a “sua eficácia determina, em verdade, autêntico dever de esclarecimento do consumidor”, culminando na “efetiva compreensão pelo consumidor do produto ou serviço”³³², tendo pouca relevância o mero repasse formal da informação, posto que

A eficácia do direito à informação do consumidor não se satisfaz com o cumprimento formal do dever de indicar dados e demais elementos informativos, sem cuidado ou a preocupação de que estejam sendo devidamente entendidos pelos destinatários destas informações.³³³

Bruno Miragem afirma ainda que “o fornecedor, na condição de *expert* em relação ao produto ou serviço oferecido, tem o dever não apenas de informar, mas de assegurar-se que a informação será compreendida pelo consumidor”, explicitando

Excelente exemplo a este respeito, é o dever de informar dos médicos, com relação a seus pacientes. Nesta situação, o profissional encontra-se em autêntica situação de poder. O paciente, doente ou afetado com o risco de doença, assim como seus familiares, encontram-se, em geral, em situação de vulnerabilidade agravada, dada sua situação particular.³³⁴

Já para Christoph Fabian o “dever de informar resulta de uma necessidade: há um déficit de informações, uma pessoa possui a informação e a outra a necessita”³³⁵, ainda mais numa relação médico-paciente em que o consumidor é leigo e realiza escolhas com base nos conselhos do médico na exata medida da confiança nele depositada.

³³¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.189.

³³² Idem, ibidem. p. 188.

³³³ Idem, ibidem. p. 128.

³³⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 188.

³³⁵ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p. 39.

Outrossim, especial atenção dedica Paulo Lôbo a veracidade das informações prestadas pelos fornecedores, asseverando que são verazes aquelas que correspondem “às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos.”³³⁶

Já a adequação da informação deve ser compreendida como sendo aquela que seja apropriada para o produto ou serviço conforme as suas próprias características particulares, afirmando Paulo Lôbo que esta adequação deve ser de meios e de conteúdo³³⁷. E continua

A legislação de proteção do consumidor destina à linguagem empregada na informação especial cuidado. Em primeiro lugar, o idioma será o vernáculo. Em segundo lugar, os termos empregados não de ser compatíveis com o consumidor típico destinatário. Em terceiro lugar, toda a informação necessária que envolva riscos ou ônus que devem ser suportados pelo consumidor será destacada, de modo a que “saltem aos olhos”.³³⁸

Bruno Miragem³³⁹ assinala que “em todas estas situações, todavia percebe-se dentre os requisitos da informação transmitida ao consumidor, que a mesma seja adequada e veraz”, estabelecendo que adequada é “a informação apta a atingir os fins que se pretende alcançar com a mesma, o que no caso é o esclarecimento do consumidor”.

Tome-se, por exemplo, que alguém queira fazer uma cirurgia eletiva e não pode tomar certos analgésicos, após a cirurgia o paciente sente forte dores e o médico afirma que aquilo é normal e que ele tome tais ou quais analgésicos. Ora, se a informação estivesse sido prestada ao consumidor, possivelmente ele não teria realizado a cirurgia, pois saberia que iria sofrer bastante com as dores decorrentes face à impossibilidade de ingerir os analgésicos. Logo, este tipo de informação é essencial para que o consumidor exerça seu poder de escolha e possa consumir conscientemente o serviço ofertado.

³³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59, p. 70.

³³⁷ Idem, ibidem. p. 68.

³³⁸ Idem, ibidem. p. 68-69.

³³⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 129.

Quanto à clareza da informação, o legislador preocupou-se com a linguagem a ser utilizada, que deve ser acessível ao consumidor, devendo-se evitar uma linguagem excessivamente técnica. Como por exemplo, fazer constar no rótulo de um produto que ele é ignífero, ao invés de inflamável (são sinônimos, mas a palavra ignífero é pouco usual e o cidadão médio desconhece o significado da palavra). Nas palavras de Aguiar Júnior:

Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta.³⁴⁰

O terceiro componente do inciso III do art. 6º é a especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, ou seja, à clareza e adequação da informação deve somar-se a especificação correta dos elementos essenciais do produto ou serviço.

O quarto e último componente do comando normativo diz respeito aos riscos que os produtos ou serviços podem apresentar, de modo a advertir o consumidor para os cuidados necessários à sua utilização ou fruição. Por isso, os autores do anteprojeto do CDC afirmam que

os vícios de informação podem ocasionar acidentes de consumo, passíveis de indenização se as instruções relativas à utilização do produto ou à fruição do serviço não acompanharem ou pecarem pela falta de clareza e precisão.³⁴¹

Assim, desde a simples prescrição de um medicamento até uma cirurgia de maior porte envolvem riscos, um certo medicamento não deve ser ingerido se a pessoa precisa trabalhar com máquinas pesadas, ou após uma determinada cirurgia o paciente deve abster-se de tomar sol, por exemplo. Dentro do conceito de riscos estão inseridos os cuidados e condutas a serem adotadas pelo consumidor.

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 124. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em: 21 abr. 2011.

³⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.155

Na doutrina portuguesa também são encontradas semelhantes lições no tocante ao dever de informar do médico:

As pedras de toque nesta matéria consistem, por parte do médico, na explicação *clara e suficiente*, bem como na *disponibilidade* para esclarecer as questões que lhe sejam solicitadas pelo paciente e, por banda deste, a compreensão e *colaboração* manifestada na prestação àquele de informação completa e verdadeira. *Verdade e suficiência* são os dois requisitos fundamentais do necessário diálogo cujo objectivo é a *compreensão*, e que deve ser estabelecido entre o agente médico e a pessoa que aceita, pretende ou necessita a intervenção daquele na sua esfera físico-psíquica.³⁴²

A Lei portuguesa nº 24/96, de 31 de Julho, que “estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores”³⁴³ também trata do dever de informar, assinalando João Vaz Rodrigues que aos consumidores é reconhecido o

direito a uma informação específica <<clara, objectiva e adequada>> (cf. art. 8º, no. 1, da Lei 24/96, de 31 de Julho, que estabelece o regime geral de protecção aos consumidores) e <<... a falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço ...>> representa um dever que, uma vez violado confere ao consumidor o direito a ser ressarcido pelos danos caudados (redacção do no. 4 em conjugação com o no. 5 do mesmo preceito).³⁴⁴

Ricardo Lorenzetti assevera que o direito à informação tem dupla face, o direito de informar e de estar informado, o que acarretaria duas problemáticas:

A primeira é a tradicional, o direito a informar que se vincula com a liberdade de expressão. É um direito do emissor da mensagem informativa, do titular da informação a fazê-la chegar ao destinatário sem obstáculos arbitrários no caminho. O segundo é novo. É o direito do receptor da mensagem, do consumidor de informação a ser informado para poder decidir livremente.³⁴⁵

É justamente sobre esse “segundo” direito à informação que o presente estudo se debruça, vez que o paciente-consumidor precisa ser bem informado para decidir livremente. O mencionado autor assim define o dever de informar

O dever de informar alude a uma conduta imposta a alguém, a fim de que esclareça a outra pessoa relacionada, ou que pode se relacionar com ele, aspectos que conhece e que diminuem, ou podem diminuir, a capacidade de discernimento, ou de previsão, do outro, se tais dados não se subministram.³⁴⁶

³⁴² RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 222-223.

³⁴³ Disponível em http://www.ciab.pt/dc_pdf/consumidor/lei24-96de31-07.pdf. Acesso em: 19 jan. 2012.

³⁴⁴ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 224.

³⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 512.

³⁴⁶ Idem, *ibidem*. p. 514-515.

Destaca ainda que o dever de informar é medido pela postura adotada pelos pares, eticamente abalizada e “de acordo a uma previsibilidade média.”³⁴⁷. Ou seja, a informação que deve ser prestada é aquela que um fornecedor prestaria nas mesmas condições acaso adotasse uma conduta ética.

Ao se debruçar sobre o tema da informação adequada e a periculosidade inerente Hildegard Gostri, conclui que dois critérios devem ser preenchidos na relação médico-fornecedor e paciente-consumidor, quais sejam, o critério objetivo e o critério subjetivo. Entendendo a autora que dentro do critério objetivo “é exigido que a existência da periculosidade esteja de acordo com o tipo específico do produto ou do serviço”, e no critério subjetivo o paciente-consumidor deve receber a informação acerca do risco e estar preparado para um resultado desfavorável. Ou seja, o paciente-consumidor não será surpreendido com um resultado negativo, concluindo que este é um “importante critério a ser observado pelos médicos.”³⁴⁸

Para Cláudia Lima Marques

[...] a informação médica é dever de conduta de boa-fé (contrário da atuação negligente), informar clara e adequadamente é um dever de cuidado com o outro parceiro contratual (atuação prudente), informação é poder (estado subjetivo de saber ou não saber), logo, informar suficiente e lealmente é cooperar com o outro (se abstendo de abuso ou desvio de poder na relação médico-paciente-consumidor).³⁴⁹

A retromencionada autora ainda chama a atenção para forma e o momento³⁵⁰ em que deve ser prestada a informação, notadamente para que o paciente consumidor possa refletir sobre as informações recebidas e poder bem escolher, destacando ainda que deve ser feito “se possível, em momento especial e reservado de conversa individual, dando tempo para perguntas e dúvidas do consumidor”.³⁵¹

Nesta mesma esteira de raciocínio adverte Bruno Miragem:

A avaliação do modo de transmissão da informação ao consumidor é vislumbrada em acordo com o caso concreto. Neste sentido, cabe ao juiz verificar, in concreto: a) primeiro, a existência ou não do procedimento de

³⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 520.

³⁴⁸ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 109.

³⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 22.

³⁵⁰ Idem, *ibidem*. p. 26 e 29.

³⁵¹ Idem, *ibidem*. p. 26-27.

informação do consumidor; b) segundo, se esta informação foi prestada de modo adequado, o que se deverá avaliar em consideração às condições subjetivas do consumidor, seu nível de formação, as circunstâncias em que se transmite a informação, entre outras.³⁵²

Não é desarrazoado mencionar que a medicina é uma ciência inexata, que labora num plano onde nem todo mau resultado pode ser atribuído a uma má prática médica. Contudo, justamente em decorrência desse fato a informação ganha relevo, posto que deve o paciente-consumidor ter exata noção deste potencial de falibilidade do atual estado da arte médica, não devendo o médico-fornecedor eximir-se de informar os riscos previsíveis. Nesse contexto, refere Hildegard Giostri que “no exercício da função médica a periculosidade inerente é um fato inegável, já que o profissional trabalha com margens de previsibilidade”.³⁵³

Assim, se a periculosidade é inerente e a margem de previsibilidade conhecida, tem-se informação de qualidade e específica a ser transmitida ao paciente-consumidor. Em arremate, esclarece-nos a autora:

Dentro dessa perspectiva, é de extrema importância a atenção que o profissional vai dar quanto às informações a serem fornecidas a seu cliente sobre os riscos inerentes à toda atividade humana, e em especial à sua. Deve ele, também, levar em conta o nível de capacidade do paciente em captar e entender tais informações.³⁵⁴

O linguista forense americano Roger Shuy³⁵⁵ chama a atenção para o fato de que duas pessoas podem dialogar sem compreender, por vezes, que dois sentidos de uma mesma palavra estão envolvidos, justamente a partir da percepção (conhecimento) de mundo que cada interlocutor possui. O autor construiu um gráfico para demonstrar o problema, o qual, numa tradução e adaptação livre é o seguinte:

³⁵² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.190.

³⁵³ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 111.

³⁵⁴ Idem, ibidem. p. 111.

³⁵⁵ SHUY, Roger W. **Language crimes: the use and abuse of language evidence in the courtroom**. Cambridge: Balckwell Publishers, 1996. p.17

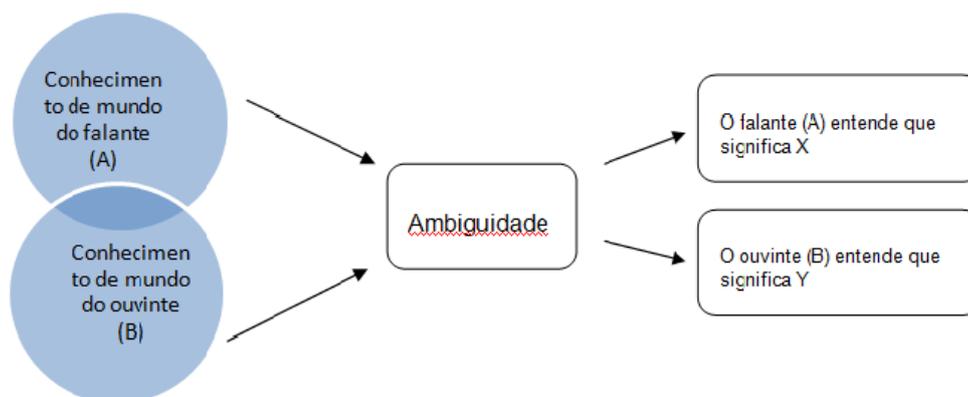


Figura 01

Sobre a importância do diálogo decorrente da relação médico paciente e, notadamente, acerca da compreensão da informação transmitida relevantíssimo é o resultado de outro trabalho desenvolvido pelo já mencionado linguista forense americano Roger Shuy³⁵⁶, onde o mesmo analisa os níveis de linguagem dos médicos e dos pacientes e a relação entre estes níveis e a capacidade de retenção das informações pelo paciente, concluindo que existem casos em que a linguagem utilizada pelo médico é absolutamente inacessível ao paciente ou vice-versa, o paciente não consegue se fazer entender pelo médico, resumindo na tabela abaixo com a seguinte gradação:

Doctors talking only Doctor language	Doctors talking Doctor language but understanding Patient language	Doctors talking and understanding both Doctor and Patient Language	Patients talking and understanding both Patient and Doctor Language	Patients talking Patient Language but understanding Doctor language	Patients talking only Patient Language
1	2	3	4	5	6

Tabela 02

Contudo, é certo que o médico é treinado para encontrar a patologia que acomete o paciente e mesmo que este não se expresse bem ou que o médico não compreenda os seus idioletos, o paciente pode mostrar onde é a dor ou ainda o médico pode perguntar de modo diverso (ao invés de usar a pergunta é uma dor aguda, usar “dói

³⁵⁶ SHUY, Roger W. **The patient's right to clear communication in health and mental delivery service.** Paper presented at a Conference on Health and Mental Health Systems (Philadelphia, Pennsylvania, Nov. 22, 1975). Disponível em <http://www.eric.ed.gov/PDFS/ED119503.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2011.p. 30.

muito” ou ainda é como uma faca cortando ou algo pressionando). Entretanto, para que o médico cumpra o seu dever de esclarecimentos adequados e claros existem óbices quase intransponíveis decorrentes da ausência de capacidade linguística de certos pacientes, o que não é objeto deste estudo em particular, mas foi bem destacado por Roger Shuy no estudo referido, onde conclui que “seria de esperar que as escolas médicas comecem a se preocupar com os direitos dos pacientes, chegando ao ponto de aprender a compreendê-los.”³⁵⁷

Irany Moraes relata interessante pensamento de William James sobre o relacionamento interpessoal:

O complexo mecanismo do relacionamento entre as pessoas é profundamente influenciado pela emoção. Ela interfere, o mais das vezes, dificultando o entendimento. Uma visão simplista, imaginada por William James, dá uma idéia do porquê as coisas se tornam tão difíceis para duas pessoas se entenderem de maneira duradoura. Ele afirma que, “quando duas pessoas se encontram há, na verdade, seis pessoas em presença: cada pessoa como se vê a si mesma, cada pessoa como a outra a vê e cada pessoa como realmente é”.³⁵⁸

E, arremata o autor, afirmando que “uma grande parte dos casos tidos pelos pacientes ou familiares como erro médico decorre da incompreensão sobre o que lhe foi dito ou não, ou adequadamente entendido.”³⁵⁹

Esse é, na essência, um mal entendido decorrente do processo comunicacional entre o médico e o paciente. A questão da linguagem é abordada por Genival França nos seguintes termos:

A linguagem própria aos técnicos deve ser adaptada ao leigo, senão ele tende a interpretações temerárias e duvidosas. Exige-se apenas uma explicação simples, aproximativa, inteligente e honesta, permitindo ao paciente uma tomada de posição que lhe convém. Deve-se levar ao doente relato não somente dos resultados normais, senão também dos riscos que esta ou aquela intervenção pode trazer, não se impondo, todavia, a minuciosidade dos riscos, mais excepcionais. É certo que um prognóstico grave pode ser perfeitamente omitido ao doente, embora não o seja à família.³⁶⁰

³⁵⁷ SHUY, Roger W. **The patient's right to clear communication in health and mental delivery service**. Paper presented at a Conference on Health and Mental Health Systems (Philadelphia, Pennsylvania, Nov. 22, 1975). Disponível em <http://www.eric.ed.gov/PDFS/ED119503.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2011. p.31. Tradução livre de: “One would expect medical schools to become concerned about the rights of patients, even to the extent of learning to understand them”.

³⁵⁸ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998. p.191

³⁵⁹ Idem, ibidem. p.307

³⁶⁰ FRANÇA, Genival de. **Direito Médico**. São Paulo: Fundação BYK, 1994. p. 39-40

Em território nacional essa dificuldade também não passou despercebida, chegando Carlos Ragazzo a concluir pela impossibilidade fática de uniformização, corroborando também os argumentos constantes dos estudos americanos capitaneados por Charles Lidz e Roger Shuy:

Há diversas barreiras ao acesso à informação médica. A maior de todas talvez seja a **barreira linguística**, pois o vocabulário profissional é de difícil compreensão para leigos, ainda mais se levando em consideração os diferentes níveis de educação e de conhecimento médico que cada paciente pode ter. Em função desses fatores, é virtualmente impossível uniformizar de maneira eficiente o modo de divulgação das informações necessárias. Além disso, aspectos culturais também podem influir significativamente na forma como pacientes absorvem informações, tendo em vista as diferentes crenças e prioridades quanto à qualidade de vida.³⁶¹

- grifos nossos.

Cláudia Lima Marques³⁶² com base na doutrina alemã chama atenção para o “dever de informar e de esclarecer dos médicos”, esclarecendo que se trata de um dever de informar “clara e suficientemente os leigos-consumidores”, de modo pessoal acerca dos “riscos típicos” e “aspectos principais do serviço médico naquele caso específico”, visualiza-se assim a importância do contexto para a análise de cada caso posto a apreciação do Poder Judiciário.

O contexto é relevante para se determinar o conteúdo preciso da obrigação de informar, pelo que transcrevemos a lapidar lição de André Pereira: “o dever de informar sendo parte integrante das *leges artis (lato senso)*, deve ser realizado tal como todo acto terapêutico: *a cada paciente a sua dose!*”³⁶³

O autor ainda fornece um procedimento visando a obtenção do melhor resultado possível no processo comunicacional:

Contudo, segundo a melhor doutrina, os protocolos de informação devem ser muito genéricos e *completar-se especificamente para cada caso*, com base nas circunstâncias de cada caso concreto, de acordo com as características próprias e individuais de cada paciente, assim como as do médico assistente e as do centro hospitalar em que se realize a intervenção.³⁶⁴

³⁶¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 91.

³⁶² MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 16.

³⁶³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 624.

³⁶⁴ Idem, *ibidem*. p. 536.

João Vaz Rodrigues³⁶⁵ destaca que “nestas questões confrontam-se dois critérios, conhecidos como *padrão médico e padrão do doente médio*”, assinalando que “pelo padrão médico, a simplicidade e, sobretudo, a informação suficiente serão aferidas por referência à conduta profissional médica corporativamente adequada”, e que “pelo *padrão do doente médio*, a aferição do conteúdo da informação tido por correcto é tomada de acordo com a necessidade de um indivíduo comum”.

Contudo, entende o autor que é “inevitável ter de conjecturar, fora do quadro de abstracção de um paciente médio, as necessidades do *paciente concreto*”³⁶⁶, concluindo que

O critério do paciente concreto permite exigir ao agente médico explicações mais exaustivas e direccionadas, por forma a garantir o direito daquele a tomar decisões que, inclusive, sejam más opções à luz dos critérios do médico e do paciente razoáveis. E este acaba por ser o critério *natural* da relação privada estabelecida com o médico.³⁶⁷

André Pereira concorda com seu colega de Évora ao afirmar que

O critério para aferir da adequação e suficiência da informação revelada para fins de autodeterminação é – na minha perspectiva – o ***padrão do paciente concreto***. O médico tem o *dever jurídico* de conduzir o diálogo por forma a apurar os traços essenciais da estrutura da *personalidade* e da capacidade cognitiva do paciente.³⁶⁸

Corroborando as assertivas dos autores, Menezes Cordeiro esclarece

O âmbito do dever médico de esclarecimento estende-se aos efeitos típicos das terapêuticas prescritas e não a todos os efeitos possíveis que estas possam acarretar; varia, ainda, em profundidade, **consoante a inteligência** e os **conhecimentos do paciente e as necessidades do caso**.³⁶⁹ (negrito nosso)

Assim, para realizar e cumprir efetivamente o dever de informar dentro de um determinado contexto, o médico deve usar uma “linguagem compreensível e

³⁶⁵ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 256-257.

³⁶⁶ Idem, ibidem. p. 258.

³⁶⁷ Idem, ibidem. p. 258.

³⁶⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 624

³⁶⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 606.

adequada ao nível sócio-económico e profissional do paciente. A mensagem deve ser entendida pelo seu receptor³⁷⁰, enfatizando que

o médico deve prestar informação ao paciente se o julga capaz, mas à medida que estabelece esse contato vai-se apercebendo da real capacidade de entendimento e decisão do doente, podendo, a final, vir a considerá-lo incapaz, com as devidas consequências jurídicas: terá que procurar o seu representante.³⁷¹

Irany Moraes³⁷² chama atenção para o fato de que “para chegar ao consultório, ao hospital ou mesmo à mesa de operações, o doente não pode se despir das condições do ser humano”, o mesmo ocorrendo com o médico. São duas pessoas que se relacionam sob óticas diferentes, sendo certo que

O doente interpretará os fatos na vigência de impacto emocional. O momento, em certas circunstâncias, e particularmente na urgência, é dramático. Está envolto em dor, sangue, angústia, falta de ar, choro, gemidos e até mesmo em gritos. A ocorrência é extemporânea. O paciente vai enfrentar o desconhecido. Não sabe quais serão as consequências. Ele entra num mundo novo. Tudo é estranho e diferente. Ele não tem experiência anterior. Desconhece as alternativas de prognóstico, não sabe e não tem condições de prever nada. Pensa sempre o pior. Apavora-se com sua própria imaginação. Suas interpretações dependerão das características físicas, morais, religiosas, culturais, sociais próprias. Este conjunto de elementos dará ao paciente seu modo de ver.

Esse cenário contextualizado dá bem a noção da situação vulnerável do paciente-consumidor, reforçando ainda mais o dever médico de informar com a atenção devida para as características e peculiaridades individuais.

No tocante a qualidade da informação médica, a doutrina destaca que o médico-fornecedor deve esclarecer a técnica que será utilizada e os riscos dela decorrentes, afirmando Maldonado Carvalho:

O direito à informação sobre produtos e serviços impõe ao fornecedor o dever de especificar os riscos e as técnicas a serem utilizadas. Cabe ao médico informar ao paciente sobre todos os procedimentos, consequências e opções que podem ser adotados, para que o consumidor tenha pleno conhecimento do que poderá esperar do serviço a ser contratado.³⁷³

³⁷⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 457/458

³⁷¹ Idem, ibidem. p. 475

³⁷² MORAES, Irany Novah. **Erro medico e a lei.** São Paulo: Lejus, 1998. p. 196/197

³⁷³ CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Introgenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.83

A abrangência do conteúdo informacional na relação médico-paciente, a partir deste direito básico à informação, é realçado inclusive pelos autores de manuais que fazem questão de referir-se a peculiar atividade médica:

Ademais, o médico deve sempre cumprir o disposto no art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, informando o paciente sobre os procedimentos viáveis, as consequências e opções de tratamento, bem como as vantagens e desvantagens dos possíveis tratamentos e medicamentos que lhe serão ministrados.³⁷⁴

João Vaz Rodrigues entende como razoável que se adapte “a exigência sobre a quantidade de informações à concreta relação verificada, à doença e ao perfil do paciente”.³⁷⁵

A informação na relação médico-fornecedor e paciente-consumidor é delicada sob vários enfoques, chegando Cláudia Lima Marques a asseverar que:

Nestes momentos informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação: é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade (pois é o fornecedor que detém a informação) e boa fé.³⁷⁶

Em ensaio sobre responsabilidade civil do médico³⁷⁷, Aguiar Júnior refere que o dever de informar é abordado com mais frequência do que o consentimento informado nas demandas que envolvem a responsabilidade civil médica, sem, contudo, trazer qualquer dado pertinente à matéria. No sexto capítulo estão sintetizados os dados colhidos na jurisprudência do STJ.

No mesmo estudo o ex-ministro do STJ assevera que “a legislação consumerista não especifica quais são as informações necessárias à compreensão do ‘homem médio’ no contexto médico”, afirmação com a qual se concorda e cujo estudo neste momento realizado visa a fornecer no tópico seguinte, utilizando como parâmetros as regras deontológicas.

³⁷⁴ DENSA, Roberta. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 71.

³⁷⁵ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 243.

³⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 178-179.

³⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Diretoria de Informações Judiciais. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em: 29 abr. 2011.

Outrossim, em seus estudos Gabriela Guz encontrou vários julgados pátrios que externaram entendimentos no sentido de que o dever de informar deve ser amplo informando-se ao “paciente todo e qualquer tipo de risco”³⁷⁸, concluindo que:

Dessa forma, a atual jurisprudência brasileira revela que, a despeito da ausência de estruturação enquanto instituto jurídico no Brasil, o consentimento livre e esclarecido está ganhando espaço no cenário judicial brasileiro, em função da abordagem da relação médico-paciente como uma relação de consumo.

Por este motivo, em fecho ao presente capítulo, realiza-se um estudo acerca do Termo de Consentimento Informado – TCI.

Contextualizando as características de adequação e clareza da informação nas relações de consumo ainda adverte Aguiar Júnior que nos procedimentos cirúrgicos a informação deve ser exaustiva³⁷⁹, chegando Mariana Oliveira, em dissertação sobre o tema, à mesma conclusão:

Na cirurgia, porém, conforme elucidado, a informação deve ser o mais completa possível. Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis para o leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir seu fim, pois destinam-se a deixar o paciente em condições de ser conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia objetivada.³⁸⁰

A doutrina sobre a informação na relação médico paciente é enfática ao tratar da consequência direta do direito à informação, qual seja, o direito de escolha, posto que sem informações adequadas não é possível exercer este direito de escolha que para alguns pressupõem uma habilitação³⁸¹ à escolha pela informação. Assim, a informação funciona como uma ponte que conduz ao direito de escolha do paciente, consubstanciado na autonomia privada que decorre do direito fundamental à liberdade. Nas palavras de Eduardo Dantas:

³⁷⁸ GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário. [online]**. 2010, vol.11, n.1, pp. 95-122. ISSN 1516-4179. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v11n1/07.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.

³⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 124. Disponível em

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em: 21 abr. 2011.

³⁸⁰ OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 129.

³⁸¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 107.

A relação médico x paciente tem um de seus pilares atuais no dever de informação, mais precisamente, na obrigação de o médico prestar ao enfermo, ou a quem por ele responde, todas as informações possíveis para que este possa exercer direito seu, amparado em um dos princípios bioéticos mais importantes, o da autonomia, ou seja, a possibilidade de dispor de seu próprio destino, decidindo que tratamento irá (se) permitir, embasado em informações claras e precisas sobre os riscos e benefícios possíveis, advindos de sua decisão.³⁸²

Na mesma linha de raciocínio Edmilson Barros Júnior destaca que

As informações prestadas pelo médico (verdadeiras, claras, corretas, completas e com linguagem acessível), referentes às condições clínicas do paciente, sobre as alternativas de diagnóstico e terapêutica, com suas chances de sucesso, riscos, vantagens, desvantagens, sequelas ou complicações, mesmo os desconfortos que poderão ocorrer, ajustadas às possibilidades de compreensão do paciente ou de seu representante legal, constituirão condição *sine qua non* do consentimento, para qualquer tipo de procedimento diagnóstico, terapêutico ou experimental.³⁸³

Assim, sem o recebimento das informações pelo paciente não pode haver consentimento válido, sendo esta uma regra ético-médica, sendo certo que nos próximos tópicos iremos abordar a recomendação de Hildegard Giostri, para quem:

[...] não só é importante que o paciente seja clara e ostensivamente informado – consoante prevêm o Código de Ética Médica e o Código do Consumidor – como é também necessário que o médico se documente de ter fornecido aquelas informações.³⁸⁴

De acordo com a prescrição da autora, é preciso bem conhecer as regras deontológicas no tocante ao exercício da medicina, posto que ao médico não é escusável desconhecê-las, bem como se documentar acerca do cumprimento da obrigação médica de informar, o que é feito através de termo de consentimento informado, posto que

Exigir ao médico que, a par da sua melhor perícia, explique o quadro real do diagnóstico, das terapias aplicáveis e do prognóstico, a quem lhe confia esses bens tão preciosos que são a saúde e a dignidade, são, afinal, dois deveres cujo cumprimento o Direito não pode em circunstância alguma deixar de impor à Medicina.³⁸⁵

³⁸² DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p.71-72.

³⁸³ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 223.

³⁸⁴ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade Médica - as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 83.

³⁸⁵ RODRIGUES, João Vaz. O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 423.

Justamente seguindo o conselho da mencionada autora, passa-se a analisar o vigente Código de Ética Médica, com especial atenção para os princípios e regras que prescrevem condutas médicas relativas ao dever de informar.

4.2. O dever de informar do médico no Código de Ética Médica

O Conselho Federal de Medicina – CFM, através da Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009³⁸⁶, editou o “novo” Código de Ética Médica – CEM, vigente a partir de 13 de abril de 2010, do qual são sujeitos passivos os médicos, abrangendo a atividade médica considerada em si mesma, além das atividades de ensino, pesquisa e extensão.

O CEM trata de inúmeras situações que implicam direta e indiretamente pacientes e instituições públicas e privadas, inclusive operadoras de planos de saúde.

Sua aplicação já foi, inclusive, objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ³⁸⁷, onde a ministra relatora Nancy Andrichi em seu voto condutor a ele se referiu expressamente, excluindo a responsabilidade civil de médico que produziu prova de diligentemente ter cumprido o dever de informar, decisão esta que será analisada como Caso 08 do presente estudo.

O estudo do CEM é relevante e importante para a responsabilidade civil do médico, porque

O conteúdo do direito à informação do consumidor não é determinado *a priori*. Necessário que se verifique nos contratos e relações jurídicas de consumo respectivas, quais as informações substanciais cuja efetiva transmissão ao consumidor constitui dever intransferível do fornecedor.³⁸⁸

Em sua estrutura o Código de Ética Médica – CEM possui princípios, direitos e deveres do profissional médico, elencando 25 princípios, 10 normas relativas a direitos profissionais, 118 relativas a deveres e ainda 4 disposições gerais.

³⁸⁶ Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/download/CODIGO.zip>. Acesso em: 19 set. 2011.

³⁸⁷ REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010

³⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.128.

Dessa simples análise de sua estrutura já é possível perceber que os deveres médicos estão na base da construção do Código.

Entre seus mandamentos principiológicos encontra-se o respeito à escolha do paciente. Em verdade, o dever de respeito à autonomia do paciente, cujo enunciado de número XXI de seus princípios fundamentais estabelece:

Capítulo I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

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

Assim, o Código de Ética Médica – CEM, ao prescrever que “o médico aceitará as escolhas de seus pacientes” trouxe uma nítida preocupação com a autonomia do paciente, contextualizando o exercício da sua vontade com recebimento de informações adequadas e claras, na mesma linha principiológica do Código de Defesa do Consumidor – CDC e das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

É justamente por causa deste princípio que Edmilson Barros Júnior aduz que o CEM “otimizou a autonomia do paciente e do médico, fortalecendo a relação médico-paciente”³⁸⁹, concluindo que “para que a relação médico-paciente seja ética e juridicamente legítima, é necessário que exista, como fundamento, a autonomia do paciente”³⁹⁰.

Assim, como analisado no capítulo inaugural sobre a relação médico-paciente, a estrutura hierarquizada de outrora é extremamente mitigada, passando-se a uma relação de respeito e de responsabilidades compartilhadas. Sobre o tema manifestam-se Eduardo Dantas e Marcos Coltri:

Tal atitude representa uma grande mudança na maneira de encarar o papel do médico – salvar vidas humanas a qualquer custo -, passando a atribuir

³⁸⁹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 95.

³⁹⁰ BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 108.

ao paciente ou seu representante legal parcela de responsabilidade quanto às decisões e consequências de seu tratamento.³⁹¹

O reconhecimento do direito do paciente a sua autonomia na deontologia médica tem um significado contextual de relevo, posto que no passado a relação médico-paciente era vista como vertical, onde o médico decidia por ser detentor do conhecimento, como se o paciente fosse um incapaz diante do acometimento da doença. Aliás, esta perda de autonomia privada (ou da vontade) é fácil de ser percebida por qualquer pessoa que se interne para um tratamento médico, uma vez que se deixa de ser uma pessoa (Antônio, Carlos ou João) e passa-se a ser “o paciente” e, como tal, tem que forçosamente ajustar-se às regras nosocomiais.

Edmilson Barros Júnior destaca que a autonomia

talvez seja o principal princípio da bioética, justamente por estabelecer a ligação entre a conduta profissional e a Dignidade da Pessoa humana do paciente. Resguarda a liberdade do assistido para decidir em última instância, de forma informada, livre e consciente, qual a conduta a ser tomada. Já está longe o tempo em que o médico atuava de forma paternalista, decidindo o que achava melhor para seu paciente.³⁹²

Atualmente, como já visto, a relação médico-paciente passou a ser horizontal, inexistindo qualquer hierarquia entre as partes, devendo o médico aceitar as escolhas do paciente, sendo necessário para tanto que o paciente seja adequadamente informado, vez que “toda a pessoa pode decidir livremente ou conforme à sua vontade sobre si ou suas atividades. Vários deveres de informar asseguram a possibilidade de decidir livremente” e neste cenário temos um dever ético-médico, pois o dever médico de esclarecer “existe para que o paciente possa decidir livremente sobre uma intervenção corporal”³⁹³.

Essa informação, em regra, era (e ainda é, de fato) verbal o que trazia (e traz) dificuldade probatória acerca da comunicação e da compreensão pelo paciente-consumidor.

³⁹¹ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 34.

³⁹² BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 95.

³⁹³ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil.** São Paulo: RT, 2002. p.75.

Assim, mesmo antes da vigência do novo CEM já havia certo consenso na doutrina de que em qualquer atividade médica deveria se realizar o dever de informar, documentando-se³⁹⁴, solicitando ao paciente que assinasse um termo de consentimento para a realização do ato onde constem todas as informações prestadas, o assim chamado "termo de consentimento informado" ou "termo de consentimento livre e esclarecido", cujo estudo aprofundado será realizado oportunamente.

Esse consenso decorre, inclusive, dos próprios posicionamentos e resoluções anteriores ao CEM de 2009, posto que inúmeras são as resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM e dos Conselhos Regionais estaduais sobre a matéria do consentimento esclarecido. Eduardo Dantas e Marcos Coltri em sua obra³⁹⁵ fizeram um levantamento das normas esparsas do CFM que versam sobre a matéria, encontrando um total de vinte, sendo a mais antiga datada de 1975, cujo conteúdo versa sobre o consentimento em pesquisa clínica (Resolução CFM n. 671/1975). A essas referidas por Eduardo Dantas e Marcos Coltri acrescenta-se a Resolução Nº 1.711, de 10 de dezembro de 2003 do Conselho Federal de Medicina que “Estabelece parâmetros de segurança que devem ser observados nas cirurgias de lipoaspiração, visando garantir ao paciente o direito de decisão pós-informada e aos médicos, os limites e critérios de execução.”

Outrossim, entre as suas 118 regras relativas a deveres profissionais, o Código de Ética Médica – CEM, enuncia 4 artigos específicos sobre o direito à informação/dever de informar, quais sejam, os artigos 22, 24, 31 e 34, entre outras de caráter informacional mais geral.

Em seu artigo 22 o CEM veda ao médico “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”.

³⁹⁴ “E ainda: não só é importante que o paciente seja clara e ostensivamente informado – consoante prevêem o Código de Ética Médica e o Código do Consumidor – como é também necessário que o médico se documente de ter fornecido aquelas informações.” GIOSTRI, Hildegard Taggesell.

Responsabilidade Médica - as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá, 2004. p. 83.

³⁹⁵ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica:** Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 35-39

Este artigo revela, em verdade, uma proibição que contém duas imposições implícitas: primeiro o dever de esclarecimento do procedimento a ser realizado e a segunda o dever de obter o consentimento, além de prever uma exceção.

Desta feita, este artigo consagra o princípio da autonomia da vontade esculpido no princípio de número XXI já referido linhas atrás. Ao cumprir o dever de obter o consentimento já deve ter cumprido o dever de informar, sendo este pressuposto lógico para aquele, ao que referem Eduardo Dantas e Marcos Coltri:

O primeiro artigo referente aos Direitos Humanos deixa explícito e evidente dois pilares deste Código de Ética Médica: direito à informação e autonomia do paciente. Na realidade, se analisando mais detidamente, a informação é pressuposto da autonomia.³⁹⁶

Como já aduzido quando se tratou a questão da informação, apenas o consumidor esclarecido poderá tomar uma decisão ou fazer uma escolha conscientemente, sob pena, inclusive de considerar-se sua vontade viciada, pois “o consentimento do paciente só será válido, ao ponto de permitir o efetivo exercício de sua autonomia, se as informações e os esclarecimentos dados pelo profissional forem adequados.”

397

Sobre esta matéria o Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina já teve oportunidade de se manifestar:

Também comete infração ao CEM quando não esclarece de maneira clara os procedimentos a serem realizados, seus riscos e consequências e não obtém o consentimento específico com o paciente, não exercendo o livre direito de decisão.

(Excertos do julgado do Pleno do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, Processo número: 1174-039/2003, Origem: CRM-RS, Relator: DARDEG DE SOUSA ALEIXO, D.O.U 05/09/2003 SEÇ. 01 PAG. 143)

E de modo diverso, afastando a infração ética em caso de urgência médica:

Não comete infração ética o médico que, em situação de urgência e em condições psicológicas desfavoráveis, deixa excepcionalmente de solicitar o consentimento informado, visando o benefício do paciente, embora os princípios bioéticos estejam cada vez mais restringindo estas exceções.

(Excertos do julgado da 3ª Câmara Especial do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, processo número: 6010/2004,

³⁹⁶ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica:** Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 105

³⁹⁷ Idem, ibidem. p. 105

Origem: CRM-PR, Relator: ELCIO LUIZ BONAMIGO, D.O.U 16/05/2006 - SEÇÃO 1, PÁGINA 78.)

Nesse sentido doutrina Christoph Fabian³⁹⁸ que “também não há um dever de informar no caso de emergência”, especificando que este fato ocorre quando “o tratamento é urgentemente necessário e o paciente está em um estado de saúde que não permite uma decisão a respeito”, seja porque não está consciente ou estando consciente, esteja entorpecido pelo dor física ou emocional. Esses estados podem ser a inconsciência ou o paciente sentir tanta dor a ponto de não poder mais agir claramente.

Já em seu artigo 24 o CEM veda ao médico “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”, demonstrando claramente que deseja e quer romper com a visão de mundo pretérita onde o médico estava posicionado hierarquicamente acima do paciente, pelo que Christoph Fabian assinala

O paciente pode decidir livremente e o médico não deve tutelá-lo. Há a primazia da autonomia do paciente sobre as razões médicas. Quando o paciente rejeita um tratamento sugerido, o médico deve respeitar essa decisão, salvo nos casos em que houver perigo para a vida do paciente.³⁹⁹

Interpretando a regra ética (ainda sob a égide do antigo CEM) o Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina manifestou-se:

IV- Comete infração ética o medico que realiza histerectomia em paciente jovem sem realizar exames pré-operatórios e anatomopatológico, e desrespeita o direito do paciente de decidir livremente sobre diagnostico e tratamento em relação a sua patologia, infringindo assim os artigos 2º, 29,56 e 57 do Código de Ética Medica.

(Excertos do julgado da 3ª Câmara Especial do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, processo número: 116/1996, Origem: CRM-SP, Relator: PEDRO PABLO MAGALHAES CHACEL, D.O.U. 27/SET/2000 SECAO 1 PG 156)

II- O médico que desrespeita o direito do paciente escolher onde deve se submeter a tratamento e se serve de sua posição hierárquica para postergar autorizações de procedimentos médicos é infrator da ética médica. (Excertos do julgado da 2ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, processo número: 1665-044/2002, Origem: CRM-BA, Relator: SOLIMAR PINHEIRO DA SILVA, D.O.U. 16/03/04 SEÇ. 01 PG. 57)

³⁹⁸ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.140.

³⁹⁹ Idem, ibidem. p.135.

Contudo, em que pese formalmente verificar-se uma relação contratual (contrato de prestação de serviço médico), na prática há certa sujeição do paciente ao médico, notadamente quando o paciente se encontra desacordado em cirurgia, nem por isso tem o médico direito de agir sem o consentimento do paciente, a não ser que haja risco de morte, tendo o paciente de realizar suas escolhas, consoante a orientação do médico dada a limitação técnica do mesmo⁴⁰⁰.

Esse poder decisório do paciente (autonomia da vontade) veda ainda ao médico intervir nas decisões do paciente ou de seu representante legal, ressalvando-se apenas, como já retromencionado o risco de morte, consoante o art. 31 do CEM:

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.

Eduardo Dantas e Marcos Coltri ao comentar este artigo do CEM referem o princípio da beneficência, posto que impossibilitado o paciente (ou seus parentes) de manifestar sua vontade “poderá o médico intervir para adotar as práticas diagnósticas, terapêuticas ou cirúrgicas que entenda necessárias, em benefício da preservação da vida.”⁴⁰¹

Observe-se que interpretação do próprio Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina é rígida no tocante a autonomia do paciente:

II- Comete infração ética médico que assume tratamento de paciente que estava aos cuidados de outro médico, sem a concordância do paciente.
(Excertos do julgado da 2ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, processo número: 7744/2007, Origem: CRM-MS, Relator: PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL, D.O.U 06/06/2008, Seção 1, Página 117)

O art. 34 encerra mais uma vedação ao médico no tocante ao repasse de informações ao paciente, regulando assim um dever ético-médico de prestar informações. Eis a redação do artigo (É vedado ao médico):

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

⁴⁰⁰ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica:** Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 115.

⁴⁰¹ Idem, ibidem. p. 146.

A informação tratada neste artigo é uma informação qualificada, qual seja, aquela que trata da situação atual do paciente (diagnóstico), tendo direito o paciente de saber qual a doença que o acomete, bem como tem o paciente o direito de saber qual é o seu provável futuro (prognóstico), revestindo-se no dever do médico de prestar esclarecimento com base no estado atual da ciência médica, nas estatísticas e conseqüentemente as chances que possui o paciente de reverter a situação atual. Outrossim, a regra deontológica também determina que o paciente tenha conhecimento do tratamento proposto, nem sentido, indo além da mera escolha pelo médico do tratamento, mas dos tratamentos possíveis e viáveis, para que o paciente possa sopesar os benefícios e malefícios (riscos) de cada um dos tratamentos possíveis, para só aí, tomar uma decisão e realizar uma escolha. Neste momento, após esta escolha esclarecida é que deve o médico colher o consentimento do paciente, cujo estudo será realizado na seqüência. Comentando este dispositivo do CEM, Eduardo Dantas e Marcos Coltri observam:

Amparado não apenas na bioética, mas também no ordenamento jurídico, notadamente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, este direito do paciente se converte em uma obrigação para o médico, um dever objetivo de informar, de maneira clara, adequada, pertinente e compreensível, sendo-lhe proibido omitir informações relevantes, distorcê-las ou manipulá-las, de modo a comprometer a capacidade decisória do paciente.⁴⁰²

Já Edmilson Barros Júnior⁴⁰³ comenta que “*a priori*, sob pena de infração ética, com linguagem acessível, tem o paciente o direito a saber de toda a verdade sobre a sua doença”, nela incluídas a identificação da doença, a previsão científica da evolução da doença e os perigos do tratamento, consoante já aduzido em linhas anteriores.

Sobre esta matéria o Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina já teve oportunidade de se manifestar:

IV- Comete ilícito ético o médico que deixa de informar as possíveis complicações do ato cirúrgico, que minimize ou maximize as mesmas, que utiliza falsos procedimentos para obter dos planos de saúde bem como dar alta precoce em cirurgia de alto risco, quem mantém o paciente em casa apresentando quadro clínico grave.
(Excertos do julgado da 4ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, processo número: 122/2005, Origem: CRM-

⁴⁰² DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p. 150.

⁴⁰³ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 247.

PA, Relator: DARDEG DE SOUSA ALEIXO, D.O.U 07/07/2008, Seção 1, Página 133.)

I- Comete delito ético o médico que, apesar de informar o diagnóstico, não informa o prognóstico e os riscos do tratamento.

(Excertos do julgado da 5ª Câmara do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, processo número: 476/2005, Origem: CRM-CE, Relator: MARCO ANTONIO BECKER, D.O.U 10/08/2007, SEÇÃO 01, Página 157)

Na doutrina portuguesa encontramos semelhante visão sobre o dever médico de informar no tocante ao diagnóstico, prognóstico e risco:

A informação a fornecer pelo agente médico pressupõe um fluxo recíproco de dados e abrange, na sua amplitude, o fornecimento das instruções, avisos e conselhos quanto às diligências para averiguação e diagnóstico da doença e quanto ao processo de cura, onde se inclui a convalescença, respectivas sequelas, riscos e alternativas.⁴⁰⁴

Christoph Fabian⁴⁰⁵ afirma que “o médico deve informar sobre os riscos possíveis do tratamento, salvo aqueles que acontecem raramente”, destacando que:

Para a probabilidade do risco não importa alguma estatística, é preciso informar sobre aqueles riscos raros que podem se realizar especificamente no tratamento. O paciente também deve saber os efeitos colaterais do tratamento. Quando o tratamento pode causar dores fortes, o médico deve informar sobre elas.

E acrescenta, em certa discordância em relação ao novel CEM:

O médico não pode se eximir do dever contratual de informar, mesmo quando a informação pode causar um desespero mental no paciente. Nesta situação o médico deve informar de maneira modesta e deve tentar manter a esperança do paciente, mas sem ocultar o estado verdadeiro. Um argumento para o dever amplo de informar é que o paciente é juridicamente compreendido como um sujeito, uma pessoa responsável, que pode decidir livremente sobre o tratamento de sua doença. Exceções pode haver apenas na psiquiatria ou na psicoterapia.⁴⁰⁶

Na visão do citado autor, o direito à informação visando a completa autonomia do paciente se sobreporia até mesmo às ditas razões médicas. Mas há quem advogue a interpretação que “a critério do médico” poderiam

haver informações, insuportáveis para o paciente. Nesses casos, o responsável legal (leia-se familiares) deve ser comunicado de tudo, inclusive daquilo omitido pelo médico ao seu paciente. Deve o médico transformar a família em um aliado nas condutas médicas, ainda que estas sejam apenas paliativas. Dessa forma, pode a família tomar as medidas que

⁴⁰⁴ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 241.

⁴⁰⁵ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.136.

⁴⁰⁶ Idem, ibidem. p.88.

mais lhe convier, e ainda auxiliar o paciente na resolução dos seus problemas pendentes.⁴⁰⁷

Nesse particular discorda-se de Edmilson Barros Júnior, entendendo a redação do artigo 34 do CEM como sendo infeliz, na medida em que expressa que o médico deve fazer a comunicação ao representante legal do paciente quando esta possa causar dano ao mesmo. Mas se o paciente é maior e capaz, que é a regra geral, como se poderia cogitar de um representante legal? Seria necessário um laudo psiquiátrico? O médico sozinho poderia realizar tal julgamento? Não haveria aí um certo resquício do velho paternalismo?

Contudo, concorda-se com a posição do autor tanto no tocante a regra geral (toda informação), quanto no tocante à exceção (razões psiquiátricas), posto que o médico não pode julgar (escolher) a que tipo de informação o paciente pode ou não ter acesso, mesmo que discursivamente se repute como sendo para o “seu bem”. Aceitar tal ponto de vista seria retroceder no tempo e ressuscitar a visão paternalista, em que o paciente é visto como um ser tutelado pelo saber médico que senhor da situação decide aquilo que o paciente pode ou não saber.

O direito de não saber, até mesmo quando expresso pelo paciente, comporta exceções quando conflita com o interesse público, sendo relevante o caso julgado pelo STJ⁴⁰⁸ em que um cidadão acionou hospital por ter se sentido abalado ao receber notícia (cujo resultado correto do exame foi informado de modo sigiloso e individual) de que era portador do vírus HIV sem ter solicitado. A turma, por maioria, entendeu que o cidadão não teria “o direito subjetivo de não saber que é soropositivo, pois configuraria indevida sobreposição de um direito individual (que, em si não se sustenta, tal como demonstrado) sobre o interesse público, o que, data máxima vênia, não se afigura escorreito”, entendendo o voto divergente que “trata-se de indevida invasão na esfera privada do paciente, investigação abusiva da vida alheia, conduta negligente que viola a intimidade, sendo a responsabilidade do

⁴⁰⁷ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 248.

⁴⁰⁸ REsp 1195995/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 06/04/2011.

hospital objetiva pelos atos de seus prepostos”, como se verifica o assunto é complexo e não há uniformidade no tratamento, nem unanimidade.

Para Irany Moraes o médico deve agir

com absoluta consciência de que o risco a que se está expondo o paciente justifica os benefícios esperados. Além dessa avaliação, que é exclusivamente de foro íntimo do cirurgião, ele deve ter a preocupação de manter o paciente informado, com a mais absoluta clareza e sempre ao nível de sua compreensão, para que tenha conhecimento adequado de seu problema e, assim, decida com toda a liberdade, o que deseja que seja feito, sabendo o que pode ser esperado como benefício, bem como qual a evolução natural, se o problema for deixado sem o tratamento indicado e, ainda, quais as possíveis complicações ou acidentes existentes.⁴⁰⁹

Complementa ainda o autor que “é muito importante o médico ter sempre em mente que quem deve decidir o que deverá ser feito é sempre o próprio paciente”, recaindo a decisão sobre uma terceira pessoa apenas no caso de incapacidade, que poderá ser “o seu responsável legal ou mesmo o parente mais próximo que o estiver acompanhando”.⁴¹⁰

Sobre o assunto Paulo de Tarso Sanseverino adverte que há tendência atual, pautada da escola americana de manter o paciente informado completamente “acerca de doenças, prescrições, riscos, cuidados especiais, precauções. Se, por acaso, isso não for possível, as informações devem ser prestadas a um familiar.”⁴¹¹

Em fecho, cita-se a lição de João Vaz Rodrigues situando a importância das regras deontológicas “de onde se retira o preenchimento dos deveres da actuação profissional dos médicos”, que funcionam como um instrumento de aferição “do cumprimento das normas aplicáveis à relação estabelecida entre o médico e o paciente, em termos da lei constitucional, penal e civil.”⁴¹²

⁴⁰⁹ MORAES, Irany Novah. **Erro medico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998. p.333

⁴¹⁰ Idem, ibidem. p. 213

⁴¹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.158

⁴¹² RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 38.

Dessa análise, percebe-se que o CEM encontra-se em conformidade com a doutrina e a jurisprudência sobre o direito à informação e o consequente dever de informar, tendo consagrado o direito fundamental do paciente à informação, trazendo princípios e regras que devem ser observadas pelos médicos nas relações com paciente e familiares, objetivando assim a preservação de sua autonomia.

4.3. Termo de Consentimento Informado - TCI: autonomia e escolha do paciente-consumidor

Consoante abordagem feita no tópico anterior, a obtenção do consentimento do paciente, após o esclarecimento pelo médico, é conduta disciplinada e exigida pelo Código de Ética Médica – CEM que se materializa, em regra, através do uso do termo de consentimento informado. Contudo, sua utilização não é livre de controvérsias, sendo até mesmo sua nomenclatura alvo de críticas, apresentando Eduardo Dantas a seguinte definição de consentimento informado:

Informed consent is the authorization given by the patient to undergo treatment, based on the knowledge of the nature of a medical procedure, and be submitted to risks, side effects, possible complications, benefits and alternatives to the proposed treatment.⁴¹³

Da definição acima, juntamente com os regramentos deontológicos, já se visualiza a complexidade do conteúdo obrigacional que deve ser preenchido pelo médico no caso concreto.

Outrossim, a importância da utilização de termo de consentimento informado, independentemente da nomenclatura que se adote é inegável, destacando João Vaz Rodrigues sobre sua problemática no ordenamento português:

Tenho pra mim que o “consentimento informado” vai ser uma dor de cabeça para os profissionais de saúde, nos próximos anos. Há muitas normas legais a falar dele e há pouca tradição de o praticar; os médicos sabem que têm de fazer alguma coisa, mas não sabem até que ponto as leis os obrigam; há doentes que querem exercer o direito de consentir e outros que o não querem. Os juristas também não estão habituados ao conceito. É certo que os instrumentos gerais lhes permitem saber, com relativa precisão.⁴¹⁴

⁴¹³ DANTAS, Eduardo. When consent is not enough: the construction and development of modern concept of autonomy. **Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Ano 8, nº 15, janeiro/junho 2011. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.101-111. p. 105.

⁴¹⁴ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 01.

No Brasil, o cenário não se afigura diferente, inexistindo consenso na doutrina sobre o seu uso, havendo normatização emanada do CFM e do Ministério da Saúde, esclarecendo o professor José Roberto Goldim que:

a normatização do uso do consentimento informado no Brasil se inicia na década de 1980. Dois documentos, um do Ministério da Saúde e outro do Conselho Federal de Medicina estabeleceram as bases para o uso, respectivamente, em pesquisa e assistência.⁴¹⁵

As normas referidas são a Resolução nº 1081, de 12 de março de 1982, do Conselho Federal de Medicina, publicada na DOU em 23/03/1982 e a Portaria n.º 16, de 27 de novembro de 1981, do Ministério da Saúde, publicada no DOU 14/12/1981.

Já a terminologia “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” aparece na legislação pátria na Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996 do CNS - CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, ao tratar da pesquisa com seres humanos, incorporando em seu preâmbulo “os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, entre outros, e visa assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado.”, que em seu item II.11 apresenta a seguinte definição para o consentimento livre e esclarecido:

II.11 - Consentimento livre e esclarecido - anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa.

Contudo, a utilização deste “termo” não se restringe a pesquisa, sendo comumente chamado de “Consentimento Informado”, “Consentimento Esclarecido”, “Consentimento Pós-Informado”, entre outros, havendo também outras resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM, versando sobre o mesmo, consoante menção realizada em tópico anterior.

⁴¹⁵ GOLDIM, José Roberto. **Consentimento Informado no Brasil: Primeiras Normas**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm>. Acesso em: 19 dez. 2009.

A expressão *informed consent* surgiu nos Estados Unidos através de precedente judicial em caso patrocinado pelo advogado Paul G. Gebhard⁴¹⁶, a quem se atribui a sua paternidade, no famoso caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University*, no ano de 1957.

João Vaz Rodrigues⁴¹⁷ considera muito significativo “o papel da jurisprudência no desenvolvimento e aplicação da doutrina do consentimento informado”, e destaca

A sentença que, historicamente, consagrou o direito de auto-determinação sobre o destino do próprio corpo por parte de um adulto consciente foi proferida pelo Juiz Benjamin Cardozo no caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), onde se afirma: <<Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body>>. Esta decisão é reputada por alguns AA. como o embrião da doutrina do consentimento informado, ao configurar o paciente como um indivíduo livre e autônomo a quem se reconhece a liberdade de tomar as suas próprias decisões.⁴¹⁸

Assinala ainda o autor que as cortes inglesas já haviam observado “a necessidade de obter a colaboração do doente” em decisão datada da “segunda metade do séc. XVIII (1767), no caso *Slatter v. Baker & Stapletto*”⁴¹⁹ aduzindo André Pereira que nesse caso

O tribunal responsabilizou dois médicos por estes, sem terem pedido previamente o consentimento do doente, lhe terem quebrado o osso com vista a tratar uma fractura mal consolidada, colocando um aparelho ortopédico na perna do paciente.⁴²⁰

Outrossim, na Alemanha “a sentença do <<*Reichsgericht*>> de 31 de Março de 1894” é tida como um marco em sua jurisprudência, tendo influenciado a sua evolução, versando o caso sobre

um médico após ter diagnosticado uma <<tuberculose óssea>> de que padeceria o paciente – uma criança de sete anos -, procedeu à amputação de um pé deste, contra a vontade expressa do pai. Foi decidido, entre o mais, que o dissentimento do paciente constituía um limite ao tratamento médico lícito, ainda que conduzido segundo as *leges artis*.⁴²¹

⁴¹⁶ Disponível em <http://www.nytimes.com/1997/08/26/us/p-g-gebhard-69-developer-of-the-term-informed-consent.html>. Acesso em: 07 maio 2011.

⁴¹⁷ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 31.

⁴¹⁸ Idem, ibidem. p. 30.

⁴¹⁹ Idem, ibidem. p. 33.

⁴²⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 57

⁴²¹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 36.

Continuando o apanhado histórico jurisprudencial, menciona o João Vaz Rodrigues que na Itália há um precedente da “*Corte d’Apello* de Milão em 21 de Março de 1939”⁴²² e na França “uma sentença proferida no tribunal civil de Liège, em 27 de Novembro de 1889”⁴²³, chamando atenção um caso julgado pelo Supremo Tribunal espanhol:

A questão do consentimento mereceu a atenção da jurisprudência espanhola desde, pelo menos, 1959, ano em que foi proferida uma decisão sobre esta matéria pelo Supremo Tribunal. Neste caso, o paciente foi submetido a uma intervenção cirúrgica a uma hérnia inguinal, sem ter merecido qualquer tipo de análise prévia. Aberta a cavidade abdominal, o médico detectou um tumor que identificou como um sarcoma do pénis, pelo que decepou, pela raiz, o membro viril do enfermo, sem que, para tanto, tivesse feito uma biopsia pré ou pós-operatória. Tão pouco conservou o órgão para ulterior análise. Neste caso concreto, teria sido possível obter o consentimento do paciente, ou, pelo menos, dos seus familiares. O Supremo Tribunal considerou, no que nos interessa directamente, ser dever do médico obter <<(…) a autorização expressa da pessoa interessada, maior de idade e em plenitude de juízo, como dono da sua integridade corporal>>.⁴²⁴

Para André Pereira “o Tribunal Supremo considerou que o *dever de informação* ao paciente se inclui na obrigação que o médico está vinculado”⁴²⁵ e que “o consentimento informado é não apenas um direito fundamental do paciente, mas também uma exigência legal e ética para o médico”.⁴²⁶

Assim, percebe-se pelos julgados que o consentimento informado tem na sua base a autonomia da vontade do paciente, pautada justamente na mudança de paradigma da relação médico-paciente abordada no segundo capítulo, de uma relação vertical (paternalista) para horizontal (consensual).

Outrossim, para a doutrina americana⁴²⁷ do consentimento informado, existem dois deveres legais impostos aos médicos, o dever de informar aos pacientes sobre o tratamento e obter deles o consentimento, tendo a grande maioria das cortes americanas a adotado como lei, e de modo isolado o estado da Georgia não a aceita. Estes deveres tornam o exercício da medicina nos Estados Unidos da

⁴²² RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 40.

⁴²³ Idem, ibidem. p. 43.

⁴²⁴ Idem, ibidem. p. 45-46.

⁴²⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 69

⁴²⁶ Idem, ibidem. p. 66

⁴²⁷ LIDZ, Charles W. (et alli). **Informed consent**. New York: The Guilford Press, 1984. p.11.

América uma prática extremamente pautada em formulários, pelo que a utilização do termo de consentimento informado é vista como sendo fundamentalista. André Pereira chega a afirmar que “verifica-se uma certa ‘psicose’ na classe médica por documentar, através de formulários, o consentimento do paciente antes de uma intervenção cirúrgica”⁴²⁸. Essa tendência advém da disseminação da prática americana em que praticamente nenhum procedimento é realizado sem autorização escrita do paciente (*informed consent*), vez que a atuação do médico deve ser

minuciosamente perscrutada em busca da mais ligeira negligência que permita interpor uma acção de indemnização... Esta responsabilização dos médicos acaba por se transformar numa faca de dois gumes: numa das faces reside um grande profissionalismo e um tendencial desempenho técnico irrepreensível; na outra reside o perigo da prática de uma medicina adequada a evitar possíveis procedimentos judiciais, excessivamente rodeada de precauções e em que, compreensivelmente, os riscos não são assumidos pelos médicos.⁴²⁹

Esses riscos não assumidos pelos médicos pautam-se na exata medida do reconhecimento legal da vontade do paciente que autoriza ser submetido a determinado procedimento médico cujo risco lhe foi informado previamente. Ou seja, cumprida a dúplice formalidade, de informar e obter o consentimento para o procedimento específico, haverá uma assunção do risco pelo paciente. Neste sentido afirma André Pereira

[...] se o paciente consentiu (tendo sido previamente devidamente informado) só há lugar a indemnização em caso de má prática médica, isto é, por violação negligente das regras da arte. O consentimento válido transfere para a esfera jurídica do paciente os riscos da intervenção, desde que seja realizada diligentemente.⁴³⁰

Inegavelmente é por causa desta visão americana que alguns estudiosos do Direito Médico chegam a asseverar que o Termo de Consentimento Informado - TCI é indispensável no atual estágio do exercício da medicina no contexto sócio-jurídico, como forma de uma chamada “Medicina Defensiva”, enquanto outros aduzem que de nada (ou muito pouco) adianta a utilização do instrumento, vez que seriam vistos como simples contratos de adesão onde o consumidor/paciente não se vincularia ao seu conteúdo dadas as suas peculiaridades. No sistema jurídico brasileiro,

⁴²⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 534.

⁴²⁹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 32.

⁴³⁰ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 121.

reconhecida a vulnerabilidade do paciente-consumidor, a vontade não recebe o mesmo tratamento jurídico que nos EUA.

Diante da controvérsia e da relevância do tema é preciso aprofundar a discussão ampliando as lentes que estão direcionadas para o problema, notadamente em relação a visão do Poder Judiciário brasileiro e, em especial, do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o dever de informar, que é o objeto do presente estudo.

Ainda para demonstrar a complexidade e relevância do tema, por exemplo, o Hospital Samaritano de São Paulo possui 16 (dezesesseis) tipos de Termos de Consentimento Informado disponíveis em seu *site* na internet⁴³¹.

Contudo, a linguagem a ser utilizada pelo médico tanto no documento (TCI) quanto na explicação verbal deve ser adequada e clara, como observamos em tópico anterior, pois “se for fornecido ao paciente um documento pré-formatado pelo estabelecimento hospitalar, com texto genérico e de linguagem inacessível não se concretizará o Processo de Consentimento Informado.”⁴³²

O Termo de Consentimento Informado – TCI reflete um processo comunicacional entre o médico e o paciente, onde o primeiro presta informações e o segundo, compreendendo-as externa sua vontade em realizar o procedimento médico proposto. Segundo a doutrina médica, em artigo recente, encontra-se a seguinte definição:

Consentimento informado é o registro em prontuário de uma decisão voluntária, por parte do paciente ou de seus responsáveis legais, tomada após um processo informativo e esclarecedor, para autorizar um tratamento ou procedimento médico específico, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências.⁴³³

Já para o professor da Universidade de Évora, João Vaz Rodrigues, o dever de

⁴³¹ <http://www.samaritano.com.br/pt/interna.asp?page=1&idpagina=75>. Acesso em: 19 dez. 2009.

⁴³² FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O CONSENTIMENTO INFORMADO NA ASSISTÊNCIA MÉDICA E O CONTRATO DE ADESÃO: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA E BIOÉTICA. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/hcpa/article/viewFile/2568/1226>. Acesso em: 19 dez. 2009.

⁴³³ HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. **Consentimento informado no atendimento pediátrico**. Revista Paulista de Pediatria 2010; 28(2): 128-33. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rpp/v28n2/v28n2a01.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2010.

respeitar o paciente possui tríplice escopo, quais sejam, o de informar, confirmar e, por fim, obter o consentimento⁴³⁴, restando claro que o consentimento informado é um processo complexo e não tão simples quanto se pensa ordinariamente, e, conseqüentemente, sujeito à falhas. Essa peculiaridade já fora apontada por Eduardo Dantas ao afirmar que “o consentimento informado não pode se confundir com a efetiva prestação da obrigação de informar, visto ser apenas parte desta.”⁴³⁵

Nesta mesma esteira de raciocínio, enaltecendo a checagem da recepção correta da informação e a autonomia do paciente aduz Irany Moraes:

O médico deve sempre explicar ao paciente em linguagem clara, de maneira simples e para ele compreensível, o fundamental da doença e, principalmente, ter a convicção de que ele entendeu a sua evolução natural e o que se espera com o tratamento indicado. É muito importante o médico ter sempre em mente que quem deve decidir o que deverá ser feito é sempre o próprio paciente [...]⁴³⁶

Corroborando tal entendimento André Pereira afirma que “o consentimento do paciente deve ser prestado antes do acto médico que se pretende levar a cabo e deve subsistir durante todo o tratamento”⁴³⁷, bem como que a informação “deve ser fornecida ao paciente com o tempo suficiente para que este possa reflectir sobre sua decisão (‘prazo de reflexão’), de modo que a decisão seja adoptada com a necessária serenidade”⁴³⁸, pelo que opina Genival França:

Em tese, a ausência de informações suficientes ao paciente ou aos seus representantes legais, sobre riscos ou resultados, visando a uma expectativa de cura, pode caracterizar infração ética ou legal. Assim, a questão não está só no consentimento, mas no consentimento esclarecido.⁴³⁹

Assim, não basta a informação é preciso que o paciente seja esclarecido, que ele tenha internalizado a informação. É uma questão de cognoscibilidade, consoante expressão cunhada pelo professor Paulo Lôbo.

⁴³⁴ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 24.

⁴³⁵ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p.76

⁴³⁶ MORAES, Irany Novah. **Erro medico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998. p. 213

⁴³⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 490

⁴³⁸ Idem, ibidem. p. 490

⁴³⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. São Paulo: Fundação BYK, 1994. P. 39-40

Rui Stoco⁴⁴⁰ critica o uso da expressão “termo de consentimento informado”, entendendo ser a mesma contraditória, mas afirma:

... que ao paciente é atualmente reconhecido o direito à informação. Mas informação plena e total, sem reboços ou tergiversações. Deve-se dar a conhecer ao paciente os riscos, os benefícios, as implicações, o procedimento em si, bem como o modo de atuação, evolução do tratamento.

Ou seja, para o tratadista, dada a complexidade do conteúdo do consentimento informado ele jamais poderia caber num simples “termo”, opinião da qual se compartilha, mas em face do uso corrente da expressão, adota-se a mesma com a ressalva de que o termo (instrumento escrito) sozinho não é suficiente, pois indispensável a atuação comissiva do médico, prestando informações, esclarecendo e checando o entendimento do paciente acerca do que dito (informado e esclarecido).

Na mesma esteira de raciocínio labora Gabriela Guz para quem o consentimento é verdadeiro processo e não uma mera obtenção de um “ciente” ou “de acordo”, aduzindo ainda que “o processo contínuo de decisão pode acarretar diversas formas de ‘consentimentos livres e esclarecidos’ e ‘recusas livres e esclarecidas’, de tal sorte que, em verdade, trata-se, de uma decisão livre e esclarecida.”⁴⁴¹

Nessa visão, até mesmo o uso da palavra “termo” por si só já caracterizaria um equívoco, vez que não traria a carga dinâmica necessária ao processo que envolve a tomada de decisão, afinal o paciente recebe informações do médico, processa-as, pode não aceitá-las de imediato (recusa) e posteriormente vir a tirar outras dúvidas, ouvir familiares e, por fim, concordar com este ou aquele tratamento. Um simples e único “termo” não supriria nem materializaria o processo dinâmico, tanto que para Gabriela Guz:

O consentimento livre e esclarecido corresponde, essencialmente, a um novo modelo de tomada de decisão no contexto da saúde individual que, ao fundamentar-se no respeito à autodeterminação do paciente, traz profundas

⁴⁴⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2011. p. 669.

⁴⁴¹ GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**. [online]. 2010, vol.11, n.1, pp. 95-122. ISSN 1516-4179. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v11n1/07.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.

alterações à própria dinâmica da relação médico-paciente, tradicionalmente pautada no poder de decisão do médico.⁴⁴²

Sobre essa dinâmica reporta-se ao que fora discutido no Capítulo 2, onde ficou demonstrado que essa visão tradicional da relação médico-paciente não é mais aceitável contemporaneamente.

Desta feita, essa obrigação de bem informar do médico é justamente o cerne da questão fático-jurídica implicada, pois se liga fortemente a qualidade da interação discursiva entre enunciador (médico) e receptor (paciente). Em outras palavras, se o que foi dito, foi compreendido por quem deveria do modo como o enunciador esperava que fosse. Logo, esta comunicação deve ter instrumentos que permitam a checagem do dito e do compreendido como forma de aferir a conclusão do processo comunicacional, posto que “entre o dever de informar e o dever de obter o consentimento, situa-se o dever de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram dadas”⁴⁴³, incorrendo o médico em responsabilidade civil acaso exista falha neste processo, sendo relevante para a prática médica o estudo de Roger Shuy abordado no item 4.1.

Dito de outra forma, o uso do instrumento escrito não dispensa o diálogo com o paciente, o que, de fato, ocorre mais frequentemente⁴⁴⁴, e sendo discursivo o processo que visa a atender a tríplice finalidade do dever (informar, confirmar e obter o consentimento) seria este impossível de ser realizado por simples entrega de documento escrito como fora bem observado no estudo de fôlego do professor André Pereira⁴⁴⁵:

O consentimento passou a ser visto por parte de alguns médicos como um mero requisito, um dos documentos para ter um ‘dossier’ clínico bem organizado e rapidamente as administrações hospitalares começaram a redigir formulários nos quais impõem cláusulas que visam proteger a

⁴⁴² GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**. [online]. 2010, vol.11, n.1, pp. 95-122. ISSN 1516-4179. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v11n1/07.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.

⁴⁴³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 472

⁴⁴⁴ Conforme observação de Matielo: “Seria interessante que todas as autorizações para cirurgias e procedimentos de vulto fossem tomadas por escrito, mas, como é cediço, a regra é que a concordância é verbal.” MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001. p.116-117.

⁴⁴⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 549-550.

instituição em caso de conflitos judiciais. Mais ainda é prática comum que esses formulários sejam entregues por funcionários administrativos, absolutamente desligados do acto médico, não tendo o paciente a possibilidade de obter informações adequadas sobre o seu conteúdo.

Outra não foi a conclusão da análise desenvolvida por Miguel Kfoury Neto⁴⁴⁶, vez que há clara dificuldade no uso de formulários, notadamente porque, sendo o formulário genérico, não há a adequação e clareza que se espera para cada caso, consoante já analisado em momento anterior, afirmando o autor: “tanto a informação quanto o consentimento devem ser escritos, individualizados e testemunhados. A adoção de formulários é difícil, dadas as peculiaridades de cada caso.”

A realidade brasileira não discrepa neste particular da realidade portuguesa abordada por André Pereira, mas entre o dever ser, almejado como conduta ideal, e a realidade cotidiana há um grande hiato, notadamente porque no trato médico, em regra, estão presentes apenas o médico e o paciente, daí porque, segundo Consuelo Salamacha, é fundamental o TCI:

No que tange à relação entre médico e paciente, sendo ela estritamente confidencial, não há testemunhas nem documentos para comprovar uma possível advertência do profissional sobre os riscos de uma intervenção cirúrgica por ele aconselhada. Daí, uma vez mais, asseverar-se a fundamental importância do termo de consentimento informado.⁴⁴⁷

Aguiar Júnior também concorda com a utilização do documento escrito como ideal para fins de prova no processo judicial, sendo mais cauteloso e admitindo a prova indireta realizada ao longo da instrução processual, notadamente porque, como já mencionado, a realidade cotidiana demonstra que as informações são prestadas pelo médico, em regra, mas normalmente não são documentadas muito menos reduzidas a termo e subscritas pelo paciente. Eis a opinião do ex-ministro:

A conclusão sobre o âmbito da informação e da existência do consentimento deve ser extraída, pelo juiz, do conjunto dos fatos provados, e mais precavido será o médico que obtiver declaração escrita do paciente ou de seu representante.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 2001. p. 173

⁴⁴⁷ SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 112.

⁴⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 124.

Disponível em

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em: 21 abr. 2011.

Há certo consenso na doutrina que este documento deve ser escrito, havendo quem advogue a necessidade de lei que discipline a matéria:

Propõe-se, portanto, que, tendo em vista as modificações que a relação médico-paciente vem sofrendo modernamente, esse documento, que deve ser escrito e tem reflexos fora da sala em que é efetivada a consulta médica, deve ser tratado em termos contratuais e pré-contratuais. A matéria precisa ser melhor disciplinada de *lege ferenda*, sem dúvida.⁴⁴⁹

Na verdade, enquanto não existir lei especial que venha a tratar da matéria devem ser observados os parâmetros delineados pela legislação aplicável, discutida em linhas anteriores, pela doutrina e pelas regras deontológicas, posto que não pode recair no exclusivo subjetivismo de cada médico, sendo certo de que cada caso deve ser analisado e contextualizado, pois

Não há por exemplo, norma jurídica alguma que padronize, ou mesmo defina, como deve ser este processo de esclarecimento, fornecendo apenas parâmetros balizadores, mas deixando-o à sensibilidade – por vezes inexistente – de cada profissional.⁴⁵⁰

João Vaz Rodrigues esclarece que a adoção de um instrumento escrito tem “o condão de facilitar a prova do consentimento para as partes, pelo simples facto da existência material de um documento”⁴⁵¹, no que concorda-se, notadamente pelas peculiaridades da relação que nem sempre permitem outros meios de prova, mas isso não quer dizer que as mesmas não possam ser produzidas e apreciadas pelo Poder Judiciário.

Em suas conclusões sobre o uso do consentimento informado, Eduardo Dantas destaca que o uso do mesmo não exime o profissional de responsabilidade, mas sua utilização é pressuposto para a solidez do processo comunicacional que deságua na escolha esclarecida pelo paciente:

Para tanto, todavia, não basta que se mantenham os atuais procedimentos para obtenção do chamado consentimento informado (ou consentimento livre e esclarecido, ou consentimento pós-informado). Este, isoladamente, deve ser encarado como peça de uma engrenagem maior, mais sólida e mais segura, que é a escolha esclarecida, situação em que a vontade autônoma do paciente é exercida sob o manto do cumprimento do dever de informação imposto legal e deontologicamente aos médicos. Isoladamente, o consentimento informado não exime responsabilidade como se pretende,

⁴⁴⁹ BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 69.

⁴⁵⁰ DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 103.

⁴⁵¹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 433.

permitindo – por conta do defeito na transmissão da informação, e portanto, na prestação do serviço – não apenas a responsabilização civil por negligência, mas também aquela oriunda da perda de uma chance terapêutica.⁴⁵²

Outrossim, esse processo comunicacional não pode nem deve ser apreciado apenas sob a ótica do direito, pois a compreensão desse processo pelos pacientes vai além da análise jurídica da situação fática, como demonstram estudos específicos sobre a matéria.

Nos Estados Unidos, onde o consentimento informado é obrigatório na maioria dos estados conforme já explicitado, Charles Lidz⁴⁵³ realizou estudo e concluiu afirmando que a compreensão do paciente é tipicamente incompleta e ocasionalmente ocorrem mal-entendidos; os entendimentos dos pacientes não só eram muitas vezes idiossincráticos (condição única, relacionada com cada paciente), mas também tecnicamente limitados; o processo de compreensão não é instantâneo (ou seja, reconhece o “processo” a reportado neste estudo). Essas conclusões se assemelham as que Roger Shuy chegou em seu estudo já referido, sendo relevante a questão da linguagem utilizada nestas relações comunicacionais. Sobre a questão afirma Edmilson Barros Júnior:

A literatura científica é unânime quando certifica que a má comunicação entre os médicos e pacientes é a causa mais importante de insatisfação dos assistidos; ao passo que a principal causa de denúncias de erro médico é a ruptura da relação de confiança e credibilidade do médico com eu paciente ou seus familiares, e somente o seu resgate desestimulará as demandas temerárias e evitará o linchamento moral público do médico inocente.⁴⁵⁴

Em estudos mais atuais a doutrina americana do consentimento informado é repensada, notadamente quando alguns autores⁴⁵⁵ afirmam que o consentimento informado não tem condições de ser totalmente específico e totalmente completo, bem como que um consentimento específico não é eticamente melhor.

Eis o impasse: o documento genérico não atende aos critérios de adequação e

⁴⁵² DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 101

⁴⁵³ LIDZ, Charles W. (et alli). **Informed consent**. New York: The Guilford Press, 1984. p. 317.

⁴⁵⁴ BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 105.

⁴⁵⁵ MANSON Neil C.; O'NEILL Onora. **Rethinking Informed Consent in Bioethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Disponível em <http://books.google.com/books?id=kM3li88222kC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 07 maio 2011.

clareza da nossa legislação e o documento específico demais não é eticamente indicado, podendo até mesmo causar um dano ao paciente.

Como se as circunstâncias já não fossem complexas o bastante há ainda a possibilidade de sonegação de informações pelo paciente, seja por medo, por vergonha ou até mesmo má fé. Neste sentido, leciona Hildegard Giotri:

Entendemos ser importante, também, que o paciente, neste momento, tome conhecimento do fato de que a sonegação de informações claras e amplas pode resultar em risco de vida para ele próprio. Ou, em uma menor proporção pode, sua postura de mal informar, vir a se constituir em hipótese de liberação de responsabilidade para o anestesiológico, em caso de um processo judicial.⁴⁵⁶

Pontes de Miranda⁴⁵⁷ destaca que o paciente também tem deveres no tocante às informações que são repassadas ao médico, de modo que se as informações não forem passadas não poderá o médico ser responsabilizado, vez que

O dever de indenização pelo médico só se pré-exclui se o lesado omitiu, dolosa ou negligentemente, o evitamento do dano, que ele poderia evitar, e a causa não era do conhecimento, ou não tinha de ser do conhecimento do médico.

Contudo, o médico precisa antever esta possibilidade e expressamente afirmar ao paciente que ele poderá colocar a sua própria vida em risco caso não responda de forma verdadeira as indagações que lhe estão sendo dirigidas, notadamente quando se tratar de procedimentos invasivos, cujos riscos já são elevados por natureza.

André Pereira⁴⁵⁸ chama a atenção para o fato de que “o consentimento informado é um instituto jurídico complexo que se traduz num processo dinâmico de inter-relação entre os diversos agentes envolvidos”, podendo ser bilateral (médico-paciente) ou multilateral (equipe médica-paciente), sendo certo que as informações devem ser prestadas pelo médico e jamais por terceiros integrantes da equipe ou hospital, dada a necessidade de explicação e checagem da compreensão do paciente para que este possa exercer sua vontade efetivamente, evitando um mal-entendido. Contudo, reconhece o autor:

⁴⁵⁶ GIOTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado:** avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá. 2004. p. 170.

⁴⁵⁷ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 436.

⁴⁵⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 129

Mais a mais é prática comum que esses formulários sejam entregues por funcionários administrativos, absolutamente desligados do acto médico, não tendo o paciente a possibilidade de obter informações adequadas sobre o seu conteúdo.⁴⁵⁹

Essa prática acima narrada também é comum no Brasil, onde o paciente, muitas vezes, assina documentos na recepção do hospital, não tendo qualquer eficácia jurídica este tipo de documento no tocante ao cumprimento do dever de informar, considerando-se “indefensável que a mera assinatura num formulário faça prova do cumprimento do dever de esclarecimento”.⁴⁶⁰

Assim, a emissão de vontade do paciente deve ser considerada após todo o processo comunicacional, resultado da escolha do paciente orientada pelos esclarecimentos adequados do médico, sem que existam omissões ou exageros por parte do médico, vez que a “falha na informação ou na comunicação é considerada defeito no produto ou serviço, ensejando a responsabilização civil, se produzir dano”⁴⁶¹, ou mesmo sem a existência dele quando a omissão da informação resultar em prática de ato médico cujo risco não foi compartilhado com o paciente ou tenham sido sonegadas informações sobre alternativas possíveis.

Não é sem razão que os estudiosos do consentimento informado reputam enganosa a visão de que o TCI é capaz de afastar a caracterização de erro médico. Contudo, não podemos ser maniqueístas, pois a ausência do TCI pode não gerar o dever de indenizar e mesmo com a existência dele, restar caracterizado o dever de indenizar do médico. Conforme afirma Eduardo Dantas:

É um engano pensar que a obtenção do simples consentimento informado, nos termos como é conhecido e vem sendo praticado, pode representar uma excludente de responsabilidade civil, ou mesmo eximente de culpabilidade, no caso de ocorrer um resultado não desejado ao longo do tratamento.⁴⁶²

Já para Aguiar Dias o consentimento pode não produzir nenhum efeito jurídico, a depender das circunstâncias (analisados conjuntamente o risco x benefício):

É, decerto, impossível compreender a irresponsabilidade do médico que pratica dessa natureza sem a existência de um como que estado de necessidade, apreciável segundo as circunstâncias e na proporção dos

⁴⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004.p. 550

⁴⁶⁰ Idem, ibidem. p. 630

⁴⁶¹ DENSA, Roberta. **Direito do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2009. p.34.

⁴⁶² DANTAS, Eduardo. **Direito Médico.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 95.

riscos que imponha ao paciente. Isto é, embora reconhecida a necessidade da operação, deve o médico recusar-se a ela, se o perigo da intervenção é maior que a vantagem que poderia trazer ao paciente. Sempre e em todos os casos, competente ao médico a prova de que existia esse estado de necessidade e de que a operação, normalmente encarada, não oferecia riscos desproporcionados ao fim colimado. Não vale, para nenhum efeito, neste particular, a prova do consentimento do cliente.⁴⁶³

Relevante para o campo da aplicação prática do objeto deste estudo é a observação de Brunello Stancioli, em sua dissertação de mestrado:

Primeiramente, a informação deve ser fornecida, preferencialmente, de forma oral. A oralidade da comunicação, em regra, facilita o entendimento do paciente [...] É certo que o registro gráfico do consentimento informado deve ser feito (por vários motivos, inclusive para efeitos probatórios), mas o *medium* comunicativo deve ser, sempre que possível, oral.⁴⁶⁴

Corroborando esta opinião João Vaz Rodrigues⁴⁶⁵ afirma que “a documentação das informações não substitui o contacto pessoal, nem mesmo a repetição das informações de que o paciente necessita para ficar esclarecido”, haja vista que “a entrega <<burocrática>> de documentos, ainda que contendo toda a informação necessária” não satisfaz este dever, posto que se assim fosse entendido correr-se-ia o “risco de se transformar em mera formalidade, a satisfazer pela simples entrega de modelos sucessivamente duplicados”.

Em verdade, o consentimento informado que permite a escolha livre e esclarecida é uma forma de efetivamente dar autonomia ao paciente, desconstituindo-se um poder médico consolidado ainda mais no século XVIII e que perdura até os dias atuais, conforme análise de Foucault⁴⁶⁶ transcrita no segundo capítulo, sendo que esse poder era decisório, pois o paciente (enfermo) era visto como verdadeiro incapaz, como também já referido.

João Vaz Rodrigues chama a atenção para o fato de que “onde não haja consentimento, surge a suspeita de uma manipulação arbitrária por parte do médico”⁴⁶⁷, destacando que

⁴⁶³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.281

⁴⁶⁴ STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 65.

⁴⁶⁵ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 247.

⁴⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979 (2010). p. 110.

⁴⁶⁷ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 18.

Em síntese: o regime jurídico do consentimento deve ser analisado à luz do dever de respeito pela autodeterminação do paciente e depende da prévia verificação dos deveres de informar e esclarecer sobre a averiguação, o estado e o curso provável da doença, a terapia proposta, ponderados o riscos e os benefícios a colher, os meios disponíveis e as actuações alternativas.⁴⁶⁸

Em fecho, é relevante esclarecer que além do consentimento expresso do paciente pode haver o consentimento presumido, observando Pontes de Miranda que:

O consentimento do paciente pode ser presumido, mesmo se foi infeliz o resultado, e se foram observadas as regras da medicina, que são exemplos de adequação social. Se houve observância fiel, essa impede que se pense em antijuridicidade.⁴⁶⁹

Tal entendimento assemelha-se ao esboçado por João Vaz Rodrigues, para quem o

O consentimento *presumido* verifica-se se <<a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado>>, e é equiparado ao consentimento *efectivo*.⁴⁷⁰

Porém, Pontes de Miranda adverte que “o consentimento só se presume se urgente a intervenção e se não pode o enfêrmo manifestar-se, ou não está em estado de poder apreciar os fatos e as circunstâncias”⁴⁷¹, pelo mesmo motivo Christoph Fabian aduz que “o consentimento abrange apenas uma intervenção concreta”, pois se o médico precisar ampliar o escopo de sua atuação deverá informar ao paciente e obter o seu consentimento, vez que “se ele realiza a intervenção ampliada por iniciativa própria, ele age sem consentimento. Seria mais fácil curar o paciente por uma intervenção só”.⁴⁷²

Assim, a informação é um direito subjetivo básico do consumidor cujo sujeito passivo da obrigação é o médico, recaindo sobre ele o dever de observância das regras éticas e normas jurídicas, além dos princípios orientadores do microssistema.

Compete ao médico prestar as informações e certificar-se que o paciente as compreendeu para, posteriormente, obter o seu consentimento para a prática do ato

⁴⁶⁸ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001., p. 28.

⁴⁶⁹ Idem, ibidem. p. 436.

⁴⁷⁰ Idem, ibidem. p. 424.

⁴⁷¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 436.

⁴⁷² FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.137.

médico, sendo preferível que seja feita a redução a termo do consentimento do paciente quando este for expresso, presumindo-se em situação de urgência/emergência quando o paciente não puder exprimir sua vontade.

A prova do consentimento pode ser feita a partir do instrumento escrito ou de qualquer outra forma em direito permitida, inclusive, através da prova testemunhal e prova indireta.

CAPÍTULO 5 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

5.1 Natureza da responsabilidade médica

No capítulo segundo discutiu-se a relação jurídica médico-paciente, concluindo-se que sua natureza é obrigacional e que é aplicável a mesma o CDC. Neste capítulo estuda-se a responsabilidade civil decorrente do descumprimento da obrigação assumida pelo médico. No primeiro momento busca-se verificar se esta responsabilidade seria contratual ou delitual. Posteriormente, analisa-se a responsabilidade civil do fornecedor, no caso, o médico enquanto prestador de serviços (fato do serviço).

Induvidoso que quando o médico deixa de cumprir a prestação (ou a cumpre de modo defeituoso) exsurge sua responsabilidade civil, mas qual seria a sua natureza? Contratual ou delitual? Esta é uma primeira indagação que merece ser respondida.

Na lição de Aguiar Dias, “a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim sendo, a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual”⁴⁷³, destacando o autor que “a obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade, e deriva, por sua vez, de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta”⁴⁷⁴, pelo que “estabelecido o primeiro elemento, temos o segundo, aquele intimamente ligado: é a violação do dever preexistente”⁴⁷⁵. Assim, teríamos a obrigação e a sua violação como pressupostos para o surgimento da responsabilidade civil.

Afirma Caio Mário Pereira⁴⁷⁶ que na prestação “é de vislumbrar-se a dualidade de aspectos, o débito e a responsabilidade, que na concepção moderna lhe são peculiares”, pelo que satisfeito o crédito através do adimplemento do débito não haveria responsabilidade, pois a obrigação fora satisfeita, surgindo apenas quando este não ocorra. Nas palavras de Clovis do Couto e Silva “a prestação primária

⁴⁷³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.133-134

⁴⁷⁴ Idem, ibidem. p. 96.

⁴⁷⁵ Idem, ibidem. p. 98.

⁴⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**. V.2 Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.07

corresponde ao débito; e a prestação secundária, a qual se relaciona com perdas e danos, constitui a responsabilidade”.⁴⁷⁷

Importa ao estudo, neste momento, delinear a responsabilidade civil e estabelecer a natureza jurídica daquela que nasce a partir da relação jurídica médico-paciente.

Ao tratar das ideias básicas do sistema geral e das coordenadas históricas da responsabilidade civil Menezes Cordeiro⁴⁷⁸ refere que na tradição de Gaio as obrigações nascem de um contrato ou de um delito, tendo sido acrescentadas outras fontes posteriormente, destacando que “estão em causa dois universos muito distintos”. Essa dicotomia permanece até os dias atuais, inclusive reconhecida pelos autores⁴⁷⁹ que se debruçam sobre a matéria no diálogo Brasil-Portugal, como também no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal⁴⁸⁰ e no Superior Tribunal de Justiça do Brasil⁴⁸¹.

Já ao tratar do alargamento da responsabilidade civil Menezes Cordeiro lembra que “por imperativo lógico, a responsabilidade ocorria quando alguém tivesse perpetrado um facto ilícito danoso ou delito” e que por “razões históricas e sociais”⁴⁸² o Direito foi levado a determinar que uma pessoa que não tenha praticado um delito indenizasse aquele que sofreu um dano, surgindo a responsabilidade objetiva ou pelo risco, sendo certo que estas mesmas razões conduziram a hipóteses de

⁴⁷⁷ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.83

⁴⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. – v. 2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. p.285.

⁴⁷⁹ FROTA, Mário. Estudo Contrastivo da Responsabilidade Civil nos Códigos Civis do Brasil e de Portugal. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 53, jan./mar. 2005, p. 151-180. p.151.

⁴⁸⁰ Veja-se os seguintes acórdão do STJ de Portugal: Revista n.º 1987/01 - 2ª Secção - Ferreira de Almeida (Relator), Moura Cruz e Barata de 05.07.2001; Revista n.º 912/03 - 7.ª Secção - Neves Ribeiro (Relator), Araújo de Barros e Oliveira Barros Figueira de 22-05-2003; Revista n.º 4055/04 - 1.ª Secção - Pinto Monteiro (Relator), Lemos Triunfante e Reis Figueira de 22-02-2005; Revista n.º 3426/07 - 6.ª Secção - Rui Maurício (Relator), Azevedo Ramos e Silva Salazar de 27-11-2007.

⁴⁸¹ AgRg no AgRg no REsp 1057210/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 16/04/2009; AgRg no Ag 853.854/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 504; REsp 1104665/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 04/08/2009

⁴⁸² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. – v. 2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. p.287.

indenização mesmo que o dano causado tenha se originado de um ato lícito, no caso da responsabilidade pelo sacrifício (no direito brasileiro temos, por exemplo, os artigos 929 e 930 do CC). Em fecho, o autor aduz que a responsabilidade civil “apesar de ter surgido fora do universo contratual, acabou por se expandir, também, pelo território deste”, concluindo que esta possui um regime próprio “contaminado” pelo contrato de origem, mas as razões deste alargamento são pautadas pelo ressarcimento dos danos causados.

Já Pontes de Miranda em seu Tratado de Direito Privado⁴⁸³, ao tratar da medicina no capítulo dedicado a responsabilidade extranegocial e danos causados por profissionais, distingue a responsabilidade contratual da extracontratual do médico, nos seguintes termos:

Tem-se de distinguir da responsabilidade contratual a responsabilidade extranegocial. Se o serviço médico provém de direito público, ou de prestação caridosa ou beneficente ao público, sem qualquer remuneração pela pessoa que recebe o serviço ou a obra, ou qualquer contribuição à entidade, tem-se de afastar a contratualidade da responsabilidade. Todavia, pode ocorrer gestão de negócios alheios sem outorga, se o profissional, in casu, não tinha dever. O dever do médico pode ser *ex lege*, ou de contrato com a entidade, seja essa de direito público, ou não no seja. Com isso, não se negocia a relação jurídica entre o médico e a pessoa que recebeu os serviços ou obra.

O médico, o cirurgião, o dentista, ou outro profissional que sirva a tratamento do corpo ou da psique, ou é figurante de contrato de locação de serviços, ou de obra, ou, menos frequentemente, de empreitada, ou se fêz gestor de negócio sem outorga de poderes, ou pratica ato ou atos de caridade, diretamente, no que se há de ressaltar o elemento de gratuidade intencional, ou não se vinculou, nem se quis vincular. Na última espécie, o médico, o cirurgião, o dentista ou outro profissional emprega a sua atividade fora da sua função social, como faria o chaveiro que vai a alguma casa para abrir a porta, ou o cofre, e roubar, ou como o soldado, que está fardado e armado, e usa a arma para atingir alguma pessoa que está na janela do prédio que êle vê de longe, ou do qual passa perto.

Ao debruçar-se sobre a natureza jurídica da responsabilidade médica, sem rodeios, Pontes de Miranda afirma que é a mesma contratual, observando, contudo, que há casos em que se materializa a responsabilidade extracontratual:

A responsabilidade dos médicos e cirurgiões é contratual. Há a causa, que dá os limites da atividade; mas o ato ilícito ou mesmo o fato ilícito também pode ser irradiante de responsabilidade extranegocial. [...] Tanto aquela como essa podem resultar de *dever de medicação ou de operação*. O cirurgião que sabe que tem de operar imediatamente não pode retardar, a seu líbito, a atividade cirúrgica.

⁴⁸³ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 435.

A indenização por ato ilícito dos médicos, inclusive cirurgiões, independe de haver contrato entre o doente e o profissional. Quem trabalha gratuitamente, ou presta serviços a quem os recebe de alguma instituição de caridade, sem pagamento, responde pelos danos. O conteúdo do conceito de dano evolui com a ciência, porque a lei não poderia precisar o que seria a culpa, [...] em decênios seguintes, ou em século seguinte, ou mesmo no ano próximo, ou no mês próximo (e. g., foi assente o perigo do remédio, que ontem se desconhecia).⁴⁸⁴

Desta feita, na opinião de Pontes de Miranda a responsabilidade civil médica é contratual, sendo possível responsabilizar o médico pela prática de ato ilícito quando inexistir contrato entre as partes. Ou seja, tanto haverá responsabilidade em decorrência do inadimplemento do contrato firmado entre o médico e o paciente quanto quando da ocorrência do ato ilícito, sendo esta também a opinião de Aguiar Dias quando afirma que “a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida”.⁴⁸⁵

Os autores contemporâneos que se debruçam sobre a relação médico paciente também têm entendido, de modo praticamente unânime, que a relação jurídica é contratual, pelo que afirma Leo Coutinho que o “atendimento médico é considerado como um contrato em que as partes são o paciente como contratante e o médico como contratado, sendo o pagamento em honorários ou salários”⁴⁸⁶, seguido por Couto Filho:

A relação instaurada entre o médico e o paciente é, em via de regra, conforme já visto exhaustivamente, contratual. Há, pois, obrigação mútua das partes. De um lado, pagar o preço pelos serviços prestados. Trata-se, também, consoante pensamento majoritário, de relação de consumo, posto que o médico põe à disposição da sociedade o nobre serviço da medicina e, nessa qualidade, enquadra-se perfeitamente no dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, sendo um fornecedor de serviços.⁴⁸⁷

Já para Paulo de Tarso Sanverino

Encontra-se hoje superada a discussão em torno da natureza contratual da responsabilidade de determinados profissionais liberais como médicos, cirurgiões, farmacêuticos e dentistas, que decorria da inserção da regra do art. 951 do Código Civil de 2002 (art. 1.545 do CC/1916) entre, as modalidades de responsabilidade aquilina. O entendimento doutrinário

⁴⁸⁴ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 439.

⁴⁸⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.254

⁴⁸⁶ COUTINHO, Leo Meyer. **Responsabilidade ética, penal e civil do medico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p.12.

⁴⁸⁷ COUTO FILHO, Antonio Ferreira. **A improcedência no suposto erro médico**: Doutrina, jurisprudência, legislação, código de ética medica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.40

dominante acerca da responsabilidade desses profissionais é, em regra, efetivamente, contratual.⁴⁸⁸

Christoph Fabian, também concorda com a opinião da doutrina majoritária:

Não obstante a responsabilidade dos médicos seja regulamentada no Código Civil no capítulo dos atos ilícitos (art. 1.545 do CC), predomina entre os doutrinadores a opinião de que a responsabilidade do médico seria de qualidade contratual. A prestação do serviço médico se realiza por meio de um contrato. Apenas em situações de emergência pode-se pensar em um tratamento sem contrato.⁴⁸⁹

Analisando o Código Civil de 1916 (cuja estrutura no particular foi mantida no CC/2002), Aguiar Dias leciona:

O Código Civil distinguiu entre a responsabilidade contratual e extracontratual, regulando-as em seções marcadamente diferentes do seu texto. Nisto, acompanha a generalidade das codificações mais antigas, contra as quais se manifesta a tendência das legislações modernas, inclinadas à unificação, tendo em vista o fundamento comum da falta de diligência em relação ao direito alheio.⁴⁹⁰

Discorrendo em especial sobre o contrato médico, o autor chama atenção para o fato de que o paciente não poderia renunciar a garantias mais amplas previstas na legislação pelo simples fato de ser a relação considerada contratual, posto que

a responsabilidade contratual e a extracontratual podem concorrer quando no mesmo fato se verificarem a um tempo a violação de direitos oriundos de contratos e a de direitos que ao ofendido assistam, independentemente desse contrato.⁴⁹¹

Essa unificação anunciada por Aguiar Dias veio a ocorrer no direito brasileiro com o CDC que passou a regular a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 17).

Neste particular, os autores do anteprojeto do CDC reconhecem o avanço, quando afirmam que se

permite aludir à superação da velha dicotomia das responsabilidades contratual e extracontratual. Segundo a doutrina corrente, o tratamento dado à matéria pelo Código de Defesa do Consumidor afasta a bipartição derivada do contrato ou do fato ilícito, rendendo ensejo à unificação da *summa divisio*.⁴⁹²

⁴⁸⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.199.

⁴⁸⁹ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.133.

⁴⁹⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.130-131.

⁴⁹¹ Idem, ibidem. p. 270-271.

⁴⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.152.

Assim, este aparente dilema jurídico de delimitação entre a responsabilidade médica contratual ou extracontratual é solucionado pela sistemática do CDC, onde a responsabilidade pelo fato do serviço decorre do evento danoso (defeito), sendo irrelevante⁴⁹³ se na origem o fato jurídico fora contratual ou delitual. Ou seja, responde-se pelo fato, caso ele seja contrário ao direito.

Abordando justamente a teoria dos fatos jurídicos Paulo Lôbo⁴⁹⁴, apoiando-se na doutrina de Pontes de Miranda, afirma que não são fontes das obrigações nem a lei, nem o contrato, nem mesmo os atos unilaterais, mas os fatos jurídicos, posto que “a obrigação é efeito do fato jurídico, que é antecedido de outro efeito, ou seja, o dever (dívida)”, pelo que

Para que uma pessoa possa considerar-se obrigada juridicamente a prestar algo a outra pessoa, é mister que o direito preveja que determinado fato (ou conjunto de fatos) seja admitido como fato jurídico, a partir do qual surjam seus efeitos, dentre eles a obrigação ou as obrigações imputáveis ao devedor.

Assim, ao responder-se a indagação posta no início do item, podemos concluir que os fatos jurídicos é que se constituem como fontes das obrigações, e não o contrato ou o delito, sendo relevante a análise de seus efeitos, pelo que a responsabilidade civil pela “violação do dever de não causar dano a outrem” não encontra no “dano a fonte da obrigação, mas o fato jurídico que se constituiu com a violação do dever de não causar dano, do qual derivou a relação jurídica obrigacional”⁴⁹⁵.

Apreciando caso em que houve discussão acerca da natureza jurídica da responsabilidade médica, o Supremo Tribunal de Justiça - STJ de Portugal, em data de 22-02-2005, apreciando a Revista n.º 4055/04 - 1.ª Secção - Pinto Monteiro (Relator), Lemos Triunfante e Reis Figueira, reconheceu que

II- Na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, podem ser causa de **responsabilidade contratual**, na medida em que viola deveres laterais a

⁴⁹³ SANSEVERINO. Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207.

⁴⁹⁴ LÔBO, Paulo. Fontes das obrigações e a teoria dos fatos jurídicos. In PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENZES, Iure Pedroza; CAMPELO, Nalva Cristina Baborsa. **Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueirêdo Alves”**. São Paulo: Método, 2011. p. 425-431. p. 430.

⁴⁹⁵ Idem, ibidem. p. 425-431. p. 429.

que contratualmente está obrigado, mas também causa de **responsabilidade delitual**, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto ilícito extracontratual.

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

Ou seja, a jurisprudência portuguesa, aliada a doutrina, adota a tese de que o regime a ser aplicado na responsabilidade civil médica é aquele que seja mais favorável ao paciente. Neste sentido, pode-se até mesmo afirmar que a legislação de proteção ao consumidor brasileira é mais avançada, pois rompeu com a dicotomia e estabeleceu a presunção legal de vulnerabilidade do consumidor, o que o torna sempre a parte mais fraca na relação jurídica. Assim, aquilo que além-mar encontra-se em discussão na doutrina e jurisprudência, no Brasil há legislação específica regulando a matéria. Contudo, as construções jurisprudenciais, nem sempre tem agasalhado a interpretação que lhe dá a doutrina consumerista, preferindo-se, como se demonstrará, recorrer a distinções outras (obrigação de meios e de resultado) que não provêm a segurança jurídica necessária.

Contudo, ainda que solvida esta questão da natureza jurídica da responsabilidade civil do médico na relação privada, pode-se indagar: como fica a questão da produção da prova da culpa? De quem é o ônus? As estas perguntas busca-se responder no próximo item para, logo após, esmiuçar a responsabilidade pelo fato do serviço, prevista no artigo 14 do CDC.

5.2 Culpa médica e ônus da prova

A velocidade com que as tecnologias são incorporadas às ciências, inclusive à medicina, surpreende a todos, profissionais e leigos, gerando uma grandiosa expectativa de êxito e de sucesso inigualáveis no passado. Tome-se como exemplo a evolução do tratamento do câncer com as radiocirurgias⁴⁹⁶ em que os

⁴⁹⁶ A radiocirurgia é um procedimento cirúrgico inovador que permite acesso cirúrgico ao interior do crânio humano sem que haja um único corte sequer, e consiste numa *“modalidade terapêutica não-invasiva que utiliza a administração de uma dose alta de radiação externa com uma extrema precisão a alvos bem localizados e com limites bem definidos e que são tradicionalmente intracranianos.”* Disponível em <http://www.oncologiaclinica.com.br/materiaoncologia.pdf>. Acesso em: 14 maio 2011.

equipamentos são operados por equipe multidisciplinar que envolvem médicos e físicos nucleares. Nesse sentido comenta Irany Moraes:

Na verdade, os conhecimentos próprios da Medicina estão, no mundo moderno, se mesclando com os de muitas áreas do saber e, particularmente, com os da informática. O avanço do conhecimento nas diversas áreas tem modificado substancialmente as condições da vida individual e em coletividade, tornando cada vez mais difícil aceitar suas limitações em problemas aparentemente mezinhas. Opera-se um feto dentro do útero materno e não se cura o resfriado!⁴⁹⁷

O fato social relevante é que este avanço gera uma expectativa nos pacientes de que o problema de saúde será solucionado, fazendo com que haja uma tendência a imaginar que o resultado cura dependa apenas do acerto da técnica, bem como que o resultado negativo se torne erro inescusável. Esta é uma situação se afigura delicada e requer um estudo mais detido e cauteloso, justificando-se assim, o estudo da culpa médica e a questão do ônus da prova.

Em nota de rodapé de sua tese de livre docência comenta Augusto Lins e Silva:

Para a honra da medicina, a sociedade repelle a irresponsabilidade absoluta dos médicos, aspiração dos <mal apercebidos> entregando á pericia por delegação da justiça, questões profissionais relativas á capacidade e á responsabilidade.⁴⁹⁸

É preciso admitir-se que o médico pode errar, e erra, e ainda, que existem fatos que independem da adoção da melhor técnica pelo profissional, ou mesmo um procedimento realizado pelo mais renomado profissional se utilizando do estado da arte pode resultar na morte de um paciente. Assim, não se trata apenas de técnica, mas de técnica aliada a um contexto específico, cujos critérios para a avaliação do acerto ou desacerto da conduta dependerão de cada caso.

Todos os estudos, teses, dissertações e trabalhos de cunho científico médico trazem percentuais de desacerto ou falhas. A condição de falibilidade é inerente ao ato médico, pois a medicina não é uma ciência exata como a matemática, e nem sempre a aplicação de uma fórmula é igual a um resultado previsto, dada a labilidade do corpo humano.

⁴⁹⁷ MORAES, Irany Novah. **Erro medico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998. p. 249

⁴⁹⁸ SILVA, Augusto Lins e. **Responsabilidade medico-legal**. Recife: I. Nery da Fonseca, 1913. p. 21.

Roberto Lauro Lana sobre o tema assinala:

Em termos de conceito, Medicina sempre foi o resultado *estatístico*, de experimentação técnico-científica ou de simples observação prática, diante da complexidade e enigma do ser humano, em reações biológicas que surpreendem e o torna *sui generis*, exigindo constantes adaptações. Até a diferença de sexo importa em resultado farmacológico diferente. O sucesso da Medicina se encontra no diagnóstico acertado e na terapia *possível* – questão material fática. Tudo isso redundando em *falibilidade* e certeza de que se trata de ciência *não exata*, gerando a convicção de que o exercício da Medicina envolve contrato de *meios*, como regra.⁴⁹⁹

Apesar de toda a tecnologia hoje envolvida nos processos médicos, a condição lábil do corpo humano persiste haja vista que não é raro o caso de médicos que se empenharam em aplicar a melhor técnica, usando de seus melhores esforços e não conseguiram atingir o resultado final almejado, sobrevivendo o infortúnio. Hildegard Giostri, tratando da labilidade do corpo humano frisa que a resposta orgânica:

é diversa para cada pessoa: o que funciona bem para um determinado paciente, propiciando um resultado positivo, ou até mesmo ideal, pode não funcionar para outro. É a ingerência imponderável e imprevisível do fator *álea*.⁵⁰⁰

Assim, o aplicador do direito ao analisar as leis que regem a matéria, não pode desviar os olhos do fato social e humano, pois casuisticamente o que se está a chamar de erro pode ser desde uma resposta idiossincrática do corpo humano até um caso fortuito ou de força maior. É nessa delicada situação que se encontram os médicos. Interessante é o caso narrado (e a indagação feita) por Irany Moraes:

Uma criança foi atropelada por um carro quando passava pela rua. O Prof. Dr. Joamel Bruno de Mello que, na ocasião, era residente do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, viu que a vítima estava se sufocando em seu próprio sangue, que jorrava da face. Ele colocou a cabeça da criança em hiperextensão na guia da calçada, pediu a um dos curiosos a borrachinha do filtro de água que usou como cânula e, com um canivete, fez uma traqueostomia e salvou a criança. Na ocasião, a imprensa fez grande alarde e o Governador do Estado condecorou-o pelo ato. Se tudo fosse feito da mesma maneira, mas três minutos depois, será que não teria que explicar o fato nos tribunais?⁵⁰¹

Casos como o acima narrado mostram a importância do contexto, da casuística, de modo que não se acredita em receitas pré-prontas que possam trazer solução adequada a infinitude de casos que podem chegar ao Poder Judiciário.

⁴⁹⁹ LANA, Roberto Lauro; FIGUEIREDO, Antônio Macena de. **Temas de direito médico**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2005. p. 25.

⁵⁰⁰ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá. 2004. p. 76-77.

⁵⁰¹ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998. p. 227

Como demonstrado no capítulo próprio, o nascimento do hospital como hoje se conhece, e da conseqüente relação jurídica entabulada entre médico e paciente, é algo novo, sendo que apenas a partir do século XVIII, percebe-se algum desenvolvimento de relevo para a responsabilidade civil do médico, mas mesmo assim permanecia a ideia até então vigente de irresponsabilidade médica, tanto que Kfoury Neto⁵⁰² e Eduardo Dantas⁵⁰³ destacam a decisão da Academia de Medicina de Paris, de 1829, que proclamava a inexistência de responsabilidade jurídica, apenas moral do médico.

Contudo, Antigo Código Civil (1916), o Novo Código Civil (2002) e até mesmo o Código de Defesa do Consumidor (1990), todos, tratam da responsabilidade civil médica do mesmo modo: os profissionais médicos respondem por atos culposos. Além do mais a responsabilidade objetiva, que é forma agravada de responsabilidade, deve estar previamente fixada em lei,

deve ser sempre estabelecida pelo legislador, mormente no que respeita a conceituação e aos limites da atividade de risco, sob pena de se deixar o assunto entregue ao *outro lado da carabina*, vale dizer, sob pena de se criar, para a responsabilidade objetiva, uma vala comum na qual tudo tenha abrigo, independentemente de causa, de consequência, de prejuízo e da invariável e prévia fixação legal.⁵⁰⁴

Bruno Miragem⁵⁰⁵ assinala que a responsabilidade civil médica

a exemplo da responsabilidade civil em geral, decorre da falta, do descumprimento de um dever. Este dever, como mencionamos, é um dever genérico (cuidado, cautela), ou dever específico (diagnóstico, informação). Já no que se refere à natureza desta responsabilidade, a regra entre os profissionais liberais é a responsabilidade subjetiva (mediante verificação da culpa).

E, assim sendo, interpretações apressadas que visem a estabelecer responsabilidade sem culpa do médico de modo genérico estarão em completa dissonância com o ordenamento jurídico brasileiro vigente, vez que

⁵⁰² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 2001. p. 43.

⁵⁰³ DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 14.

⁵⁰⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. In NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Vianna**. São Paulo: RT, 2009. p. 209-210.

⁵⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.402.

A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade civil, portanto, acabou por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no entanto, não desapareceu completamente a culpa, nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro.⁵⁰⁶

A professora Giselda Hironaka destaca em seu prognóstico do papel da culpa na responsabilidade civil que houve uma mudança de foco, deslocando do atendimento dos interesses do responsável para atender o interesse da vítima, concluindo que “é certo que o futuro não acarretará a plena exclusão da responsabilidade subjetiva fundada na culpa, nem sequer suprimirá a responsabilidade individual, mas todas elas conviverão [...]”⁵⁰⁷.

Nesta mesma esteira de raciocínio Menezes Cordeiro afirma que “a ideia de culpa está no cerne da imputação delitual, isto é, na efectivação normativa de mandar que alguém, através de uma indemnização, suporte os danos primeiro ocorridos numa esfera jurídica alheia.”⁵⁰⁸

Contudo, há quem afirme que contemporaneamente a culpa passa a ter um papel cada vez menor, do ponto de vista prático, no âmbito da apuração da responsabilidade civil:

A máxima atribuída a Ihering – “sem culpa, nenhuma reparação” – parece hoje não apenas inválida nas muitas situações regidas pela responsabilidade objetiva, mas também relativizada no próprio âmbito da responsabilidade subjetiva, onde a culpa, embora continue sendo imprescindível, conta com meios facilitados de demonstração, que se não retiram a sua exigibilidade, reduzem, consideravelmente, seu poder prático de filtragem dos pedidos de indenização.⁵⁰⁹

Não é sem razão que afirma Giselda Hironaka que “ao longo do século XX, dezenas de teorias foram desenvolvidas para explicar ou para criar parâmetros fundantes de um sistema de responsabilidade civil distinto daquele que até o anterior século

⁵⁰⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. In NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Vianna**. São Paulo: RT, 2009. p. 203.

⁵⁰⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 149.

⁵⁰⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. – v. 2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. p. 459.

⁵⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46.

pareceu bastar”, concluindo que fora produzida uma torre de Babel “em termos de apreciação, análise e aplicação da responsabilidade civil.”⁵¹⁰

Desse cenário de incompreensão apontado pela autora não escapa a responsabilidade civil do médico, havendo quem advogue a existência de responsabilização objetiva, sem que seja necessária qualquer verificação de culpa, notadamente nas atividades de maior risco. Neste sentido observa Genival França:

O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se desta noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão.⁵¹¹

Os irmãos Mazeaud⁵¹² defensores da culpa como requisito fundamental da responsabilidade civil asseveram:

La culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio: no hay responsabilidad civil sin una culpa. Sin embargo, cabe admitir, em ciertas situaciones, que sea urgente socorrer a las víctimas estableciendo una responsabilidad fuera de toda culpa.

E continuam afirmando que “esas situaciones deben seguir siendo la excepción”. Atualmente, há cada vez um maior número de casos em que a responsabilidade civil é imputada sem a necessidade de apuração de culpa, notadamente, em solo pátrio, com o advento do CDC e do CC/2002 que trouxeram, respectivamente, a regra geral da responsabilidade objetiva para os fornecedores, e a regra geral da responsabilidade objetiva para as atividades de risco (art. 927, parágrafo único) e do empresário (art. 931)⁵¹³, entre outras.

⁵¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA EVOLUÇÃO DE FUNDAMENTOS E DE PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. v. 35, n. 01, jan/jun, 2011. p. 39-40. Disponível em <http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12029/7983>. Acesso em: 02 nov.2011.

⁵¹¹ FRANÇA, Genival de. *Direito Médico*. São Paulo: Fundação BYK, 1994. p.238.

⁵¹² MAZEUAD, Henri y Léon; MAZEUAD, Jean. *Lecciones de derecho civil*. Parte segunda. Vol. II: La responsabilidad civil, los cuasicontratos. Ediciones Jurídicas Europa-America: Buenos Aires, 1978. p. 91.

⁵¹³ Destaque-se que o art. 931 do CC/2002 não discrepa daquilo que já era regulado pelos arts. 14 a 17 do CDC.

Ao tratar da carga probatória da culpa, os irmãos Mazeaud partem da premissa que não existe diferença de grau entre a culpa delitual e a culpa contratual, defendendo que é inexata a tese de que a carga probatória da culpa delitual pesa sobre a vítima e que na matéria contratual a vítima não tem que provar a culpa, sendo o causador do dano quem deve demonstrar uma causa externa porque “la víctima del daño tiene siempre la carga de la prueba de la culpa”. Advogam ainda a tese da obrigação de meio e de resultado, afirmando que na primeira (obrigação de prudência ou diligência) a vítima deve provar a existência da obrigação e o seu descumprimento com imprudência ou negligência, já no segundo seria suficiente que a vítima que o devedor não alcançou o resultado que deveria ter alcançado.⁵¹⁴

Em sua definição geral de culpa estabelecem os Mazeaud que “la culpa es un error tal de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias ‘externas’ que el demandado”⁵¹⁵, asseverando que esta definição engloba a culpa intencional visto que uma pessoa diligente não causaria dano a outrem, bem como a culpa em caso de obrigação de resultado, porque uma pessoa diligente também cumpre o que determina a lei e o contrato, arrematado que:

Ese método de la apreciación hace de la culpa una noción sumamente flexible, en la que encontrará el juez un preciso instrumento de examen de la actividad de los hombres, y la posibilidad de hacer justicia, no automática, como se vería conducido a efectuarlo por la teoría del riesgo, sino humana.⁵¹⁶

Já Aguiar Dias esmiuçando a culpa e suas espécies leciona:

Da culpa, caracterizada no art.159 do Código Civil como negligência ou imprudência, decorrem outras noções, que demandam exame. Nesse título, estão, com efeito, compreendidas a negligência, a imprudência e a imperícia, que são todas formas desse elemento essencial: a falta de diligência, falta de prevenção, falta de cuidado. Negligência é a comissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Consiste a imprudência da precipitação, no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.⁵¹⁷

⁵¹⁴ MAZEUAD, Henri y Léon; MAZEUAD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte segunda. Vol. II: La responsabilidad civil, los cuasicontratos. Ediciones Jurídicas Europa-America: Buenos Aires, 1978. p. 121.

⁵¹⁵ Idem, ibidem. p. 123.

⁵¹⁶ Idem, ibidem. p. 123-124.

⁵¹⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.127

Ao estudar a culpa profissional e aplicá-la a responsabilidade médica os irmãos Mazeaud⁵¹⁸ afirmam que “se denomina culpa profesional la culpa que se incurre una persona en el ejercicio de su profesión”, exemplificando que se um médico comete uma imprudência ou uma negligência “en los cuidados que presta, em los consejos que da, en los procedimientos que dirige” incorre em culpa profissional, concluindo que esta culpa é contratual quase sempre, pois decorre do contrato com o cliente, posto que “el perjuicio resulta del incumplimiento de la obligación asumida por el profesional en el contrato celebrado com su cliente”, discorrendo ainda que a culpa profesional se aprecia como qualquer outra, criticando aqueles que defendem a necessidade da prova de uma culpa grosseira, destacando que esta teoria encontrou muita aceitação na esfera da responsabilidade médica no passado, e que atualmente (na época⁵¹⁹) a teoria vendo sendo rechaçada pelos entendimentos jurisprudenciais, concluindo que:

Desde el instante em que el juez da por probado que um médico cuidadoso se habría comportado, en las mismas circunstancias, de outro modo que el demandado, debe condenar a reparación. [...] Los tribunais toman em cuenta, com frecuencia, los errores de diagnóstico, algunas negligencias y deficiencias operatorias, aun cuando na haya habido el consentimiento del enfermo para una operación o un tratamiento peligroso, y el no haberle informado de los riesgos que corría con tal intevención.⁵²⁰

De modo didático e esclarecedor, no final da lição referente às aplicações da noção de culpa, os Mazeaud trazem algumas leituras sobre a culpa médica. Nestas afirmam que:

En la época casi desaparecida del “médico de cabecera”, las acciones de responsabilidad civil intentadas contra los médicos y los cirujanos eran raras En la actualidad, em que las relaciones entre los médicos y su clientela se han “despersonalizado” o están “mercantilizadas”, esos pleitos forman legión.⁵²¹

Nessas leituras comentam e transcrevem algumas decisões judiciais, dentre elas uma datada de 21 de julho de 1862, da lavra da “Cámara de admisión”, a qual afirma que os médicos estão submetidos ao direito comum, devendo a sua culpa ser

⁵¹⁸ MAZEUAD, Henri y Léon; MAZEUAD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte segunda. Vol. II: La responsabilidad civil, los cuasicontratos. Ediciones Jurídicas Europa-America: Buenos Aires, 1978. p. 146.

⁵¹⁹ A obra utilizada é uma tradução argentina da primeira edição das Lições de Direito Civil, conforme nota do editor constante da contracapa.

⁵²⁰ Idem, ibidem. p. 147.

⁵²¹ MAZEUAD, Henri y Léon; MAZEUAD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte segunda. Vol. II: La responsabilidad civil, los cuasicontratos. Ediciones Jurídicas Europa-America: Buenos Aires, 1978. p. 155.

provada e que os juízes devem ser prudentes para não se imiscuirem em discussões eminentemente técnico-médicas⁵²². Posteriormente inserem decisão da “Cámara civil, sección civil I, de la Corte de casación”, datada de 9 de novembro de 1953, que qualificara a obrigação do médico como sendo contratual e de meios (e não de resultado), destacando que fora a primeira vez que não estão obrigados os juízes a aceitar as conclusões periciais e que toda a culpa obriga o médico a indenizar por inteiro, haja vista que na decisão os peritos haviam limitado a indenização a 20% do dano sofrido pela paciente.⁵²³ E, por fim, um decisão da Corte de Aix de 10 de novembro de 1953, que confirma a decisão originária que

Considerando, em efecto, que por leve que sea esse descuido, y si la culpa que constituye puede definirse com <culpa levissima>, no deja de ser menos cierto que la simple distracción por parte de um cirujano debe traducirse em la falta de precaución com miras a evitar um accidente raro, pero no imprevisible;⁵²⁴

Neste sentido Edmilson Barros Júnior afirma que “para a caracterização da culpa médica é suficiente a mera vontade na conduta, independentemente da intencionalidade, pois a culpa, ainda que levíssima, impõe o dever de reparar”.⁵²⁵

Aguiar Dias ao tratar da temática geral do ônus da prova, afirma que esta “incumbe a quem alega contra a normalidade, que é válida tanto para a apuração de culpa como para a verificação da causalidade”⁵²⁶, mas em momento seguinte ao tratar do ônus da prova na relação jurídica médico-paciente aduz que “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa.”⁵²⁷ Essa opinião, no particular, não é unânime.

⁵²² No trecho da decisão transcrita encontra-se a seguinte passagem: “-Que, sin duda, corresponde la prudencia del juez no injerirse temerariamente en el examen de las teorías o de los métodos médico, y pretender discutir las cuestiones de pura ciencia;” MAZEUAD, Henri y Léon; MAZEUAD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte segunda. Vol. II: La responsabilidad civil, los cuasicontratos. Ediciones Jurídicas Europa-América: Buenos Aires, 1978. p. 156.

⁵²³ Idem, ibidem. p. 158-159.

⁵²⁴ Idem, ibidem. p. 160.

⁵²⁵ BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 77.

⁵²⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 94.

⁵²⁷ Idem, ibidem. p. 257.

Tratando do tema, em especial, sobre a culpa contratual e extracontratual afirma Paulo de Tarso Sanseverino⁵²⁸ que a grande relevância da caracterização da culpa numa ou noutra modalidade, são os efeitos produzidos, afirmando que:

na responsabilidade contratual, a culpa do devedor que descumpre uma obrigação contratual é presumida, competindo-lhe a prova de que não agiu culposamente (art. 389 e 393 do CC/2002; arts. 1056 a 1058 do CC/1916). Na responsabilidade extracontratual, compete ao lesado a prova da ocorrência de culpa de parte do agente causador do dano (art. 186 do CC/2002; art. 159 do CC/1916).

A solução adotada no direito brasileiro e apontada por Paulo de Tarso Sanseverino é a mesma explicitada por Carneiro da Frada ao analisar o Código Civil português⁵²⁹:

No campo da responsabilidade obrigacional, institui o legislador no art. 799 nº 1, de harmonia aliás com a generalidade dos códigos, uma presunção de culpa contra o devedor que falta ao cumprimento ou realiza um cumprimento defeituoso da obrigação. Daqui decorre um desvio àquela regra básica segundo a qual quem invoca um direito é quem tem que fazer a prova dos respectivos factos constitutivos.⁵³⁰

Para o autor “o regime do ônus da prova descrito deixa-se entender no fundo como *pivot* do equilíbrio entre a prestação como resultado devido e o princípio da culpa na responsabilidade obrigacional”⁵³¹, com o qual concorda-se justamente por existir em solo pátrio grave distorção nas discussões doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais, pois não há uma dogmática consolidada, o que desemboca em grave insegurança jurídica.

Assim, se na responsabilidade contratual a culpa é presumida e a relação médico-paciente é eminentemente contratual, compete ao médico a produção da prova de que agiu corretamente.

Igualmente, entendendo-se a relação médico-paciente como uma relação de consumo, consoante exposição de motivos já realizada e tendo o CDC superado a dicotomia (responsabilidade contratual / extracontratual), logo, não se pode aplicar a regra da responsabilidade extracontratual (de que compete ao demandante o ônus

⁵²⁸ SANSEVERINO. Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210-211.

⁵²⁹ DECRETO-LEI nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966 - Código Civil português - Art. 799.º, 1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.

⁵³⁰ FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Almedina, 1994. p.191.

⁵³¹ Idem, ibidem. p.192.

da prova da culpa), notadamente por causa dessa superação realizada com o advento do CDC, bem como pelo fato que a mesma seria menos vantajosa para o consumidor, o que contrariaria as bases desse microsistema protetivo (art. 5º, XXXII, art. 170, V da CF/88; art. 4º, I, art. 6º. VIII do CDC).

É justamente com esse cenário em mente que Kfouri Neto escreve:

a responsabilidade subjetiva pode, na prática, adquirir alto grau de objetividade por meio da simples adoção de parâmetros bastante elevados e rígidos de comportamento diligente, ou ainda por força de uma inversão insuperável do ônus probatório na demonstração da culpa.⁵³²

Assim, na verdade, concorda-se com Anderson Schreiber, pois nitidamente já existe uma verdadeira objetivação da responsabilidade civil subjetiva em larga escala, notadamente para o médico, posto que as regras de conduta (deontologia médica) são bastante severas, consoante abordagem já realizada em capítulo próprio, cuja violação, por si só, já é capaz de configurar um ilícito ético pelo descumprimento daquele dever, afora a possibilidade de inversão do ônus da prova. Essa tendência também é sentida por Genival França:

Pelo que se revela, a visão dos tribunais está se voltando para a reparação do dano, pouco importando que o resultado seja demonstrado por uma falha instrumental ou da ciência, quando a culpa do médico não chegou a ser comprovada. Esta responsabilidade do médico está presa pelo aspecto contratual que faz da relação médico-paciente um contrato de locação de serviços. Os julgadores não estão muito preocupados em examinar profundamente as razões subjetivas da culpa, senão apenas em reparar o dano.⁵³³

Assim, a questão da culpa médica e do ônus probatório é resolvida no direito brasileiro a partir da superação da dicotomia (responsabilidade contratual/extracontratual) materializada pelo CDC (responsabilidade pelo fato).

Ademais, àqueles que resistem à essa superação dicotômica resta a difícil tarefa de construir uma argumentação que tente (a) afastar a incidência do CDC da relação médico paciente; ou que tente (b) afastar a natureza contratual da relação médico-paciente e aplicar a regra do art. 186/927 do CC/2002, ignorando a superação da dicotomia pelo CDC; ou ainda (c) pregue a utilização da antiquada e insegura

⁵³² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 221.

⁵³³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Flagrantes médico legais VII**. Recife: EDUPE, 2004. p. 189.

classificação da natureza obrigacional em obrigação de meios e obrigação de resultado.

5.3 Fato do serviço médico

5.3.1 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

O CDC brasileiro foi fruto da análise de mais de 20 (vinte) legislações estrangeiras e diretrizes das Organizações das Nações Unidas - ONU⁵³⁴, vez que seu anteprojeto foi elaborado por juristas de renome e amplamente discutido com a sociedade civil, e nesse sentido, incorporou como regra geral a responsabilidade objetiva, seguindo a tendência mundial:

La más clara y esencial manifestación del progreso científico y axiológico de las legislaciones uniformes, consiste en el apartamiento de la concepción tradicional de la culpa, como razón y fundamento de la responsabilidad de la empresa⁵³⁵

Para Paulo de Tarso Sanseverino foi a “necessidade de efetiva proteção ao consumidor contra os danos em decorrência de acidentes de consumo conduziu à objetivação da responsabilidade civil do fornecedor”, destacando que esta construção iniciou-se pelos tribunais “inicialmente nos EUA e, posteriormente, na Europa”, buscando efetivar e “estabelecer a ruptura do sistema tradicional de responsabilidade civil e superar o dogma da culpa”.⁵³⁶

No Brasil, o CDC trata entre os arts. 12 e 17 da responsabilidade civil dos fornecedores ou, na denominação do Código, responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Ou seja, decorre a responsabilidade pelo simples acontecimento, pelo simples fato. Destacando Bruno Miragem que

[...] é intuitivo, sobretudo em face do que estabelecem os artigos 12, 14 e 17 do CDC, que em matéria de falha ao dever de segurança, ou seja, do defeito, não há necessidade de que haja qualquer espécie de vínculo contratual antecedente para que se caracterize a responsabilidade do fornecedor.⁵³⁷

⁵³⁴ FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 31.

⁵³⁵ STIGLITZ, Gabriel A. **Proteccion juridica del consumidor**: Responsabilidad del empresario ; publicidad comercial enganosa ; credito al consumo ; practicas mercantiles irregulares ; acceso a la justicia. Buenos aires: Depalma, 1990. p.11.

⁵³⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.51

⁵³⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.366.

Define Bruno Miragem

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilidade em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção ou fornecimento de produto ou serviço, determinando seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo.⁵³⁸

O art. 12 trata do fato do produto, o art. 13 da responsabilidade do comerciante e o art. 14 do fato do serviço, sendo este último o que interessa ao presente estudo.

Sobre a terminologia do CDC explica Paulo de Tarso Sanseverino:

A denominação “acidente de consumo” é a mais utilizada pela doutrina nacional para qualificar o instituto jurídico. Na realidade, as várias denominações ilustram apenas faces diversas do mesmo fenômeno. Enquanto as expressões “fato” ou “ato de consumo”, abrangendo o fato do produto ou o fato do serviço, fixam-se no fato gerador do dano, a denominação “acidente de consumo” prende-se aos seus efeitos ou consequências para o consumidor. Assim, as designações “fatos de consumo”, “atos de consumo” e “acidentes de consumo” podem ser utilizadas como sinônimas para expressar o mesmo fenômeno jurídico.⁵³⁹

Para facilitar o estudo, transcreve-se o artigo 14 do CDC:

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

O *caput* do artigo prevê de modo explícito a regra geral da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços ao estabelecer que os mesmos respondem “independentemente de culpa” seja pelos danos causados, seja pela insuficiência ou inadequação das informações pertinentes à fruição e risco, daí porque Paulo Lôbo⁵⁴⁰ afirma que a “ênfase na responsabilidade por fato do produto, revela uma transformação radical dos paradigmas. Está havendo um assalto em profundidade à cidadela da culpa, como paradigma por excelência da responsabilidade por danos”, destacando que esta mudança de paradigma visou a proteção da vítima.

⁵³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 358.

⁵³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.116

⁵⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 09.

Paulo de Tarso Sanseverino explica que embora os serviços “não sejam fabricados, podem apresentar defeitos de execução”, citando como exemplos “os casos de responsabilidade de hospitais e clínicas por danos causados aos pacientes por defeito na prestação de serviços”.⁵⁴¹

Da leitura do *caput* do art. 14 do CDC já podemos divisar a existência de dois planos de incidência, o primeiro quando da ocorrência de danos decorrentes por defeitos contidos na prestação e o segundo pela inadequação ou insuficiência das informações pertinentes à fruição e risco.

Bruno Miragem ao estudar a responsabilidade dos profissionais liberais (fato do serviço) faz distinção entre os defeitos de execução e defeitos de informação, ocorrendo o primeiro na “falha no processo de realização material do serviço e o segundo nas informações repassadas ao consumidor-vítima, em razão do que deverá se produzir dano”⁵⁴², incluindo-se nesse segundo grupo também as falhas decorrentes de atos omissivos (não informação, informação insuficiente ou inadequada), sendo esses últimos objeto do presente estudo.

Sobre o risco comenta Luiz Otavio Amaral:

O risco em si, a potencialidade do dano/mal/insucesso não será fato indenizável, mas o será quando deixar de ser mera potência ou possibilidade e passar à esfera da efetividade, do fato danoso (alteração/evento/concretude maléfica da realidade). Enfim a reparação/indenização (i.e., a reposição, tão completa quanto possível, da situação no estágio anterior ao dano), enquanto consequência da responsabilidade civil, só terá lugar quando o risco houver se transformado em dano; vale dizer, quando o consumidor tiver sofrido perda/mal/prejuízo cuja causa seja um produto ou serviço objeto de uma relação de consumo. Todavia sempre o fornecedor terá o amplo dever de manter suficiente e adequado nível de informação necessária, na espécie, ao consumidor.⁵⁴³

A abordagem sobre os riscos médicos e a informação adequada e clara na relação médico-paciente fora realizada no capítulo quarto, pelo que às considerações já realizadas, somam-se as agora aduzidas, notadamente quanto à imputação da responsabilidade pelas falhas informativas.

⁵⁴¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.148/149

⁵⁴² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.399.

⁵⁴³ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria geral do direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010.p.120

Já no parágrafo primeiro do artigo 14, o CDC apresenta uma definição de serviço defeituoso, para logo em seguida no parágrafo segundo apresentar uma exceção:

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

Bruno Miragem esclarece que a segurança esperada “caracteriza um produto ou serviço como defeituoso, constitui um conceito jurídico indeterminado, que deve ser concretizado pelo juiz com base nas circunstâncias objetivas indicadas pelo legislador”⁵⁴⁴, sempre observando-se os parâmetros contidos nos incisos I, II e III do § 1º do art. 14.

Outrossim, a exceção contida no parágrafo segundo constitui uma verdadeira defesa do fornecedor médico, somente aplicável quando da utilização de técnica/procedimento usual e reconhecido pelo CFM, pelo que deve-se ter cuidado na interpretação do dispositivo, pois técnicas novas são reconhecidas sem que as técnicas antigas caiam em desuso, convivendo no espaço-tempo. Cite-se, por exemplo, as cirurgias por vídeo que são realizadas atualmente sem que, com isso, sejam consideradas defeituosas as cirurgias “abertas”. O erro ou falha poderia advir da omissão da informação ao paciente acerca da possibilidade de utilização de uma ou de outra técnica, mas não do simples fato de não ter sido utilizada uma técnica mais avançada. Destaque-se, por fim, que se considera defeituoso o ato médico praticado com técnica obsoleta (que caiu em desuso por estar superada no espaço-tempo).

No parágrafo terceiro do artigo 14, o CDC apresenta as hipóteses de não-responsabilização do fornecedor, as quais serão tratadas em item próprio adiante:

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁵⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.125

Por fim, no parágrafo quarto do artigo 14, o CDC estabelece a única exceção de toda a sua sistemática de responsabilidade civil, excluindo do regime da responsabilidade objetiva os profissionais liberais:

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

Nas palavras de Paulo de Tarso Sanseverino:

A única exceção expressamente aberta, no direito brasileiro, de efetiva manutenção da responsabilidade subjetiva foi em relação aos profissionais liberais. O CDC, no art. 14, §4º, estabeleceu, taxativamente, a necessidade de comprovação de culpa para apuração de responsabilidade.⁵⁴⁵

No que concorda Miguel Kfoury Neto⁵⁴⁶ para quem “o profissional liberal não está sujeito ao regime da responsabilidade objetiva, que prescinde da comprovação de culpa - sistema consagrado pela lei protetiva das relações de consumo”. Justificando Bruno Miragem que o legislador teria observado a natureza personalíssima e isolada do serviço prestado pelo profissional liberal e que

por isso não detém estrutura complexa de fornecimento do serviço, em relação ao qual o interesse básico do consumidor estará vinculado conhecimento técnico especializado deste fornecedor. Daí porque a identificação do profissional liberal pareça se ligar a duas condições básicas: a) primeiro, a espécie de atividade exercida; b) segundo, o modo como é exercida.⁵⁴⁷

O mencionado autor⁵⁴⁸ entende que a “preponderância do elemento humano e de especialidade técnica” seria razão suficiente para o tratamento diferenciado do prestador de serviço profissional liberal, visto que “seria desproporcional a imputação de responsabilidade independente da avaliação da culpa”, sendo da mesmíssima opinião Paulo de Tarso Sanseverino porque

os contratos de prestação de serviço celebrados pelos profissionais liberais e seus clientes envolvem, normalmente, uma relação de confiança, que atenua, sobremaneira, a desigualdade reinante em outros contratos de consumo. Isso reduz o grau de vulnerabilidade do cliente, enquanto consumidor, frente ao profissional liberal, como fornecedor de serviços, que é uma das notas características fundamentais das relações de consumo.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.163.

⁵⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002. p. 165.

⁵⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p. 398.

⁵⁴⁸ Idem, ibidem. p. 365.

⁵⁴⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.197

Esse é justamente o caso da relação privada médico-paciente, onde a confiança e a transparência são fundamentais para a conclusão e desenvolvimento válido e eficaz do negócio jurídico, consoante abordagem realizada no terceiro capítulo.

Para Paulo de Tarso Sanseverino “o conceito de serviço foi fixado de forma ampla no Código de Defesa do Consumidor, como sendo toda e qualquer atividade prestada no mercado de consumo, mediante remuneração”, sendo certo que são “também abrangidos os serviços prestados por profissionais liberais, como médicos, dentistas, advogados, engenheiros, arquitetos” que possuem “em caráter excepcional, um tratamento especial, em face da peculiaridade de sua atividades, mantendo-se um regime de responsabilidade subjetiva (art. 14, §4º, do CDC)”.⁵⁵⁰ Neste particular, a doutrina é unânime, havendo discordâncias apenas no tocante ao ônus da prova, conforme será abordado adiante. Nesse mesmo sentido Paulo Lôbo:

No direito brasileiro, o profissional liberal, quando presta serviços autonomamente, insere-se em relação de consumo, pois o Código de Defesa do Consumidor faz referência expressa, no art. 3º, a “pessoa física” que “desenvolve(m) atividade” de “prestações de serviços”. Consolidou-se, no Superior Tribunal de Justiça (REsp 364.168) a tese de que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas”. As normas do Código Civil são, portanto, supletivas.⁵⁵¹

Neste particular, o CDC chama a atenção inclusive da doutrina portuguesa

O *Código de Defesa do Consumidor brasileiro* constitui um marco importantíssimo em termos de direito comparado. Neste país vigora o princípio de *responsabilidade objectiva dos prestadores de serviços*, mas abre-se uma exceção para os profissionais liberais, nos quais se incluem, naturalmente, os médicos, cuja responsabilidade se conserva no âmbito do *princípio culpabilístico*.⁵⁵² - destaques no original

Conforme anteriormente mencionado, importa ainda o estudo da responsabilidade do médico enquanto fornecedor no tocante às informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e os riscos dos serviços, prescrita na segunda parte do *caput* do art. 14 do CDC.

⁵⁵⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.133

⁵⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 359.

⁵⁵² PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil**. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 355-356

A responsabilidade civil pela violação do dever de informar, segundo Bruno Miragem⁵⁵³ possui “diversos efeitos jurídicos em direito do consumidor”, vez que sua eficácia decorre da boa fé objetiva, e nela tem origem⁵⁵⁴, e das “normas jurídicas específicas previstas no CDC”, devendo ser observadas “sanções que tais normas estabelecem com este fim”, concluindo que esta violação “configura violação de dever legal”.⁵⁵⁵

Seguramente não existe qualquer dúvida sobre o direito à informação do paciente e o correlato dever de informar do médico, cuja obrigação violada acarreta responsabilidade civil, no que Cláudia Lima Marques observa que o dever de informar é uma decorrência da boa fé na relação médico-paciente (segundo capítulo) em todas as suas fases, que passa por deveres de alerta e de aconselhamento “visando alcançar o consentimento informado, válido e eficaz” do paciente, consoante visto nos capítulos anteriores. A autora afirma categoricamente que “a falha informativa ou o fato oriundo do defeito de informação são uma negligência e imprudência médica por si só”⁵⁵⁶, com a qual se concorda.

Entendimento diverso possui Paulo de Tarso Sanseverino, para quem

Naturalmente, a simples falta de informação não ensejará a responsabilização do médico pelos prejuízos sofridos pelo paciente se não tiver sido a causa adequada desses danos. Porém, no caso de cirurgias facultativas, a deficiência de informação acerca dos riscos poderá ser a causa adequada dos danos sofridos pelo paciente, que, se soubesse, poderia ter optado por não se submeter a eles. A solução prática que começa a ser tomada por alguns médicos, numa autêntica medicina defensiva, é a obtenção de declaração escrita a respeito da ciência desses riscos.⁵⁵⁷

Em que pese o mesmo autor afirmar em passagem da mesma obra que “a ausência de comprovação do fornecimento dessas informações caracteriza o defeito”.⁵⁵⁸

⁵⁵³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.189-190.

⁵⁵⁴ Idem, ibidem. p. 369.

⁵⁵⁵ Idem, ibidem. p.129.

⁵⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 19.

⁵⁵⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.158.

⁵⁵⁸ Idem, ibidem. p.290

É justamente nesse sentido que se destaca a importância do estudo do dever de informar que está intimamente ligado a produção da prova da prestação da informação/esclarecimento, checagem de compreensão do paciente e obtenção do seu consentimento para a realização da intervenção médica, justamente porque “a intervenção sem consentimento (ou o consentimento sem informação adequada) traduz-se tecnicamente numa *ofensa corporal*”.⁵⁵⁹ Daí porque discorda-se de Paulo de Tarso Sanseverino quanto a afirmação de que a simples falta de informação não é capaz de ensejar a responsabilidade médica, concordando-se com a opinião exposta anteriormente por Cláudia Lima Marques que a falha informacional é uma negligência médica por si só.

5.3.2 Obrigação de meios e obrigação de resultado

A atuação do profissional médico por sua natureza obrigacional constitui-se numa obrigação de fazer, caracterizando por uma atividade intelectual e material, onde a parte obrigada (o médico, como sujeito passivo da obrigação) tem o dever de utilizar todo o conhecimento disponível (atividade intelectual) a fim de prestar a melhor assistência à outra parte (paciente, sujeito ativo ou credor obrigacional), empenhando-se para atingir o objetivo almejado (atividade material), sem que, contudo, haja um compromisso com o resultado a ser atingido.

Segundo a doutrina tradicional, a obrigação decorrente da prestação de serviços médicos, caracteriza-se como sendo uma obrigação de cautelas e de empenho⁵⁶⁰, casuisticamente analisada, e de acordo com o avanço científico.

Outro aspecto relevante, que não se pode perder de vista, é que o médico é um profissional que trabalha com um sistema aberto, onde nem todas as variáveis são conhecidas, estando o mesmo sujeito à labilidade do corpo humano. Sobre o tema, assim se posiciona a professora Hildegard Giostri:

O facultativo trabalha dentro de um contexto biológico – portanto, lábil - tratando, na maioria das vezes com casos patológicos cuja afecção tem

⁵⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p.190

⁵⁶⁰ SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica: Civil, Criminal e Ética.** Del Rey: Belo Horizonte, 2001. p. 90.

seus próprios riscos de evolução, podendo levar tanto à melhora satisfatória, à cura, quanto à morte ou a sequelas de maior ou menor gravidade.⁵⁶¹

Não é sem razão que se exclui a responsabilidade mesmo quando a obrigação é descumprida nos casos fortuitos ou de força maior, aplicável também nas relações de consumo, consoante será aprofundado em tópico adiante.

Essas ocorrências denominadas de força maior e de caso fortuito são fatos jurídicos que interessam ao Direito, e especial a disciplina da responsabilidade civil, pois figuram como excludentes. Hildegard Giostri chama a atenção para o fato de que estes podem ser constituídos como erros que decorrem das limitações do homem e de sua ciência, inclusive da ciência médica, são chamados erros escusáveis, posto “que todo procedimento técnico – mesmo corretamente efetuado -, traz em si uma possibilidade de resposta adversa”.⁵⁶²

Para Paulo de Tarso Sanseverino:

No caso da responsabilidade civil dos médicos, que é seguramente a modalidade que suscita maior debate, tem-se reconhecido que, em regra, eles assumem obrigação de meio. No desempenho de suas atividades, esses profissionais liberais somente serão responsabilizados pelos danos sofridos pelo consumidor quando o defeito na prestação do serviço decorrer de conduta culposa nos meios empregados.⁵⁶³

Já o tema Cláudia Lima Marques aduz que

Nunca é demais repetir, que esta concentração feita do sistema do CDC no “serviço prestado” não significa que todas as obrigações de fazer passam a ser obrigações *de resultado*. Se a obrigação é de *meio* (por exemplo, um tratamento médico, uma cirurgia), só se pode exigir que o fornecedor preste um serviço adequado para os fins que *razoavelmente dele se espera* (salas de cirurgia com material necessário, limpas, preparadas para emergências, ou um tratamento médico com remédios e exames normais para aquele caso), mas não se pode exigir que o serviço alcance um determinado resultado (cura do paciente ou evitar a sua morte). Note-se, porém, se o serviço é considerado obrigação de resultado (como vacinação, transfusão de sangue, exames simples, segurança dos instrumentos que utiliza e visitas) basta demonstrar o descumprimento do contrato, o vício do serviço. Em outros casos trata-se da responsabilidade por perda de uma chance ou de deveres inerentes à internação hospitalar e de deveres de pós-eficácia do contrato. Nestes casos, os limites são do próprio tipo de contrato que

⁵⁶¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 72.

⁵⁶² Idem, *ibidem*. p. 139.

⁵⁶³ SANSEVERINO. Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 201.

vincula as partes não pertencendo à noção de vício do serviço instituída pelo CDC.⁵⁶⁴

Aguiar Dias também adota a divisão entre obrigação meio e obrigação resultado, afirmando que “o fato de ser o contrato de tratamento médico uma obrigação de meio e não de resultado, decorre, como vimos, que ao prejudicado incumbe a prova de que o profissional agiu com culpa.”⁵⁶⁵

Para o professor Paulo Lôbo⁵⁶⁶ é “irrelevante que a obrigação do profissional liberal classifique-se como de meios ou de resultado” utilizando como exemplo a atividade do advogado e a atividade do médico para fundamentar as suas explicações, concluindo o doutrinador que a única maneira de harmonizar-se a responsabilidade subjetiva do profissional liberal seria a sua presunção de culpa e a consequente automática inversão do ônus da prova, cuja abordagem será feita mais adiante e para quem a “dicotomia, obrigação de meios ou obrigação de resultado, não se sustenta.”⁵⁶⁷

Destaca o autor que há confusão da doutrina entre resultado provável e resultado favorável, destacando que “ainda que o médico não possa assumir a obrigação da cura, assume a obrigação do melhor resultado para a cura”, pelo que a probabilidade do êxito é o próprio resultado “o que não significa, por exemplo, que o médico obterá necessariamente a cura desejada pelo paciente e que o advogado obterá a sentença judicial favorável a seu cliente.”⁵⁶⁸

Sobre a distinção de obrigação de meio e de resultado dispara Ricardo Lorenzetti:

De todos modos, no es posible sostener estos denominados pares binarios. Se el médico promete en general una obligación de medios, celebra locación de servicios, pero si em el transcurso de la prestación debe desarrollar obligaciones de resultado, tendríamos una locación de obra. Todo este esquema resulta absolutamente intrincado e inútil.⁵⁶⁹

⁵⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1998. p. 594/596.

⁵⁶⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.258/259

⁵⁶⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39-40; LÔBO, Paulo.

Direito Civil: obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73; LÔBO, Paulo Luiz Netto.

Responsabilidade civil do advogado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v.3, n.10 p. 211-220, abr./jun. 2002. p. 219.

⁵⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 361.

⁵⁶⁸ Idem, ibidem. p. 361.

⁵⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **La responsabilidad civil de los médicos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. p. 345-346.

Ricardo Lorenzetti⁵⁷⁰ ao tratar da distinção da obrigação entre de meios e de resultado afirma que a miríade de critérios adotados pelos autores provoca “caos e inseguridad” e chega a “lesionar gravemente la utilidad del distingo”, concluindo que na situação atual o benefício para os médicos acabou por converter-se numa adversidade.

O autor se posiciona contra a distinção, afirmando estar a mesma superada, uma vez que ontologicamente não se pode afirmar quais são as obrigações de resultado e quais são as obrigações de meio, bem como porque o resultado não é algo extrínseco ao fazer médico, posto que toda a atividade médica caminha para a cura.⁵⁷¹, na mesma linha de pensamento construída por Paulo Lôbo.

Ao tratar da questão no Brasil Ricardo Lorenzetti assevera que há ampla aceitação da teoria da divisão das obrigações entre de meio e de resultado, pois a jurisprudência é farta, inclusive no STJ, com algumas ressalvas na doutrina, em especial Paulo Lôbo⁵⁷² e Hildegard Giostri⁵⁷³. E é tão farta quanto casuística/subjetiva sua aplicação, causando a insegurança jurídica relatada pelo autor.

Indo além, destaca o autor que a teoria é usada no Brasil⁵⁷⁴ apenas para apontar que o médico não se compromete com a cura, mas com os meios para a cura, justamente recepcionando a tese da obrigação de meios para “corrigir” a inversão decorrente do reconhecimento da obrigação contratual médica, onde o descumprimento, como já trabalhado em linhas anteriores, importa em presunção de

⁵⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **La responsabilidad civil de los médicos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. p. 468-492.

⁵⁷¹ Idem, ibidem. p. 485.

⁵⁷² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39-40; LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v.3, n.10 p. 211-220, abr./jun. 2002. p. 219.

⁵⁷³ A proposta da autora é a criação de uma obrigação de meio complexa, cujo ônus da prova adotaria a teoria da carga probatória dinâmica. Vide: GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá. 2004. p. 134 e 230.

⁵⁷⁴ O autor menciona e transcreve trecho de acórdão do TJSP - LORENZETTI, Ricardo Luis. **La responsabilidad civil de los médicos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. p. 487.

culpa do médico. Contudo, várias decisões judiciais passam a reconhecer algumas atividades médicas como sendo de resultado, sem um critério dogmático consistente, daí porque afirma o autor que o benefício passou a ser uma adversidade.

Assim, o estudo perfilha-se à opinião de Ricardo Lorenzetti e Paulo Lôbo, no sentido de que falta à distinção uma construção dogmática consistente, pelo que é de se aplicar as soluções legais que existem e são eficazes não dando azo a subjetivismos destemperados ao sabor de cada caso.

E justamente a partir desta regra geral que o aplicador e intérprete do direito deve iniciar a análise, verificando se é ou não o caso de aplicação de uma exceção, como no caso de um compromisso com o resultado ou violação de outros deveres gerais de conduta.

Fabrizio Matielo analisando a questão também fundamenta a responsabilidade médica, em regra, na conduta culposa do profissional:

Assente a idéia de que a culpa é o fator preponderante na análise da responsabilidade civil do médico, com as exceções estatuídas em lei, deve-se proceder à apreciação do vínculo que tem que existir entre a conduta viciada pela culpa e o dano produzido, pressuposto final para o surgimento da obrigação de indenizar.⁵⁷⁵

Observa-se que os autores supramencionados fazem expressa menção às exceções existentes, notadamente os já analisados deveres de conduta médica que impõem o respeito à autonomia do paciente e o dever de informação.

Genival França assinala que

O que realmente compromete o progresso da Medicina é a irresponsabilidade médica. Os tribunais não são leigos nem incompetentes; pois, quando os juízes avaliam as faltas dos médicos – os peritos, que são, na verdade, os olhos da lei. Finalmente, embora não haja na Medicina a exatidão fria da Matemática, sempre existe um critério de previsibilidade, a fim de se afastarem os erros considerados evitáveis.⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ MATIELO, Fabrício Zampronga. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001. p. 80.

⁵⁷⁶ FRANÇA, Genival de. **Direito Médico**. São Paulo: Fundação BYK, 1994. p. 237.

Esse critério de previsibilidade é dado apriorístico que advém do estado da ciência médica no momento da prática do ato, de modo que do médico não se poderia exigir conduta diversa.

Destaque-se que o exercício da medicina não é uma atividade geradora de riscos para a coletividade, quando considerada em si mesma, constituindo-se numa atividade humana cujo risco de dano à pessoa do paciente é imanente, faz parte da própria ciência médica e nem todo o risco é calculado, pois mesmo usando o “estado da arte” o médico pode causar um dano ao paciente por fatores que o mesmo não controla. Logo, a questão da culpa parece ser fundamental na resolução das questões que envolvam os danos acidentais⁵⁷⁷ decorrentes da atividade médica.

Em suma, regra geral, só haverá responsabilidade civil do médico se houver a caracterização da culpa no ato médico, pois configurada a liberalidade da profissão e a relação de consumo, referida relação há de ser regulada, como já mencionado, pelo Código de Defesa do Consumidor, quando será imprescindível a demonstração de culpa do médico para que se possa atribuir responsabilidade pelo pagamento de indenização decorrente de dano causado a paciente em virtude de sua conduta profissional. Nas palavras de Genival França:

Seu compromisso é utilizar todos os meios e esgotar as diligências ordinariamente exercidas. Em suma: usar de prudência e diligenciar normalmente a prestação do serviço. Haverá inadimplência, se a atividade for exercida de forma irregular, atípica ou imprudente, e se na prestação do serviço venha ocorrer um acidente de consumo, o médico terá sua responsabilidade civil apurada dentro dos limites da má prática.⁵⁷⁸

Kfourir Neto⁵⁷⁹ assevera que constitui erro a imputação apriorística do mau resultado ao médico, dada a realidade sobre a qual o mesmo labora, considerando que esta é uma realidade que não pode ser ignorada pelo Direito, afirmando nunca ser possível afirmar-se “que a não obtenção da cura é imputável ao ato médico”, tendo em vista

⁵⁷⁷ “Dano essencialmente inesperado correspondente a nada mais, nada menos, que à realização de um risco nascido da atividade humana” A definição é de Patrice Jourdain, citado por HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um novo tempo. In NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério.

Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Vianna. São Paulo: RT, 2009. p. 207.

⁵⁷⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Flagrantes médico legais.** Recife: EDUPE, 2000. p. 89 e 90.

⁵⁷⁹ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor.** São Paulo, RT, 2010. p. 43.

que em “nenhuma outra atividade profissional o êxito estará sujeito a tantos fatores que refogem por inteiro ao controle, quanto a Medicina”, pois

O avanço da medicina não elimina o fator aleatório, a incerteza da Ciência Médica. Para alguns, justamente o progresso da Medicina tornaria ainda mais aleatórios o diagnóstico e a terapia. O médico sempre atua sobre um contexto biológico frágil e instável. Na maior parte dos casos, o profissional busca amenizar situação preexistente e desfavorável. A complexidade do organismo humano e a inevitável influência de fatores externos fazem dessa incerteza atributo indissociável da prática médica.⁵⁸⁰

Concluindo que

Em suma, quando se diz que a obrigação do médico é “de meio”, admite-se que a obrigação do profissional da medicina é aleatória, depende de acontecimentos incertos, que escapam à previsão, mesmo do médico mais experiente e preparado. Assim, nem o médico pode prometer a cura, tampouco o paciente pode esperar, com certeza absoluta, resultado satisfatório.⁵⁸¹

No particular, discorda-se da conclusão acerca da natureza aleatória suscitada por Kfoury Neto, posto que a obrigação de fazer do médico é certa e determinada, sendo pois comutativa⁵⁸², sendo certo que a álea pode advir do resultado e não decorre da obrigação assumida.

O conteúdo (objeto) da obrigação é a sua prestação⁵⁸³. E a prestação médica não é aleatória, pois desde o momento da celebração do negócio o paciente se compromete a pagar um determinado valor, que é a remuneração do profissional (honorários médicos) e o médico se compromete a realizar determinada atividade (obrigação de fazer). Esta atividade médica é o ato médico em si mesmo, seja uma consulta ou uma cirurgia, ela sempre será determinada, inexistindo álea na prestação considerada em si mesma.

Na definição de Paulo Lobo⁵⁸⁴ os “contratos aleatórios são contratos bilaterais, nos quais uma das prestações está sujeita a risco, total ou parcial, de vir a existir ou não. São conhecidos como contratos de risco.” E continua: “contrapõem-se aos contratos

⁵⁸⁰ Idem, ibidem. p. 44.

⁵⁸¹ Idem, ibidem. p. 44.

⁵⁸² “É *comutativo* o contrato no qual os contraentes conhecem, *ex radice*, suas respectivas prestações. É *aleatório* o contrato em que ao menos o conteúdo da prestação de uma das partes é desconhecido quando da elaboração da avença.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 417.

⁵⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Vol. II**. Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17.

⁵⁸⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 102.

comutativos, cujas prestações são determinadas e não sujeitas a risco”. Ou seja, na essência é preciso examinar o conteúdo da obrigação, que é prestação, e o conteúdo desta é uma atividade humana previamente definida e determinada, não sendo, pois, aleatória. Destarte, sem razão no particular Kfouri Neto.

Outro aspecto que merece crítica na obra de Kfouri Neto é a sua argumentação para a não incidência do CDC às relações entre médico e paciente⁵⁸⁵. Entende o autor que se aplicaria o CDC a relação consumidor-hospital, mas não se aplicaria na relação consumidor-médico, sob a assertiva de que as peculiaridades da atividade médica não permitem a sua aplicação.

Difícil de sustentar-se é a posição invocada pelo autor de que o CDC não se aplicaria aos apenas aos médicos profissionais liberais. Como exercício retórico, podemos comparar a atividade do médico como a do advogado contencioso, já que se assemelham bastante, posto que não há garantias para o cliente do advogado quanto ao resultado de uma demanda judicial, por mais experiente e brilhante que seja o seu patrono, posto que um entendimento hoje até mesmo sumulado pode ser revisto em alguns anos, modificando-se o posicionamento de um Tribunal ou Corte.

Mais difícil ainda é sustentar este posicionamento quando os dados⁵⁸⁶ demonstram que grande parte da “clientela” dos médicos, mesmo dos profissionais liberais, é advinda de planos de saúde e estes são regidos pelo CDC⁵⁸⁷ e respondem solidariamente com os seus profissionais credenciados ou referenciados⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor**. São Paulo, RT, 2010. p.46-55.

⁵⁸⁶ Em julho de 2011 existiam 46.601.062 de usuários de planos de saúde no Brasil, segundo dados divulgados pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em <http://www.ans.gov.br/index.php/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 17 out.2011.

⁵⁸⁷ Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (STJ/Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010)

⁵⁸⁸ “Em caso de erro cometido por médico credenciado à empresa prestadora do plano de assistência à saúde, esta é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação indenizatória movida pelo associado, respondendo solidariamente pela má prestação do serviço médico.” (Excerto do AgRg no REsp 1037348/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 17/08/2011)

Retomando a discussão principal, Paulo de Tarso Sanseverino defende a teoria de Demogue:

Naturalmente, a teoria do resultado de Demogue continua a ter grande utilidade prática, devendo-se sempre estabelecer a distinção entre obrigações de meio e de resultado para se verificar a quem pertence o ônus da prova dos motivos ensejadores do insucesso do resultado pretendido.⁵⁸⁹

Contudo, linhas adiante na mesma obra, o próprio autor reconhece a dificuldade prática da utilização da classificação de Demogue:

Efetivamente, não se deve qualificar as obrigações assumidas por cada profissional liberal como de meio ou de resultado apenas com base na denominação da profissão ou de sua especialidade. Na realidade, nascem do contrato de prestação de serviços inúmeras obrigações distintas para ambas as partes. Algumas delas poderão ser de meio, outras de resultado. Por exemplo, as obrigações assumidas pelos advogados, em regra, são de meio; porém, as obrigações de apresentar a contestação dentro do prazo ou de juntar documento relevante para o sucesso de seu cliente na demanda são eminentemente de resultado. De outro lado, os cirurgiões-dentistas, enquanto lidam com a parte estética, apresentam obrigações de resultado; todavia quando realizam tratamento clínico, as obrigações são de meio, a exemplo do que acontece com o médico-cirurgião.⁵⁹⁰

E conclui:

A principal novidade na responsabilidade dos profissionais liberais, assumam eles obrigações de meio ou de resultado, é o incremento do dever de informação. Conforme já analisado em paralelo com o defeito de informação, frequentemente o profissional liberal poderá ser responsabilizado, embora tenha atuado com a diligência esperada, por não ter informado de modo correto e adequado o seu cliente sobre os riscos que estava correndo com determinado procedimento.⁵⁹¹

É justamente com esse sentimento de inutilidade da já velha classificação da obrigação como sendo de meio ou de resultado na área médica que se realiza o presente estudo do dever de informar dos médicos, para trazer alguma contribuição para a discussão dogmática, com bases juridicamente defensáveis, sem a necessidade de recursos a classificações inaplicáveis à complexidade cotidiana.

A crítica que se realiza a distinção entabulada por Demogue é relevante justamente porque não resolve a problemática, tendo o intérprete que recorrer ao contexto para situar os fatos e aplicar a norma. Ou seja, a dicotomia não é suficiente, justamente porque a realidade fática não contém um limite pré-estabelecido de meio/resultado,

⁵⁸⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 201-202

⁵⁹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

⁵⁹¹ Idem, *ibidem*. p.203

referindo Hildegard Giostri⁵⁹² que “a dicotomia meio-resultado tem se mostrado insuficiente, no momento que tenta abranger uma totalidade e, especialmente esta última [...]”. Nesse particular já se chega a falar em obrigações mistas:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA - ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL.

PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES.

1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes.

2. Nas cirurgias de natureza mista - estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.

3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.

4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.

5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado.

Precedentes.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1097955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 03/10/2011)

Do julgado se percebe que há um esforço para sustentar a dicotomia pelo que se chegou a criar um novo tipo de “natureza mista”, incorrendo na já pré-falada (por Ricardo Lorenzetti) insegurança jurídica, o que apenas reforça a inutilidade da classificação.

5.3.3. Inversão do ônus da prova

A questão da inversão do ônus da prova possui amplo desenvolvimento jurisprudencial, não sendo difícil localizar julgados nos tribunais pátrios⁵⁹³ e no próprio STJ⁵⁹⁴. As divergências doutrinárias sobre a inversão do ônus da prova

⁵⁹² GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Responsabilidade médica – As obrigações de meio e de resultado**: avaliação, uso e adequação. Curitiba: Juruá. 2004. p. 39-40.

⁵⁹³ TAMG – AC 0325287-9 – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Paulo César Dias – J. 28.03.2001; TAMG – AC 0316920-0 – 2ª C.Cív. – Rel. Juiz Batista Franco – J. 03.10.2000; TJRS – AGI 70001081918 – 10ª C.Cív. – Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana – J. 24.08.2000; TAPR – AC 0156986-6 – (10574) – 6ª C.Cív. – Relª Juíza Anny Mary Kuss – DJPR 15.09.2000; TAMG – AI 0293929-3 – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Edilson Fernandes – J. 10.11.1999; TAPR – AG 146797601 – (9980) – 7ª C.Cív. – Rel. Juiz Conv. Noeval de Quadros – DJPR; 10.12.1999.

⁵⁹⁴ REsp 171988 – RS – 3ª T. – Rel. Min. Waldemar Zveiter – DJU 28.06.1999 – p. 104; REsp 696284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009; AgRg nos EDcl no REsp 994978/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 26/02/2009; AgRg nos EDcl no Ag 854005/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 11/09/2008.

giram basicamente em torno de duas grandes questões na área da responsabilidade civil médica. A primeira versa sobre o momento da inversão do ônus da prova no processo civil (no saneamento ou na sentença) e a segunda diz respeito a possibilidade de inversão no tocante aos profissionais liberais, tendo em vista a regra especial do art. 14, parágrafo quarto do CDC. Enquanto alguns autores entendem que não seria possível a inversão, outros entendem que ela se daria automaticamente, e outros ainda que ela é possível a depender do preenchimento dos requisitos legais, analisados casuisticamente pelo magistrado.

Sobre o ônus da prova aduz Cláudia Lima Marques

Frise-se que o § 4º do art. 14 do CDC refere-se ao regime da responsabilidade civil – por culpa –, dos profissionais liberais e nada menciona sobre o ônus da prova, que é regulado – em minha opinião – § 3º do art. 14 do CDC. Nesse sentido, parece-me que o ônus de provar que não houve defeito no serviço e na informação legalmente obrigatória é tanto dos hospitais como dos médicos, por força do art. 14, § 3º, do CDC. [...] Este artigo imporia, assim, uma inversão *ex vi lege* do ônus da prova, à semelhança do que faz o art. 12, § 3º do CDC para defeitos dos produtos.⁵⁹⁵

No particular, discorda-se da autora, posto que, não faria sentido no conjunto, haver uma regra geral da responsabilidade independente de culpa no art. 14, *caput* do CDC, uma exceção no art. 14, § 4º, do CDC, uma possibilidade de inversão por decisão judicial no art. 6º, VIII do CDC e ainda uma inversão legal genérica no art. 14, § 3º, do CDC. Qual seria, então, o sentido da norma contida no art. 6º, VIII do CDC se a inversão fosse sempre automática?

Esse entendimento contraria, inclusive, a jurisprudência que vem sendo pacificada sobre a matéria no âmbito do STJ, onde a inversão do ônus da prova

não é automática, tornando-se, entretanto, possível num contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao 'critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências'.
(Excerto do AgRg nos EDcl no Ag 854.005/MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.8.2008, DJe 11.9.2008.)

Luiz Otavio Amaral⁵⁹⁶ compreende a importância da contextualização ao asseverar que “o processo deve possibilitar à parte a defesa de seus direitos dentro de seus

⁵⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *RT*, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 47.

⁵⁹⁶ AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2010. p.69.

limites e possibilidades, daí a melhor distribuição dos meios probatórios”, que se consubstanciam em materializar a vulnerabilidade jurídica do consumidor e prover “meios de satisfazer a igualdade na diferença (= desigualar)”, e isto só pode ser feito casuisticamente.

Outrossim, a própria Cláudia Lima Marques em artigo específico sobre a responsabilidade médica e a falha no dever de informar, aduz que a informação é um princípio ao tempo que é um direito básico do consumidor⁵⁹⁷

[...] mas, asseverando que, tratando-se de responsabilidade pessoal do profissional liberal, como o médico, é excepcionalmente necessária a “verificação da culpa” própria (art. 14, § 4.º, do CDC). Também quando se trata de um dever de informar, de esclarecer, de aconselhar, de alcançar um consentimento informado (ou consentimento pós-informação).⁵⁹⁸

Já para Paulo Lôbo “presume-se que o profissional liberal é culpado pelo defeito do serviço, salvo prova em contrário, por ser a presunção *juris tantum*”⁵⁹⁹, destacando que “se o profissional liberal provar que não se houve com imprudência, negligência ou imperícia, a responsabilidade não lhe poderá ser imputada”.⁶⁰⁰

De modo análogo Paulo de Tarso Sanseverino leciona

Efetivamente, a inversão do ônus probatório da culpa é uma questão processual, que não torna, por si só, objetiva a responsabilidade do profissional liberal. Na responsabilidade objetiva, a análise da culpa é irrelevante, pois ela não constitui elemento do suporte fático do ato ilícito. Na responsabilidade subjetiva, a culpa é elemento essencial do suporte fático e, não demonstrada a sua presença (pelo consumidor) ou comprovada a sua ausência (pelo profissional liberal), a demanda será julgada improcedente.⁶⁰¹

Igual posicionamento externou o ministro Eduardo Ribeiro⁶⁰² ao proferir voto em acórdão versando sobre a responsabilidade médica:

Discute-se sobre a distribuição do encargo de fazer a prova. Fosse a obrigação de resultado, a circunstância de não haver sido alcançado daria nascimento ao dever de reparar e o médico só se eximiria com a prova do fortuito ou da força maior. Se a obrigação é de meio, aquele dever existirá

⁵⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 23

⁵⁹⁸ Idem, *ibidem*. p. 25

⁵⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 359.

⁶⁰⁰ Idem, *ibidem*. p. 360.

⁶⁰¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.367.

⁶⁰² REsp 81101/PR, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/1999, DJ 31/05/1999, p. 140.

se não adimplida a obrigação de usar a melhor técnica, de cercar-se de todas as cautelas recomendáveis. Outra coisa, entretanto é a distribuição do ônus da prova. Viável invertê-lo, sem que isso signifique modificar a natureza da obrigação.

Assim, consoante Paulo de Tarso Sanseverino⁶⁰³ “a inversão do ônus da prova pode também decorrer de determinação do juiz no curso do processo (*ope judicis*)”, desde que observados os requisitos legais, quais sejam, quando for “verossímil a sua alegação as regras ordinárias da experiência, ou quando for ele hipossuficiente”, esclarecendo que a “a verossimilhança relaciona-se a um juízo de probabilidade”, onde

As provas apresentadas, em determinado momento anterior à sentença, evidenciam a forte probabilidade de que as afirmações da parte sejam verdadeiras, apresentado mais elementos favoráveis ao consumidor do que a ele desfavoráveis.⁶⁰⁴

Já a hipossuficiência “relaciona-se à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, esclarecendo que se de um “conceito jurídico, derivando do desequilíbrio concreto em determinada relação de consumo”.⁶⁰⁵

Ao tratar da prova na responsabilidade civil médica Bruno Miragem afirma que esse é um dos temas mais sensíveis nessa seara, afirmando que a chave para a solução das controvérsias é a hipossuficiência do consumidor de serviços médicos no tocante à impossibilidade de produção da prova, nos seguintes termos:

Esta compreensão da hipossuficiência é de extrema importância na responsabilidade civil médica, em que muito propriamente, a impossibilidade de produção da prova não se vincula à quaisquer outros fatores senão a dificuldade de demonstrar a existência de uma situação de fato da qual o paciente-vítima de um dano não tem como apresentar, e muitas vezes nem ele próprio tem conhecimento de como ocorreram determinados eventos.⁶⁰⁶

Argumenta ainda o mencionado autor que nessas situações onde a própria prova (prontuário médico) é produzida pelos eventuais demandados no processo civil, justifica a presunção relativa de culpa do profissional médico, reconhecendo-se a hipossuficiência do consumidor “e invertido o ônus da prova, na forma do art. 6º.,

⁶⁰³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.356.

⁶⁰⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 358.

⁶⁰⁵ Idem, ibidem. p.358.

⁶⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. **Revista de direito do consumidor**, n. 63. São Paulo: RT, jul.-set./2007, p. 52-91. p. 88.

VIII, do CDC”⁶⁰⁷. Ou seja, o autor reconhece a possibilidade de inversão do ônus da prova através de ato judicial para os casos do art. 14, parágrafo quarto do CDC.

Sobre o momento da inversão, Paulo de Tarso afirma que a decisão que a defere deve ser realizada durante o curso do processo “de preferência na fase de saneamento, de modo a não causar surpresa a qualquer das partes”⁶⁰⁸, sendo neste mesmíssimo sentido que caminha jurisprudência do STJ, como exemplifica a decisão abaixo, entendendo alguns ministros de modo diverso⁶⁰⁹.

- A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.

(Excertos do REsp 881651/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 21/05/2007, p. 592)

Assim, pode-se concluir que o momento para a inversão do ônus da prova no processo civil é no saneamento do processo, sendo possível a inversão no tocante ao profissionais liberais, mesmo em face da regra especial do art. 14, parágrafo quarto do CDC porquanto não se altera a responsabilidade civil subjetiva, apenas distribui-se a prova a quem melhor tem condições de produzi-la, a depender do preenchimento dos requisitos legais, analisados casuisticamente pelo magistrado.

Contudo ao tratar-se especificamente do dever de informar, é preciso ponderar primeiro de quem é o ônus probatório quanto ao cumprimento do dever, para posteriormente, verificar-se a necessidade de uma eventual inversão. Neste sentido, vem a calhar a lição de Eva Sônia Silva, para quem:

Se o ônus da prova do cumprimento recaísse sobre o credor da informação, tratar-se-ia da prova de facto negativo. O credor teria que provar que não houve cumprimento. Como sabemos, semelhante prova é extremamente difícil de realizar. Por outro lado, se a prova do cumprimento couber ao devedor, já estaremos perante a prova de um fato positivo.⁶¹⁰

⁶⁰⁷ Idem, ibidem. p. 89.

⁶⁰⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.362.

⁶⁰⁹ Vide voto divergente do ministro Sidnei Beneti no REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011.

⁶¹⁰ SILVA, Eva Sônia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006. p.204.

Entende a autora que o cumprimento do dever é um fato extintivo, pelo que “sua prova incumbe à parte que pretende que o seu dever seja considerado extinto”, justificando ser mais fácil para o devedor provar que cumpriu o seu dever do que para o credor que deixou de cumprir, aduzindo em fecho que “provada a existência do dever, é justo, neste caso, que o risco da falta da prova do seu cumprimento recaia sobre o devedor”⁶¹¹. É justamente este o caso do dever de informar do médico, prescrito nas normas legais e éticas, sendo, pois do médico a prova do cumprimento do dever.

Nesse sentido, consoante já abordado em tópico anterior, ainda nas palavras de Paulo de Tarso Sanseverino:

A questão é relevante, pois o ônus da prova da culpa é diverso na responsabilidade contratual e extracontratual. Na responsabilidade contratual ou negocial, o ônus da prova da inoccorrência de culpa é, normalmente, do devedor (fornecedor de serviços, profissional liberal), devendo o credor (consumidor, cliente) comprovar apenas a existência do contrato, o inadimplemento, o dano sofrido e o nexo causal. Compete ao devedor a prova de que o plano decorreu de causa estranha, quer de caso fortuito, quer de força maior (arts. 389 e 393 do CC/2002; 1.056 a 1.058 do CC/1916). Diferentemente, na responsabilidade extracontratual (art.186 do CC/2002; art.159 do CC/1916), o ônus da prova da ocorrência de culpa é do autor da demanda (cliente).⁶¹²

Sobre esta questão extremamente problemática já teve oportunidade de manifestar-se o Superior Tribunal de Justiça de Portugal, concluindo (em acórdão não unânime) que:

A tese que advoga uma alteração das regras legais gerais do regime da efectivação da responsabilidade civil, designadamente, no segmento da repartição do ônus da prova, em caso de responsabilidade civil médica, para além de carência de apoio legal, de falta de suporte na realidade hodierna do exercício da medicina e no actual estado de elevação do estatuto do paciente tem, pelo menos, duas principais consequências negativas: um forte abalo na confiança e certeza do direito e uma sequente e quase inevitável prática de uma medicina defensiva. (Superior Tribunal de Justiça de Portugal - Excerto do julgamento da Revista n.º 1800/08 - 15-10-2009 - 2.ª Secção - Rodrigues dos Santos (Relator), João Bernardo (vencido), Oliveira Rocha, Oliveira Vasconcelos (vencido) e Serra Baptista)

Assim, de modo a ter-se segurança jurídica, o caminho é o da aplicação das regras vigentes, sem subterfúgios e construções duvidosas, notadamente porque havendo

⁶¹¹ Idem, ibidem. p.205.

⁶¹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.199

lei válida e vigente deve a mesma ser aplicada, sendo desnecessária a busca a soluções outras. A concreção do direito dar-se-ia no exato momento de aplicação da norma consumerista pelo magistrado fixando-se prévia e adequadamente o ônus probatório de ambas as partes, de modo fundamentado, sempre partindo do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, mas ciente de que a boa fé objetiva ilumina e irradia seus efeitos para o médico e para o paciente.

A questão do ônus do aprova se reveste de especial problemática no tocante ao cumprimento do dever de informar do médico, pelo que assinala André Pereira:

O ônus da prova é, em geral no direito, uma matéria decisiva na resolução concreta dos litígios. Ora, nesta matéria – responsabilidade médica por violação do consentimento informado – a determinação do *onus probandi* é ainda mais importante, por várias razões. Estamos a tratar de factos em que, em regra, há pouca exposição pública: a relação médico-paciente acontece num ambiente de privacidade, de resguardo e alguma sacralidade.⁶¹³

Opinião categórica de Cláudia Lima Marques especificamente sobre o tema “o dever de informar é do médico, cabendo a ele a prova que cumpriu com seu dever de boa-fé e contratual inerente”.⁶¹⁴

Assim, entende-se que é possível a inversão do ônus da prova no processo civil, mesmo quando é demandado profissional liberal, vez que a regra do art. 14, parágrafo quarto do CDC não colide com o conteúdo do art. 6º., VIII do CDC, transferindo-se o ônus probatório e não transmutando-se a responsabilidade subjetiva em responsabilidade objetiva.

Outrossim, a concretização da inversão deve ser realizada por ato judicial fundamentado no momento do saneamento do processo, oportunizando-se às partes o prévio conhecimento das provas a seu encargo, sem que existam surpresas e eventuais violações de direito (ampla defesa/contraditório).

Destaque-se ainda que no tocante ao dever de informar do médico não há que se falar em inversão do ônus da prova porque esse ônus, na origem, já pertence ao

⁶¹³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 188

⁶¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. RT, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 29, 32 e 33.

médico, devendo ele produzir a prova de que cumpriu o dever de informar, utilizando para tanto todas as formas lícitamente possíveis no curso processual, seja através de instrumento escrito, prova testemunhal direta ou prova testemunhal indireta.

5.3.4 Violação positiva do contrato pelo médico: cumprimento defeituoso

Carneiro da Frada⁶¹⁵ ao tratar do cumprimento defeituoso do contrato aponta duas espécies (chamadas pelo autor de grupos), divisando aqueles em que há a realização deficiente da prestação que provoca danos autônomos ao credor e aqueles que decorrem da violação ao dever de comportamento que

[...] incumbia ao devedor no quadro da relação contratual e destinado, ora a assegurar uma conveniente execução dessa relação (ou a realização do seu fim), ora a evitar a lesão dos interesses da contraparte com ocasião da execução do contrato.⁶¹⁶

Continuando sua análise o autor aduz que as consequências advindas do cumprimento defeituoso são variáveis, dependendo da espécie a que pertencem, indo desde a retificação da prestação ou novo cumprimento até a indenização⁶¹⁷.

Para o presente estudo interessa a segunda espécie, visto que nela estão inseridos os chamados deveres de proteção

O reconhecimento dos deveres de protecção pela doutrina e pela jurisprudência como elementos da relação contratual complexa traduz de certo modo uma ligação com o contrato celebrado. Por isso, a sua violação representa, numa opinião muito generalizada, um ilícito contratual na forma de violação contratual positiva.⁶¹⁸

Esses deveres de proteção que encerram uma violação positiva do contrato são comumente chamados de deveres laterais, dentre esses, está inserido o dever de informação⁶¹⁹ e decorrem do fato de que

[...] os deveres de prestar, qualquer que seja a sua natureza, dispõem-se na relação obrigacional uma outra série de deveres essenciais ao seu correcto processamento. Não estão estes virados, pura e simplesmente, para o cumprimento do dever de prestar, antes visam a salvaguarda de

⁶¹⁵ FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 32

⁶¹⁶ FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 32.

⁶¹⁷ Idem, ibidem. p. 34.

⁶¹⁸ Idem, ibidem. p. 43.

⁶¹⁹ Idem, ibidem. p. 40.

outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso de sua relação.⁶²⁰

Carneiro da Frada, utilizando-se da doutrina de Stoll, assevera que os deveres de proteção “pretendem proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e patrimônio que nascem da (e por causa da) relação particular estabelecida: a sua finalidade é negativa”⁶²¹, justamente porque pretendem “defender as partes de todas aquelas intromissões danosas na sua esfera de vida (pessoa e patrimônio) que o contacto recíproco durante todo o ciclo vital da relação obrigacional propicia”.

Já para Paulo Lôbo “se o devedor adimpre de modo negligente ou descuidado pode causar dano ao credor, respondendo por este, de modo semelhante ao que ocorreria com o inadimplemento, ainda que não tenha havido mora”, destacando que estes danos não decorrem do inadimplemento considerado em si mesmo, mas “danos suplementares” que tem sua base no art. 389 do CC/02 porque a expressão “não cumprida a obrigação” contida no *caput* do artigo enquadraria a espécie cumprimento defeituoso justamente porque o adimplemento deve ser conforme a obrigação⁶²².

Assim, a violação ao dever de informar materializa-se como sendo uma violação positiva do contrato médico, vez que dentro de sua complexidade existem deveres que nele se inserem por força de regras legais e deontológicas que exorbitam as cláusulas contratuais (verbais, escritas ou implícitas).

5.3.5 Excludentes de responsabilidade civil

Indiscutivelmente “a responsabilidade do fornecedor de produtos e de serviços foi notavelmente ampliada no sistema normativo do CDC. Porém essa responsabilidade objetiva foi estabelecida de forma mitigada”⁶²³, vez que existem situações em que o fornecedor não é responsabilizado, ou seja, situações em que não se pode imputar a responsabilidade do fornecedor, lembrando a lição de Pontes de Miranda que diferencia imputação de inculpação.

⁶²⁰ Idem, *ibidem*. p.39

⁶²¹ Idem, *ibidem*. p.41-42.

⁶²² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 264-265.

⁶²³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 279.

Segundo Paulo de Tarso Sanseverino “algumas dessas causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou de serviços foram expressamente previstas pelo legislador brasileiro como modalidades de defesa (art.12, § 3º e art. 14, § 3º, do CDC)”⁶²⁴, as quais serão analisadas na sequência.

O parágrafo primeiro do artigo 14, do CDC apresenta uma definição de serviço defeituoso, para logo em seguida no parágrafo segundo apresentar uma exceção:

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

A prestação de serviço médico realizada de acordo com a boa técnica médica não poderia ser considerada, então, defeituosa, uma vez que seria prestada corretamente quanto ao modo, resultado e riscos esperados de acordo com o conhecimento técnico-científico do momento da prestação.

Sobre o modo da prestação, já foi objeto de estudo a questão do dever de informar, e a ele não se voltará neste momento, sendo certo que a questão dos resultados e riscos merece ainda uma análise mais específica na seara médica, o que será feito em seguida, juntamente com as hipóteses de não-responsabilização do prestador de serviço.

O parágrafo terceiro do artigo 14, do CDC apresenta as hipóteses de não-responsabilização do fornecedor:

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁶²⁴ Idem, ibidem. p. 279.

Essas duas hipóteses dos incisos I e II do § 3º do artigo 14, do CDC não excluem outras hipóteses excludentes da responsabilidade civil do fornecedor, ainda que não expressamente tratadas no CDC, destacando-se que na primeira hipótese:

Não basta que os danos sofridos pelo consumidor tenham sido causados por um determinado produto ou serviço. É fundamental ainda que esse produto ou serviço apresente um defeito, que seja a causa dos prejuízos sofridos pelo consumidor.⁶²⁵

A segunda hipótese lastreada na culpa exclusiva do consumidor⁶²⁶ ou de terceiro⁶²⁷ atua, na verdade, dentro da cadeia causal, rompendo o nexo de causalidade entre o fato do serviço e o dano causado. Nestas hipóteses, ainda que o consumidor experimente um dano não há correlação entre este dano e o serviço prestado, asseverando Paulo de Tarso Sanseverino que “a responsabilidade do fornecedor fica excluída por essa intervenção exclusiva do fato de terceiro, o qual estabelece um rompimento da relação de causalidade entre o produto ou o serviço e os prejuízos sofridos pelo consumidor”.⁶²⁸

Além destas acima especificas, admite a doutrina e o STJ⁶²⁹ como hipóteses de excludentes da responsabilidade civil, o caso fortuito e a força maior.

Marcelo Boaventura⁶³⁰ ao tratar da responsabilidade civil do fornecedor e analisar a aplicação das eximentes com base na força maior e caso fortuito aduz que as mesmas não teriam o condão de

⁶²⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.286.

⁶²⁶ Idem, ibidem. p. 292.

⁶²⁷ “O conceito de terceiro, como já referido, é referido, é restrito a pessoas que estão fora da cadeia de consumo, que se inicia no fabricante e termina no consumidor” SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.305.

⁶²⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.303-304.

⁶²⁹ Automóvel. Roubo ocorrido em posto de lavagem. Força maior. Isenção de responsabilidade. O fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil. A inevitabilidade e não a imprevisibilidade é que efetivamente mais importa para caracterizar o fortuito. E aquela há de entender-se dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se. (REsp 120647/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2000, DJ 15/05/2000, p. 156)

⁶³⁰ BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v. 3, n. 9 p. 157-182, jan./mar. 2002. p. 177.

quebrar o nexo de causalidade na responsabilidade fundada no risco, pois os citados institutos como fator originário da irresponsabilidade do causador do dano na responsabilidade civil estão relacionados à teoria subjetiva, que se funda na idéia de culpa.

Concluindo que “na teoria objetiva, a responsabilidade decorre simplesmente da assunção do risco e não é afastada nem pelo caso fortuito, nem pela força maior”.

Contudo, merece crítica a opinião do autor porque no direito brasileiro não foi recepcionada a teoria do risco integral, tanto que expressamente prevê o CDC a excludente do fato de terceiro, bem como prevê o CC/2002 a excludente pela força maior em casos de responsabilidade objetiva, como se depreende, por exemplo, dos artigos 734 e 936.

Ademais, atua a força maior (ou caso fortuito) sobre o nexo causal e não sobre a conduta humana (culposa ou não), vez que “verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” na dicção do art. 393, parágrafo único do CC/2002, já tendo o STJ⁶³¹ se manifestado a este respeito, inclusive no tocante a responsabilidade “objetiva” do cirurgião plástico, no Caso 08 deste estudo:

Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. (Excerto do REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

Na mesma linha de entendimento do STJ, Paulo de Tarso Sanseverino⁶³² compreende o caso fortuito e a força maior como “causas de rompimento do nexo de causalidade, excluindo, conseqüentemente, a responsabilidade civil do agente”, destacando que os dois institutos são expressos como se fossem sinônimos por causa da redação do parágrafo único do art. 393 do CC/2002, esclarecendo que “a equiparação das duas figuras deve-se a razões de ordem prática, já que a distinção entre caso fortuito e força maior constitui fator de profunda controvérsia doutrinária.”⁶³³

⁶³¹ REsp 120.647/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 15/5/2000.

⁶³² SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.315-316.

⁶³³ Idem, ibidem. p.317

Ao analisar os requisitos do caso fortuito e da força maior, Joaquim Barbosa da Silva⁶³⁴ entende que

O primeiro requisito é a necessidade do fato necessário, o acontecimento para o qual não concorra de nenhum modo o devedor, nem pela sua ação, nem pela sua vontade. A inevitabilidade é o segundo, o fato terá que produzir efeitos que não possam ser evitados. A inevitabilidade consiste na impossibilidade de cumprir a obrigação.

Contudo, chama atenção Paulo de Tarso Sanseverino que o “Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de se pronunciar no sentido de que o traço característico do caso fortuito e da força maior não é a imprevisibilidade, mas inevitabilidade”⁶³⁵, assim

O caso fortuito e a força enquadram-se, portanto, como causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, embora não previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor. O fundamental é que o acontecimento inevitável ocorra fora da esfera de vigilância do fornecedor, ou seja, via de regra, após a colocação do produto no mercado, tendo força suficiente para romper a relação de causalidade.⁶³⁶

Desta feita, na seara médica, trazendo os institutos para a prestação do serviço, podemos afirmar que os fatos inevitáveis decorrentes das patologias, dos procedimentos e da própria labilidade do corpo humano, ainda que previsíveis, são capazes de afastar a responsabilidade civil do médico. Mas o que seriam os fatos previsíveis na área médica? A esta pergunta vem a calhar o conceito de ato iatrogênico e a classificação do erro médico entabulada por Roberto Wanderley Nogueira e Edmundo Ferraz.⁶³⁷

Para os autores é preciso que a doutrina médico-jurídica avance no sentido de estabelecer uma clara divisão entre os atos médicos e atos não médicos, desenvolvendo-se as necessárias consequências para as violações dos deveres jurídicos pertinentes a cada espécie, situando a discussão no campo da liberdade da conduta médica *versus* direito à informação.

⁶³⁴ SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual caso: caso fortuito e força maior. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v. 2, n. 6,, p. 98-123, abr./jun. 2001. p. 115.

⁶³⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.320

⁶³⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.322

⁶³⁷ NOGUEIRA, Roberto Wanderley; FERRAZ, Edmundo Machado. Erro médico e a prática não médica. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. **Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 347.

O médico ao desenvolver sua atividade regularmente pode cometer, por óbvio, um ato ilícito, consubstanciado numa ação ou omissão violadora de dever que causa dano a outrem, na forma da legislação já estudada, mas em que condições esta atuação médica deixaria de ser configurada como ato médico? E quais as consequências daí advindas? Para responder a estas e outras perguntas, os autores propõem a seguinte classificação do erro médico: erro médico, complicação de saúde e prática não médica.

Para os autores a prática não médica

implica em uma ação ou omissão que pode, naturalmente, vir a ser implementada assim por leigos como por profissionais médicos. A materialização de condutas não-médicas por parte de profissionais médicos, porém, agrava o significado da expressão, requalificando-a ao mesmo tempo técnica e semanticamente, ante a suprema contradição lógica que dela se empresta, de tipo criminal e doloso e não meramente disciplinar ou propriamente profissional, conforme pode ser ilustrado com a abjeção da prática de abusar sexualmente de uma paciente submetida a exame ginecológico (arts. 213 e 214 do Cód. Penal).⁶³⁸

Destacando que a mesma se constitui numa atitude “claramente irresponsável”, notadamente quando o médico ou gestor submete os pacientes sob a sua responsabilidade à situações que sabe, ou deveria saber, incorretas, como por exemplo, hospitais sem credenciamento legal ou sem qualificação técnica.

Já a complicação de saúde seria

um evento inerente aos procedimentos médicos e deve ser cuidadosamente separada dos procedimentos em que ocorreram negligência, imprudência ou imperícia que caracterizam, tecnicamente, o erro médico e que, por isso, lhe preenchem, exclusivamente, os pressupostos à sua formulação conceitual.⁶³⁹

Ou seja, a complicação de saúde seria aquela que decorre de fatos imprevisíveis, situando-se numa “área de exclusão de qualquer culpabilidade”, sempre tendo em conta o comportamento ideal onde os pacientes se encontrariam “submetidos a cuidados médicos avaliados apropriadamente segundo as condições de tempo,

⁶³⁸ NOGUEIRA, Roberto Wanderley; FERRAZ, Edmundo Machado. Erro médico e a prática não médica. In FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. **Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 355.

⁶³⁹ Idem, ibidem.. p. 369.

lugar, modo de execução, disponibilidade instrumental e sobretudo, a observância das normas técnicas aplicáveis”.⁶⁴⁰

Nesse sentido destaca Edmilson Barros Júnior que o modo de execução do ato médico deve ser avaliado “em conformidade com a *lex artis* vigente, no momento da prática do ato, e essa somente pode ser aceita se seguir os limites científicos da literatura médica”⁶⁴¹, destacando o mesmo autor em outra obra que

o médico não responderá pelos danos causados pela evolução da enfermidade, quando tais consequências sejam imprevisíveis ou inevitáveis e escapem ao domínio contemporâneo da ciência. Esta eximente ocorre porque se está diante de evento ligado à causalidade, não à culpa.⁶⁴²

Sobre o tema observa Irany Moraes

O exercício profissional da medicina exige do médico não só profundos conhecimentos científicos mas também uma visão certa e humana. Na combinação dessa dupla exigência a profissão médica revela também o seu caráter artístico. Impõe-se entender não só o que o médico faz pelo doente como também o que ele deixa de fazer, e, muito do que isso, a maneira pela qual faz o que deve fazer. Não fosse essa complexidade para dificultar a localização do acerto ou de erro, há de se considerar o reverso da medalha, quando se lembra da resposta biológica do organismo ao desequilíbrio de sua ecologia, causado pela doença, complementada pelo psiquismo do paciente, a colaborar, voluntária ou involuntariamente, na evolução do processo patológico ou de cura, ou a dificultá-la, também, involuntária ou voluntariamente.⁶⁴³

De modo a melhor compreender as complicações médicas e a previsibilidade e inevitabilidade é importante também o conceito de iatrogenia, porque “pode-se dizer que há riscos inerentes às doenças cujas causas são os próprios métodos terapêuticos”⁶⁴⁴ e, por óbvio, a atuação médica regular não pode ser considerada um risco para a saúde dos doentes no sentido abrangente da palavra, sob pena de se inviabilizar a atividade médica ao ponto de que procedimentos ariscados não seriam realizados. Daí a importância do consentimento do paciente para o conhecimento destes riscos e assunção dos mesmos, o que só é possível com o adequado cumprimento do dever de informar pelo médico. Nas palavras de Irany Moraes:

Iatrogenia é palavra composta, vem do grego: iatrós (médico) + genos (geração) + ia. Assim, trata-se de expressão usada para indicar o que é

⁶⁴⁰ Idem, ibidem. p. 369.

⁶⁴¹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 96.

⁶⁴² Idem, ibidem. p. 80.

⁶⁴³ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998. p. 44.

⁶⁴⁴ Idem, ibidem. p. 296.

causado pelo médico. Numa visão abrangente, ela se refere não só ao que ocorreu pelo que o médico fez, como também pelo que deixou de fazer e deveria ter feito.⁶⁴⁵

Em sua análise o autor afirma que existem três tipos de atos iatrogênicos:

no primeiro enquadram-se as lesões previsíveis e também esperadas, pois o procedimento proposto implica resultado com seqüela. No segundo, agrupa-se o resultado previsível, porém inesperado para o caso, mas que decorre do perigo inerente a todo e qualquer procedimento. Ele ocorre em todos os graus, do nulo ao óbito. No terceiro, encontram-se os resultados decorrentes de falhas passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico.⁶⁴⁶

Regra geral, o médico só responderia pelo terceiro tipo de ato iatrogênico, o que é defendido pela doutrina tradicional, mas neste estudo defende-se que o médico pode responder pelos três tipos de atos iatrogênicos quando violado o dever de informar, posto que como já visto a intervenção médica sem consentimento é um ato ilícito. Havendo, contudo, quem entenda que a iatrogenia não gera responsabilidade civil.⁶⁴⁷

Assim, mesmo que a lesão seja previsível e esperada, mas não tendo o paciente consentido (ressalvadas as hipóteses de consentimento presumido), haverá responsabilidade civil por violação do dever autônomo de informar.

No segundo caso, havendo resultado previsível, porém inesperado, mas decorrente da atuação médica, poderá haver responsabilidade civil por violação do dever autônomo de informar, posto que este risco (ainda que inesperado) deve ser compartilhado com o paciente, notadamente se este risco for de morte⁶⁴⁸, visto que compete ao paciente essa escolha como exercício de sua autonomia.

Já no terceiro caso estaríamos de um ato médico culposo cuja responsabilidade civil já é amplamente tratada pela doutrina tradicional. Perceba-se que o próprio autor chega a asseverar que “no terceiro, encontram-se os resultados decorrentes de

⁶⁴⁵ Idem, ibidem. p. 299.

⁶⁴⁶ Idem, ibidem. p. 299.

⁶⁴⁷ CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 07

⁶⁴⁸ CC/2002 - Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

falhas passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico”⁶⁴⁹, como se nos demais casos não fosse possível haver a responsabilidade médica, o que reforça a importância do presente estudo.

Em conclusão, pode-se afirmar que os fatos previsíveis, mas inevitáveis são capazes de afastar a responsabilidade civil do médico, sendo certo que esta eximente só tem lugar quando esta previsibilidade tiver sido devidamente comunicada ao paciente-consumidor, de modo que o mesmo assumira os riscos inerentes ao procedimento que irá ser realizado, posto que se um evento inevitável ocorre e o paciente não tinha dele conhecimento (acerca da possibilidade) responderá o médico pela violação do dever de informar, consoante os Casos 01, 02, 03, 04 e 06 do nosso estudo, justamente porque esses riscos não foram compartilhados, e como já mencionado, não se pode presumir a aceitação dos riscos pelo paciente.

Assim, as eximentes do caso fortuito e da força maior só tem lugar quando o dever de informar sobre as possibilidades de ocorrência dos fatos previsíveis for cumprido adequadamente pelo médico.

⁶⁴⁹ MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998. p.299

CAPÍTULO 6 – APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DO CORPUS

6.1 Apresentação do corpus

O *corpus*, extraído dos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ a partir do mecanismo de busca informatizado do seu *site*, operou-se por meio de filtros (palavras e/ou expressões).

Conforme já explicitado, o primeiro filtro objetivo adotou a “pesquisa livre” (terminologia do *site*) contendo a seguinte expressão: [(responsabilidade civil medico) ou (responsabilidade civil medica)]. Ou seja, o sistema informatizado de busca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ procurou em todos os julgados⁶⁵⁰ disponíveis pelas palavras (responsabilidade civil medico) ou (responsabilidade civil medica), de modo que retornou como resultado da busca todas as decisões que continham ao mesmo tempo as palavras responsabilidade, civil e médico ou responsabilidade, civil e médica. A não utilização de aspas aumenta a incidência de casos, vez que o objetivo era analisar o maior número possível de acórdãos a partir de critérios objetivos que resultassem na análise pelo STJ da responsabilidade civil do profissional médico.

Com esta busca foram “fiscados” pelo critério 321 acórdãos do STJ, sobre os quais foi aplicado o segundo filtro que consistiu na análise de cada julgado para a verificação do seu conteúdo, de modo a verificar quais versam efetivamente acerca da responsabilidade civil do médico, através da leitura da sua ementa, vez que algumas decisões poderiam tratar de aspectos outros (como por exemplo: responsabilidade criminal, tributária etc.).

Após a aplicação do segundo filtro, foram encontradas 148 decisões que versam sobre a responsabilidade civil do médico, cujos acórdãos foram analisados para verificar se foram enfrentadas questões relativas à responsabilidade médica em decorrência da violação do dever de informar.

⁶⁵⁰ Esclarece o pesquisador que a pesquisa desenvolve-se a partir das decisões colegiadas (acórdãos) não sendo consideradas as decisões singulares (monocráticas).

Em relação ao corte temporal foram consideradas todas⁶⁵¹ as decisões da Corte contidas no seu repositório oficial eletrônico de jurisprudência até o dia 31 de março de 2011. Contudo, não se pode afirmar categoricamente que todos os julgados pertinentes foram analisados, uma vez que algum julgado pode não ter sido “fisgado” pelo mecanismo de busca.

Por fim, foi aplicado o último filtro, que na verdade reveste-se numa decisão metodológica do pesquisador decorrente do objetivo da pesquisa, de modo a delimitar o tema a ser aprofundado, qual seja, a responsabilidade médica no tocante a violação do dever de informar e a apreciação dessa prática médica pelo STJ.

Assim, o estudo qualitativo parte do eixo epistêmico da Análise Crítica do Discurso – ACD sobre 08 (oito) julgados, que se constituem em acórdãos, todos unânimes, conforme tabela abaixo:

Referência ao longo da Dissertação	Acórdão	Decisão
Caso 01	REsp 326014/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 29/10/2001, p. 212	Não conhecido
Caso 02	REsp 332025/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 332	Parcialmente conhecido e provido
Caso 03	REsp 436827/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 228	Parcialmente conhecido e provido
Caso 04	REsp 467878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003, p. 222	Não conhecido

⁶⁵¹ A decisão mais antiga localizada com o critério de busca utilizado é datada de 28.11.1990 (REsp 6078/SP), destacando-se que o STJ começou a funcionar em abril de 1989, conforme informações contidas em seu próprio *site*, na seção reservada para a história do tribunal, no seguinte endereço http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=698. Acesso em: 17 fev. 2012.

Caso 05	REsp 707541/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 30/04/2007, p. 323	Parcialmente conhecido e provido
Caso 06	AgRg no Ag 818144/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 264	Conhecido e não provido
Caso 07	REsp 1051674/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 24/04/2009	Não conhecido
Caso 08	REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010	Conhecido e não provido

Outrossim, todos os acórdãos tiveram suas linhas numeradas, inclusive as órfãs (em branco), da primeira a última lauda e foram fragmentados de modo a possibilitar a referência e análise, seguindo o modelo adotado no Grupo de Pesquisa Linguagem e Direito.

6.2 O tratamento dos dados

6.2.1 O texto

Na organização da análise textual, como já mencionado no capítulo primeiro, Fairclough refere sete itens, dentre os quais quatro estão situados especificamente na tessitura textual e três são componentes da prática discursiva, mas que estão relacionados diretamente com a análise textual, são eles: vocabulário, gramática, coesão; estrutura textual; e, no segundo grupo, força dos enunciados (tipos de atos de fala); coerência e intertextualidade. Estes sete itens, então, constituem um quadro contendo a produção, interpretação e propriedades do texto⁶⁵².

Assim, o vocabulário, a gramática, a coesão e a estrutura fazem parte da análise textual.

⁶⁵² FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 103-104.

O vocabulário, a coesão e a estrutura enquanto propriedades do texto dependem dos recursos de seus membros⁶⁵³ para serem interpretados, numa relação com a sua formação discursiva. Exemplificando, transcreve-se o fragmento 08 do Caso 02:

171. Todavia, tem razão o recorrente no que se refere à multa do art. 538,
 172. parágrafo único, do Código de Processo Civil, incidindo a Súmula n° 98 da
 173. Corte.
 174.
 175. Eu conheço do especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento
 176. para afastar a multa imposta nos embargos de declaração.
 177.
 178. Documento: IT2857 - Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 05/08/2002 Página 5 de 6

Caso 02 - Fragmento 08

Para a compreensão do texto o intérprete precisa dominar o vocabulário jurídico, pois sem este domínio não seria possível compreender porque “tem razão o recorrente no que se refere à multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil” muito menos porque no caso estaria “incidindo a Súmula n° 98 da Corte” (linhas 171-172). E ainda, qual seria o sentido do verbo conhecer no texto? O que seria o especial? O que significa dar provimento? (linhas 175-176)

Neste sentido, a análise textual mesmo ao perfazer uma descrição⁶⁵⁴ é indissociável da interpretação a partir do vocabulário, sem a qual não se encontrará coesão textual (interna) e o texto não será para o intérprete coerente. Daí a importância de análises do discurso jurídico serem realizadas por pesquisadores com formação discursiva jurídica ou por pesquisadores familiarizados com ela.

Quanto à estrutura textual, todos os acórdãos seguem um mesmo padrão, contendo a seguinte estrutura: ementa, relatório, acórdão, voto(s), e certidão de julgamento. Excepcionalmente, em um dos casos há um esclarecimento que se constitui numa discussão dos ministros acerca da fixação do valor do dano moral no Caso 05.

⁶⁵³ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 100.

⁶⁵⁴ Idem, ibidem. p. 101.

Examinada a estrutura textual, passa-se a analisar o contexto em que foram proferidas as decisões, de modo que se possa compreender os processos de produção, distribuição e consumo textual.

6.2.2 O contexto

Na prática discursiva importa analisar os processos de produção, distribuição e consumo textual. No tocante a produção nem sempre é fácil identificar o produtor textual porque na complexidade do mundo contemporâneo, por vezes, aquele que figura como autor não o único responsável pelo texto.

Consoante se demonstrará da análise conjunta dos oito julgados, observa-se que o produtor textual é o ministro relator, à exceção do Caso 05 (em que houve a realização de esclarecimentos por um dos ministros) e do Caso 07 (em que houve um voto vista de um ministro), mas a decisões são sempre das Turmas, vez que todos os casos, como já mencionado são decisões colegiadas unânimes e não decisões singulares. Já a distribuição é feita pelos repositórios oficiais de jurisprudências, do Diário Oficial da União e do próprio *site* do STJ, sendo, pois, publicada e disponibilizada para toda a comunidade jurídica.

O consumo desses textos é coletivo, pois toda a comunidade jurídica tem acesso aos mesmos e por eles se interessam, uma vez que exercem influência nas instâncias inferiores e podem até mesmo obstar o conhecimento de um recurso⁶⁵⁵ e são usados rotineiramente como argumento de autoridade.

Consoante já explicitado na organização da análise textual Fairclough são componentes da prática discursiva: a força dos enunciados (tipos de atos de fala), a coerência e a intertextualidade.

⁶⁵⁵ Veja-se, por exemplo, os poderes do relator conferidos pelo art. 557 do CPC que estabelece: Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

A força de um texto vem de seu componente acional, que é a ação que se realiza (atos de fala), como por exemplo, no fragmento 08 do Caso 02, antes transcrito, nas linhas 175-176, onde o ministro relator afirma em primeira pessoa do singular, reforçando que o mesmo é o autor do texto: “Eu conheço do especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento para afastar a multa imposta nos embargos de declaração.” Ele efetivamente pratica os atos de conhecer e de dar provimento parcial ao recurso, que é seguido pela turma, passando a decisão a ser unânime.

O contexto também funciona como um fator importante na redução de ambivalências/ambiguidades textuais, sendo a posição sequencial no texto uma forma de preditor de força⁶⁵⁶, ajudando a explicar a carga e o peso daquela determinada palavra naquela situação, posto que fora daquele contexto, possivelmente, a interpretação não seria aquela.⁶⁵⁷

Assim, o contexto afeta a interpretação do texto em qualquer caso particular (constitui o texto), permitindo uma leitura da situação⁶⁵⁸, sendo a coerência textual uma propriedade da interpretação, posto que um texto tido como coerente só faz sentido para o intérprete que nele enxerga esse sentido. Daí se depreende que uma leitura coerente depende da formação discursiva em que se situa o intérprete ou da comunidade que interpreta o texto.⁶⁵⁹ Explicando Eduardo Bittar⁶⁶⁰ que a “coesão e coerência são duas faces do mesmo problema para um texto. O texto emana coerência de seu leitor, desde que possua coesão de elementos em sua estrutura manifestada [...]”.

Já a intertextualidade é “*a propriedade que têm os textos de ser cheios de fragmentos de outros textos*”, cuja perspectiva intertextual denota a historicidade dos textos, classificando a intertextualidade em manifesta e constitutiva (também chamada de interdiscursividade), concebendo-a como um foco principal na análise

⁶⁵⁶ Tome-se como exemplo uma decisão judicial que se inicia com “No mérito, a irrisignação não propicia êxito.” Expressão essa constante do Caso 05 – fragmento 06, adiante transcrito.

⁶⁵⁷ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 112.

⁶⁵⁸ Idem, ibidem. p. 112.

⁶⁵⁹ Idem, ibidem. p. 113.

⁶⁶⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.349.

do discurso⁶⁶¹, inclusive deste trabalho, dada a marcante característica intertextual dos acórdãos analisados, consoante será demonstrado.

Bayer e Gaskell afirmam que “como um analista do discurso, a pessoa está envolvida *simultaneamente* em analisar o discurso e em analisar o contexto interpretativo”⁶⁶², pelo que as duas análises são indissociáveis:

... o discurso não ocorre em um vácuo social. Como atores sociais, nós estamos continuamente nos orientando pelo *contexto interpretativo* em que nos encontramos e construímos nosso discurso para nos ajustarmos a esse contexto. Isso ficou muito claro em contextos relativamente formais, tais como hospitais e tribunais, mas é igualmente verdadeiro também para todos os outros contextos.⁶⁶³

Contudo, não se pode perder de visto que para ter acesso ao contexto é preciso que o ator social, para usar a expressão dos retro mencionados autores, esteja inserido dentro da formação discursiva específica, sob pena de sequer compreender o evento social e precisar de um “intérprete” como ocorre, por exemplo, quando um leigo participa como parte de uma audiência de julgamento e no final não entende o desfecho e pergunta para seu advogado: “Ganhamos ou perdemos?”.

Sobre a importância do contexto Bayer e Gaskell exemplificam:

“Meu carro quebrou”. Isto soa como uma frase diretamente descritiva sobre um objeto mecânico. Seu sentido, contudo, pode mudar dramaticamente em diferentes contextos interpretativos:

1. Quando dito para um amigo na saída de uma reunião, isso pode ser um pedido implícito para uma carona.
2. Quando dito a uma pessoa que lhe vendeu o carro há apenas alguns dias pode fazer parte de uma acusação ou repreensão.
3. Quando dito para um professor para cuja aula você está meia hora atrasado, pode se constituir em uma desculpa ou explicação.⁶⁶⁴

Com o exemplo acima, fica claro que o sentido é atribuído no contexto social em que o evento ocorre, não se podendo analisar um texto ou até mesmo uma única palavra, como no caso dos dêiticos de lugar, por exemplo, se alguém diz “aqui”. O “aqui” vai depender de onde a pessoa está. Na análise dos dados empíricos do presente estudo, o “aqui” corresponde uma das duas turmas do STJ que tem

⁶⁶¹ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 114 e p. 135.

⁶⁶² BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 249.

⁶⁶³ Idem, *ibidem*. p. 248.

⁶⁶⁴ Idem, *ibidem*. p. 249.

competência para apreciar a matéria, como adiante será abordado, sem esquecer que o pesquisador também constrói seu discurso através da pesquisa.

Contudo, dizer que a familiaridade com o contexto é vital, não é sugerir que esse contexto possa ser descrito com neutralidade e sem problemas. Quando um analista de discurso discute o contexto, ele está produzindo uma versão, construindo o contexto como um objeto. Em outras palavras, a fala dos analistas de discurso não é menos construída, circunstanciada e orientada à ação que qualquer outra. O que os analistas de discurso fazem é produzir leituras de textos e contextos que estão garantidas por uma atenção cuidadosa aos detalhes, e que emprestam coerência ao discurso em estudo.⁶⁶⁵

Assim, reconhecendo-se as limitações subjetivas (do pesquisador) e buscando atender para os detalhes, parte-se da premissa de que a “Análise Crítica do Discurso opera, necessariamente, com uma abordagem de discurso em que o contexto é uma dimensão fundamental”⁶⁶⁶, figura-se importante contextualizar o *corpus* da pesquisa.

Consoante explicitado anteriormente, todas as oito decisões que constituem o *corpus* foram proferidas por duas turmas do Superior Tribunal de Justiça - STJ, quais sejam, a terceira e a quarta turma que possuem competência para processar e julgar os processos que versem sobre responsabilidade civil de natureza privada, conforme o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ⁶⁶⁷:

Art. 2º O Tribunal funciona:

II - em Seções especializadas;

III - em Turmas especializadas.

[...]

§ 3º Há no Tribunal três Seções, integradas pelos componentes das Turmas da respectiva área de especialização. As Seções são presididas pelo Ministro mais antigo, por um período de dois anos, vedada a recondução, até que todos os componentes da Seção hajam exercido a presidência.

§ 4º As Seções compreendem seis Turmas, constituídas de cinco Ministros cada uma. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. O Ministro mais antigo integrante da Turma é o seu presidente, observada a disposição do parágrafo anterior quanto à periodicidade.

[...]

Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

⁶⁶⁵ BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 255-256.

⁶⁶⁶ PEDRO, Emília Ribeiro. *Análise crítica do discurso: aspectos teóricos, metodológicos e analíticos*. In PEDRO, Emília Ribeiro (Org). **Análise Crítica do Discurso**. Lisboa: Editorial Caminho, 1997. p. 20.

⁶⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça / organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ, 2011*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacao-seriada/index.php/regimento>. Acesso em: 05 set. 2011.

[...]
 § 2º À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a:
 [...]
 II - obrigações em geral de direito privado, mesmo quando o Estado participar do contrato;
 III - responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado;
 [...]
 XIV- direito privado em geral.
 [...]

SEÇÃO II

Do Relator

Art. 34. São atribuições do relator:

I - ordenar e dirigir o processo;

[...]

XV - redigir o acórdão, quando o seu voto for o vencedor no julgamento;

Em sete das oito decisões tem-se o julgamento pelas Turmas do STJ de um de Recurso Especial - REsp e apenas numa das decisões há o julgamento de um Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – AgReg em AI.

Dos sete Recursos Especiais apreciados, quatro foram conhecidos e três não o foram. Daqueles que foram conhecidos, apenas um teve provimento negado, dois foram providos para determinar a redução do valor fixado a título de dano moral e um deles afastou a aplicação de multa.

Apesar dessas observações, em todas as decisões houve discussão acerca dos fatos articulados, uns com mais riqueza de detalhes, outros com menos, mas em todos os casos, mesmo naqueles em que os recursos não foram conhecidos, houve alguma contextualização, o que, isoladamente, já demonstra uma prática social do STJ. Ou seja, mesmo que do ponto de vista formal não tenha havido discussão de mérito em todos os julgados, encontra-se o mérito discutido em alguma medida, reforçando-se a importância do contexto.

6.2.3 A prática social

Em virtude da formação discursiva do operador do direito, muitas situações passam despercebidas, pois são tidas como naturais. Nessa linha de raciocínio, nada é mais natural do que um Tribunal superior estabelecer em determinado julgado seu entendimento, mesmo que aquela decisão não tenha qualquer reflexo no caso

concreto. Ao fazer isto um tribunal não age de modo trivial, ele desenvolve uma atividade, uma prática social relevante. Contudo, só há essa naturalidade para aqueles que possuem a formação discursiva própria (ou iniciados), posto que pessoas com outras formações não seriam capazes de compreender o evento, bem como criticá-lo⁶⁶⁸. Assim, um trivial “não conheço do recurso” pode (e deve) ter uma função que não está claramente exposta.

O ponto central aqui é que não existe nada “simples”, ou sem importância, com respeito à linguagem: fala e textos são práticas sociais, e até mesmo afirmações que parecem extremamente triviais, estão implicadas em vários tipos de atividades. Um dos objetivos da análise de discurso é identificar as funções, ou atividades, da fala e dos textos, e explorar como eles são realizados.⁶⁶⁹

Da mesma forma que a ação contida no evento social deve ser analisada, a omissão também deve ser, e de modo ainda mais atento, vez que:

Os analistas de discurso, ao mesmo tempo em que examinam a maneira como a linguagem é empregada, devem também estar sensíveis àquilo que não é dito – aos silêncios. Isso, por sua vez, exige uma consciência aprimorada das tendências e contextos sociais, políticos e culturais aos quais os textos se referem.⁶⁷⁰

No fragmento 04 do Caso 01 verifica-se um caso de omissão – um não dito (linha 110):

-
99. Inconformadas, as partes apresentaram recursos especiais, ambos
 100. inadmitidos na origem, manifestando o réu o AG n° 342.194/RJ, o que provi para
 101. melhor exame, determinando fossem solicitados os autos.
 102.
 103. Nas suas razões, o réu, fundado nas alíneas a e c, alega violação aos
 104. arts. 159 e 1.545 do CC e 14, § 4°, do CDC, além de dissídio jurisprudencial.
 105. Sustenta que a culpa deveria ser verificada no contexto probatório dos autos para
 106. permitir a condenação; sem culpa, inexistente responsabilidade civil. Insurge-se,
 107. outrossim, contra o deferimento de dano moral, cujo valor deve de qualquer modo
 108. ser reduzido.
 109.
 110. Contra-razões às fls. 860/873.
 111.
 112. Manifestou a autora aclaratórios contra a decisão que inadmitiu o recurso,
 113. os quais foram rejeitados.
 114.

⁶⁶⁸ Tome-se como exemplo o Caso 04 (REsp 467878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003, p. 222), onde o STJ fixou na ementa que “A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente.” e o REsp não foi conhecido. Ou seja, ao invés de trazer para a ementa ou motivos que ensejaram o não conhecimento do recurso, o tribunal fixou entendimento acerca do mérito.

⁶⁶⁹ BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 250.

⁶⁷⁰ Idem, ibidem. p. 255.

115. É o relatório.

116.

117. Documento: IT37344 -Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 29/10/2001 Página 3 de 5

Caso 01 - Fragmento 04

No fragmento 04 do Caso 01, nas linhas 103-108 o ministro relator resume o pleito do recorrente, ou seja, o relator reduziu a sete linhas o conteúdo da peça recursal.

No tocante as contrarrazões, limitou-se a asseverar que as mesmas foram oferecidas, consoante se depreende da linha 110, omitindo o seu conteúdo, o que caracteriza uma estratégia discursiva na construção do seu relatório, um silêncio (deliberado e proposital?) sobre o conteúdo da peça de contrarrazões.

Observa-se que consumo é coletivo, pois, além das partes envolvidas, a decisão é enviada para o repositório oficial de jurisprudência sendo publicada e disponibilizada para toda a comunidade jurídica.

Ademais, a decisão é processada e dela se extrai (formula) uma ementa que passa a ser referida com os elementos que contém, representando o inteiro teor daquela decisão, sem que, muitas vezes, o operador do direito analise o contexto onde aquela decisão fora proferida e sequer se o seu conteúdo fora casuisticamente analisado, o que demonstra a força da prática social do tribunal.

Neste sentido, os textos em análise são emanados pelas duas turmas (Terceira e Quarta) do STJ (que compõem a Segunda Seção) com efetiva produção textual complexa, sendo possível identificar: autor – que é o ministro relator; principal – que são os ministros componentes da turma; e o animador – que o(a) secretário(a) da turma.

De um modo geral, não é difícil perceber que a interiorização do processamento pelos membros, destacando-se a dimensão sociocognitiva, onde os aspectos relacionados às formalidades estruturantes não são desenvolvidas nos textos, justamente porque se parte da pré-compreensão de que estes elementos já fazem parte daquela rotina, sendo, assim considerados como naturais, pelo que, segundo

esta lógica, seria despidiendo trazê-los à sua superfície. Como exemplos podemos referir (grifado):

-
99. Assim, tenho que o r. julgado não causou ofensa à lei, pois imputou ao
 100. médico a responsabilidde (sic) pelo dano decorrente de intervenção cirúrgica que
 101. deliberadamente aceitou realizar, embora o resultado não fosse confiável. Com
 102. essa fundamentação, a egrégia Câmara descreveu a culpa do profissional que se
 103. arriscou à operação nas condições descritas, da qual resultaram os danos graves
 104. retratados nos autos.
 105.
106. A divergência não ficou demonstrada porque os precedentes têm
107. fundamentação distinta da exposta no r. acórdão recorrido.
 108.
 109. Posto isso, não conheço do recurso.
 110.
 111. É o voto.
 112.
 113. Documento: IT37344 -Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 29/10/2001 Página 4 de 5
-

Caso 01 - Fragmento 06

Nestas breves linhas acima transcritas o ministro relator do caso afastou a possibilidade do conhecimento do recurso com base na chamada divergência jurisprudencial, prevista na alínea 'c' do art. 105, III, da Constituição Federal. Simplesmente asseverou que “os precedentes tem fundamentação distinta”, mas não explicitou “a distinção”, e isto é “natural”.

Noutro exemplo, o Caso 2:

-
171. Todavia, tem razão o recorrente no que se refere à multa do art. 538
 172. parágrafo único, do Código de Processo Civil, incidindo a Súmula nº 98 da
 173. Corte.
 174.
 175. Eu conheço do especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento
 176. para afastar a multa imposta nos embargos de declaração.
 177.
 178. Documento: IT2857 - Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 05/08/2002 Página 5 de 6
-

Caso 02 - Fragmento 08

Como se vê a decisão fora proferida numa única linha.

Esta decisão numa única linha só é possível graças à interiorização do processamento textual e ao contexto de situação, o que torna o texto coerente, dada a fusão de horizontes⁶⁷¹ do produtor e do consumidor dos textos, quando ambos possuem a mesma formação discursiva.

O Caso 4 também exemplifica:

⁶⁷¹ No sentido gadameriano

-
156. d) a alegada divergência a respeito do art. 535 do CPC não se
157. configura porque os precedentes indicados são genéricos, não se referindo à
158. situação específica dos autos, nos quais o julgamento da apelação esgotou
159. suficientemente a matéria.
160.
161. Posto isso, não conheço.
162. É o voto.
-

Caso 04 - Fragmento 07

Segundo Norman Fairclough os textos são planejados para serem interpretados de certo modo⁶⁷², premissa esta perfeita e exatamente aplicável aos textos judiciais, notadamente quando levamos em consideração a formação discursiva dos operadores do direito.

No caso das decisões proferidas pelos tribunais está-se diante de uma interpretação textual de algo que está contido nos autos do processo judicial, pelo que a construção do relatório pelo desembargador (ou ministro) relator é um posicionamento deste intérprete sobre os autos, pois interpretar é posicionar-se.

Os textos postulam sujeitos intérpretes e implicitamente estabelecem posições interpretativas para eles que são 'capazes' de usar suposições de sua experiência anterior, para fazer conexões entre os diversos elementos intertextuais de um texto e gerar interpretações coerentes.⁶⁷³

Esta interpretação coerente só é possível graças à já mencionada fusão de horizontes numa mesma formação discursiva, posto que para um leigo o texto não seria inteligível.

Outro aspecto de relevo é o fato de que os discursos jurídicos advindos dos tribunais são representados. A representação do discurso é "uma forma de intertextualidade na qual partes de outros textos são incorporados a um texto e explicitamente marcadas como tal [...]", sendo uma dimensão da prática social⁶⁷⁴ jurídica, onde muitas vezes numa representação (intertextualidade manifesta) a decisão é proferida utilizando apenas os argumentos utilizados no texto representado.

⁶⁷² FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 138.

⁶⁷³ Idem, ibidem. p. 171.

⁶⁷⁴ Idem, ibidem. p. 138 e p. 140.

Ademais, a representação do discurso (discurso relatado) “ocorre quando se ‘relata’ um discurso, necessariamente se **escolhe** representá-lo de **um modo** em vez de **outro**”⁶⁷⁵, sendo justamente isso que ocorre nos relatórios dos acórdãos nos tribunais, onde o relator escolhe até mesmo os fatos que estarão (ou não) no seu “relatório”, que significará para câmara ou turma “o relatório” do processo. Esse processo também é utilizado para a construção da ementa.

Norman Fairclough ao tratar da mídia aduz que ela “seleciona, ordena e representa as informações”⁶⁷⁶ de maneira que atenda aos seus propósitos, o mesmo podendo-se afirmar acerca da construção dos relatórios nos processos judiciais.

A mídia geralmente pretende tratar de fatos, da verdade e de questões de conhecimento. Ela sistematicamente transforma em ‘fatos’ o que frequentemente não passa de interpretações de conjuntos de eventos complexos e confusos.

Os primeiros trabalhos de Virgínia Colares já registraram também esta situação nos processos de tomada de depoimento, onde no processo interpretativo o conteúdo textual dos autos não mantinha fidelidade ao conteúdo textual daquilo que fora dito pelo depoente, chegando a pesquisadora a asseverar ao final de sua pesquisa empírica (dissertação de mestrado) que aquilo que não estava nos autos, agora estava no mundo.⁶⁷⁷

Contudo, em que pese apenas quatro dos oito julgados terem sido conhecidos (ainda que parcialmente), em todos se encontra na ementa um posicionamento expresso do tribunal. Há manifestação sobre o mérito, mesmo que formalmente o mérito não tenha sido sequer analisado (julgado).

Corroborando o que fora afirmado, observe-se a seguinte passagem contida na ementa do Caso 01 em que o REsp não foi conhecido:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. Cirurgia estética. Não ofende a lei o acórdão que atribui ao médico a responsabilidade pelos danos causados à paciente, por ter assumido o risco de realizar operação de resultado absolutamente inconfiável. Recurso não conhecido.

⁶⁷⁵ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 153. Negrito nosso.

⁶⁷⁶ Idem, ibidem. p. 243.

⁶⁷⁷ ALVES, Virgínia Colares Soares Figueirêdo. **A decisão interpretativa da fala em depoimentos judiciais**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. CAC. Letras e Linguística, 1992. p. 191.

(REsp 326014 / RJ , Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR , QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 29/10/2001)

O recurso não foi conhecido, mas explicitou a decisão que o acórdão não ofendera a lei.

Igualmente no Caso 04:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado.

A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.

(REsp 467878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJe 10/02/2003)

A turma externou seu entendimento de que existe responsabilidade da Santa Casa por ato de seu médico, em que pese o recurso não ter sido conhecido.

Também ocorreu o mesmo no Caso 07:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - CIRURGIA DE VASECTOMIA - SUPOSTO ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IMPRUDÊNCIA NA CONDUTA DO PROFISSIONAL - CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE – ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado.

II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva;

III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ);

IV - Recurso especial não conhecido.

(REsp 1051674/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, Julgado em 03/02/2009, DJe 24/04/2009)

Esse caso é emblemático, pois a ementa externa três posicionamentos da turma, mesmo não tendo o recurso sido conhecido.

Ou seja, o STJ externa sua visão/interpretação acerca dos processos que lhe chegam para julgamento, mesmo que do ponto de vista formal não profira decisão meritória naqueles casos, o que revela sua ideologia como produtor de textos.

Passa-se, agora, a análise de cada um dos oito casos.

6.3 Análise dos casos

Caso 01

O Caso 01 versa sobre um recurso especial apreciado pela 4ª. Turma do STJ, em decisão unânime, que não foi conhecido e está assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Cirurgia estética.
Não ofende a lei o acórdão que atribui ao médico a responsabilidade pelos danos causados à paciente, por ter assumido o risco de realizar operação de resultado absolutamente inconfiável.
Recurso não conhecido.
(REsp 326014/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 29/10/2001, p. 212)

O entendimento fixado pela 4ª. Turma do STJ foi que o julgado objeto do Recurso Especial não ofendeu a lei porque imputou ao médico a responsabilidade civil por culpa (imprudência), posto que ele teria se arriscado à operação de resultado não confiável.

A situação fática denota que houve uma assunção de risco pelo médico ao realizar uma operação (cirurgia plástica de rosto e mamas) de resultado absolutamente inconfiável, sendo certo que esta a assunção de risco ocorreu porque o mesmo não cumpriu seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente.

Como consequência, a condenação do médico por dano moral foi mantida no patamar de 150 salários mínimos em decorrência da plástica que deixou deformações na paciente, com a devolução integral do valor pago a título de dano material.

Passe-se, então, a análise do acórdão.

37. RECURSO ESPECIAL N° 326.014 -RJ (2001/0070981-3)
38.
39. RECORRENTE : SÉRGIO LEVY DA SILVA
40. ADVOGADO : CELSO AUGUSTO FONTENELLE E OUTRO
41. RECORRIDO : ADENAYR NOGUEIRA DA SILVA
42. ADVOGADO : MARIA INÊS CÂMARA DE ARAÚJO E OUTROS
43.
44. RELATÓRIO
45.
46. O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator):
47.
48. Adenayr Nogueira da Silva ajuizou ação de indenização contra Sérgio Levy
49. da Silva e Centro Integrado de Cirurgia Plástica Ltda. pelos danos que sofreu em
50. consequência de cirurgia plástica de rosto e mamas, da qual lhe resultaram
51. deformações, com prejuízos patrimoniais e morais.
52.
53. Após anulado o processo em segundo grau, os autos retornaram para
54. sentença. O MM. Juiz julgou procedente o pedido em relação ao primeiro réu,
55. condenando-o ao pagamento de todas as despesas necessárias a uma nova
56. cirurgia plástica reparadora, e ainda, à indenização por danos morais, arbitrados
57. em 150 s.m. O pedido em relação ao segundo réu foi julgado improcedente.
58.
59. As partes apelaram. A autora, pretendendo a reforma parcial do julgado
60. para incluir a Clínica na condenação, a devolução do valor pago pela cirurgia e a
61. elevação do dano moral para, no mínimo, quinhentos salários mínimos. O réu, em
62. preliminar, pediu a nulidade da sentença por omitir manifestação do perito sobre o
63. laudo do assistente técnico da ré. No mérito, pleiteou ser liberado de qualquer
64. responsabilidade profissional, alegando ter executado o serviço contratado dentro
65. dos melhores ensinamentos técnicos.
66.
-

Caso 01 - Fragmento 02

No fragmento 02 do Caso 01 encontra-se a intertextualidade constitutiva nas linhas 48-65, tendo em vista que o ministro relator realiza a narrativa dos fatos relativos ao feito até a interposição da apelação, descrevendo o pleito inicial, a decisão de primeiro grau e as razões do apelo perante o TJRJ. O relatório continua no fragmento seguinte.

67. A eg. Primeira Câmara do TJRJ, por unanimidade, rejeitou a preliminar de
68. nulidade e, por maioria, negou provimento aos recursos de ambas as partes, em
69. acórdão assim ementado:
70.
71. "Ação ordinária. Cirurgia estética realizada sem que houvessem sido
72. atingidos todos os objetivos pretendidos. Preliminar de nulidade desacolhida eis
73. que a ausência de oitiva do perito sobre a crítica do assistente técnico não justifica
74.
75. o seu acolhimento, em ação iniciada em 1991, e na qual se encontram outras
76. provas, inclusive fotografias tiradas antes e depois da operação, permitindo ao
77. próprio julgador decidir quanto às questões suscitadas. Ante a eventual
78. impossibilidade da realização de nova cirurgia, fixa-se desde logo o montante da
79. indenização, no mesmo anteriormente despendido, atualizado e com juros, e cuja
80. devolução se pede na inicial. A fixação da verba por dano moral em 150 salários
81. mínimos é compatível com o abalo psicológico. Desprovimento dos recursos" (fl.
82. 770).

83. Os declaratórios da autora foram rejeitados.
 84.
 85. O réu manifestou embargos infringentes, nos quais o eg. Terceiro Grupo
 86. de Câmaras Cíveis do TJRJ negou provimento, nos termos da seguinte ementa:
 87.
 88. "Cirurgia estética -Obrigação de resultado -Dano moral.
 89.
 90. Se com a cirurgia estética tem o paciente em vista corrigir uma
 91. imperfeição ou melhorar a aparência, a obrigação que surge com o cirurgião é de
 92.
 93. Documento: IT37344 -Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 29/10/2001 Página 2 de 5
 94. resultado. Ao aceitar o encargo, ao qual podia recusar, até por questões éticas,
 95. pois só poderia aceitá-lo se garantisse a confiabilidade do ato cirúrgico, obriga-se o
 96. cirurgião à reparação do dano, face ao não atingimento do desiderato pretendido
 97. pelo cliente" (fl. 811).
 98.

Caso 01 - Fragmento 03

No fragmento 03 do Caso 01 encontra-se a intertextualidade manifesta nas linhas 71-82 e 88-97, tendo em vista que o ministro relator invoca e transcreve as decisões do TJRJ. Destaque-se que o ministro não faz qualquer comentário sobre a decisão em seu relatório, limitando-se a transcrevê-la. Contudo, ele recorta da voz do outro apenas aquilo que interessa à sua própria argumentação.

-
99. Inconformadas, as partes apresentaram recursos especiais, ambos
 100. inadmitidos na origem, manifestando o réu o AG n° 342.194/RJ, o que provi para
 101. melhor exame, determinando fossem solicitados os autos.
 102.
 103. Nas suas razões, o réu, fundado nas alíneas a e c, alega violação aos
 104. arts. 159 e 1.545 do CC e 14, § 4°, do CDC, além de dissídio jurisprudencial.
 105. Sustenta que a culpa deveria ser verificada no contexto probatório dos autos para
 106. permitir a condenação; sem culpa, inexistente responsabilidade civil. Insurge-se,
 107. outrossim, contra o deferimento de dano moral, cujo valor deve de qualquer modo
 108. ser reduzido.
 109.
 110. Contra-razões às fls. 860/873.
 111.
 112. Manifestou a autora aclaratórios contra a decisão que inadmitiu o recurso,
 113. os quais foram rejeitados.
 114.
 115. É o relatório.
 116.
 117. Documento: IT37344 -Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 29/10/2001 Página 3 de 5

Caso 01 - Fragmento 04

No fragmento 04 do Caso 01, nas linhas 103-108 o ministro relator resume o pleito do recorrente, ou seja, o relator resumiu em sete linhas o conteúdo da peça recursal.

No tocante às contrarrazões, limitou-se a asseverar que as mesmas foram oferecidas, consoante se depreende da linha 110, omitindo (deliberadamente?) o

seu conteúdo, o que caracteriza uma estratégia discursiva na construção do seu relatório.

-
118. RECURSO ESPECIAL Nº 326.014 -RJ (2001/0070981 -3)
 119. RECORRENTE : SÉRGIO LEVY DA SILVA
 120. ADVOGADO : CELSO AUGUSTO FONTENELLE E OUTRO
 121. RECORRIDO : ADENAYR NOGUEIRA DA SILVA
 122. ADVOGADO : MARIA INÊS CÂMARA DE ARAÚJO E OUTROS
 123.
 124. VOTO
 125.
 126. O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (RELATOR):
 127.
 128. Muito embora tenha a egrégia Câmara, ao julgar os embargos infringentes,
 129. repellido a tese exposta no voto vencido, sobre a natureza da obrigação assumida
 130. pelo cirurgião plástico, que seria de meio e não de resultado, a verdade é que
 131. terminou reconhecendo a responsabilidade do cirurgião por ter assumido o risco
 132. da operação:
 133.
 134. "O resultado foi a motivação que levou a embargante a submeter-se à
 135. cirurgia realizada, e este, não foi obtido, mas para ele se obrigou o embargante ao
 136. aceitar o encargo ao qual podia perfeitamente negar-se, até por questão de ética,
 137. pois não estava obrigado a atender aos desejos da paciente, que, sem dúvida,
 138. devia saber aprioristicamente que o resultado não era absolutamente confiável" (fl.
 139. 816).
 140.
-

Caso 01 - Fragmento 05

Novamente no fragmento 05, nas linhas 134-139 volta o relator a utilizar a intertextualidade manifesta para extrair do julgado a tese que deseja construir, e que, de fato, constrói nas linhas 128-132, qual seja, a de que o acórdão estadual que possuía voto divergente quanto a natureza da obrigação do médico (se de meios ou de resultado, onde o voto vencido aplicava a obrigação de meio e via de consequência exigia a existência da culpa), reconheceu efetivamente a conduta culposa do médico. Para tanto, na linha 128 utiliza-se da expressão “Muito embora” para depois concluir que “a verdade é que terminou reconhecendo a responsabilidade do cirurgião” (linha 130-131). Assim, a verdade contida no acórdão de origem teria sido desvelada pela análise do ministro relator que descartou as teorias sobre a natureza obrigacional assumida pelo cirurgião plástico para no caso concreto estabelecer que houve o efetivo reconhecimento de uma conduta culposa pelo tribunal estadual, pelo que seria descabida a discussão e via de consequência a própria insurgência recursal, como se verifica no fragmento 06 analisado a seguir.

-
141. Assim, tenho que o r. julgado não causou ofensa à lei, pois imputou ao
 142. médico a responsabilidde (sic) pelo dano decorrente de intervenção cirúrgica que
 143. deliberadamente aceitou realizar, embora o resultado não fosse confiável. Com
 144. essa fundamentação, a egrégia Câmara descreveu a culpa do profissional que se

145. arriscou à operação nas condições descritas, da qual resultaram os danos graves
146. retratados nos autos.
147.
148. A divergência não ficou demonstrada porque os precedentes têm
149. fundamentação distinta da exposta no r. acórdão recorrido.
150.
151. Posto isso, não conheço do recurso.
152.
153. É o voto.
154.
155. Documento: IT37344 -Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 29/10/2001 Página 4 de 5
-

Caso 01 - Fragmento 06

Em que pese ter chegado a conclusão diversa do TJRJ, o relator reconheceu a responsabilidade civil do médico que se arriscou (culpa na espécie imprudência) à realizar a operação. Enquanto o TJRJ reconheceu responsabilidade objetiva, independente de culpa do médico cirurgião plástico, para o relator houve imprudência.

Outrossim, a imprudência reconhecida é um não dito do acórdão, posto que toda a construção discursiva do mesmo caminha para a caracterização da imprudência médica, mas o relator não chega a afirmar categoricamente que ela ocorreu. Note-se que na linha 143 existem duas modalizações, a primeira no tocante ao modo de aceitação do médico (deliberadamente) na realização do procedimento e a segunda no tocante ao resultado (não confiabilidade). E ainda na linha 145 há também a modalização na adjetivação quanto à gravidade dos danos sofridos pela paciente.

Em que pese o reconhecimento dessa imprudência como um não dito, pode-se afirmar que pauta-se a decisão na violação ao princípio da confiança (referido item 3.5.1) que garante ao consumidor-paciente a adequação⁶⁷⁸ do serviço médico, evitando a violação de suas expectativas ao primar pela cientificação dos riscos oriundos dos serviços médicos, o que não ocorreu no caso.

No fragmento 06, em sua conclusão na linha 151, em que pese o ministro relator afirmar não conhecer do recurso, verifica-se que os fatos foram esmiuçados, inclusive com várias transcrições de passagens do TJRJ.

⁶⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1998. p. 576.

A conclusão a que se infere da análise textual é que o relator não concorda com a tese da responsabilidade objetiva, pois a descartou como razão de decidir, reconhecendo de modo implícito a imprudência do médico ao realizar cirurgia de resultado arriscado. Outrossim, ao realizar tal ato e ainda assim não conhecer o recurso proposto, na verdade, o relator fez questão de externar o seu posicionamento no caso concreto, ainda que do ponto de vista prático o recurso não tenha passado pelos pressupostos de admissibilidade para o seu conhecimento.

Assim, quando um operador do Direito tem acesso à ementa do acórdão e realiza a leitura do Fragmento 01, linhas 11-15, não encontra qualquer referência à obrigação de meio ou obrigação de resultado (item 5.3.2), mas sim acerca da imprudência (implicitamente) do médico que realizou operação ariscada, quando, na verdade, o acórdão recorrido (do TJRJ) que é a decisão judicial que fora materialmente proferida e que será executada pela parte vencedora, expressamente atribuiu a responsabilidade objetiva (obrigação de resultado) ao médico demandado (linha 130).

Dito dessa forma, não é difícil perceber que o ministro relator utilizou-se de seu lugar no campo jurídico para externar um posicionamento seu (da turma, em julgamento unânime) acerca de um caso apreciado e julgado por um tribunal estadual com fundamento diverso e ao fazê-lo através de um texto (Resp 326.014-RJ), inserido num determinado contexto (recurso admitido, mas não conhecido), realizou determinada prática sócio-jurídica (dos tribunais superiores), qual seja, proferir uma decisão que externa o entendimento daquela Corte sobre a matéria, ainda não tenha havido, no caso concreto, um efetivo julgamento de mérito, posto que o recurso não fora sequer conhecido.

Caso 02

O Caso 02 versa sobre um recurso especial apreciado pela 3ª. Turma do STJ, em decisão unânime, que foi conhecido e provido em parte, e está assim ementado:

Responsabilidade civil. Cirurgia para redução de mamas. Paciente obesa. Súmula nº 07 da Corte. Embargos de declaração. Súmula nº 98 da Corte.

1. Examinada a prova dos autos pelo Acórdão recorrido, com a indicação de que faltou o médico com o dever de informação sobre os riscos da cirurgia,

ainda mais tratando-se de paciente obesa, com sua ausência durante o pós-operatório que teve complicações, aliada à falta de prova de ter a autora exercido atividade que teria causado o problema e, ainda, inexistente prova da especialização do médico para a execução do tipo de cirurgia realizada, presente está a Súmula nº 07 da Corte, não havendo as alegadas violações aos artigos 131 e 458 do Código de Processo Civil.

2. Nos termos da Súmula nº 98 da Corte não são protelatórios os embargos de declaração para fins de prequestionamento.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

(REsp 332025/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 332)

O Recurso Especial apresentado possui dois fundamentos distintos, o primeiro em relação a multa por embargos protelatórios e o segundo em relação a negativa de vigência de dispositivos legais (arts. 131 e 458 do Código de Processo Civil). O entendimento fixado pela 3ª. Turma do STJ foi que o REsp não mereceu ser conhecido no tocante negativa de vigência de dispositivos legais porque o acórdão recorrido teria examinado todos os aspectos de modo claro e adequadamente, havendo assim aplicação da súmula nº 7, concluindo-se pela impossibilidade de reexame da matéria de fato. Contudo, o REsp foi conhecido e provido, com aplicação da súmula nº 98 para afastar a multa aplicada em decorrência da apresentação de embargos que teriam sido considerados protelatórios, justificando que os embargos declaratórios com fito de prequestionamento não são assim considerados.

A situação fática demonstra que houve uma ausência de informações sobre os riscos cirúrgicos, posto que o médico não cumpriu seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente.

Como consequência tem-se que a condenação do médico por dano moral foi mantida no patamar R\$ 15.100,00 (2002) em decorrência da plástica que deixou deformações na paciente (perda de um dos mamilos), não tendo havido condenação por dano material, por ausência de provas.

Passe-se a análise do acórdão.

49. RECURSO ESPECIAL Nº 332.025 -MG (2001/0084604-2)

50.

51. RELATÓRIO

52.

53. O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:
 54.
 55. Alexandre Melo dos Santos interpõe recurso especial, com fundamento
 56. nas alíneas a) e c) do permissivo constitucional, contra Acórdão da Quarta
 57. Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim
 58. ementado:
 59.
 60. " INDENIZAÇÃO -CIRURGIA PLÁSTICA -MAMAPLASTIA -ART. 159, CC -
 61. CULPA -NEGLIGÊNCIA -LESÃO ESTÉTICA -DANOS MORAIS -LUCROS
 62. CESSANTES NÃO COMPROVADOS -DEVIDA COMPOSIÇÃO DE DANOS MORAIS
 63. DECORRENTES DA LESÃO ESTÉTICA.
 64.
 65. Em se tratando de cirurgia plástica, ainda que parcialmente reparadora, os
 66. deveres de informação e vigilância devem ser rigorosamente observados pelo
 67. cirurgião, pois, aceitando o encargo de submeter a paciente à mamoplastia,
 68. incumbia-lhe prestar-lhe todas as informações acerca da técnica médico-cirúrgica a
 69. ser empregada; o tipo (formato) e as dimensões das cicatrizes; os reais limites, tanto
 70. da parte do cirurgião, quanto do próprio organismo da autora; os riscos da cirurgia (
 71. especialmente em se tratando de paciente obesa); as probabilidades de complicações
 72. no pós-operatório.
 73.
 74. O profissional ciente de seu ofício, de suas responsabilidades e de suas
 75. limitações, não pode se esquecer desse seu dever de informação ao paciente, pois
 76. não lhe é permitido criar perspectivas que, de antemão, ele sabe serem inatingíveis ou
 77. incertas. Não tem o cirurgião plástico o direito de provocar expectativas no paciente
 78. que ele sabe não serão preenchidas. Se o médico não tiver condição de assegurar ao
 79. paciente de uma cirurgia estética, embora ao mesmo tempo reparadora, o resultado
 80. almejado, deverá abster-se de realizar o ato cirúrgico.
 81.
 82. Nosso direito admite a composição de danos materiais e morais. Não existe
 83. o "dano estético" como um tertium genus, pois seu conceito está contido nessas
 84. duas espécies de danos admitidas em nosso ordenamento jurídico, com ou sem
 85. reflexo de ordem econômica (materiais e morais, respectivamente). A lesão estética,
 86. sim, esta poderá acarretar tanto danos materiais como danos morais, que podem ser
 87. pedidos cumulativamente, na forma da Súmula n. 37, do STJ.
 88.
 89. Recurso conhecido e parcialmente provido. " (fls. 283/284)
 90.
 91. Opostos embargos de declaração (fls. 312 a 319, 320 a 324 e 330 a
 92. 332), foram rejeitados (fls. 326 a 328 e 334 a 343), com aplicação da multa de
 93. 1% sobre o valor da causa, "condicionando a interposição de qualquer outro
 94. recurso ao depósito do valor respectivo" (fls. 343).

Caso 02 - Fragmento 02

Em seu relatório o entre as linhas 49-94 do fragmento 02 o ministro relator realiza a intertextualidade manifesta (linhas 60-89) ao transcrever a ementa da decisão do Tribunal de origem, bem como nas linhas 93-94.

-
95. Sustenta o recorrente contrariedade ao artigo 538, parágrafo único, do
 96. Código de Processo Civil, porque somente na reiteração de embargos
 97. protelatórios é que a interposição de recurso fica vinculada ao pagamento de
 98. multa. Além disso, é indevida a multa aplicada, porque os embargos de
 99. declaração não se caracterizaram protelatórios.
 100.
 101. Alega, ainda, negativa de vigência aos artigos 131 e 458 do Código
 102. Processo Civil, 5o, inciso LV, e 93, inciso XI, da Constituição Federal, tendo em
 103. vista que a falta de fundamentação impossibilitou a ampla defesa e a tutela
 104. jurisdicional.

105.

106. Documento: IT2857 - Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 05/08/2002 Página 2 de 6

Caso 02 - Fragmento 03

Em seu voto o entre as linhas 95-104 do fragmento 03 o ministro relator descreve os fundamentos do Recurso Especial, ou seja, o relator resumiu em nove linhas o conteúdo da peça recursal.

107. Contra-arrazoado (fls. 381 a 388), o recurso especial (fls. 366 a 375) foi

108. admitido (fls. 390 a 395).

109.

110. Houve recurso extraordinário (fls. 363 a 365), inadmitido (fls. 396/397),

111. não constando nos autos notícia da interposição de agravo de instrumento

112. contra esta decisão.

113.

114. É o relatório.

115.

116. Documento: IT2857 - Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 05/08/2002 Página 3 de 6

Caso 02 - Fragmento 04

No tocante as contrarrazões, limitou-se a asseverar que as mesmas foram oferecidas, consoante se depreende da linha 107, omitindo (deliberadamente?) o seu conteúdo, o que caracteriza uma estratégia discursiva na construção do seu relatório.

O fragmento 05 deixou de ser transcrito, posto que é a simples transcrição da ementa do acórdão já realizada linhas atrás.

134. VOTO

135.

136. O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

137.

138. A recorrida ajuizou ação de reparação de danos em decorrência da

139. perda de um dos mamilos em cirurgia plástica para a redução do tamanho das

140. mamas. A sentença julgou improcedente o pedido com relação ao médico

141. porque entendeu não comprovada a culpa na eclosão das sequelas e acolheu

142. a preliminar de ilegitimidade da clínica. O Tribunal de Alçada de Minas Gerais

143. proveu a apelação, em parte, para condenar o médico a pagar indenização no

144. valor de R\$ 15.100,00, atualizado a partir do julgamento. Os embargos de

145. declaração do médico e da autora foram rejeitados. Os novos embargos de

146. declaração do médico foram também rejeitados, desta feita com imposição de

147. multa. O Tribunal de origem considerou que o cirurgião deixou de prestar todas

148. as informações sobre a técnica a ser adotada, o tipo e o formato das cicatrizes;

149. os riscos da cirurgia, sendo a paciente obesa, as probabilidades de

150. complicações no pós-operatório, não tendo o cirurgião plástico o direito a

151. provocar expectativas que ele sabe que não poderão ser preenchidas, cabendo

152. a ele provar que assim procedeu. Por outro lado, considerou o Acórdão

153. recorrido que houve invasão do dever de vigilância, não sendo contestada a

154. afirmação da autora de que durante o pós-operatório foi atendida por outro

155. médico porque o réu teria viajado, não havendo prova suficiente de que a

156. autora descuidou-se em seu pós-operatório realizando tarefas proibidas.

157. Finalmente, asseriu o Acórdão recorrido que não foi encontrada nos autos a

158. qualificação médica do réu para o tipo de cirurgia.

Caso 02 - Fragmento 06

Em seu voto o entre as linhas 134-158 do fragmento 06 o ministro relator não emite qualquer juízo de valor sobre a decisão do Tribunal de origem, descrevendo os fatos ocorridos, numa intertextualidade constitutiva.

159. O especial está assentado na alegada violação aos artigos 131 e 458
160. do Código de Processo Civil. Mas, sem razão **alguma**. A **simples** leitura do
161. Acórdão recorrido demonstra **claramente** que os julgadores desafiaram a
162. questão examinando-a sob **todos** os ângulos, apresentando fundamentação
163. **adequada** e lastreando a condenação no exame da prova produzida, nas
164. circunstâncias da falta de informação **adequada**, da ausência do médico no
165. pós-operatório, que apresentou complicações, da insuficiência da prova sobre
166. o descuido da autora quando do pós-operatório e, ainda, da falta de
167. comprovação da qualificação especializada do médico para a cirurgia que se
168. propôs realizar, descartando os argumentos apresentados pelo médico para
169. livrar-se da responsabilidade. Tal cenário deixa bem presente a Súmula nº 07
170. da Corte.

Caso 02 - Fragmento 07

Entre as linhas 159-170 do fragmento 07 encontra-se a decisão do ministro relator que não conhece do recurso no tocante a violação da legislação federal (artigos do CPC referido na linha 159) que fora um dos fundamentos do REsp, na qual é utilizada a estratégia de modalização, com o uso dos seguintes itens lexicais: alguma, simples, claramente, todos e adequada.

O julgado reconhece que o acórdão de origem está fundamentado na prova produzida nos autos, destacando as questões que entendera de relevo entre as linhas 162-169, dentre as quais a “falta de informação adequada”. Note-se que a modalização através das palavras alguma, simples (linha 160), claramente (linha 161), todos (linha 162) e adequada (linha 163 e 164) servem para dar força a construção da decisão.

Quanto à prática sócio-jurídica, pode-se afirmar que o acórdão, em verdade, concretiza o entendimento do Tribunal de origem, pois em que pese nas linhas 169-170 mencionar o óbice da súmula nº 7 (reexame fático-probatório), ao recorrer a utilização da modalização na forma acima delineada o relator adere expressamente ao entendimento do Tribunal de origem, notadamente por conta do contido nas linhas 159-160 quando afirma que não há razão alguma para o manejo do REsp.

Assim, o acórdão reconhece a possibilidade de condenação do profissional médico quando há prova nos autos (linha 163) de “falta de informação adequada” (linha 164). Ou seja, houve o reconhecimento de uma situação de negligência informacional que resultou em condenação do médico.

Essa falta de informação sobre os riscos cirúrgicos, consoante a doutrina a legislação estudada (itens 4.1, 4.2 e 4.3) viola o CDC, notadamente o artigo 6º, III e 8º, *caput* e art. 14 *caput*.

171. Todavia, tem razão o recorrente no que se refere à multa do art. 538,
 172. parágrafo único, do Código de Processo Civil, incidindo a Súmula nº 98 da
 173. Corte.
 174.
 175. Eu conheço do especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento
 176. para afastar a multa imposta nos embargos de declaração.
 177.
 178. Documento: IT2857 - Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 05/08/2002 Página 5 de 6

Caso 02 - Fragmento 08

Entre as linhas 171-176 do fragmento 08 encontra-se a decisão do ministro relator que conhece parcialmente do recurso no tocante a multa decorrente da interposição de embargos de declaração considerados pelo Tribunal de origem como protelatórios que fora outro fundamento do REsp e o faz remetendo unicamente a aplicação da súmula nº 98. Este é um caso típico em que a compreensão dos textos depende da utilização dos recursos⁶⁷⁹ dos membros da comunidade jurídica, vez que um leigo ao ler as mencionadas linhas, nada iria compreender, comprovando a hipótese de Norman Fairclough de que os textos dependem dos recursos de seus membros, pois não podem ser produzidos nem interpretados sem os recursos destes.

Caso 03

O Caso 03 versa sobre um recurso especial apreciado pela 4ª. Turma do STJ, em decisão unânime, que foi conhecido (parcialmente) e está assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado.
 A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem

⁶⁷⁹ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 100.

ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano.

Recurso conhecido.

(REsp 436827/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 228)

O Recurso Especial foi parcialmente conhecido e provido para excluir o médico recorrente da condenação em dano material porque ele nada havia recebido da paciente autora, pois a condenação do recorrente operou-se em face da solidariedade. Em verdade, dois médicos foram acionados e apenas um havia recebido honorários da paciente autora. Também foi conhecido e provido o recurso para reduzir o valor da indenização por dano moral para R\$ 40.000,00 (originalmente R\$ 134.108,00, equivalente ao dobro dos danos materiais).

A situação fática demonstra que a paciente não recebeu informações suficientes acerca do prognóstico da cirurgia oftalmológica a que se submeteu, tendo havido consulta com um médico e procedimento realizado por outro, sendo certo que os médicos não cumpriram seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com a paciente.

Como consequência a condenação dos médicos por dano moral foi mantida, mas reduzida para R\$ 40.000,00 (originalmente R\$ 134.108,00, equivalente ao dobro dos danos materiais), reformando-se a questão do dano material (R\$ 67.054,00, equivalente a devolução integral do valor pago a título de dano material) para condenar apenas o médico que efetivamente recebeu os valores, fundamentando a decisão, basicamente, na ausência de obtenção do consentimento informado.

Passe-se, agora, a análise do acórdão.

37. RECURSO ESPECIAL Nº 436.827 -SP (2002/0025859-5)

38.

39. RELATOR : MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR

40. RECORRENTE : AGENOR MELO FILHO

41. ADVOGADO : MAURÍCIO RHEIN FELIX E OUTROS

42. RECORRIDO : MARIA BENEDITA FABEL E OUTRO

43. ADVOGADO : LAURO MALHEIROS FILHO E OUTROS

44.

45. RELATÓRIO

46.

47. O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

48.

49. Maria Benedita Fabel ajuizou ação de indenização por danos morais

50. e materiais contra os médicos Saulo de Tarso Grilo e Agenor Melo Filho. O

51. pedido inicial e as respostas foram assim resumidos na r. sentença:
- 52.
53. "Afirmando ter perdido a visão no ano de 1980, tendo
54. consultado vários consultórios médicos que a desenganaram até
55. que, por indicação, passou a ser tratada pelo réu Doutor Saulo de
56. Tarso Grilo que passou a lhe dar esperanças, convencendo a
57. efetuar nova cirurgia que, todavia, não foi realizada por ele
58. conforme o combinado (que não tinha especialidade) e sim pelo
59. co-réu Doutor Agenor Melo Filho, às expensas da Previdência
60. Social embora o tratamento fosse particular.
- 61.
62. Entretanto, a sua visão não foi recuperada, tendo sido
63. liberada do tratamento pelo co-réu Doutor Saulo de Tarso Grilo em
64. agosto de 1993.
- 65.
66. Segundo e nos termos da inicial, aduziu, assim, ter sido
67. ludibriada pelos réus, que praticaram ato ilícito, ao ponto de fazê-la
68. vender bens imóveis e veículos de sua propriedade para custear as
69. despesas de tratamento médico que reputou inútil, de molde que
70. estariam obrigados a indenizá-la materialmente no montante
71. dispendido e pago a título de honorários e despesas médicas e
72. moralmente, pelo abalo sofrido, na quantia mínima de quinhentos
73. mil reais.
- 74.
75. Citados, os réus contestaram:
- 76.
77. O réu Saulo de Tarso Grilo, às fls. 57/62. Pugnou pela
78. improcedência, deduzindo que ter havido devolução do que foi
79. pago pela autora que lhe passou quitação geral e, de resto, prestou
80. serviços médicos de meio e não de resultado.
- 81.
82. O réu Agenor de Melo Filho, às fls. 78/83. Pediu a
83. improcedência. Acedeu a pedido do co-réu para atender a autora
84. que seria paciente carente, sem recursos. Não praticou qualquer
85. ato para enganá-la" (fl. 379).
- 86.
87. Documento: 375678 -Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 18/11/2002 Página 2 de 9

Caso 03 - Fragmento 02

Em seu relatório o entre as linhas 53-85 do fragmento 02 o ministro relator realiza a intertextualidade manifesta ao transcrever trechos da sentença de primeiro grau.

-
88. O primeiro réu não se apresentou para depoimento pessoal, embora
 89. intimado, tendo sido aplicada a ele a pena de confissão.
 - 90.
 91. O Magistrado concluiu que ambos os réus foram negligentes e
 92. imprudentes, pelo que julgou procedente a ação, condenando-os ao pagamento
 93. dos danos materiais, no valor do que a autora despendeu com o tratamento e a
 94. cirurgia, e dano moral equivalente a cem salários mínimos.
 - 95.
 96. Apelaram a autora e o segundo réu.
 - 97.
 98. A egrégia Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de
 99. São Paulo rejeitou a preliminar de incompetência do Tribunal e, no mérito, negou
 100. provimento ao apelo do réu e deu provimento, em parte, ao apelo da autora, em
 101. acórdão assim ementado:
 - 102.
 103. "Competência -Indenização por ato ilícito -Ação
 104. fundamentada em atendimento médico inadequado -Situação que

105. se compadece com a prestação de serviço e que não se confunde
 106. com erro médico -Competência do Primeiro Tribunal de Alçada
 107. Civil de São Paulo.
 108.
 109. Responsabilidade civil -Prestação de serviços médicos -
 110. Avaliação da conduta ética e profissional dos facultativos que
 111. protagonizaram o evento danoso -Ilícito civil configurado -Culpa
 112. direta e indireta demonstrada no contexto probatório.
 113.
 114. Procedência da ação -Recurso da ofendida provido,
 115. apenas para majorar a condenação por danos morais" (fl. 579).
 116.
 117. Os danos morais foram fixados no r. acórdão no dobro do que fora
 118. comprovado como sendo o dano material (R\$ 67.054,00 x 2 = R\$ 134.108,00).

Caso 03 - Fragmento 03

Em seu relatório o entre as linhas 103-115 do fragmento 03 o ministro relator realiza a intertextualidade manifesta ao transcrever ementa de decisão segundo grau.

119. Rejeitados os embargos declaratórios, Agenor Melo Filho interpôs
 120. recursos extraordinário e especial, este fundado no art. 105, III, a e c, da CF, por
 121. violação aos arts. 2º, 128, 145, §§ 1º e 2º, e 535, I e II, do CPC, 159, 896, 1518 e
 122. 1545 do CC, bem como em divergência jurisprudencial.
 123.
 124. Teria havido ofensa ao art. 535 do CPC no tocante à incidência dos
 125. arts. 2º e 128 do mesmo diploma, relativos à decisão extra petita, pois o
 126. motivação da pretensão contra si deduzida seria, unicamente, "a
 127. responsabilidade pela prática de ato suposto ilícito, baseada em alegada
 128. negligência". E essa questão não foi devidamente enfrentada no r. acórdão.
 129.
 130. Sustenta que houve afronta ao art. 145 e parágrafos, do CPC, pelo
 131. fato de não ser o perito judicial um especialista em cirurgia oftalmológica, assunto
 132. sobre o qual está centrada a demanda, sendo necessária a realização de nova
 133. prova pericial.
 134.
 135. Não era possível aplicar ao caso o disposto no art. 159 do CC, já que
 136. a responsabilidade é fundamentada em "mala praxis" médica, devendo incidir a
 137. norma específica do art. 1545 do CC. De qualquer modo, a culpa assinalada pelo
 138. acórdão não restou demonstrada. Na verdade, a condenação estaria assentada
 139. em responsabilidade solidária presumida, o que contraria o art. 896 do CC. O r.
 140. acórdão admitiu a existência de conluio entre os réus para auferirem benefício
 141. econômico, fato não aventado pela recorrida, o que causou ofensa ao art. 1518 do
 142. CC.

Caso 03 - Fragmento 04

Em seu voto o entre as linhas 119-142 do fragmento 04 o ministro relator esmiúça com detalhes os fundamentos do Recurso Especial, ou seja, o relator resumiu em vinte e quatro linhas o conteúdo da peça recursal, realizando intertextualidade constitutiva.

143. Inadmitidos os recursos, com as contra-razões, vieram-me os autos
 144. em razão de provimento de regimental no AG 393.206/SP.
 145. É o relatório.
 146.
 147. Documento: 375678 -Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 18/11/2002 Página 4 de 9

Caso 03 - Fragmento 05

No tocante as contrarrazões, limitou-se a asseverar que as mesmas foram oferecidas, consoante se depreende da linha 143, omitindo (deliberadamente?) o seu conteúdo, o que caracteriza uma estratégia discursiva na construção do seu relatório.

-
238. Do ponto de vista doutrinário e legal, o r. acórdão apenas acentuou o
 239. dever ético do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia,
 240. o que não se confunde com a singela comunicação de que o ato operatório seria
 241. difícil e demorado, nada esclarecendo sobre a conveniência da intervenção
 242. cirúrgica, resultados, expectativas e possibilidades de êxito ou de agravamento
 243. do quadro.
 244.
 245. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu
 246. consentimento informado pode significar -nos casos mais graves -negligência no
 247. exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado
 248. devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o
 249. dano, ou diminui a possibilidade de êxito. Nas circunstâncias dos autos, assim
 250. como admitido pelo Tribunal e acima parcialmente descrito, o dever de
 251. informação antes e depois da cirurgia não foi cumprido.
-

Caso 03 - Fragmento 10

Entre as linhas 238-251 (Fragmento 10), o ministro relator externa o seu ponto de vista acerca da situação fático-jurídica apreciada no acórdão do Tribunal de origem, destacando dois aspectos de relevo que irão aparecer na ementa do acórdão, mas que não constaram da ementa do Tribunal de origem, reforçando assim a prática sócio-jurídica do STJ já abordada. A primeira é a abordagem no tocante ao “dever ético do médico de informar o paciente” (linhas 239-240) e a outra não obtenção do consentimento informado (linhas 245-246), caracterizando negligência médica (linhas 246-247). É justamente esta situação que o relator entendeu como sendo mais marcante no caso e com ela construiu a ementa do acórdão (linhas 245-249 do Fragmento 10, correspondentes as linhas 13-17 do Fragmento 01).

Essa falta de informação sobre os riscos cirúrgicos, consoante a doutrina a legislação estudada (itens 4.1, 4.2 e 4.3) viola o CDC, notadamente o artigo 6º, III e 8º, *caput* e art. 14 *caput*.

Quanto à prática sócio-jurídica, pode-se afirmar que o acórdão reconhece a possibilidade caracterização de negligência médica quando o médico não obtém do paciente o seu consentimento informado.

Neste caso, como no Caso 02, também houve o reconhecimento de uma situação de negligência informacional que resultou em condenação do médico.

-
252. 5. A solidariedade foi reconhecida como uma consequência da
 253. aplicação do art. 159 do CC e da participação dos dois réus nas ações descritas
 254. na inicial. Tendo ambos concorrido para os acontecimentos de que foi vítima a
 255. autora, os dois respondem pelo resultado, solidariamente, nos termos do art. 1518
 256. do CC. O recorrente se inseriu nessa cadeia causal ao aceitar o pedido de
 257. realizar a operação, nas condições em que isso aconteceu, concorrendo
 258. decisivamente para que a paciente fosse submetida a uma cirurgia que se
 259. entendeu desnecessária (fl. 380) e sem a informação adequada.

Caso 03 - Fragmento 11

No fragmento 11, entre as linhas 252-259, o acórdão confirma o entendimento do tribunal de origem no tocante a solidariedade entre os médicos, tendo em vista que o segundo médico realizou a operação a pedido do primeiro sem certificar-se do cumprimento do dever de informar por parte do colega, destacando que a paciente sofreu a cirurgia “sem informação adequada”. Destaque-se que apesar do fato narrado ter ocorrido em 1993, o julgamento ocorreu com base no CC, sendo certo que a locução “informação adequada” aparece no CDC como direito básico do consumidor (Art. 6º, III).

-
260. 6. Estou em examinar o valor da indenização imposta ao recorrente.
 261. **Atendendo à ponderação do eminente Min. Aldir Passarinho Junior, a**
 262. **Turma decide excluir da condenação do Dr. Agenor a parcela correspondente ao**
 263. **dano material, uma vez que se refere a valores pagos pela autora ao Dr. Saulo de**
 264. **Tarso Grilo, do que não se beneficiou o recorrente e por isso não responde pela**
 265. **sua restituição.**

266.
 267. O valor do dano moral é por demais elevado, considerando os
 268. parâmetros ordinariamente adotados pela Turma.

269.
 270. 7. Posto isso, conheço em parte do recurso e lhe dou parcial
 271. provimento, para excluir o recorrente da condenação pelo dano material e reduzir
 272. o valor da indenização pelo dano moral a R\$ 40.000,00, corrigido desde hoje,
 273. mantida nesse ponto a solidariedade.
 274. É o voto.
 275.

276. Documento: 375678 -Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJ: 18/11/2002 Página 8 de 9

Caso 03 - Fragmento 12

De modo inusitado, outra voz aparece neste acórdão inserida no voto do ministro relator entre as linhas 261-265 (negrito), exatamente no momento em que o ministro inicia a análise do pedido de redução do valor arbitrado a título de dano moral. A passagem em questão reflete a fala de outro ministro (linha 261) que suscitou questão durante a sessão excluindo parte da condenação imposta ao recorrente no que pertine ao dano material, pois tendo ele sido condenado por prática de ato ilícito

apenas responde por este, uma vez que como nenhum valor recebeu do paciente nada teria que devolver (dano material).

Posteriormente, a questão do dano moral é decidida em apenas duas linhas 267-268, tendo como fundamento apenas que seria “por demais elevado”, considerando os “parâmetros ordinariamente adotados pela Turma”. Quais parâmetros? Em que casos? O relator deliberadamente não bem fundamenta sua decisão.

Caso 04

O Caso 04 versa sobre um recurso especial apreciado pela 4ª. Turma do STJ, em decisão unânime, que não foi conhecido, estando assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado.

A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente.

Recurso não conhecido.

(REsp 467878/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2002, DJ 10/02/2003, p. 222)

O Recurso Especial interposto sustenta quatro fundamentos, quais sejam: a) que não poderia ser responsabilizada a recorrente pelo simples fato de que o médico réu não recorreu da sentença; b) não incidência do CDC, por ser entidade filantrópica; c) violação ao art. 535, I do CPC; d) dissídio jurisprudencial. O Recurso Especial não foi conhecido, tendo o ministro relator/turma refutado os quatro fundamentos arguidos pela parte recorrente: a) responde a recorrente por ser prestadora de serviços; b) responde mesmo sendo filantrópica por violação do dever de informação que decorre do CDC e das regras éticas da medicina, destacando a questão do consentimento informado; c) não houve ofensa ao art. 535, I do CPC, posto que não fora por falta de prequestionamento que não se conheceu do recurso; d) a divergência apontada não abrange a situação específica dos autos.

Na situação fática apresentada uma paciente postula indenização contra um hospital (Santa Casa de Misericórdia) e um médico, em razão de erro médico decorrente de cirurgia oftalmológica na qual a mesma perdeu a visão, sem que tivesse sido

informada que a cirurgia apresentava risco de perda total da visão. Os demandados foram condenados ao pagamento de um pensionamento vitalício, de um salário mínimo e a uma indenização por dano moral no valor de 300 salários mínimos. A apelação manteve a sentença.

Como consequência, houve a manutenção da decisão do Tribunal de origem, onde a entidade hospitalar continuou responsabilizada pelos danos materiais e morais da paciente.

Passe-se a análise do acórdão.

-
30. RECURSO ESPECIAL Nº 467.878 -RJ (2002/0127403-7)
 31.
 32. RELATOR : MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR
 33. RECORRENTE : SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DO RIO DE JANEIRO
 34. ADVOGADO : SÉRGIO BRUM DE BARROS E OUTROS
 35. RECORRIDO : MARIA JOANA DE SANTANA VIEIRA
 36. ADVOGADO : SANDRA REGINA MARIA DE ALCÂNTARA E OUTROS
 37.
 38. RELATÓRIO
 39.
 40. O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:
 41.
 42. Maria Joana de Santana Vieira ajuizou ação de indenização por
 43. danos materiais e morais contra a Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro
 44. e o Dr. Paulo José Pereira, em razão de erro médico por ocasião de intervenção
 45. cirúrgica na qual teve sua visão irremediavelmente comprometida. Afirmou que em
 46. momento algum fora informada de que a cirurgia apresentava risco de perda total
 47. da visão.
 48.
 49. Julgada parcialmente procedente a ação, foram condenados os réus
 50. ao pagamento de indenização por danos materiais, sob a forma de
 51. pensionamento vitalício, em prestações mensais fixas de um salário mínimo, a
 52. contar do evento, e pelo dano moral, com indenização no valor equivalente a 300
 53. salários mínimos.
 54.
-

Caso 04 - Fragmento 02

Em seu relatório o entre as linhas 42-53 do fragmento 02 o ministro relator realiza a intertextualidade constitutiva ao relatar os fatos contidos nos autos e a decisão de primeiro grau. O mesmo ocorrendo no fragmento três (linhas 55-71).

-
55. A primeira ré apelou e disse que a apelada sempre teve, antes,
 56. durante e depois da operação, acompanhamento médico dedicado. O sacrifício
 57. do nervo ótico provavelmente deveu-se à demora na realização da cirurgia.
 58. Ponderou que não houve qualquer erro na condução do ato cirúrgico, não tendo
 59. havido imperícia, imprudência ou negligência, conforme comprovou o laudo
 60. pericial. Esclareceu que a autora, na qualidade de portadora de tumor na hipófise,
 61. que comprimia o nervo ótico, após relutar em realizar a cirurgia e quando o quadro
 62. já estava agravado, a caminho de perder completamente a visão, só então
 63. propôs-se à intervenção cirúrgica. Logo, afastada a culpa com relação ao ato

64. cirúrgico, somente haveria responsabilidade dos réus se comprovado erro no
 65. atendimento pré ou pós-operatório que tivesse contribuído para o resultado
 66. danoso o que, no entender da apelante, não ocorreu. Sustentou que todos os
 67. esclarecimentos sobre o risco da cirurgia foram prestados, inclusive quanto à
 68. urgência da intervenção a fim de impedir o crescimento do tumor que,
 69. comprimindo o nervo ótico, provocaria a perda total da visão, fato que acabou
 70. acontecendo, apesar das diligências dos profissionais que realizaram a cirurgia.
 71. Por fim, entendeu excessiva a verba indenizatória arbitrada.

Caso 04 - Fragmento 03

72. A egrégia Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio
 73. de Janeiro negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:
 74.
 75. "Direito do consumidor. Fato do serviço. Direito civil. Fato de
 76. terceiro. Erro médico. Indenização.
 77. 1) A relação jurídica existente entre as partes é de consumo
 78. e, portanto, regida pela Lei no 8.078/90. 1.1) A Apelada, antes de
 79. submeter-se à intervenção cirúrgica, tinha o direito à informação
 80. adequada, clara e precisa de todas as circunstâncias que
 81. envolviam o ato cirúrgico, inclusive, aos riscos da operação
 82. (consentimento esclarecido). Assim não agindo os Réus,
 83. caracterizado está o fato do serviço, na forma da parte final do artigo
 84. 14, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 1.2) A pessoa
 85. jurídica Apelante responde, objetivamente, nos termos do prefalado
 86. artigo 14. 2) Ad argumentandum tantum, ainda que se pretendesse
 87. fazer incidir à espécie o Código Civil, inafastável seria a aplicação
 88. do artigo 1521, III, eis que, provada a culpa do médico,
 89. solidariamente responde a Apelante. 3) O erro médico não consiste,
 90. apenas, na falha do profissional no que respeita ao ato cirúrgico em
 91. si mas, certamente, pode ocorrer tanto na fase pré-operatória,
 92. quanto na do pós-operatório. No caso, houve violação do dever de
 93. conselho, bem assim da regra que assegura ao paciente o direito à
 94. informação completa, adequada, clara e precisa sobre o serviço
 95. contratado, questão já coberta pelo manto da coisa julgada, à falta
 96. de recurso do profissional. 4) Presentes os pressupostos
 97. ensejadores da responsabilidade civil, nítido exsurge o dever de
 98. indenizar, sendo que a indenização arbitrada pelo Juízo
 99. monocrático encontra-se prudente e adequadamente arbitrada,
 100. respeitando o princípio da razoabilidade. Recurso da 1ª Ré não
 101. provido" (fls. 75/76).

Caso 04 - Fragmento 04

Já no fragmento 04 o ministro relator realiza a intertextualidade manifesta ao transcrever ementa de decisão segundo grau nas linhas 75-101.

102. Rejeitados os embargos de declaração, a Santa Casa de
 103. Misericórdia do Rio de Janeiro interpôs recurso especial (art. 105, III, a e c, da
 104. CF). Alega ter o r. acórdão violado os arts. 3º e 14 do CDC, ao estender sua
 105. incidência ao atendimento filantrópico prestado pela Santa Casa à recorrida, visto
 106. não se poder igualar a instituição, cuja atividade de auxílio médico à população se
 107. dá gratuitamente, com aquelas que prestam serviços médicos de forma
 108. empresarial, visando lucro, estas sim, sujeitas aos rigores do CDC. Teria sido
 109. contrariado o art. 509 do CPC, pois entende que o seu recurso também beneficia
 110. o co-réu, que não recorreu, pelo que não poderia ser reconhecida a
 111. responsabilidade solidária da Santa Casa apenas por falta de recurso judicial do
 112. médico, condenado em primeiro grau. Na verdade, não existe coisa julgada no
 113. que tange à existência de culpa do profissional, fundamento alternativo usado
 114. para, com base no art. 1521, III, do CC, condenar a Santa Casa. Por fim, teria

115. havido negativa de vigência ao art. 535, I, do CPC, uma vez que foram interpostos
 116. os embargos declaratórios cabíveis versando exatamente sobre ambos os pontos
 117. destacados, mas não supridos. Aponta dissídio jurisprudencial.
 118. Com as contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem. Dei
 119. provimento ao Ag 446.620/RJ, para que se processasse nestes autos o recurso
 120. especial.
 121.
 122. É o relatório.

Caso 04 - Fragmento 05

É patente que os discursos jurídicos advindos dos tribunais são representados, sendo a representação do discurso “uma forma de intertextualidade na qual partes de outros textos são incorporados a um texto e explicitamente marcadas como tal [...]”, sendo uma dimensão da prática social⁶⁸⁰ jurídica. É justamente isso que ocorre no fragmento 05, onde o ministro relator, nas linhas 102-118 explicita o conteúdo do Recurso analisado e as ocorrências anteriores a chegada do mesmo no STJ. Já no fim da linha 118, o produtor do texto aparece de forma bem saliente ao usar o verbo “dar” na primeira pessoa do singular, sendo certo que a escolha do verbo ato de fala é sempre significativa⁶⁸¹, destacando nas linhas 119-120 que fora o relator que possibilitou que o Recurso chegasse até o STJ.

-
123. RECURSO ESPECIAL Nº 467.878 -RJ (2002/0127403-7)
 124.
 125. RELATOR : MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR
 126. RECORRENTE : SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DO RIO DE JANEIRO
 127. ADVOGADO : SÉRGIO BRUM DE BARROS E OUTROS
 128. RECORRIDO : MARIA JOANA DE SANTANA VIEIRA
 129. ADVOGADO : SANDRA REGINA MARIA DE ALCÂNTARA E OUTROS
 130. VOTO
 131.
 132. O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator):
 133.
 134. O recurso especial não pode ser conhecido:
 135.
 136. a) o fundamento pelo qual foi responsabilizada a ora recorrente está
 137. em ser ela a fornecedora dos serviços médico-hospitalares em razão dos quais
 138. aconteceu o dano. Somente como argumento de reforço foi dito que tal
 139. responsabilidade também decorria da aceitação da culpa do médico, co-réu que
 140. não recorreu. Ainda que tal argumento pudesse ser rejeitado, por incidência do
 141. art. 509 do CPC, persiste o outro fundamento: a ré responde por ser a
 142. fornecedora do serviço;
 143.
 144. b) o fato de ser a Santa Casa uma entidade filantrópica não a isenta
 145. da responsabilidade de atender ao dever de informação, e de responsabilizar-se
 146. pela falta cometida pelo seu médico, que deixa de informar a paciente de cirurgia
 147. de risco sobre as possíveis consequências da intervenção. A obrigação de obter
 148. o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de

⁶⁸⁰ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 138 e p. 140.

⁶⁸¹ Idem, ibidem. p. 155.

149. consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a
 150. atividade médico-hospitalar, destacando-se entre elas o consentimento informado.
 151. Segundos as instâncias ordinárias, esse dever não foi cumprido;

Caso 04 - Fragmento 06

Em seu voto, o ministro relator principia com uma negação na linha 134 do fragmento 06. Frases negativas são usadas com finalidades polêmicas e incorporam outros textos para confrontá-las⁶⁸², o que é realizado na sequência, no próprio fragmento 06 e no fragmento 07, abaixo transcrito, onde passa o produtor textual a desconstituir, um a um, os argumentos recursais, para ao final, não conhecer do recurso.

-
152. c) a ofensa ao art. 535 do CPC não pode ser reconhecida porquanto
 153. a egrégia Câmara enfrentou os temas que lhe foram propostos, logo, não é por
 154. falta de prequestionamento que não se conhece do recurso da ré;
 155.
 156. d) a alegada divergência a respeito do art. 535 do CPC não se
 157. configura porque os precedentes indicados são genéricos, não se referindo à
 158. situação específica dos autos, nos quais o julgamento da apelação esgotou
 159. suficientemente a matéria.
 160.
 161. Posto isso, não conheço.
 162. É o voto.

Caso 04 - Fragmento 07

-
1. RECURSO ESPECIAL Nº 467.878 -RJ (2002/0127403-7)
 - 2.
 3. RELATOR : MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR
 4. RECORRENTE : SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DO RIO DE JANEIRO
 5. ADVOGADO : SÉRGIO BRUM DE BARROS E OUTROS
 6. RECORRIDO : MARIA JOANA DE SANTANA VIEIRA
 7. ADVOGADO : SANDRA REGINA MARIA DE ALCÂNTARA E OUTROS
 8. EMENTA
 - 9.
 10. RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento
 11. informado.
 12. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde
 13. solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a
 14. obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia
 15. de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente.
 16. Recurso não conhecido.
 - 17.
 18. ACÓRDÃO
 - 19.
 20. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima
 21. indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de
 22. Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Aldir
 23. Passarinho Junior e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator.
 24. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e
 25. Barros Monteiro.
 - 26.
 27. Brasília (DF), 05 de dezembro de 2002(Data do Julgamento).

⁶⁸² FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 156-157.

28.

29. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

Caso 04 - Fragmento 01

Entre as linhas 10-16 (fragmento 01 - Ementa), o ministro relator externa o seu ponto de vista concordando com a avaliação jurídica contida no acórdão do Tribunal de origem, mas não destacando todos os aspectos nela abordados, limitando-se a abordar a responsabilidade solidária, mesmo sendo a entidade sem fins lucrativos (linhas 12-13) e destacando a não obtenção do consentimento informado (vide item 4.3) pelo médico preposto (linhas 13-14).

Destaque-se a decisão do Tribunal de origem pautou-se no CDC (linhas 75-101 do fragmento 04), reconhecendo expressamente a responsabilidade objetiva da entidade, e ainda a culpa do médico preposto no tocante ao dever de informar.

A ementa da decisão do STJ não menciona o CDC, nem a responsabilidade objetiva. É um silêncio proposital e eloquente que retira estrategicamente o que foi dito pelo Tribunal de origem numa nítida estratégia de reificação, operada através da nominalização/passivização, onde há a concentração da atenção em certos temas em prejuízo de outros, com apagamento de atores e ações.⁶⁸³

Quanto à prática sócio-jurídica, pode-se afirmar que o acórdão, reconhece a possibilidade caracterização de negligência médica quando o médico não obtém do paciente o seu consentimento informado, ou seja, o médico “que deixa de cumprir” é omissivo, logo negligente.

Neste caso, como nos Casos 02 e 03, também houve o reconhecimento de uma situação de negligência informacional que resultou em condenação, mas de modo diverso aqui houve a condenação da entidade por ato omissivo do médico.

⁶⁸³ RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. **Análise de discurso (para a crítica)**: o texto como material de pesquisa. Campinas: Pontes Editores, 2011. p.26-27 ; THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 81.

Cláudia Lima Marques⁶⁸⁴ trata esse caso como um *leading case* (caso de inspiração), afirmando que a decisão é de grande importância em virtude do enfrentamento de duas questões: a “responsabilização solidária do hospital por falha médica” e por “falha ou incumprimento no dever pré-contratual de informar e obter o consentimento esclarecido”⁶⁸⁵, estabelecendo em suas conclusões que “a informação é um dever por si só dos médicos e demais fornecedores de serviços de saúde, dentre eles o hospital e a clínica, e que seu descumprimento causa dano per se” entendendo que o “dano informativo é um tipo de dano autônomo”⁶⁸⁶, no que concorda-se, acrescentando que se trata, como já dito, de um caso de negligência informacional.

Caso 05

O Caso 05 versa sobre um recurso especial apreciado pela 4ª. Turma do STJ, em decisão unânime, que foi conhecido e provido em parte, estando assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA PRECLUSA. EXAME LABORATORIAL HIV - AIDS. FALSO POSITIVO. DEVER DE INFORMAR O PACIENTE SOBRE A POSSIBILIDADE DO RESULTADO NÃO SER CONCLUSIVO. RESPONSABILIDADE DO LABORATÓRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM EXCESSIVO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA N. 326/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO PROVIDO.

1. Deve ser obedecido o comando expresso na coisa julgada, estando preclusa a arguição de prescrição.
2. Negligente o laboratório, displicente sua conduta, sendo responsável pela ausência de informação suficiente e adequada ao paciente do resultado de sua sorologia anti-HIV, ressaltando inclusive a possibilidade do resultado se mostrar equivocado, bem como de realizar novos exames, uma vez ciente de que o exame realizado não era conclusivo.
3. A revisão do valor da indenização por dano moral só ocorre nos casos de valores excessivos ou irrisórios. In casu, se mostra excessiva a quantia fixada, devendo ser reduzida a patamares razoáveis.
4. Evidente o propósito de reexame do conjunto fático-probatório, ao se pretender a revisão das provas produzidas nos autos quanto à responsabilidade solidária da segunda ré.
5. "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (Súmula n. 326/STJ).

⁶⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. RT, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 19.

⁶⁸⁵ Idem, ibidem. p. 19.

⁶⁸⁶ Idem, ibidem. p. 29, 32 e 33.

6. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, provido.
(REsp 707541/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 30/04/2007, p. 323)

O Recurso Especial interposto sustenta 05 fundamentos, quais sejam: a) prescrição; b) violação a igualdade processual; c) violação de artigos do CC por não ter havido solidariedade condenatória; d) violação ao princípio da proporcionalidade por excesso na condenação por danos morais; e) ausência de condenação em sucumbência recíproca. O relator/turma: a) afastou prescrição por já tido sido objeto de julgamento anterior transitado em julgado; b) reconheceu a responsabilidade (negligência) do laboratório recorrente por deixar de informar, mesmo podendo ser condenado em face da responsabilidade objetiva com base no CDC; c) reconheceu como excessivo o valor da condenação, reduzindo-se de R\$ 350.000,00 para R\$ 20.000,00; d) quanto a responsabilidade solidária, não foi conhecido no particular por óbice da súmula nº 7 (reexame fático-probatório); e) não houve sucumbência recíproca porque o valor pedido na inicial pelo dano moral fora considerado meramente estimativo.

A situação fática reporta, na origem, uma ação judicial interposta por empregado contra o seu empregador e contra um laboratório em virtude de resultado falso positivo no tocante ao vírus HIV quando se submeteu a exame periódico de saúde a pedido de seu empregador.

Houve o reconhecimento da responsabilidade do laboratório por negligência informacional (ausência de informação suficiente e adequada), “pois este tinha o dever de informar o paciente do resultado de sua sorologia anti-HIV, ressaltando inclusive a possibilidade do resultado se mostrar equivocado, bem como de realizar novos exames, uma vez ciente de que o exame realizado não era conclusivo.” Houve ainda a aplicação da responsabilidade objetiva com base no CDC (item 5.3).

63. RECURSO ESPECIAL Nº 707.541 -RJ (2004/0171881-9)

64.

65. RELATOR : MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA

66.

67. RECORRENTE : ANÁLISES MÉDICAS JOTAESSE S/A

68.

69. ADVOGADO : WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E

70. OUTROS

71. RECORRIDO : IVAN FERREIRA DA SILVA

72. ADVOGADO : PAULO CÉSAR DE MATTOS GONÇALVES CRUZ E OUTRO

73. RECORRIDO : TV GLOBO LTDA
 74. ADOGADO : JOSÉ PERDIZ DE JESUS E OUTROS
 75.
 76. RELATÓRIO
 77.
 78. O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):
 79.
 80. Trata-se de recurso especial, interposto por ANÁLISES MÉDICAS
 81. JOTAESSE S/A, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da
 82. Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do
 83. Rio de Janeiro, assim ementado:
 84.
 85. "Responsabilidade civil. Pedido de reparação de danos morais.
 86. Exame laboratorial de empregado que apresenta resultado positivo
 87. no tocante ao vírus HIV. Sentença de procedência quanto ao
 88. laboratório e de improcedência quanto ao empregador. Provimento
 89. parcial da apelação do primeiro réu, apenas para excluir a pena por
 90. Litigância de má-fé, mantendo-se, em todos os demais aspectos, a
 91. sentença apelada. É dever do laboratório, sabedor da deficiência da
 92. metodologia empregada, informar o cliente de tal circunstância, além de
 93. orientá-lo para a realização de novos exames, mais adequados. A
 94. violação desse dever implica a obrigação de reparar. Por outro lado,
 95. compete ao autor a prova de todas as questões fáticas relativas ao exame
 96. do elemento culpa, constitutivo do alegado direito subjetivo. Não tendo o
 97. autor se desincumbido desse ônus, quanto ao empregador, correto é
 98. provimento judicial no sentido da improcedência. Provimento parcial da
 99. apelação do primeiro réu e desprovimento da apelação do autor." (fls.
 100. 183).

Caso 05 - Fragmento 02

No fragmento 02 o ministro relator realiza a intertextualidade manifesta ao transcrever ementa de decisão segundo grau nas linhas 85-100.

-
101. Alega o recorrente violação dos arts. 27 do Código Consumerista; 21,
 102. 127, I, e 131 do Código de Processo Civil; 159, 1059, 1060, 1.518 e 1537 do Código
 103. Civil de 1916; assevera restar ferido o princípio da razoabilidade, inserto nos arts.
 104. 1.059 e 1.537 do Código Civil revogado; apresenta divergência jurisprudencial com
 105. julgados deste Tribunal Superior.

Caso 05 - Fragmento 03

Em seu relatório o entre as linhas 101-105 do fragmento 03 o ministro relator realiza a intertextualidade constitutiva ao relatar o conteúdo da peça recursal.

-
106. Suscita, preambularmente, a ocorrência de prescrição quinquenal,
 107. consoante a norma contida no art. 27 da Lei n. 8.078/90, uma vez que o dispositivo
 108. não distingue a natureza do dano, abrangendo todos os danos resultantes ou causados
 109. pelo alegado serviço defeituoso.
 110.
 111. No mérito recursal, alega violação do princípio da igualdade processual,
 112. asseverando que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor somente se dá
 113. quando é para beneficiar o recorrido ou para prejudicar o recorrente.
 114.
 115. Aduz o recorrente que não agiu com culpa e tampouco cometeu falha no
 116. serviço, mas ressalta que foi condenado por faltar com o dever jurídico de alertar o
 117. cliente sobre os riscos do exame, quando cabia ao médico da segunda ré o dever de
 118. solicitar novos exames; aponta como violados os arts. 159 e 1.060 do Código Civil de
 119. 1916, por alegar culpa solidária da TV Globo, empregadora do autor, pelo fato de não
 120. o ter encaminhado a outro médico especialista.

121. Alega que o princípio da razoabilidade não fora observado, ao referir-se
 122. à condenação imposta, de 1.000 salários-mínimos, aproximadamente R\$ 350.000,00
 123. (trezentos e cinquenta mil reais) em valores atuais, uma vez que sua culpa se restringiu
 124. apenas a não comunicar ao autor que o resultado do exame não era conclusivo; nesse
 125. sentido, aponta ofensa aos arts. 1.059, 1.060 e 1.537 do Código Civil de 1916.
 126.
 127. Argúi malferimento do art. 21 da Lei Adjetiva Civil, ao fundamento de
 128. que o recorrido pediu indenização em valor certo, mas foi condenado em quantia
 129. inferior ao pedido, devendo ser aplicada aquela norma, uma vez que houve
 130. sucumbência recíproca.
 131.
 132. Provoca dissenso jurisprudencial em relação à prescrição, à inexistência
 133. de nexos causal do suposto dano moral, ao excessivo valor da indenização, bem como
 134. em relação à sucumbência recíproca.
 135.
 136. Apresentadas as contra-razões, subiram os autos por força da conversão
 137. do agravo de instrumento em recurso especial.
 138. É o relatório.

Caso 05 - Fragmento 04

Em seu relatório o entre as linhas 101-105 do fragmento 03 e 106-134 do fragmento 04, o ministro relator realiza a intertextualidade constitutiva ao esmiuçar com detalhes os fundamentos do Recurso Especial, ou seja, o relator resumiu em trinta e quatro linhas o conteúdo da peça recursal.

No tocante as contrarrazões, limitou-se a asseverar que as mesmas foram oferecidas, consoante se depreende da linha 136, omitindo (deliberadamente?) o seu conteúdo, o que caracteriza uma estratégia discursiva na construção do seu relatório.

A esta altura, pelos casos já analisados, pode-se concluir que é prática constatada que o conteúdo das contrarrazões não é levado ao relatório pelos ministros relatores.

-
180. VOTO
 181.
 182. O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):
 183.
 184. 1. Inicialmente, não guarda chance de êxito a alegada prescrição.
 185. Como ressei dos autos, a questão da prescrição já foi objeto de decisão
 186. por este Tribunal Superior no AgRg no Ag 585.235/RJ, transitada em julgado, onde
 187. restou assentado o entendimento da não incidência da prescrição quinquenal prevista
 188. no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor em ação de reparação de danos com
 189. fundamento em responsabilidade civil.
 190.
 191. 2. No mérito, a irresignação não propicia êxito.
 192. Cuida-se de ação de reparação de danos morais proposta pelo recorrido
 193. em decorrência de exame laboratorial que apontou falso positivo para reagente ao
 194. vírus HIV, quando se submeteu a exame periódico de saúde a pedido da segunda ré, a
 195. TV Globo; contestou o laboratório, alegando, em síntese, que o método ELISA é

196. falível, que não houve erro humano ou do operador, assim também que não foi
 197. responsável pela comunicação do resultado do exame, que foi realizada pelo médico
 198. da TV Globo.

Caso 05 - Fragmento 06

Na linha 191 o ministro relator já antecipa sua conclusão de mérito ao asseverar que “a irresignação não propicia êxito”.

-
199. Ora, evidente que não houve falha do serviço porque o exame
 200. laboratorial não foi repetido nem confirmado com o fim de detectar possível
 201. ocorrência de erro; **todavia, o laboratório deixou de informar, adequada e**
 202. **suficientemente, o paciente acerca da probabilidade do exame dar falso positivo,**
 203. **deixando-o exposto à dor e à sofrimento indevidos, próprios de quem se acha portador**
 204. **do vírus HIV, causador da AIDS, doença sabidamente incurável e de forte estigma e**
 205. **preconceito social; essas circunstâncias por si só são suficientes para configurar dano**
 206. **moral, apesar de, no caso, o laboratório ter responsabilidade objetiva, em razão do que**
 207. **dispõe o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.**
 208.
 209. Por outro lado, a recorrente não se cercou dos cuidados necessários, pois,
 210. a teor do que determina a Portaria n. 488, de 17 de junho de 1998, do Ministério da
 211. Saúde, o exame para detectar o vírus HIV é falível. Sendo concreta a possibilidade do
 212. exame não apresentar, em um primeiro momento, resultado absolutamente confiável,
 213. determina aquele ato normativo que sejam realizados simultaneamente dois testes –
 214. HIV 1 e HIV 2.
 215.
 216. **Houve, de fato, negligência do laboratório, pois este tinha o dever de**
 217. **informar o paciente do resultado de sua sorologia anti-HIV, ressaltando inclusive a**
 218. **possibilidade do resultado se mostrar equivocado, bem como de realizar novos**
 219. **exames, uma vez ciente de que o exame realizado não era conclusivo.**

Caso 05 - Fragmento 07

Entre as linhas 201-219 encontram-se as razões do ministro relator, sendo duas passagens relevantes: a primeira localiza-se nas linhas 201-202 onde o ministro conclui que o laboratório “deixou de informar adequada e suficientemente, o paciente” e a segunda nas linhas 216-217 onde conclui que “houve, de fato, negligência do laboratório, pois este tinha o dever de informar o paciente”.

Essa falta de informação, consoante a doutrina a legislação estudada (itens 4.1, 4.2 e 4.3) viola o CDC, notadamente o art. 6º, III, art. 8º, *caput* e art. 14, *caput*.

O ministro relator busca argumento de autoridade na jurisprudência da Corte para robustecer sua decisão na sequência, que se localiza no fragmento 08, entre as linhas 220-251.

-
220. A jurisprudência sobre o tema é forte nesse sentido, confira-se:
 221.
 222. "Laboratório de análises clínicas. Responsabilidade. Exame relativo à
 223. presença de HIV. Precedente.

224. 1. Está assentado na jurisprudência da Corte que é responsável o
 225. laboratório "que fornece laudo positivo de HIV, repetido e confirmado,
 226. ainda que com a ressalva de que poderia ser necessário exame
 227. complementar. Essa informação é importante e reduz a
 228. responsabilização do laboratório, mas não a exclui totalmente, visto que
 229. houve defeito no fornecimento do serviço, com exame repetido e
 230. confirmado, causa de sofrimento a que a paciente não estava obrigada.
 231. Além disso, o laboratório assumiu a obrigação de realizar exame com
 232. resultado veraz, o que não aconteceu, pois os realizados depois em
 233. outros laboratórios foram todos negativos" (REsp nº 401.592/DF,
 234. Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 2/9/02).
 235. 2. Não cabe a revisão do dano moral quando o valor fixado não é
 236. absurdo, despropositado, fora dos padrões de razoabilidade.
 237. 3. Não conheço do especial." (REsp 258.011/SP, relator para o acórdão
 238. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Quarta Turma, DJ de
 239. 5.9.2005).
 240. "RESPONSABILIDADE CIVIL. Laboratório de análises clínicas. HIV.
 241. Responsabilidade do laboratório que fornece laudo positivo de HIV,
 242. repetido e confirmado, ainda que com a ressalva de que poderia ser
 243. necessário exame complementar. Essa informação é importante e reduz a
 244. responsabilização do laboratório, mas não a exclui totalmente, visto que
 245. houve defeito no fornecimento do serviço, com exame repetido e
 246. confirmado, causa de sofrimento a que a paciente não estava obrigada.
 247. Além disso, o laboratório assumiu a obrigação de realizar exame com
 248. resultado veraz, o que não aconteceu, pois os realizados depois em
 249. outros laboratórios foram todos negativos.
 250. Recurso conhecido e provido." (REsp 401.592/DF, relator Ministro Ruy
 251. Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 2.9.2002).

Caso 05 - Fragmento 08

252. 3. Quanto à revisão do quantum arbitrado, o entendimento deste Superior
 253. Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na
 254. fixação, pelas instâncias ordinárias, violam os princípios da razoabilidade e da
 255. proporcionalidade, tornando possível, assim, a revisão do arbitramento.
 256.
 257. Oportuno colacionar, nesse sentido, o seguinte julgado:
 258.
 259. "PROCESSO CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE
 260. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. INCLUSÃO
 261. INDEVIDA EM REGISTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.
 262. CONSTRANGIMENTO PREVISÍVEL DÉBITO QUITADO.
 263. INDENIZAÇÃO. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. [...] 3.
 264. Constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas
 265. instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em
 266. flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da
 267. proporcionalidade, é possível a revisão, nesta Corte, da aludida
 268. quantificação. Precedentes. 5. Recurso conhecido parcialmente e, nesta
 269. parte, provido." (REsp 738347/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta
 270. Turma, DJ 01.07.2005 -grifos nossos)
 271.
 272. In casu, consideradas a repercussão dos fatos e a lesão suportada pela
 273. autor, têm-se como excessivo e fora dos parâmetros usuais o montante equivalente a
 274. 1.000 salários mínimos, sendo de rigor reduzir a indenização para R\$ 20.000,00 (vinte
 275. mil reais).

Caso 05 - Fragmento 09

No fragmento 09, entre as linhas 252-275 o ministro relator realiza a revisão do valor arbitrado a título de dano moral, considerando-o exagerado para o caso concreto e

fixando o valor em R\$ 20.000,00, consoante fundamentação específica contida nas linhas 272-275.

276. 4. No que se refere à responsabilidade solidária da TV Globo, segunda
 277. ré, o recurso não merece sequer conhecimento.
 278. Evidente o propósito de reexame do conjunto fático-probatório, ao se
 279. pretender a revisão das provas produzidas nos autos. As alegações possuem estreita
 280. relação com os elementos de convicção produzidos nos autos, fato que torna
 281. inadmissível sua revisão na via do recurso especial.
 282.
 283. Colhe-se, por oportuno, das razões de decidir firmadas no acórdão
 284. recorrido o seguinte trecho:
 285.
 286. "Pois bem, ocorre que não há um elemento sequer nos autos que sirva
 287. para comprovar: a) que a segunda ré determinou ao autor a prática do
 288. exame; b) que a segunda ré escolheu o respectivo laboratório; c) que a
 289. segunda ré deixou de dar ao autor a orientação adequada.
 290.
 291. Caberia ao autor produzir prova quanto a tais aspectos, insistir na
 292. realização de prova oral, com depoimentos pessoais e de testemunhas, e
 293. não quedar-se inerte, como se lhe bastasse a simples alegação. Como
 294. isto não ocorreu, tem-se que é precária ou nenhuma a prova de que
 295. concorreu a segunda ré para o dano, agindo culposamente" (fls. 186).

Caso 05 - Fragmento 10

Entre as linhas 276-295 do fragmento 10 não conhece do Recurso Especial no tocante a responsabilidade solidária da segunda ré por ser “evidente o propósito de reexame do conjunto fático-probatório”, exposto nas linhas 278-279.

296. 5. Por último, no que tange aos ônus sucumbenciais, não assiste razão ao
 297. recorrente, uma vez ser meramente estimativa a quantia pedida a título de danos
 298. morais na petição inicial, sendo de rigor aplicar o enunciado n. 326 da Súmula do
 299. Superior Tribunal de Justiça, verbis :
 300.
 301. "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante
 302. inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".
 303.
 304. Com idêntica orientação, têm-se ainda os seguintes julgados: REsp
 305. 714.689/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 6.11.2006; REsp 792.418/RN,
 306. Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 22.5.2006; REsp 826.406/RJ, Rel.
 307. Ministro Jorge Scartezini, DJ de 15.5.2006; REsp 773.486/SP, Rel. Ministro
 308. Fernando Gonçalves, DJ de 17.10.2005.
 309.
 310. 6. Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, na extensão,
 311. dou-lhe provimento, para reduzir o valor fixado a título de reparação por danos morais
 312. para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigíveis a partir desta data.
 313. É como voto.

Caso 05 - Fragmento 11

Entre as linhas 296-308 está encartada a decisão no tocante a outro ponto suscitado no REsp, qual seja, os ônus sucumbenciais. No particular, o ministro busca argumento de autoridade invocando entendimento sumulado (linha 298) e na jurisprudência da Corte para robustecer sua decisão nas linhas 304-308.

Já nas entre linhas 310-313 o ministro decide a questão do valor da indenização por dano moral, reduzindo-o, sem uma explicitação clara a este respeito, o que suscitou um debate entre os ministros que por razões de delimitação temática não foram abordadas no presente estudo.

Caso 06

O Caso 06 versa sobre um Agravo Regimental em Agravo de Instrumento apreciado pela 3ª. Turma do STJ, em decisão unânime, que foi conhecido, mas não provido, e está assim ementado:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 818144/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 264)

O entendimento fixado pela 3ª. Turma do STJ foi que “o acórdão recorrido não se afastou da prova para concluir que houve negligência na espécie” e que “o valor arbitrado em 200 salários mínimos não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não se justificando a intervenção do Superior Tribunal de Justiça para rever o *quantum*”.

A situação fática denota que uma paciente submeteu-se a uma cirurgia para retirada de bolsa palpebral com médico oftalmologista, tendo o mesmo descumprido seu dever de informar acerca dos riscos. A decisão fundamentou-se no art. 8º. do CDC, chamando atenção o depoimento do médico demandado em juízo, que asseverou ‘mas não disse que ficariam tais como de fl. 19, porquanto se falar ninguém faz’.

Destaca-se do voto do relator: “Nas circunstâncias dos autos, o dever do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia foi descumprido, o que caracteriza a negligência no exercício profissional.”

Como consequência houve a manutenção da condenação do médico por dano moral no patamar de 200 salários mínimos em decorrência da cirurgia oftalmológica que

deixou deformações na paciente, com a devolução integral do valor pago a título de dano material.

Passe-se, então, a análise do acórdão.

-
30. AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 818.144 - SP (2006/0194230-5)
 31.
 32. RELATÓRIO
 33.
 34. EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):
 35.
 36. O agravo regimental ataca a seguinte decisão, in verbis:
 37.
 38. "Os autos dão conta de que Maria Aparecida Hernandes dos
 39. Santos ajuizou ação de indenização por danos materiais e
 40. morais contra Sérgio Passerotti, médico oftalmologista,
 41. alegando que 'foi submetida a uma cirurgia para retirada de
 42. bolsa palpebral realizada pelo requerido, em 29 de outubro de
 43. 1999' e que, 'em razão desse procedimento cirúrgico, seus
 44. olhos ficaram deformados' (fl. 126).
 45. A MM. Juíza de Direito Substituta Dra. Carina Lucheta
 46. Carrara julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o
 47. Réu ao pagamento da quantia de R\$ 243,60 (duzentos e quarenta
 48. e três reais e sessenta centavos) por danos materiais e 50
 49. salários mínimos a título de danos morais (fl. 126/140).
 50.
 51. A Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça
 52. do Estado de São Paulo, Relator o Desembargador Ribeiro da
 53. Silva, reformou em parte a sentença para fixar o valor da
 54. indenização por danos morais em 200 salários mínimos (fl.
 55. 31/37).
 56.
 57. Opostos embargos de declaração (fl. 39/55), foram
 58. rejeitados (fl. 56/62).
 59.
 60. Seguiu-se a interposição de recurso especial por Sérgio
 61. Passerotti, sustentando violação dos artigos 8º do Código de
 62. Defesa do Consumidor, 159 do Código Civil de 1916, 186 e 927
 63. do novo Código Civil, bem como divergência jurisprudencial
 64. (fl. 64/95).
-

Caso 06 - Fragmento 02

Encontramos, como de regra, intertextualidade manifesta em transcrições do feito originário e intertextualidade constitutiva ao relatar o conteúdo da peça recursal e decisão recorrida (linhas 36-64).

-
73. O voto condutor do acórdão recorrido assim dimensionou os
 74. fatos:
 75.
 76. 'Tratando-se de pessoa morena, o que é comum no nosso
 77. povo produto da miscigenação, o médico, como entendeu a
 78. sentença, tinha a obrigação de informar a consumidora, de
 79. acordo com o art. 8º do Código, de todos os riscos, e em
 80. especial os quelóides ou tração na pálpebra após a cirurgia,
 81. admitidos em seu depoimento pessoal em Juízo, fl. 289, 'mas
 82. não disse que ficariam tais como de fl. 19, porquanto se falar

83. ninguém faz'.
 84.
 85. É portanto confesso quanto à matéria de fato, que as
 86. pálpebras inferiores da autora apresentavam tração, ou seja,
 87. uma exposição da borda palpebral (ectrópio).
 88.
 89. Nesse sentido, aliás, a resposta de quesitos de fl. 23,
 90. de que a autora ficara com ectrópios bilaterais, do médico que
 91. a operou depois Dr. Eudes de Sá Nóbrega.
 92.
 93. Embora o laudo da perita oficial tenha admitido o
 94. ectrópio, não foi conclusivo, como era de se esperar em casos
 95. da espécie. Mas isto não vincula o Juiz nos termos do CPC.
 96.
 97. A psicóloga afirmou que em decorrência da operação a
 98. autora passou a sofrer de depressão.
 99.
100. A testemunha Niceia disse que não foi relatado pelo réu
101. qualquer possibilidade de risco, o que demonstra evidente
102. negligência.
 103.
104. Finalmente, para pessoa de cor morena, a tração ou
105. quelóide é fato absolutamente previsível, o que demonstra a
106. culpa do réu em não alertar para os riscos de toda e qualquer
107. operação' (fl. 35/36).

Caso 06 - Fragmento 04

Em seu relatório o ministro relator transcreve passagem constante dos autos em que há o reconhecimento da culpa do réu (médico) nas linhas 104-107, o que fora feito através de prova testemunhal.

-
108. Parece razoável que o médico tinha o dever de prestar a
109. contento as informações sobre os riscos da cirurgia, não
110. podendo ser modificada a conclusão de que houve negligência na
111. espécie.
 112.
 113. A alteração do quantum indenizatório a título de danos
 114. morais apenas é possível, nesta instância especial, se o valor
 115. for irrisório ou abusivo – circunstâncias inexistentes no caso
 116. concreto, tendo em vista que, pelo menos até a data da
 117. sentença, a Autora ainda estava 'em tratamento médico de
 118. recomposição da anatomia de seus olhos, não tendo recobrado
 119. por completo a auto-estima' (fl. 138).
 120.
 121. Nego, por isso, provimento ao agravo. Intimem-se" (fl.
 122. 455/456).

Caso 06 - Fragmento 05

Entre as linhas 108-111 o ministro relator reconhece a conduta culposa do médico ao não prestar as informações, ou seja, reconhece a violar ao dever de informar como uma espécie de negligência. Essa falta de informação, consoante a doutrina a legislação estudada (itens 4.1, 4.2 e 4.3) viola o CDC, notadamente o art. 6º, III, art. 8º, *caput* e art. 14, *caput*.

149. AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 818.144 - SP (2006/0194230-5)

150.

151. VOTO

152.

153. EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

154.

155. A culpa é um conceito jurídico, e sua imputação pode ser

156. revista no âmbito do recurso especial, desde que observados os

157. fatos reconhecidos pela instância ordinária.

158.

159. Os fatos estão sob o jugo do enunciado contido na Súmula

160. nº 7 do Superior Tribunal de Justiça; já a imputação da culpa

161. constitui uma questão de direito apropriada ao recurso

162. especial.

163.

164. O voto condutor do acórdão recorrido assim dimensionou os

165. fatos:

166.

167. "Tratando-se de pessoa morena, o que é comum no nosso

168. povo produto da miscigenação, o médico, como entendeu a

169. sentença, tinha a obrigação de informar a consumidora, de

170. acordo com o art. 8º do Código, de todos os riscos, e em

171. especial os quelóides ou tração na pálpebra após a cirurgia,

172. admitidos em seu depoimento pessoal em Juízo, fl. 289, 'mas

173. não disse que ficariam tais como de fl. 19, porquanto se falar

174. ninguém faz'.

175.

176. É portanto confesso quanto à matéria de fato, que as

177. pálpebras inferiores da autora apresentavam tração, ou seja,

178. uma exposição da borda palpebral (ectrópio).

179.

180. Nesse sentido, aliás, a resposta de quesitos de fl. 23,

181. de que a autora ficara com ectrópios bilaterais, do médico que

182. a operou depois Dr. Eudes de Sá Nóbrega.

183.

184. Embora o laudo da perita oficial tenha admitido o

185. ectrópio, não foi conclusivo, como era de se esperar em casos

186. da espécie. Mas isto não vincula o Juiz nos termos do CPC.

187.

188. A psicóloga afirmou que em decorrência da operação a

189. autora passou a sofrer de depressão.

190.

191. A testemunha Niceia disse que não foi relatado pelo réu

192. qualquer possibilidade de risco, o que demonstra evidente

193. negligência.

194.

195. Finalmente, para pessoa de cor morena, a tração ou

196. quelóide é fato absolutamente previsível, o que demonstra a

197. culpa do réu em não alertar para os riscos de toda e qualquer

198. operação" (fl. 35/36).

Caso 06 - Fragmento 07

Houve a concordância expressa com os argumentos esposados na sentença com o reconhecimento da culpa do médico na espécie negligência (omissão no cumprimento do dever de informar), o que se depreende as linhas 168-169, 191-193 e 196-198.

-
199. O acórdão recorrido não se afastou da prova para concluir
200. que houve negligência na espécie. Parece razoável que o médico
201. tinha o dever de prestar a contento as informações sobre os
202. riscos da cirurgia. Nas circunstâncias dos autos, o dever do
203. médico de informar o paciente sobre as consequências da
204. cirurgia foi descumprido, o que caracteriza a negligência no
205. exercício profissional.
206.
207. A alteração do quantum indenizatório a título de danos
208. morais apenas é possível, nesta instância especial, se o valor
209. for irrisório ou abusivo.
210.
211. No caso, pelo menos até a data da sentença, a Autora
212. ainda estava "em tratamento médico de recomposição da anatomia
213. de seus olhos, não tendo recobrado por completo a auto-estima"
214. (fl. 138).
215.
216. O valor arbitrado em 200 salários mínimos não se revela
217. exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não
218. se justificando a intervenção do Superior Tribunal de Justiça
219. para rever o quantum.
220.
221. Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo
222. regimental.
-

Caso 06 - Fragmento 08

Nas linhas 202-205, a conclusão do relator pelo reconhecimento da culpa do médico na espécie negligência (omissão no cumprimento do dever de informar) resta bem caracterizada, servindo este parâmetro para a construção da ementa.

Conforme abordado no item 5.3.5, havendo resultado previsível, porém inesperado (decorre do perigo inerente a todo e qualquer procedimento), mas decorrente da atuação médica, poderá haver responsabilidade civil por violação do dever autônomo de informar, posto que este risco (ainda que inesperado) deve ser compartilhado com o paciente, notadamente se este risco for de morte, visto que compete ao paciente essa escolha como exercício de sua autonomia.

Entre as linhas 207-219, aprecia o relator o pedido de revisão do valor fixado a título de danos morais, entendendo que o mesmo "não se revela exagerado ou desproporcional" (linhas 216-217), sem explicitação de uma fundamentação consistente.

Caso 07

O Caso 07 versa sobre um recurso especial apreciado pela 3ª. Turma do STJ, em decisão unânime, que não foi conhecido e está assim ementado:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - CIRURGIA DE VASECTOMIA - SUPOSTO ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IMPRUDÊNCIA NA CONDUTA DO PROFISSIONAL - CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado.

II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva;

III - Estando comprovado perante as instâncias ordinárias o cumprimento do dever de informação ao paciente e a ausência de negligência na conduta do profissional, a revisão de tal entendimento implicaria reexame do material fático-probatório, providência inadmissível nesta instância extraordinária (Enunciado n. 7/STJ);

IV - Recurso especial não conhecido.

(REsp 1051674/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 24/04/2009)

O julgado objeto do Recurso Especial não foi conhecido, segundo o relator, por demandar reexame fático-probatório e, segundo a revisora, porque houve incompatibilidade dos dissídios apontados, tendo sido este o único fundamento do recurso. Apesar da divergência (que não consta da ementa) o REsp não foi conhecido por unanimidade. Chama atenção o fato da ementa estabelecer três posicionamentos, mesmo não tendo o recurso sido conhecido.

Quanto aos fatos que ensejaram o REsp, a ação foi ajuizada por um paciente contra um médico alegando erro médico em decorrência de cirurgia de vasectomia, pelo fato do mesmo ter sido pai após dez anos da data da cirurgia. A ação foi julgada improcedente e mantida a decisão em segundo grau. Como o REsp não foi conhecido, a decisão foi mantida.

Uma peculiaridade fática é que o acórdão de origem, mantido pelo STJ, admitiu a prova testemunhal e indireta do dever de informar do médico, nos seguintes termos: “com base na confiança depositada no réu decorrente de ser médico da família e com base nas declarações de outros pacientes que também realizaram o mesmo

procedimento cirúrgico, conclui-se que não pode ser imputado ao réu a responsabilidade civil, pois não houve inobservância do dever de informar”.

Passe-se, então, a análise do acórdão.

-
50. RECURSO ESPECIAL Nº 1.051.674 -RS (2008/0087259-0)
 51.
 52. RELATOR : MINISTRO MASSAMI UYEDA
 53. RECORRENTE : JOAO CARLOS PICOLO
 54. ADVOGADO : ALTAIR RECH RAMOS E OUTRO(S)
 55. RECORRIDO : LENIO CARLOS DAGNOLUZZO TREGNAGO
 56. ADVOGADO : MÁRIO MIGUEL DA ROSA MURARO E OUTRO(S)
 57.
 58. RELATÓRIO
 59.
 60. O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):
 61.
 62. Cuida-se de recurso especial interposto por JOÃO CARLOS
 63. PICOLO com fundamento no art. 105, III, "c", da Constituição Federal de 1988, em
 64. que se alega a existência de dissídio jurisprudencial.
 65.
 66. Os elementos dos autos dão conta de que o ora recorrente JOÃO
 67. CARLOS PICOLO ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais em
 68. face do recorrido LÊNIO CARLOS DAGNOLUZZO TREGNAGO, por conta de
 69. suposto erro médico decorrente de cirurgia ineficaz de vasectomia, alegando que,
 70. embora tivesse sido informado pelo médico de que o procedimento seria irreversível
 71. e definitivo -o que fez com que o recorrente e sua esposa deixassem de utilizar-se
 72. de métodos contraceptivos -, ele tornou-se pai após aproximadamente 10 (dez)
 73. anos da realização da cirurgia. Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente
 74. (fls. 276/284).
 75.
 76. Interposto recurso de apelação, o e. Tribunal de Justiça do Estado
 77. do Rio Grande do Sul negou-lhe provimento, conforme assim ementado:
 78.
 79. "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE
 80. INDENIZAÇÃO. CIRURGIA DE VASECTOMIA. GRAVIDEZ
 81. POSTERIOR NÃO PLANEJADA. IMPERÍCIA MÉDICA NÃO
 82. COMPROVADA. Não estando comprovada nos autos a imperícia do
 83. réu quando da realização da cirurgia de vasectomia no autor,
 84. inviável a sua responsabilização pela não planejada gravidez da
 85. esposa do recorrente, mormente por que a falha no resultado de tal
 86. procedimento é uma possibilidade admitida pela doutrina médica,
 87. em razão da recanalização espontânea dos ductos deferentes, até
 88. mesmo anos depois do método cirúrgico, conforme esclarecido no
 89. laudo pericial. Dever de informar devidamente observado pelo réu.
 90. Erro na conduta médica do recorrido não demonstrado, ônus que
 91. competia ao autor. Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva
 92. ausentes. Sentença de improcedência mantida por seus próprios e
 93. jurídicos fundamentos. APELAÇÃO IMPROVIDA" (fl. 331).
-

Caso 07 - Fragmento 02

No fragmento 02 do Caso 07 encontramos intertextualidade manifesta nas linhas 79-93, tendo em vista que o ministro relator invoca e transcreve a decisão do TJRS. Já

entre as linhas 62-77 encontramos a intertextualidade constitutiva quando o ministro explicita o ocorrido, segundo informações contidas nos autos.

Destaque-se que na linha 89 o TJRS explicita que fora o “dever de informar devidamente observado pelo réu”.

-
94. Busca o recorrente a reforma do r. decisor, sustentando, em
 95. síntese, a existência de dissídio na jurisprudência acerca da qualificação do
 96. procedimento de cirurgia de vasectomia como obrigação de meio ou de resultado.
 97. Aduz, que, tratando-se de obrigação de resultado, o erro médico resultante da
 98. ineficácia do procedimento da vasectomia prova-se pela simples capacidade
 99. generandi, estando esta incontroversa nos autos (fls. 347/356).
 100.
 101. É o relatório.
-

Caso 07 - Fragmento 03

No fragmento 03 do Caso 07 constata-se a existência da intertextualidade constitutiva entre as linhas 94-99, quando o ministro explicita o conteúdo do Recurso Especial.

A eventual existência de contrarrazões nos autos não é sequer considerada pelo ministro relator, já a revisora assinala sua existência sem mencionar o conteúdo (linha 299 do fragmento 12).

-
154. "Ainda sobre a questão, a prova testemunhal indicada pelo réu
 155. comprova que para os demais pacientes foram prestadas as
 156. devidas informações ao procedimento da vasectomia, o que implica
 157. considerar que em relação ao autor não se justifica acreditar em
 158. ressalvas ou exceções.
 159.
 160. (...)
 161.
 162. Assim, com base na confiança depositada no réu decorrente de ser
 163. médico da família e com base nas declarações de outros pacientes
 164. que também realizaram o mesmo procedimento cirúrgico, conclui-se
 165. que não pode ser imputado ao réu a responsabilidade civil, pois não
 166. houve inobservância do dever de informar.
 167.
 168. Por fim, a responsabilidade do réu também inexistente porque não
 169. demonstrado por meio de provas seguras de que sua conduta, ao
 170. realizar a cirurgia, foi culposa. A alegada imperícia sustentada pelo
 171. autor não foi comprovada (...) enfim, não restou demonstrado nos
 172. autos que o proceder do médico réu foi em desacordo com as
 173. técnicas conhecidas na literatura médica.
 174.
 175. Não apontada especificamente e não comprovada de forma segura
 176. uma conduta culposa por parte do réu, não há que se falar em
 177. responsabilidade civil, mormente porque salientado em diversas
 178. passagens da fundamentação que a falha no resultado do
 179. procedimento é uma possibilidade admitida pela doutrina médica.
 180.
 181. (...)

182.
 183. A par desta compreensão, ante a ausência de erro na conduta
 184. médica do réu, inviável atribuir-lhe a responsabilidade pela gravidez
 185. não planejada do autor, ocorrida muitos anos depois do
 186. procedimento, e, por conseguinte, o reconhecimento da obrigação
 187. de indenizar" (fls. 341/342).

Caso 07 - Fragmento 06

No fragmento 06 o relator realiza intertextualidade manifesta, transcrevendo passagens do acórdão recorrido, destacando-se que nas linhas 154-158 e 162-166, o TJRS admitiu a prova testemunhal e indireta do dever de informar do médico, nos seguintes termos: "a prova testemunhal indicada pelo réu comprova que para os demais pacientes foram prestadas as devidas informações ao procedimento da vasectomia, o que implica considerar que em relação ao autor não se justifica acreditar em ressalvas ou exceções" e "com base na confiança depositada no réu decorrente de ser médico da família e com base nas declarações de outros pacientes que também realizaram o mesmo procedimento cirúrgico, conclui-se que não pode ser imputado ao réu a responsabilidade civil, pois não houve inobservância do dever de informar".

Essa decisão adota posicionamento já explicitado por Aguiar Júnior⁶⁸⁷ (item 4.3), onde se admite a prova indireta realizada ao longo da instrução processual, notadamente porque a realidade cotidiana demonstra que as informações são prestadas pelo médico, em regra, mas normalmente não são documentadas muito menos reduzidas a termo e subscritas pelo paciente.

-
188. Bem de ver, na espécie, que o entendimento assim esposado pelo
 189. Tribunal de origem baseou-se na análise do conjunto probatório carreado aos autos.
 190. Rever tal entendimento, obviamente, demandaria revolvimento dessas provas, o
 191. que é inviável em sede de recurso especial, a teor do disposto no Enunciado n. 07
 192. da Súmula/STJ.
 193.
 194. Assim sendo, não se conhece do recurso especial.
 195.
 196. É o voto.
 197.
 198. MINISTRO MASSAMI UYEDA
 199.
 200. Relator
-

⁶⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 124. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em: 21 abr. 2011.

Caso 07 - Fragmento 07

A conclusão a que se infere da análise textual é que o relator concorda com a tese da responsabilidade subjetiva (“Bem de ver” – linha 188), adotando-a como razão de decidir, reconhecendo de modo explícito (ementa) a inexistência de responsabilidade do médico ao realizar a cirurgia e cumprindo seu dever de informar ao paciente.

Outrossim, ao realizar tal ato e ainda assim não conhecer o recurso proposto, na verdade, o relator fez questão de externar o seu posicionamento no caso concreto, ainda que do ponto de vista prático o recurso não tenha passado pelos pressupostos de admissibilidade para o seu conhecimento, por ser necessário o reexame fático-probatório.

Destaque-se que foram consignados três posicionamentos na ementa do acórdão: a relação contratual entre médico e paciente (Capítulo 2), encerrando obrigação de meio, em regra (item 5.3.2); necessidade de prova da culpa médica nos autos se o procedimento cirúrgico for ineficaz (item 5.2); ausência de negligência do médico que cumpriu seu dever de informar (Capítulo 4).

-
296. Recurso especial: interposto com fulcro na alínea “c” do permissivo
 297. constitucional (fls. 347/356) alegando divergência da jurisprudência de outros Tribunais.
 298.
 299. Prévio juízo de admissibilidade: após a apresentação de contra-razões, o
 300. Tribunal de origem admitiu o recurso especial (fls. 428/428vº), por considerar
 301. preenchidos os requisitos genéricos e específicos.
 302.
 303. Voto do relator: não conhece do recurso, sob o argumento de que o
 304. acolhimento da tese do recorrente exigiria o revolvimento do substrato fático-probatório
 305. dos autos, inviável em sede de especial, a teor do disposto na Súmula nº 07 do STJ.
 306.
 307. Revisados os fatos, decido.
-

Caso 07 - Fragmento 12

Neste acórdão há um diferencial em relação aos demais, posto que o mesmo teve um voto vista, sendo o fragmento 12 um recorte do voto vista da Ministra Nancy Andrighi, cuja análise é feita conjuntamente com o fragmento 17, transcrito abaixo.

-
372. **Com relação aos acórdãos alçados a paradigma pelo recorrente, cumpre**
 373. **notar que a hipótese fática neles delineada não se subsume perfeitamente ao particular,**
 374. **tendo em vista que, em ambos os julgados, o procedimento cirúrgico foi inexitoso desde**
 375. **o início.**
 376.

377. Aliás, a incompatibilidade dos dissídios evidencia justamente a distinção
 378. estabelecida linhas acima, entre o êxito da cirurgia e o resultado final almejado pelo
 379. paciente.
 380.
 381. Realmente, no acórdão do TJ/MG consta que “o autor não se tornou infértil
 382. após o procedimento médico-cirúrgico ” (fls. 397), enquanto o acórdão do TJ/RJ ressalta
 383. que “a cirurgia com o fito de tornar o primeiro Autor estéril (...) foi tentada duas vezes
 384. sem sucesso ” (fls. 406). Na espécie, ao contrário, concluiu-se que “o procedimento
 385. realizado foi bem sucedido por um longo tempo, e que a gravidez somente ocorreu em
 386. razão da falha decorrente da recanalização tardia ” (fls. 281).
 387.
388. Deve-se, portanto, afastar a admissibilidade do recurso especial com base
389. na alínea “c” do permissivo constitucional.
 390.
 391. Forte em tais razões, acompanho na íntegra o voto do i. Min. Relator, e não
 392. conheço do recurso especial.

Caso 07 - Fragmento 17

A ministra revisora explicita nas linhas 372-375 e 388-389 (fragmento 17) que afasta a admissibilidade do recurso com base na alínea “c”, justamente porque fundamentou o recorrente a sua peça na existência de dissídio jurisprudencial, não tendo colacionado paradigmas pertinentes. Ou seja, o único fundamento invocado pelo recorrente fora a “divergência da jurisprudência de outros Tribunais” (linha 297, fragmento 12), tendo a relatora afastado a admissibilidade recursal porque não teria sido comprovada a divergência, já que fora caracterizada a falta de similitude entre os fatos contidos nos autos e os fatos contidos nos acórdãos divergentes (chamados de paradigma).

Contudo, quando a ministra revisora efetivamente decide (ato de fala – “acompanho”) nas linhas 391-392 (fragmento 17) afirma acompanhar na íntegra o voto do relator, quando na realidade não conhece do Recurso Especial por fundamento diverso, posto que o relator não o conheceu por considerar que seria necessário o reexame fático-probatório (que esbarraria na súmula 7) enquanto a revisora não conheceu do recurso por incompatibilidade dos dissídios (linha 377 do fragmento 17), chegando a afirmar que o fazia “Forte em tais razões” (linha 391 do fragmento 17).

É de se destacar ainda que o entendimento da revisora não constou da ementa.

Caso 08

O Caso 08 versa sobre um recurso especial apreciado pela 3ª. Turma do STJ, em decisão unânime, que foi conhecido, mas não provido, e está assim ementado:

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

EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.

2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.

3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.

4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.

RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

O REsp não foi conhecido quanto à inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII do CDC) por falta de prequestionamento, tendo sido conhecido no tocante a responsabilidade imputada ao demandado (arts. 186/ 927 do CC e 14 do CDC). No particular, foi o recurso conhecido e não provido por restar caracterizada a atuação regular do médico, inclusive com o cumprimento do dever de informar através do uso do TCI, pelo que não teria havido ofensa aos artigos 186/927 do CC e 14 do CDC.

Trata-se de ação ajuizada por paciente contra cirurgião plástico em virtude do aparecimento de quelóide no local do corte cirúrgico (mamoplastia de aumento e lipoaspiração). A sentença julgou procedente o pedido da autora, condenando o médico em R\$ 10.000,00 por danos morais e ainda a custear cirurgia reparadora. O TJMG deu provimento ao apelo do médico e reformou integralmente a sentença, afastando a culpa do médico por caso fortuito, tendo em vista que o médico informou a paciente acerca dos riscos cirúrgicos.

Passe-se, então, a análise do caso.

41. RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.815 -MG (2010/0025531-0)

42.

43. RECORRENTE : FERNANDA DE SOUZA PANTA

44. ADVOGADO : SILVIO DE ASSIS MARINHO FILHO

45. RECORRIDO : CARLOS FERNANDO HUDSON NASCIMENTO
 46. ADVOGADO : IVAN GUIMARÃES POMPEU E OUTRO(S)
 47. RELATÓRIO
 48.
 49. A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):
 50.
 51. Cuida-se de recurso especial interposto por FERNANDA DE SOUZA PANTA,
 52. com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão
 53. proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
 54.
 55. Ação: de indenização por danos morais e estéticos ajuizada em face de
 56. CARLOS FERNANDO HUDSON NASCIMENTO. Alega a recorrente, em síntese, que foi
 57. submetida a procedimento cirúrgico estético (mamoplastia de aumento e lipoaspiração) e que, em
 58. razão da imperícia do médico recorrido, contudo, apresentou grandes lesões proliferativas -
 59. formadas por tecidos de cicatrização -nos locais em que ocorreram os cortes para a operação
 60. (e-STJ fls. 5/44).
 61.
 62. Sentença: julgou parcialmente procedente a ação, a fim de
 63. condenar o recorrido ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 10.000,00,
 64. bem como ao custeio de cirurgia plástica reparadora das cicatrizes, sob o
 65. fundamento de que "há se falar (sic) em ato ilícito praticado pelo requerido, uma
 66. vez ter sido ele o causador das cicatrizes decorrentes da cirurgia realizada na
 67. autora"(e-STJ fls. 322/333).

Caso 08 - Fragmento 02

68. Acórdão: o TJ/MG deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo
 69. recorrido (e-STJ fls. 343/371) e julgou prejudicado o recurso de apelação interposto pela
 70. recorrente (e-STJ fls. 389/402), nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 432/463):
 71.
 72. CIRURGIA ESTÉTICA -INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS,
 73. ESTÉTICOS E MATERIAIS - QUELÓIDES - RESPONSABILIDADE CIVIL
 74. -CULPA -CASO FORTUITO. A cirurgia plástica é uma obrigação de
 75. resultado; por isso, deve o médico-cirurgião zelar por garantir a obtenção do
 76. resultado prometido ao paciente, salvo a ocorrência de caso fortuito. Atua com
 77. cautela e segurança o cirurgião plástico que informa à paciente os riscos da
 78. intervenção estética e dela colhe o 'ciente' por escrito, dando a conhecer à pessoa
 79. as consequências ou decorrências do procedimento que será efetuado.
 80. Considera-se caso fortuito ou força maior o acontecimento, previsível ou não, que
 81. causa danos e cujas consequências são inevitáveis.

Caso 08 - Fragmento 03

Em seu relatório, nos fragmentos 02 e 03, entre as linhas 61-67 e 68-70 a ministra relatora realiza a intertextualidade constitutiva ao realizar a narrativa do ocorrido nos autos, já nas linhas 72-81 realiza a intertextualidade manifesta ao transcrever a ementa da decisão do Tribunal de origem.

Percebe-se que este é o estilo da ministra relatora que acompanha todo o relatório e voto. Ou seja, a ministra intercala transcrições diretas com narrativas suas ao construir a sua peça, sendo minuciosa nas referências diretas e indiretas, o que ocorre até o encerramento de seu relatório no fragmento 04, abaixo.

-
82. Recurso especial: interposto pela autora, alega violação dos arts.

83. 6º, VIII e 14 do CDC, bem como aos arts. 186 e 927 do CC/02. A necessidade
 84. de reforma do acórdão proferido pelo TJ/MG, em seu entender, estaria justificada
 85. pela “interpretação equivocada de uma excludente, caso fortuito” e também pelo
 86. fato “inquestionável de que os atos praticados pelo Recorrido no corpo da
 87. Recorrente, foram de cunho eminentemente estético, uma cirurgia plástica e uma
 88. lipoaspiração (...). nos presentes autos não se discute a existência ou não de ato
 89. ilícito, mas, diante da responsabilidade objetiva que pesa sobre o recorrido, basta
 90. a Recorrente demonstrar as deformidades sofridas na cirurgia plástica feita pelo
 91. Recorrido, pois nos termos do art. 14 do CODECON, ele responde pela
 92. reparação independente de culpa.” (e-STJ fls. 480/492).
 93.
 94. Juízo de admissibilidade: o TJ/MG admitiu o recurso especial, com
 95. fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, remetendo os autos ao STJ (e-STJ fls.
 96. 506/508).
 97.
 98. É o relatório.

Caso 08 - Fragmento 04

No fragmento 05, transcrito abaixo, a ministra relatora inicia o seu voto e explicita o cerne da controvérsia jurídica, qual seja, a “se a ocorrência de caso fortuito é capaz de afastar o dever do médico de indenizar pelos danos estéticos causados por cirurgia plástica”, nas linhas 110-111, laborando em todo o seu voto para elucidar essa questão.

-
99. RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.815 -MG (2010/0025531-0)
 100.
 101. RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
 102. RECORRENTE : FERNANDA DE SOUZA PANTA
 103. ADVOGADO : SILVIO DE ASSIS MARINHO FILHO
 104. RECORRIDO : CARLOS FERNANDO HUDSON NASCIMENTO
 105. ADVOGADO : IVAN GUIMARÃES POMPEU E OUTRO(S)
 106. VOTO
 107.
 108. A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):
 109.
 110. Cinge-se a controvérsia a determinar se a ocorrência de caso fortuito é capaz de
 111. afastar o dever do médico de indenizar pelos danos estéticos causados por cirurgia plástica.

Caso 08 - Fragmento 05

Entre as linhas 112-122 a ministra relatora analisa os pressupostos de admissibilidade do REsp, admitindo-o apenas quanto a um de seus fundamentos (violação aos arts. 186/927 do CC/2002 e art. 14 do CDC), rechaçando o outro (inversão do ônus da prova). Ao fazê-lo utiliza-se do argumento de autoridade contido nos entendimentos sumulados pelo próprio tribunal (linhas 118 e 126).

-
112. I – Admissibilidade do recurso especial
 113.
 114. Embora o acórdão recorrido não tenha feito referência expressa aos arts. 186 e
 115. 927 do CC/02 e 14 do CDC, esse fato não afasta a conclusão de que o TJ/MG tinha em vista a
 116. discussão que se apresenta neste recurso. A matéria controvertida foi debatida e apreciada no
 117. Tribunal de origem, de maneira que quanto a ela restou preenchido o requisito do
 118. prequestionamento, conforme a inteligência da Súmula 282 do STF e diversos precedentes do
 119. STJ (REsp 1138101/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 19/10/2009 e AgRg

120. nos EDcl no REsp 678.851/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Des. convocado do TJ/BA Paulo Furtado,
 121. DJe de 19/11/2009, entre outros).
 122.
 123. A questão da inversão do ônus da prova, contudo, não foi nem mesmo
 124. mencionada pelo acórdão recorrido, de modo que o art. 6º, VIII, do CDC não foi
 125. prequestionado. Por essa razão, este recurso especial não poderá abordar sua violação, já que
 126. com relação a essa norma incide o óbice das Súmulas 282 e 356, ambas do STF.

Caso 08 - Fragmento 06

A partir da linha 127 do fragmento 07 a ministra inicia a análise do mérito REsp, destacando inicialmente a argumentação utilizada pelo recorrente, numa intertextualidade manifesta (linhas 131-136) ao transcrever textos da peça recursal.

-
127. II – O caso fortuito como excludente da responsabilidade do cirurgião
 128. plástico
 129.
 130. A recorrente, ao sustentar a necessidade de reforma do acórdão proferido pelo
 131. TJ/MG, afirma que “é bem verdade que tanto o Código Civil quanto o § 4º do art. 14 do
 132. CODECON, estabelece regras para os profissionais liberais, MAS, JÁ É UNÂNIME NESTA
 133. AUGUSTA CORTE QUE QUANDO SE TRATA DE CIRURGIA PLÁSTICA DE CUNHO
 134. EXCLUSIVAMENTE EMBELEZADOR, COMO O CASO DA RECORRENTE, CUIDA-SE
 135. DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO, E POR ISSO A RESPONSABILIDADE É
 136. OBJETIVA” (e-STJ fl. 488 – destaques no original).

Caso 08 - Fragmento 07

No fragmento 08 a ministra relatora realiza uma discussão acerca do argumento utilizado pelo recorrente no tocante ao tipo da obrigação assumida pelo cirurgião plástico, como sendo de meio ou de resultado. A ministra reconhece a procedência dos argumentos recursais na linha 137-139 ao asseverar que “De fato, grande parte da doutrina e da jurisprudência -inclusive desta Corte - defende o entendimento de que a obrigação assumida pelo médico nas hipóteses em que realiza cirurgia plástica para fins exclusivamente estéticos é de resultado, e não de meio.” Contudo, diverge da opinião da recorrente nas linhas 141-151, estabelecendo uma distinção entre a obrigação de resultado e responsabilidade objetiva/subjetiva, utilizando argumento de autoridade, a partir da doutrina, nas linhas 147-152.

-
137. De fato, grande parte da doutrina e da jurisprudência -inclusive desta Corte -
 138. defende o entendimento de que a obrigação assumida pelo médico nas hipóteses em que realiza
 139. cirurgia plástica para fins exclusivamente estéticos é de resultado, e não de meio.
 140.
 141. Ocorre que, ao contrário do que alega a recorrente, o simples fato de a obrigação
 142. ser de resultado não torna objetiva a responsabilidade do recorrido. Nos termos do art. 14 do
 143. CDC, continua havendo a necessidade de comprovação da culpa do médico para surgimento do
 144. dever de indenizar. Assim, nas obrigações de resultado, como na cirurgia plástica embelezadora,
 145. a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva, mas transfere para o médico
 146. o ônus de demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua
 147. atuação durante a cirurgia. Segundo ensina Sérgio Cavalieri Filho, “em conclusão, no caso de
 148. insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa
 149. do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de
 150. fator imponderável capaz de afetar o seu dever de indenizar” (Programa de Responsabilidade

151. Civil. 7ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 370).

Caso 08 - Fragmento 08

152. Incumbia ao recorrido, portanto, fazer prova da circunstância que fosse capaz de
 153. elidir sua responsabilidade pelos danos alegados, o que efetivamente logrou produzir, nos termos
 154. do acórdão recorrido: “o laudo pericial é suficientemente seguro para afirmar a ausência de
 155. qualquer negligência do cirurgião/primeiro apelante” (e-STJ fl. 459).
 156.
 157. Eventual responsabilidade do médico, além do mais, somente surgiria da falha e
 158. não do fato do serviço. Isso porque a teoria do risco integral não é aplicável à espécie em
 159. discussão: a responsabilidade do recorrido não desponta da mera existência do dano. Assim,
 160. consoante o entendimento manifestado pelo acórdão recorrido, mesmo que a responsabilidade do
 161. cirurgião plástico sobre os danos causados pelo procedimento cirúrgico fosse considerada
 162. objetiva, o dever de indenizar poderia ser afastado se restasse comprovado que o resultado
 163. indesejado decorreu de caso fortuito, ou seja, de “acontecimento, previsível ou não, que causa
 164. danos e cujas consequências são inevitáveis” (e-STJ fl. 460). Esse imprevisto, por sua vez, torna
 165. inexistente o nexo de causalidade entre o dano estético e a conduta do médico, que prestou o
 166. serviço de forma regular.

Caso 08 - Fragmento 09

No fragmento 10 a ministra discute a aplicabilidade das eximentes do caso fortuito e da força maior nas relações de consumo, utilizando argumento de autoridade, a partir da doutrina, nas linhas 168-174, concluindo pela sua possibilidade.

167. Embora o CDC não faça referência expressa ao caso fortuito como excludente da
 168. responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, é certo que “a eximente do caso fortuito ou da
 169. força maior coloca-se no mundo fenomênico e não será nenhuma disposição normativa que irá
 170. suprimi-la do universo jurídico. (...) Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima
 171. sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a
 172. responsabilidade do fornecedor pela inocorrência dos respectivos pressupostos” (Grinover, Ada
 173. Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do
 174. anteprojeto. 7a. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 171).

Caso 08 - Fragmento 10

No fragmento 11, a ministra utiliza-se nas linhas 178-182 de novo argumento de autoridade, através de precedente da própria Corte no sentido de que é possível a admissão das eximentes do caso fortuito e da força maior no CDC. Destaque-se que essa discussão foi feita ao longo do presente trabalho no item 5.3.5.

175. Esta Corte já se pronunciou com relação à matéria, de modo a admitir a
 176. excludente de caso fortuito. Veja-se, a propósito, o posicionamento da 3ª Turma:
 177.
 178. O fato de o art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir
 179. ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de
 180. responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele
 181. instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1.058 do Código Civil.
 182. (REsp 120.647/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 15/5/2000)
 183.
 184. Na espécie dos autos, tem-se que o aparecimento das cicatrizes salientes e
 185. escuras no local do corpo da recorrente no qual foi realizado o corte cirúrgico não está
 186. relacionado com a atividade do profissional recorrido. O acórdão recorrido, com fundamento no
 187. laudo pericial, foi inequívoco ao afastar o nexo de causalidade entre a conduta do recorrido e a o
 188. dano sofrido pela recorrida, já que o profissional na saúde não poderia prever ou evitar as
 189. intercorrências registradas no processo de cicatrização da recorrente. Assim, conquanto seja

190. perfeitamente compreensível a contrariedade da recorrente, não é possível pretender imputar ao
 191. recorrido a responsabilidade pelo surgimento de um evento absolutamente casual, para o qual não
 192. contribuiu.

Caso 08 - Fragmento 11

Ainda no fragmento 11, entre as linhas 184-192, a ministra realiza o cotejamento dos fatos e conclui que “não é possível pretender imputar ao recorrido a responsabilidade pelo surgimento de um evento absolutamente casual, para o qual não contribuiu”, qualificando (modalizando) como “inequívoca” a atuação do TJMG, lastreada na prova pericial.

-
193. Após análise do conjunto probatório dos autos, o TJ/MG concluiu pela ausência
 194. de culpa do recorrido no que concerne aos danos estéticos da recorrente, afirmando que
 195. “analisando o caderno processual, não se nega que o primeiro apelante tenha observado todos os
 196. procedimentos e técnicas cabíveis na realização da cirurgia da autora e segunda apelante” (e-STJ
 197. fl. 457). A formação do chamado “quelóide”, portanto, decorreu de característica pessoal da
 198. recorrente, e não da má-atuação do recorrido. Ausente o nexa causal – mesmo considerada a
 199. obrigação de resultado do cirurgião plástico e a responsabilidade objetiva dela porventura
 200. decorrente – a única alternativa é isentar o recorrido do dever de indenizar, em que pese toda a
 201. frustração da recorrente e as consequências psicológicas que possam ser causadas por seu
 202. suposto defeito estético. Nesse sentido, o acórdão recorrido externou posicionamento que não
 203. destoa da doutrina:
 204.
 205. Se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar
 206. característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível
 207. de ser detectada antes da operação, estar-se-á diante de verdadeira escusa
 208. absolutória ou causa excludente de responsabilidade. (Stoco, Rui.
 209. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. 1ª Ed. São Paulo:
 210. Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 162)

Caso 08 - Fragmento 12

No fragmento 12 a ministra mostra sua total adesão ao acórdão recorrido nas linhas 202-203 ao asseverar que “o acórdão recorrido externou posicionamento que não destoa da doutrina”, utilizando-se novamente do argumento de autoridade doutrinário nas linhas 205-210, além de realizar intertextualidade manifesta ao transcrever passagens, ao tempo que realiza a interdiscursividade ao fazer essas mesmas referências inseridas dentro de seu relato, o que continua a fazer no fragmento 13, abaixo transcrito (linhas 211-217).

-
211. Logo, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual do recorrido,
 212. seria necessário que de seus atos omissivos ou comissivos decorressem o dano experimentado
 213. pela recorrente. Conforme registra o acórdão recorrido, “há excludentes de responsabilidade
 214. civil, o que afasta o dever de indenizar, diante da situação de imprevisibilidade dos resultados de
 215. cicatrização e outros fatores genéticos” (e-STJ fl. 449). Da análise dos fatos, como considerados
 216. pelo acórdão recorrido, tem-se que inexistente essa relação de causalidade, pois ocorreu um caso
 217. fortuito – a irregular cicatrização dos cortes cirúrgicos realizados na recorrente.

Caso 08 - Fragmento 13

-
218. III – O termo de consentimento informado
 219.

220. Há nestes autos, ainda, outra peculiaridade que merece atenção. Nos termos
 221. da decisão recorrida, “atua com cautela e segurança o cirurgião plástico que informa à paciente
 222. os riscos da intervenção estética e dela colhe o 'ciente' por escrito, dando a conhecer à pessoa as
 223. consequências ou decorrências do procedimento que será efetuado” (e-STJ fl. 443). Tem-se,
 224. assim, que a recorrida foi advertida sobre a possibilidade de insucesso parcial ou total da cirurgia
 225. à qual se submeteu, tendo o recorrido “explicado todo o procedimento à primeira apelada,
 226. informando-lhe sobre os possíveis riscos e complicações pós-cirúrgicas” (e-STJ fl. 457).

Caso 08 - Fragmento 14

A ministra destaca no fragmento 14 como uma peculiaridade do caso (linha 220) o reconhecimento pelo Tribunal de origem do fato de que o médico informou o paciente, através do termo de consentimento informado (item 4.3) acerca dos riscos e complicações, pelo que fora o paciente advertido sobre a possibilidade de insucesso cirúrgico (linha 224).

227. A conscientização da recorrente, portanto, é também de fundamental
 228. importância para o deslinde da questão ora em debate, em especial diante do comando contido
 229. no art. 6º, III, do CDC. O TJ/MG – após minucioso exame das provas produzidas durante a
 230. instrução processual – inferiu que o recorrido, ao obter da recorrente o termo de consentimento
 231. informado, agiu com a honestidade devida, alertando-a acerca de eventuais problemas que
 232. pudessem surgir durante o pós-operatório. Esta Corte já teve a oportunidade de analisar o dever
 233. de informação dos profissionais da medicina, sendo que o i. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em uma
 234. dessas ocasiões, consignou que “(...) a obrigação de obter o consentimento informado do
 235. paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências
 236. éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, destacando-se entre elas o consentimento
 237. informado” (REsp 467.878/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 10/2/2003).

Caso 08 - Fragmento 15

A ministra destaca a importância do direito à informação e a conduta do Tribunal de origem que reconheceu a honestidade (boa fé) do médico ao informar o paciente através do termo de consentimento informado, além de citar o REsp 467.878 –RJ, Caso 04 deste estudo, outrora já analisado, asseverando que a questão do dever de informar não é algo novo na Corte (de fato, existem além daquele outros seis, que somando-se a este em análise totalizam os oito casos do presente estudo).

238. Não se trata, aqui, de atribuir ao "termo de consentimento informado" a
 239. capacidade de excluir o dever do médico de indenizar o paciente por danos provocados por
 240. negligência, imprudência ou imperícia. O documento assinado pela recorrida somente comprova a
 241. boa-fé que orientou o recorrido durante a relação com a paciente, enumerando os benefícios e
 242. complicações normalmente diagnosticadas na intervenção a que se submeteu a recorrente –
 243. inclusive as hipóteses de caso fortuito, que escapam ao controle da ciência médica.

Caso 08 - Fragmento 16

A ministra reconhece a boa fé (Capítulo 03) do médico ao informar o paciente através do termo de consentimento informado (linhas 240-241) ao asseverar que “O documento assinado pela recorrida somente comprova a boa-fé que orientou o recorrido durante a relação com a paciente”.

244. É possível concluir que a recorrente, ao anuir com os termos do documento
 245. elaborado pelo recorrido, estava ciente da possibilidade de falha na cirurgia realizada e a

246. possibilidade de maior evidência das cicatrizes, em virtude de sua maior predisposição genética e
247. racial. Assim, não só a atuação regular do profissional retirou o nexo de causalidade entre a
248. conduta e o resultado, como também foi cumprido o dever de colher o consentimento informado
249. da recorrente, nos termos do art. 34 da recente Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de
250. 2009 (Código de Ética Médica), que veda ao médico “deixar de informar ao paciente o
251. diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação
252. direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante
253. legal.”
254.
255. Diante desse panorama, não vislumbro ofensa aos arts. 186 e 927 do CC/02 e
256. 14 do CDC.
257.
258. Forte nestas razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

Caso 08 - Fragmento 17

A ministra reconhece o cumprimento do dever de informar pelo médico ao utilizar o termo de consentimento informado, afastando assim a responsabilidade civil do mesmo por sua “atuação regular” (linha 247) que “retirou o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado” (linhas 247-248).

No item 5.3.5, pertinente as excludentes de responsabilidade do fornecedor, destacou-se que havendo resultado previsível, porém inesperado, mas decorrente da atuação médica, poderia haver responsabilidade civil por violação do dever autônomo de informar, posto que este risco (ainda que inesperado) deveria ser compartilhado com o paciente, visto que compete ao paciente essa escolha como exercício de sua autonomia, o que nesse caso deixou de ocorrer porque ficou demonstrado que o médico prestou informações sobre os riscos ao paciente e dele obteve o consentimento informado.

6.4 Discussão e conclusões: a omissão no cumprimento do dever ético-jurídico do médico de informar como uma negligência médica

Nos capítulos anteriores observou-se que o médico possui uma série de deveres para com o seu paciente, deveres estes que se encontram localizados no ordenamento jurídico pátrio a partir da Constituição, passando pelo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e chegando até o Código de Ética Médica.

Nesse sentido, vale lembrar a lição de Clovis do Couto e Silva⁶⁸⁸ para quem “existem, assim, deveres do credor, que não são deveres para consigo mesmo, mas sim deveres jurídicos”. Esses deveres de conduta podem se materializar “em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante”, sendo justamente onde se insere a obrigação médica de informar.

Assim, tanto do ponto de vista ético-médico (regras deontológicas) como do ponto de vista jurídico uma série de deveres incidem sobre a atividade médica, em todas as suas fases, possuindo o dever de informar grande relevância em face do atual *status* da relação médico-paciente.

Esse dever de informar do médico se caracteriza como uma obrigação de fazer, cuja violação se dá através de um ato omissivo. Ou seja, o médico deveria ter prestado a informação (ato comissivo), mas não o fez, caracterizando-se assim uma conduta culposa na sua espécie negligência, cujo conceito de Aguiar Dias é o seguinte:

Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a inobservância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solícitude e discernimento.⁶⁸⁹

Assim, pode-se caracterizar o não cumprimento do dever de informar na relação jurídica médico-paciente como uma negligência médica, vez que a conduta normalmente esperada e considerada adequada consiste em prestar as informações

⁶⁸⁸ SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 40.

⁶⁸⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.127

ao paciente, sendo omissos o médico que não o faz, sendo sua conduta violadora de deveres preexistentes, tanto no plano ético-médico quanto legal.

Cláudia Lima Marques reconhece que há negligência médica quando o dever de informar ao paciente é violado:

Como ensina a jurisprudência há negligência e falha em todos os deveres de boa-fé, no dever de informar, de cuidar e de cooperar com o paciente, quando os riscos dos próprios remédios indicados e do tratamento realizado não são suficientes e claramente elucidados e informados ao paciente.⁶⁹⁰

Ao abordar a questão do prontuário médico Christoph Fabian destaca o dever médico de registrar o tratamento, afirmando que

A documentação assegura o direito à personalidade, pois o paciente pode informar-se permanentemente sobre o decurso do tratamento. O acesso permanente é importante para que o paciente possa compreender o decurso do tratamento. E como o paciente pode informar-se diretamente na documentação, o direito à personalidade garante no direito médico uma autodeterminação informacional.⁶⁹¹

Ou seja, se o médico deixa de registrar algo no prontuário do paciente, também estaria ele sendo negligente, suprimindo do paciente esse direito de se informar.

Ao tratar da violação do dever de informar no direito português assinala André Pereira

Em suma: serão assim ressarcíveis, não só os *danos não patrimoniais* causados pela violação do seu direito à *autodeterminação* e à *liberdade*, mas também por violação da sua *integridade física* (e, eventualmente, da *vida*) (arts. 70.º e 483.º CC), bem como os *danos patrimoniais* derivados do agravamento do estado de saúde. Assim sendo, o montante das indemnizações resultantes de um processo de responsabilidade por violação do consentimento informado pode ser tão elevado como nos casos de negligência médica.⁶⁹²

Apenas discorda-se do autor no sentido em que se entende a violação do dever de informar como uma negligência médica qualificada, concordando que as indenizações podem, de fato, atingir montantes razoáveis, haja vista a violação a direito fundamental que sustentaria a pretensão do paciente-consumidor.

⁶⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 40.

⁶⁹¹ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.75.

⁶⁹² PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 128

Para Bruno Miragem o direito à informação

constitui-se em uma das bases da proteção normativa do consumidor no direito brasileiro, uma vez que sua garantia tem por finalidade promover o equilíbrio de poder de fato nas relações entre consumidores e fornecedores, ao assegurar a existência de uma equidade informacional das partes.⁶⁹³

Assim sendo, estes atos negligentes específicos ocorrem justamente no tocante às informações médicas, pelo que no presente estudo conclui-se pela caracterização de uma negligência médica qualificada, uma negligência informacional, que é capaz de violar a “autodeterminação informacional”, deixando de garantir a “equidade informacional” e ainda gerar um “dano informativo”, que para Cláudia Lima Marques⁶⁹⁴ é um “dano derivado do não cumprimento do dever autônomo e de boa-fé de informar clara e adequadamente”, cujo estudo necessita ser aprofundado no Brasil.

Contudo, em se tratando de um ato culposo (omissivo) em sua essência é preciso que seja contextualizado, de modo que não se cometam injustiças, posto que “perante a expressão ‘culpa’, não é possível fazer qualquer consideração sem ter em conta o contexto em que seja utilizada”⁶⁹⁵, pelo que na realidade brasileira, sob a égide da principiologia do CDC, onde o paciente é sempre vulnerável e se exige uma conduta transparente e leal do fornecedor, a simples omissão da informação já é suficiente para caracterizar a negligência informacional, vez que pautada a relação jurídica médico-paciente na boa fé objetiva.

Desta feita, descumprido o dever de informar estará caracterizada a negligência informacional, a qual poderá resultar na responsabilidade civil do médico, consoante se depreende da análise do *corpus*.

No presente estudo, que se encaminha para sua conclusão, foram analisados oito julgados do STJ, todos versando sobre o dever de informar do médico, dos quais podem ser extraídas algumas conclusões adiante lançadas.

⁶⁹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010. p.129.

⁶⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004. p. 18.

⁶⁹⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. – v. 2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010. p.459.

No Caso 1 o médico realizou uma operação (cirurgia plástica de rosto e mamas) de resultado absolutamente inconfiável, sendo certo que houve a assunção de risco, posto que o mesmo não cumpriu seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente. Ou seja, o médico deixou de cumprir (omissão) o dever de informar, reconhecendo o STJ a responsabilidade civil médica por negligência informacional.

No Caso 2 “médico faltou com o dever de informação sobre os riscos da cirurgia” (cirurgia plástica de mamas e paciente obesa). Novamente, um médico deixou de cumprir (omissão) o dever de informar, reconhecendo o STJ a responsabilidade civil médica por negligência informacional.

No Caso 3 a paciente não recebeu informações suficientes acerca do prognóstico da cirurgia oftalmológica a que se submeteu, tendo havido consulta com um médico e procedimento realizado por outro, sendo certo que os médicos não cumpriram seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com a paciente. Ou seja, reconheceu o STJ a responsabilidade civil médica por negligência informacional.

No Caso 4 uma paciente postulou indenização contra um hospital (Santa Casa de Misericórdia) e um médico, em razão de erro médico decorrente de cirurgia oftalmológica na qual a mesma perdeu a visão, sem que tivesse sido informada que a cirurgia apresentava risco de perda total da visão. Ou seja, reconheceu o STJ a responsabilidade civil médica por negligência informacional.

No Caso 5 reconheceu-se que o laboratório “tinha o dever de informar o paciente do resultado de sua sorologia anti-HIV, ressaltando inclusive a possibilidade do resultado se mostrar equivocado, bem como de realizar novos exames, uma vez que o exame realizado não era conclusivo.” Houve o reconhecimento da responsabilidade civil do laboratório por negligência informacional (ausência de informação suficiente e adequada), ainda que com base no CDC tenha o laboratório responsabilidade objetiva.

No Caso 6 uma paciente submeteu-se a uma cirurgia para retirada de bolsa palpebral com médico oftalmologista, tendo o mesmo descumprido seu dever de informar acerca dos riscos. A decisão fundamentou-se no art. 8º. do CDC, chamando atenção o depoimento do médico demandado em juízo, que asseverou 'mas não disse que ficariam tais como de fl. 19, porquanto se falar ninguém faz'. Destaca-se do voto do relator: "Nas circunstâncias dos autos, o dever do médico de informar o paciente sobre as consequências da cirurgia foi descumprido, o que caracteriza a negligência no exercício profissional". Ou seja, reconheceu o STJ a responsabilidade civil médica por negligência informacional.

No Caso 7 a ação foi ajuizada por um paciente contra um médico alegando erro médico em decorrência de cirurgia de vasectomia, pelo fato de mesmo ter sido pai após dez anos da data da cirurgia. A ação foi julgada improcedente e mantida a decisão em segundo grau. Como o REsp não foi conhecido, a decisão foi mantida. Uma peculiaridade fática é que o acórdão de origem, mantido pelo STJ, admitiu a prova testemunhal e indireta do dever de informar do médico, nos seguintes termos: "com base na confiança depositada no réu decorrente de ser médico da família e com base nas declarações de outros pacientes que também realizaram o mesmo procedimento cirúrgico, conclui-se que não pode ser imputado ao réu a responsabilidade civil, pois não houve inobservância do dever de informar". Ou seja, reconheceu o STJ que não houve responsabilidade civil médica por negligência informacional porque o médico cumpriu o dever de informar.

No Caso 8 uma paciente acionou um cirurgião plástico em virtude do aparecimento de quelóide no local do corte cirúrgico (mamoplastia de aumento e lipoaspiração). A sentença julgou procedente o pedido da autora, condenando o médico em R\$ 10.000,00 por danos morais e ainda a custear cirurgia reparadora. O TJMG deu provimento ao apelo do médico e reformou integralmente a sentença, afastando a culpa do médico por caso fortuito, tendo em vista que o médico informou a paciente acerca dos riscos cirúrgicos. O REsp foi conhecido e não provido por restar caracterizada a atuação regular do médico, inclusive com o cumprimento do dever de informar através do uso do TCI, pelo que não teria havido ofensa aos artigos

186/927 do CC e 14 do CDC. Ou seja, reconheceu o STJ que não houve negligência informacional, porque o médico cumpriu bem e fielmente o seu dever de informar.

Assim, os precedentes analisados convergem com o entendimento de Aguiar Dias:

Para proceder a um tratamento arriscado ou a uma operação (seja qual for: a regra é que toda operação oferece perigo), deve o médico obter o consentimento do cliente, e não só consentimento, mas aquiescência livre e clara, após exposição daqueles riscos ou perigos.⁶⁹⁶

Dos oito julgados estudados cinco versam sobre a ausência de informação sobre os riscos cirúrgicos, um sobre informação insuficiente e inadequada e outros dois sobre o cumprimento do dever de informar, admitindo-se no Caso 7 a prova indireta do cumprimento do dever de informar (testemunhas não oculares do fato) e no Caso 08 a prova do cumprimento realizou-se através da utilização do termo de consentimento informado.

Algumas ilações podem ser feitas a partir destas constatações: a **primeira** que a informação sobre os riscos cirúrgicos é absolutamente indispensável para o fiel cumprimento do dever de informar do médico, consoante já havia advertido Aguiar Dias para quem há “responsabilidade pela não advertência quanto aos riscos da intervenção, tanto mais necessária a advertência do profissional, que responderá na medida em que calar ou atenuar os riscos do procedimento operatório ou do tratamento”⁶⁹⁷, explicando ainda que ao não informar os riscos decorrentes do procedimento médico, responderá o profissional pelo dano que advier, posto que “é dever do médico advertir deles o cliente, respondendo pelas consequências danosas, se não o faz. Em outros termos: a aceitação dos riscos não se presume”.⁶⁹⁸

O dever médico, a regra deontológica de advertir e informar acerca dos riscos inerentes aos procedimentos médicos, notadamente os que envolvem a vida do paciente, fora alçado à condição legal⁶⁹⁹, como já referido no início do trabalho,

⁶⁹⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.262-263.

⁶⁹⁷ Idem, ibidem. p.258-259.

⁶⁹⁸ Idem, ibidem. p.267

⁶⁹⁹ Código Civil de 2002 - “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

também havia sido objeto da análise perspicaz de Pontes de Miranda, com a advertência de que o fato deve ser casuisticamente observado.

Edmilson Barros Júnior externa que o respeito à autonomia do paciente o torna “coautor, partícipe e corresponsável pela conduta médica a ser seguida. Com ela, o assistido é chamado a decidir seu futuro, permitindo-se até mesmo, enquanto consciente, que este recuse qualquer forma de intervenção”⁷⁰⁰. É justamente por esse motivo que o médico pratica uma negligência informacional ao omitir os riscos do tratamento/procedimento do paciente, vez que viola o seu direito a autodeterminar-se, a sua autonomia da vontade, mesmo que numa atitude benevolente e paternalista que não é mais aceita social, ética e juridicamente com o atual *status* da relação médico-paciente, pois o “médico tem de advertir quanto aos riscos [...] A máxima *volenti non fit injuria* tem de ser apreciada conforme as circunstâncias, e não aplicada ao pé da letra”.⁷⁰¹

A **segunda ilação** é que a informação insuficiente e inadequada é capaz de fazer surgir a responsabilidade civil médica, mesmo que não exista erro no procedimento adotado, o que, de certo modo, rompe com a visão tradicional da responsabilidade civil médica decorrente da visão tripartida do ato iatrogênico⁷⁰² em que não seriam considerados erros médicos os casos inseridos na previsibilidade técnico-médica (o fato médico previsível e esperado e o fato médico previsível e inesperado). Assim, os fatos previsíveis (esperados ou não) que não houverem sido informados ao paciente, acaso ocorram, poderão fazer surgir a responsabilidade civil médica.

A **terceira ilação** é que provado o cumprimento do dever de informar pelo médico (profissional liberal), sua responsabilidade adstringe-se a conduta culposa decorrente da má prática médica, sendo o termo de consentimento informado capaz de elidir a responsabilidade civil por negligência informacional, bem como a prova testemunhal e a prova indireta, não sendo tão rígida a questão da aceitação da prova do cumprimento da obrigação de informar.

⁷⁰⁰ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 228.

⁷⁰¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 438.

⁷⁰² Idem, *ibidem*. p. 299.

Nesse sentido, a interpretação do STJ corrobora com a visão de André Pereira sobre o tema:

Devemos ter em vista o sentido teleológico deste dever de informar, em ordem a alcançar soluções equilibradas: que por um lado não sejam demasiado onerosas para os médicos, no sentido de estes ficarem excessivamente expostos à responsabilidade por violação deste dever; mas salvaguardando sempre que se alcança um nível de esclarecimento que permita afirmar que a opção do paciente foi livre e esclarecida, assim se respeitando o princípio da autodeterminação.⁷⁰³

Outrossim, Pontes de Miranda já trazia e comentava precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP que versava sobre a responsabilidade médica pela inobservância de obtenção do consentimento do paciente:

Lê-se no acórdão da 5a. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de outubro de 1954: “Em se tratando de médico, age êle com culpa e está obrigado a ressarcir dano se, sem o consentimento espontâneo do cliente, o submete a tratamento do qual lhe advêm sequelas danosas. Se o doente é menor ou insano, êsse consentimento há de provir de seus pais ou responsáveis. E age, ainda, com culpa grave quando sujeita-o a tratamento perigoso, sem antes certificar-se da imperiosidade do seu uso”.⁷⁰⁴ - grifos nossos.

O posicionamento do TJSP colacionado mostra-se vanguardista, posto que em 1954 já adiantava posicionamento que atualmente vem se consolidando no Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Continuando sua análise, Pontes de Miranda expressa sua concordância com a decisão, mas ressalva os casos de impossibilidade de obtenção do consentimento, como nas situações de emergência em que não se pode esperar para realizar a obtenção do consentimento do paciente ou de seus representantes legais:

Em princípio, e no caso em exame, estava certo o acórdão. Mas o médico que passa de automóvel, ou a pé, e vê caído na estrada, ou no mato, alguma pessoa maior, ou menor, homem ou mulher e verifica que somente com a prática de atos seus, profissionais, o pode salvar, tem o dever de assistência. Se êle não pode esperar que o pai, o tutor ou o curador do menor dê a permissão, ou se o doente não fala ou não está em estado de discernimento, não precisa êle do “consentimento espontâneo”, de que falou a 5ª.Câmara Civil. Se o médico comete êrro, ou é culpado do agravamento da moléstia, ou ferimento, ou envenenamento, a sua

⁷⁰³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de Direito Civil. Coimbra Editora: Coimbra, 2004. p. 372/373

⁷⁰⁴ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 436.

responsabilidade pode resultar segundo os princípios gerais ou segundo o art. 1.545 do Código Civil.⁷⁰⁵

Versando ainda sobre o consentimento, Pontes de Miranda enfatiza que o simples fato de obter-se o consentimento não afasta a responsabilidade civil do médico, haja vista que em caso de conduta culposa haverá responsabilidade.

Observe-se ainda que o consentimento não afasta a responsabilidade do médico por seus erros, ou descuidos, inclusive quanto ao diagnóstico, tanto mais quanto o cliente ou pessoa atendida em caso de acidente pode somente ter consentido porque o médico lhe expôs erradamente, ou de má fé (e. g., para ganhar o dinheiro da operação), o que seria a sua doença. O tratamento contra as indicações da ciência é ato ilícito (1a. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de fevereiro de 1949, R. dos T., 180, 178). Também o é o tratamento que causa deformidade fisiológica, por imprudência, imperícia ou negligência (1a. Câmara Civil, 15 de fevereiro de 1949, 180, 180 s.), ou por pessoa não habilitada legalmente (cf. 4a. Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de agosto de 1940, 132, 155).⁷⁰⁶

Já Aguiar Dias assevera que “o consentimento do paciente libera o médico de responsabilidade”, revelando ainda caso em que ele não pode invocar o mesmo quando “as vantagens do tratamento ou da intervenção estejam em desproporção com os riscos ou as desvantagens correspondentes e, em particular, no que respeita à cirurgia estética”⁷⁰⁷, compartilhando Christoph Fabian da mesma opinião ao concluir que “na cirurgia estética os deveres de informar ainda são mais exaustivos”⁷⁰⁸

Assim, entende-se como acertado o entendimento fixado no STJ a respeito da aceitação da prova testemunhal e indireta do cumprimento do dever de informar, que encontra agasalho também na doutrina portuguesa, onde

O consentimento *expresso* engloba o consentimento *oral*, que, por sua vez, poderá ser ainda testemunhado e/ou confirmado; e o consentimento contido em *documento*, por *escrito do paciente* a par do *escrito por testemunho de terceiro* e, por fim, do obtido por *outros meios de registro*, como sirva de exemplo a gravação da imagem e da voz.⁷⁰⁹

No presente estudo, conclui-se pela caracterização de uma negligência médica qualificada, uma negligência informacional médica, que se materializa num ato

⁷⁰⁵ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 436.

⁷⁰⁶ Idem, *ibidem*. p. 436.

⁷⁰⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.262/263

⁷⁰⁸ FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: RT, 2002. p.137.

⁷⁰⁹ RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 424.

culposo (omissivo) que viola deveres preexistentes, onde a simples omissão da informação já é suficiente para sua caracterização, vez que pautada a relação jurídica médico-paciente na boa fé objetiva, pelo que descumprido o dever de informar estará caracterizada a responsabilidade civil do médico, sendo do médico o ônus da prova do cumprimento deste dever, posto que decorrente de imposição ética e legal, posto que provada a existência do dever, o risco da falta da prova do seu cumprimento recai sobre o devedor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso (linguagem falada ou escrita) compreendido como um modo de ação sobre o mundo e sobre os outros é moldado e socialmente constituído.

A Análise Crítica do Discurso – ACD, tendo como marco teórico Norman Fairclough, reconhece que os textos dependem dos recursos de seus membros, pois não podem ser produzidos nem interpretados sem o arcabouço decorrente de sua formação discursiva. Desse cenário não escapa o discurso jurídico, sendo de relevância as noções de campo, de *habitus* e da formação discursiva (jurídica) do intérprete (operador do Direito) para a compreensão (interpretação) dos dados autênticos (que neste estudo são acórdãos do STJ).

A revisão de literatura buscou na dogmática jurídica suporte para compreender a responsabilidade civil médica pela violação do dever de informar.

Verificou-se que a relação médico-paciente era nitidamente paternalista, havendo uma submissão do paciente à vontade do médico. Com a evolução da medicina inicia-se um processo de abandono do paternalismo, reconhecendo o paciente como pessoa dotada de vontade que deve ser respeitada, onde o respeito à autonomia da vontade do paciente exsurge como dever ético, passando-se assim de uma relação paternalista para uma relação contratualista em que o outro é reconhecido como sujeito, inexistindo a submissão, num verdadeiro compartilhamento do poder médico, com compromissos assumidos de parte a parte, onde ao paciente é assegurado ética e juridicamente o direito de decidir sobre sua saúde, seu corpo e sua vida, sob a orientação e conselhos do médico.

A atuação do médico por sua natureza constitui-se numa obrigação de fazer, caracterizada por uma atividade intelectual e material, com o dever de utilizar todo o conhecimento disponível a fim de prestar a melhor assistência à outra parte (paciente), empenhando-se para atingir o objetivo almejado, sem que, contudo, haja um compromisso efetivo com o resultado a ser atingido. Contudo, como relação

complexa que é, a finalidade da obrigação, entendida como um processo, deve ser levada em consideração.

No ordenamento jurídico brasileiro é indispensável à interpretação dos textos legais conforme a Constituição Federal, vez que a atuação médica tem como objeto o ser humano, e como tal sua dignidade há se preservada e protegida, assegurando-se o tratamento isonômico, consubstanciado, inclusive, com o direito à informação como pilar na equação consumidor-fornecedor, dado o enquadramento do médico no campo de incidência do CDC, além das normas do Código Civil de 2002, havendo dispositivos que expressamente tratam das obrigações, regras gerais contratuais, da prestação de serviço e da responsabilidade dos profissionais de saúde, dentre eles o médico.

A relação jurídica médico-paciente encerra uma relação de consumo, pois o médico enquadra-se como fornecedor ao realizar uma prestação de serviços ao seu paciente (consumidor), estando sujeito a responder pelo defeito na prestação do serviço, o chamado fato do serviço.

A boa fé objetiva encontra-se consagrada como cláusula geral e como regra de conduta no direito brasileiro, notadamente nas relações de consumo, penetrando sua principiologia em todas as relações de direito privado, exercendo funções de cânone hermenêutico-interpretativo, de norma de criação de deveres jurídicos e de controle (limitação ao exercício de direitos subjetivos).

Como decorrência do enquadramento da relação privada médico-paciente como uma relação jurídica de consumo, reconhece-se o paciente como consumidor sempre vulnerável e titular de um direito subjetivo básico à informação. Esse dever de informar integra a boa fé objetiva ao tempo que cria deveres para as partes e ainda o dever de indenizar no caso de descumprimento, posto que descumprido o dever de informar são violados o princípio da confiança e o princípio da transparência incidentes na relação jurídica de consumo entabulada.

O Código de Ética Médica – CEM estabelece uma série de deveres para o médico, obrigando-o a respeitar a autonomia do paciente, compreendida como o direito à sua auto-determinação, bem como a só atuar após o consentimento esclarecido do paciente, informando-o sobre o prognóstico, riscos e objetivos do tratamento médico proposto, realizando o preenchimento material do conteúdo da prestação informacional médica (quanto à adequação, clareza, riscos e insuficiência da informação).

Em virtude desse dever ético-jurídico de informar, o Termo de Consentimento Informado – TCI é um instrumento eficaz para a produção da prova da prestação da informação pelo médico, devendo o mesmo refletir um processo comunicacional entre o médico e o paciente, onde o primeiro presta informações e o segundo, compreendendo-as externa sua vontade em realizar o procedimento médico proposto. Tal processo obrigacional exige uma tríplice atuação do médico que se reveste nos deveres de informar, confirmar e, por fim, obter o consentimento do paciente. Nesse sentido, a decisão livre só é tomada pelo paciente enquanto sujeito cognoscente da realidade.

O estudo do dever de informar está intimamente ligado à produção da prova da prestação da informação/esclarecimento, checagem de compreensão do paciente e obtenção do seu consentimento para a realização da intervenção médica, justamente porque a intervenção sem consentimento traduz-se numa ofensa corporal (ato ilícito).

Regra geral, só haverá responsabilidade civil do médico (profissional liberal) se houver a caracterização da culpa no ato médico, pois configurada a liberalidade da profissão e a relação de consumo será imprescindível a demonstração de culpa do médico para que se possa atribuir responsabilidade pelo pagamento de indenização decorrente de dano causado a paciente em virtude de sua conduta profissional.

Provada a existência do dever, a prova do seu cumprimento recai sobre o devedor, sendo esse o caso do dever de informar do médico, prescrito nas normas legais e éticas. Assim, atribui-se ao médico a prova do cumprimento do dever de informar.

A violação ao dever de informar materializa-se como sendo uma violação positiva do contrato médico, vez que dentro de sua complexidade existem deveres que nele se inserem por força de regras legais e deontológicas que exorbitam as cláusulas contratuais (verbais, escritas ou implícitas).

Segundo o CDC, o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou quando houver a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, sendo essas as hipóteses de excludentes da responsabilidade civil do fornecedor expressamente previstas no CDC, além do caso fortuito e a força maior, que não se encontram expressas, mas são reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência.

As eximentes do caso fortuito e da força maior, em relação à negligência informacional, só têm lugar quando o dever de informar sobre as possibilidades de ocorrência dos fatos previsíveis for cumprido adequadamente pelo médico, vez que não pode presumir a assunção de riscos pelo paciente, posto que dele desconhecidos e conhecidos pelo médico.

No presente estudo foram analisados oito julgados do STJ versando sobre o dever de informar do médico, constando-se que **(a)** se o médico não cumpre o seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente haverá responsabilidade civil médica por negligência informacional; **(b)** se o médico cumpre o seu dever de informar, advertindo e compartilhando os riscos com o paciente, mas se essa informação não se mostra suficiente e adequada, haverá responsabilidade civil médica por negligência informacional; **(c)** admite-se a prova testemunhal e indireta do dever de informar do médico, nos seguintes termos: “com base na confiança depositada no réu decorrente de ser médico da família e com base nas declarações de outros pacientes que também realizaram o mesmo procedimento cirúrgico, conclui-se que não pode ser imputado ao réu a responsabilidade civil, pois não houve inobservância do dever de informar” e **(d)** não se configura a responsabilidade civil do médico quando é afastada a sua culpa por caso fortuito,

tendo o médico informado ao paciente acerca dos riscos cirúrgicos, através do cumprimento do dever de informar com a utilização do TCI.

Dos oito julgados estudados cinco versam sobre a ausência de informação sobre os riscos cirúrgicos, um sobre informação insuficiente e inadequada e outros dois sobre o cumprimento do dever de informar, admitindo-se no Caso 07 a prova indireta do cumprimento do dever de informar (testemunhas) e no Caso 08 a prova do cumprimento realizou-se através da utilização do termo de consentimento informado.

Algumas ilações podem ser feitas a partir destas constatações: a **primeira** que a informação sobre os riscos cirúrgicos é absolutamente indispensável para o fiel cumprimento do dever de informar do médico, vez que ao não informar os riscos decorrentes do procedimento médico, responderá o profissional pelo dano que advier.

O dever médico, a regra deontológica de advertir e informar acerca dos riscos inerentes aos procedimentos médicos, notadamente os que envolvem a vida do paciente, fora alçado à condição legal, com a advertência de que o fato deve ser casuisticamente observado.

A **segunda ilação** é que a informação insuficiente e inadequada é capaz de fazer surgir a responsabilidade civil médica, mesmo que não exista erro no procedimento adotado.

A **terceira ilação** é que provado o cumprimento do dever de informar pelo médico, sua responsabilidade adstringe-se a conduta culposa decorrente da má prática médica, sendo o termo de consentimento informado capaz de elidir a responsabilidade civil por negligência informacional, sendo também possível elidir-se através da prova testemunhal e a prova indireta, não sendo tão rígida a questão da aceitação da prova do cumprimento da obrigação de informar.

Em conclusão final, resta nítido que o médico possui uma série de deveres para com o seu paciente, deveres estes que se encontram localizados no ordenamento

jurídico pátrio a partir da Constituição, passando pelo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e chegando até o Código de Ética Médica.

Assim, tanto do ponto de vista ético-médico (regras deontológicas) como do ponto de vista legal uma série de deveres incidem sobre a atividade médica, em todas as suas fases. Dentre esses deveres encontra-se o dever de informação do médico, que se caracteriza como uma obrigação de fazer, cuja violação se dá através de um ato omissivo. Ou seja, o médico deve prestar a informação (ato comissivo), mas se não o faz, tem-se uma conduta culposa na sua espécie negligência, pelo que se caracteriza o não cumprimento do dever de informar na relação jurídica médico-paciente como uma negligência médica, vez que a conduta normalmente esperada e considerada adequada consiste em prestar as informações ao paciente, sendo omissivo o médico que não o faz, numa conduta violadora de deveres preexistentes.

No presente estudo conclui-se pela caracterização de uma negligência médica qualificada, uma negligência informacional médica, que se materializa num ato culposo (omissivo) que viola deveres preexistentes, onde a simples omissão da informação já é suficiente para sua caracterização, vez que pautada a relação jurídica médico-paciente na boa fé objetiva, pelo que descumprido o dever de informar restará caracterizada a responsabilidade civil do médico.

Outrossim, pertence ao médico o ônus da prova do cumprimento desse dever, posto que decorrente de imposição ética e legal, uma vez que provada a existência do dever, o risco da falta da prova do seu cumprimento recai sobre o devedor obrigacional, consoante se depreende da análise do *corpus*.

Em face da metodologia aplicada (ACD), além das considerações jurídicas ora lançadas neste momento final, foram tecidas algumas considerações acerca da realização da prática sócio-jurídica do STJ que se encontram no Apêndice A desta dissertação.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, José Adelmy da Silva. Análise crítica do discurso lega/jurídico: entre a lei e a doutrina. In COLARES, Virgínia (Organizadora). **Linguagem e Direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p. 235-260.

ALBUQUERQUE FILHO, José Antônio de. **Direito à saúde e o dever da fundamentação jurídica: uma abordagem transdisciplinar ancorada na análise crítica do discurso jurídico**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pro-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2011.

ALMEIDA, Nilson Teixeira de. **Gramática completa para concursos e vestibulares**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVES, Virgínia Colares Soares Figueirêdo. **A decisão interpretativa da fala em depoimentos judiciais**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. CAC. Letras e Linguística, 1992.

_____. **Inquirição na Justiça: estratégias linguístico-discursivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2008.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Código de Ética Médica 2010**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Médico: Abordagem Constitucional da Responsabilidade Médica**. São Paulo: Atlas, 2011.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, SP, v. 3, n. 9 p. 157-182, jan./mar. 2002.

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

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set.1990.

_____. Lei n. 10.406, de 11 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 jan. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 326014/RJ, da Quarta Turma, Brasília, DF, julgado em 28 de agosto de 2001, publicado no **Diário da Justiça** de 29 out. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 332025/MG, da Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 28 de maio de 2002, publicado no **Diário da Justiça** de 05 ago. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 436827/SP, da Quarta Turma, Brasília, DF, julgado em 01 de outubro de 2002, publicado no **Diário da Justiça** de 18 nov. 2002 .

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 467878/RJ, da Quarta Turma, Brasília, DF, julgado em 05 de dezembro de 2002, publicado no **Diário da Justiça** de 10 fev. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 707541/RJ, da Quarta Turma, Brasília, DF, julgado em 12 de dezembro de 2006, 12/12/2006, publicado no **Diário da Justiça** de 30 abr. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Agravo Regimental no Agravo - AgRg no Ag 818144/SP, da Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 09 de outubro de 2007, publicado no **Diário da Justiça** de 05 nov. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 1051674/RS, da Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 03/02/2009, publicado no **Diário da Justiça (eletrônico)** de 24 abr. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Recurso Especial - REsp n. 1180815/MG, da Terceira Turma, Brasília, DF, julgado em 19/08/2010, publicado no **Diário da Justiça (eletrônico)** de 26 ago. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Diretoria de Informações Judiciais. **Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior: Homenagem**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. p. 124. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/10223/45_Ministro_Ruy_Rosado_Aguiar.pdf?sequence=6. Acesso em: 21 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (STJ/Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010)

BOURDIEU. Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CASADO, Márcio Mello. Responsabilidade Objetiva no Código de Defesa do Consumidor – Justificativas, Precedentes e Análise do Sistema Nacional. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, v. 3, jul./set. 2000, p.157-188.

CALADO, Vinicius de Negreiros. **Manual básico de Direito do Consumidor**. Recife: IPEDIC, 2005.

_____. Responsabilidade Médico-hospitalar interpretada pelo STJ. **Revista Jurídica Consulex**, Ano XIII, número 299, 30 de junho de 2009, p. 34-36.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Introgénia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CITELLI, Adilson. **Linguagem e persuasão**. São Paulo: Ática, 2007.

COLARES, Virgínia. Direito, produção de sentido e o “regime de liberdade condicional”. In COLARES, Virgínia (Organizadora). **Linguagem e Direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p.333-334.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Tratado de direito civil português**. – v. 2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira. **A improcedência no suposto erro médico**: Doutrina, jurisprudência, legislação, código de ética médica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Leo Meyer. **Responsabilidade ética, penal e civil do médico**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano**. São Paulo: RT, 1966.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos Vinicius. **Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

DANTAS, Eduardo. When consent is not enough: the construction and development of modern concept of autonomy. **Lex Medicinæ**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 8, nº 15, janeiro/junho 2011. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.101-111.

- DENSA, Roberta. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DIJK, Teun A. van. **Discurso e Poder**. São Paulo: Contexto, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão).
- FERNANDES, Beatriz. **O Médico e seus direitos**. Nobel: São Paulo, 2000.
- FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. **O CONSENTIMENTO INFORMADO NA ASSISTÊNCIA MÉDICA E O CONTRATO DE ADESÃO: UMA PERSPECTIVA JURÍDICA E BIOÉTICA**. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/hcpa/article/viewFile/2568/1226>. Acesso em: 19 dez. 2009.
- FILOMENO, José Geraldo de Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2009.
- _____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979 (2010).
- FRANÇA, Genival de. **Direito Médico**. São Paulo: Fundação BYK, 1994.
- _____. **Flagrantes médico legais**. Recife: EDUPE, 2000.
- _____. **Flagrantes médico legais VII**. Recife: EDUPE, 2004.
- FROTA, Mário. Estudo Contrastivo da Responsabilidade Civil nos Códigos Civis do Brasil e de Portugal. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 53, jan./mar. 2005, p. 151-180.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2008
- GALIZA, Andréa Karla Amaral de. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2011

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **Responsabilidade Médica - as obrigações de meio e de resultado: avaliação, uso e adequação**. Curitiba: Juruá, 2004.

GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: RT, 2009.

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento Informado no Brasil: Primeiras Normas**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/consbras.htm>. Acesso em: 19 dez. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume IV. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUZ, Gabriela. O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**. [online]. 2010, vol.11, n.1, pp. 95-122. ISSN 1516-4179. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v11n1/07.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. *In* NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Vianna**. São Paulo: RT, 2009.

_____. RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA EVOLUÇÃO DE FUNDAMENTOS E DE PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. v. 35, n. 01, jan/jun, 2011. p. 39-40. Disponível em <http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12029/7983>. Acesso em: 02 nov. 2011.

HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. **Consentimento informado no atendimento pediátrico**. Revista Paulista de Pediatria 2010; 28(2): 128-33. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rpp/v28n2/v28n2a01.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2010.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Culpa Médica e ônus da prova**. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor.** São Paulo, RT, 2010.

KOCK, Ingedore Grunfeld Villaça. **Desvendando os segredos do texto.** São Paulo: Cortez, 2009.

LANA, Roberto Lauro; FIGUEIREDO, Antônio Macena de. **Temas de direito médico.** Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2005.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas.** Porto Alegre: ARTMED; Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

LAWN, Chris. **Compreender Gadamer.** Petrópolis: Vozes, 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações** – 1º. v: Introdução, da constituição das obrigações. Coimbra: Almedina, 2010.

LIDZ, Charles W. (et alli). **Informed consent.** New York: The Guilford Press, 1984.

LIMA, Clarissa Costa de. Dos Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas Repercussões no Âmbito da Responsabilidade Civil. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: RT, v. 51, jul./set. 2004, p. 112-129.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Do contrato no Estado Social: crise e transformações.** Maceió: EDUFAL, 1983.

_____. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas.** São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

_____. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: RT, v. 37, jan./mar. 2001, p. 59.

_____. Responsabilidade civil do advogado. **Revista de Direito Privado,** São Paulo, SP, v.3, n.10 p. 211-220, abr./jun. 2002.

_____. Princípios dos contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica,** Porto Alegre, v. 53, n. 329, p. 9-17, mar. 2005.

_____. **Direito Civil: obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil: contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Fontes das obrigações e a teoria dos fatos jurídicos. *In* PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELO, Nalva Cristina Baborsa.

Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a “Jones Figueirêdo Alves”. São Paulo: Método, 2011. p. 425-431.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **La responsabilidad civil de los médicos**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1997.

_____. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2010.

MANSON Neil C.; O'NEILL Onora. **Rethinking Informed Consent in Bioethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Disponível em <http://books.google.com/books?id=kM3li88222kC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 07 maio 2011.

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**. São Paulo: RT, 1993

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Saúde e responsabilidade:** Seguros e planos de assistência privada a saúde. São Paulo: RT, 1999.

_____. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 51, jul./set. 2004, p. 34-67.

_____. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. **RT**, São Paulo: RT, v. 827, p. 11-48, set, 2004.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

MAZEUAD, Henri y Léon; MAZEUAD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte segunda. Vol. II: La responsabilidad civil, los cuasicontratos. Ediciones Jurídicas Europa-América: Buenos Aires, 1978.

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

_____. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: RT, 2010.

MORAES, Irany Novah. **Erro medico e a lei**. São Paulo: Lejus, 1998.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Justiça acidental: nos bastidores do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. **O problema da razoabilidade e a questão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley; FERRAZ, Edmundo Machado. Erro médico e a prática não médica. *In* FIGUEIREDO, Antônio Macena de; LANA, Roberto Lauro. **Direito Médico: implicações éticas e jurídicas na prática médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 347-373.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários a Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEDRO, Emília Ribeiro (org.). **Análise Crítica do Discurso: uma perspectiva sociopolítica e funcional**. Lisboa: Caminho, 1998.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Vol. II**. Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Mirian de Sá. Apresentação. *In* ALVES, Virgínia Colares Soares Figueirêdo. **Inquirição na Justiça: estratégias linguístico-discursivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 16.

PIRES, Vera Lúcia Pires; WERNER, Kelly Cristini G. A dêixis na teoria da enunciação de Benveniste. *In* **Revista LETRAS**. Número 33 - Julho / Dezembro de 2006. PPGL/UFSM. Disponível em http://w3.ufsm.br/revistalettras/artigos_r33/revista33_9.pdf Acesso em: 17 set. 2011.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado. Tomo LIII**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009.

RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. **Análise de discurso (para a crítica): o texto como material de pesquisa**. Campinas: Pontes Editores, 2011.

RESENDE, Viviane de Melo. **Análise de discurso crítica**. São Paulo: Contexto, 2006.

_____. **Análise de discurso crítica e realismo crítico**. Campinas: Pontes Editores, 2009.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SALAMACHA, Consuelo Taques Ferreira. **Erro médico: inversão do ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro**, 17(1):29-41, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf> Acesso em: 02 nov. 2011.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica: Civil, Criminal e Ética**. Del Rey: Belo Horizonte, 2001.

SEIXAS, Raul. **Ouro de tolo**. In Krig-Ha, Bandolo (LP), 1973.

SHUY, Roger W. **The patient's right to clear communication in health and mental delivery service**. Paper presented at a Conference on Health and Mental Health Systems (Philadelphia, Pennsylvania, Nov. 22, 1975). Disponível em <http://www.eric.ed.gov/PDFS/ED119503.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2011.

_____. **Language crimes: the use and abuse of language evidence in the courtroom**. Cambridge: Blackwell Publishers, 1996.

SILVA, Augusto Lins e. **Responsabilidade médico-legal**. Recife: I. Nery da Fonseca, 1913.

SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006.

SILVA, Gilson Hugo Rodrigo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa Cachapuz. A ROTULAGEM DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS – DIREITO DO CONSUMIDOR E ASPECTO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 7, n. 1, p. 119-136, jan./jun. 2007. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&cd=2&ved=0COCIQFjAB&url=http%3>

A%2F%2Fcesumar.br%2Fpesquisa%2Fperiodicos%2Findex.php%2Frevjuridica%2Farticle%2Fdownload%2F519%2F377&ei=V9mZTs6bGqXa0Qgp34ScBA &usg=AFQjCNGFCC00_Wult2IDSgJWO_H9SBp37g. Acesso em: 15 out. 2011.

SILVEIRA, Cristina Cattaneo da. A interpretação do/no discurso jurídico. *In* COLARES, Virgínia (Organizadora). **Linguagem e Direito**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p. 129-147.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STIGLITZ, Gabriel A. **Proteccion juridica del consumidor**: Responsabilidad del empresario; publicidad comercial enganosa; credito al consumo; practicas mercantiles irregulares; acceso a la justicia. Buenos aires: Depalma, 1990.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SYTIA, Celestina Vitória Moraes. **O direito e suas instâncias linguísticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

TADEU, Silney Alves. O dever de informar: considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, SP, v.15, n.58, p. 255-274, abr.-jun. 2006.

THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

VERONESE, Marília Veríssimo; GUARESCHI, Pedrinho Arcides. Hermenêutica de Profundidade na pesquisa social. **Ciência Sociais Unisinos**, maio/ago 2006, ano/vol 42, número 002. p.85-93. Disponível em <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/938/93842201.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. *In* Buscalegis. Revista n.º 5. Junho de 1982 - p. 48-57. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/25156/24719>. Acesso em: 18 jul. 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento crítico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

APÊNDICE A – Práticas sócio-jurídicas do STJ inferidas da análise do *corpus*

A partir da ACD, a conclusão de ordem geral que se infere da análise textual dos acórdãos referentes aos recursos não conhecidos é que o relator/turma/STJ faz questão de externar o seu posicionamento no caso concreto, ainda que do ponto de vista prático o recurso não tenha passado pelos pressupostos de admissibilidade para o seu conhecimento, por ser necessário o reexame fático-probatório.

Destaque-se que em alguns julgados foram consignados vários posicionamentos na ementa do acórdão, mesmo não tendo ele sido conhecido, deixando-se de externar, às vezes, as próprias razões do não conhecimento na ementa do acórdão.

Assim, quando um operador do Direito tem acesso à ementa do acórdão e realiza a sua leitura, não encontra qualquer referência específica ao conteúdo decisório do acórdão recorrido (Tribunal de origem) que é a decisão judicial que fora materialmente proferida e que será executada pela parte vencedora.

Dito dessa forma, não é difícil perceber que o ministro relator/turma/STJ utiliza-se de seu lugar no campo jurídico para externar um posicionamento seu (da turma, do STJ, em regra com julgamento unânime) acerca de um caso apreciado e julgado por um tribunal inferior (muitas vezes com fundamento diverso) e ao fazê-lo através de um texto (REsp, AgRg, Ag etc), inserido num determinado contexto (recurso admitido, mas não conhecido), realiza uma determinada prática sócio-jurídica.

Este estudo conclui, que o STJ ao proferir uma decisão que externa o entendimento da Corte sobre uma determinada matéria, ainda não tenha havido no caso concreto um efetivo julgamento de mérito, posto que o recurso não fora sequer conhecido, efetivamente realiza uma prática sócio-jurídica externando para a comunidade o seu posicionamento num exercício de poder (poder-dizer-julgar-decidir), buscando influenciar outras decisões e julgados, pois ciente de que as ementas é que são reproduzidas cotidianamente, em número infinitamente maior, comparativamente aos acórdãos que serão analisados pela comunidade.

Outro aspecto de relevo verificado é o uso de recursos lingüísticos próprios da comunidade jurídica, o que impossibilita que o cidadão comum tenha acesso direito ao que efetivamente foi dito. Em várias situações, como por exemplo, quando o relator conhece parcialmente do recurso no tocante a multa decorrente da interposição de embargos de declaração considerados pelo Tribunal de origem como protelatórios e o faz remetendo unicamente a aplicação da súmula nº 98, está-se diante de um caso típico em que a compreensão dos textos depende da utilização dos recursos⁷¹⁰ dos membros da comunidade jurídica, vez que um leigo ao ler tais linhas, nada iria compreender, comprovando a hipótese de Norman Fairclough de que os textos dependem dos recursos de seus membros também no campo jurídico, pois não podem ser produzidos nem interpretados sem os recursos destes.

Como regra, foi verificada a intertextualidade manifesta em transcrições do feito originário discutido e intertextualidade constitutiva quando o ministro explicita o ocorrido, segundo informações contidas nos autos (v.g. relata o conteúdo da peça recursal, transcreve a decisão recorrida etc), sendo patente que os discursos jurídicos advindos dos tribunais são representados, sendo a representação do discurso “uma forma de intertextualidade na qual partes de outros textos são incorporados a um texto e explicitamente marcadas como tal [...]”, sendo uma dimensão da prática social⁷¹¹ jurídica. Esse fato é comum e constatado em todas as instâncias decisórias judiciais, uma que ao decidir o Estado-juiz sempre haverá de se remeter às circunstâncias dos autos (contexto situacional).

Outrossim, verificou-se a existência de silêncios propositais e eloquentes quando o relator/turma/STJ “retira” estrategicamente o que foi dito pelo Tribunal de origem numa nítida estratégia de reificação, operada através da nominalização/passivização, onde há a concentração da atenção em certos temas em prejuízo de outros, com apagamento de atores e ações⁷¹². Essa estratégia

⁷¹⁰ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, 2008 (reimpressão). p. 100.

⁷¹¹ Idem, ibidem. p. 138 e p. 140.

⁷¹² RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. **Análise de discurso (para a crítica)**: o texto como material de pesquisa. Campinas: Pontes Editores, 2011. p.26-27 ; THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 81.

ocorre, por exemplo, como no Caso 1, quando o tribunal na origem adota um fundamento e na construção da ementa do STJ outro fundamento é lançado, apagando-se por completo a decisão originária.

Outra prática muito comum é a omissão no tocante ao conteúdo das contrarrazões aos recursos apresentados, pois em nenhum dos casos analisados os ministros reportaram o seu conteúdo, visto que, em regra, as turmas do STJ limitam-se a asseverar que as mesmas foram oferecidas, omitindo o seu conteúdo, o que caracteriza uma estratégia discursiva na construção do seu relatório. Indaga-se: seriam as mesmas irrelevantes para os ministros?

Como regra geral da área/campo jurídico, o estudo também encontrou o recurso dos relatores/turma/STJ ao argumento de autoridade, pautado na própria jurisprudência da corte e na doutrina para robustecer as decisões, notadamente os entendimentos da própria turma e súmulas.

Como achados inusitados, foi verificada uma divergência de fundamento para o não conhecimento de um recurso e uma fala inserida no meio do texto do acórdão que teve repercussão de relevo para o caso, mas não foi devidamente estruturada no acórdão.

O primeiro achado inusitado foi localizado no Caso 07, onde a ministra revisora explicita nas linhas 372-375 e 388-389 (fragmento 17) que afasta a admissibilidade do recurso com base na alínea “c”, justamente porque fundamentou o recorrente a sua peça na existência de dissídio jurisprudencial, não tendo colacionado paradigmas pertinentes. Ou seja, o único fundamento invocado pelo recorrente fora a “divergência da jurisprudência de outros Tribunais” (linha 297, fragmento 12), tendo a relatora afastado a admissibilidade recursal porque não teria sido comprovada a divergência, já que fora caracterizada a falta de similitude entre os fatos contidos nos autos e os fatos contidos nos acórdãos divergentes (chamados de paradigma).

Contudo, quando a ministra revisora efetivamente decide (ato de fala) nas linhas 391-392 (fragmento 17) afirmando acompanhar na íntegra o voto do relator, quando na realidade não conhece do recurso especial por fundamento diverso, posto que o relator não o conheceu por considerar que seria necessário o reexame fático-probatório (que esbarraria na súmula 7) enquanto a revisora não conheceu do recurso por incompatibilidade dos dissídios (linha 377 do fragmento 17), chegando a afirmar que o fazia “Forte em tais razões” (linha 391 do fragmento 17). É de se destacar ainda que o entendimento da revisora não constou da ementa.

O segundo achado inusitado ocorreu no Caso 3, onde de modo surpreendente, outra voz aparece no acórdão inserida no voto do ministro relator entre as linhas 261-265, exatamente no momento em que o ministro inicia a análise do pedido de redução do valor arbitrado a título de dano moral. A passagem em questão reflete a fala de outro ministro (linha 261) que suscitou questão durante a sessão excluindo parte da condenação imposta ao recorrente no que pertine ao dano material, pois tendo ele sido condenado por prática de ato ilícito apenas responde por este, uma vez que como nenhum valor recebeu do paciente nada teria que devolver (dano material).