

INTRODUÇÃO

O direito consumerista como se entende na contemporaneidade tem sua gênese a partir da evolução tecnológica e econômica que a Revolução Industrial e a produção em massa decorrente desta gerou na sociedade contemporânea. Há aqueles que remetem seus primórdios às codificações mais antigas no tempo, entretanto, fato é que somente a partir desta que sua defesa se apresentou como fato, cujo valor demandava tipificação específica.

A Constituição Cidadã de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, aporta como direito e dever individual e coletivo a defesa do consumidor, trazendo também este direito como princípio geral da ordem econômica contemporânea. Tal aporte constitucional alçou a defesa consumerista como princípio constitucional, objetivando garantir a todos uma existência digna que se efetiva através de políticas públicas.

Neste sentido, e considerando a valorização da Dignidade da Pessoa Humana que a Segunda Guerra Mundial tornou impositiva, verifica-se que a defesa de tais direitos encontra fundamento justamente nos Direitos da Personalidade, que podem ser conceituados como o conjunto de características do próprio indivíduo, intrínsecos à sua existência e a partir do qual a pessoa pode exercer sua razão de ser, com fim em si próprio.

A partir desta ótica, verifica-se que os Direitos do Consumidor, consagrados legislativamente em nosso ordenamento jurídico pela Lei 8.078/1990, se apresenta como efetivo garantidor de tais direitos decorrentes da Dignidade da Pessoa Humana. Isto porque a lei consumerista se apresenta como protetora dos direitos daqueles mais fracos em uma relação jurídica de forças que, dada a capacidade econômica das partes, é tida como desigual em desfavor do consumidor.

A legislação em comento criou subsistema jurídico autônomo, justamente porque atrelado ao sistema de produção em massa, que impõe valoração maior ao direito coletivo e difuso. Isso se dá, também, em razão de que as relações jurídicas são fixadas, unilateralmente, por uma das partes, qual seja, o fornecedor, vinculando a sua imposição diversos consumidores. Tal feito configura-se, como entende a doutrina contemporânea, como rompimento com o direito privado tradicional, feito que traz força à normativa especial criada em 1990.

Entretanto, a tipificação em comento, por trazer inovação jurídica, suscitou as mais diversas discussões quanto a defesa dos direitos consumeristas. Tanto é que a reparação dos danos por si percebidos ainda é um dilema a ser enfrentado pela sociedade contemporânea, e se apresenta como tema atual a ser minuciosamente debatido pela academia e pela ciência jurídica como um todo.

Um tema pertinente e muito debatido na contemporaneidade é a violação dos direitos do consumidor e a modalidade de responsabilização civil daquele que o viola. Tem-se por certo que a

Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 estabeleceu modalidade diversificada da prevista no Código Civil brasileiro, adotando postura de proteção àquele que é considerado vulnerável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A postura legislativa se justifica porque a violação de tais direitos se dá das mais diversas formas. Seja mediante vilipêndio material, moral, estético, existencial, *in re ipsa, res ipsa loquitur*, através da perda de uma chance ou por meio do dano reflexo, fato é que o estudo dos tormentos percebidos pelos consumidores é matéria vasta e que demanda contemporâneo e aprofundado estudo da temática em comento.

Nesse sentido, o corte teórico a ser adotado pelo presente trabalho parte do estudo da modalidade de responsabilização decorrente da teoria norte-americana, intitulada *res ipsa loquitur*, e sua aplicabilidade em território nacional por parte de Tribunais de Justiça estaduais, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, aportando estudo comparatório entre os ordenamentos jurídicos em análise.

Para tanto, e valendo-se de metodologia dedutiva para a conceituação teórica e para a análise acerca da aplicação, no Brasil, da teoria em comento, como também para comparar os ordenamentos jurídicos que fazem parte do escopo do presente trabalho, necessário a análise de conceitos consumeristas tais como a definição de consumidor e de fornecedor, como também a demonstração da vulnerabilidade desta decorrente; a diferenciação das modalidades de responsabilidade do médico, quando em necessidade de reparar dano causado, e do fornecedor; a conceituação de dano *res ipsa loquitur*; para que, então, seja possível analisar as decisões brasileiras que foram possíveis localizar junto aos Tribunais Superiores e inferir, a partir destas, se o Brasil faz uso – ou não – desta modalidade de responsabilização e, se o faz, de que forma esta se relaciona com a regra utilizada pelas cortes norte-americanas.

1 DO CONCEITO DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR, E O DESBALANCEAMENTO DE PODERES NA RELAÇÃO JURÍDICA CONSUMERISTA.

A Lei 8.078/1990, em seu artigo 2º, traz conceituação de quem seria o consumidor na relação jurídica existente. O texto de lei prevê, *in verbis*: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”.

Verifica-se que a normativa em comento foi explícita ao definir a principal parte destinatária de sua proteção. Entretanto, não se limitou ao conceito em comento, equiparando a este àquela coletividade de pessoas que, mesmo que indetermináveis, tenha intervindo na relação consumerista

(parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor); como também todas as vítimas dos acidentes de consumo, independentemente de serem consideradas destinatárias finais ou não (art. 17, Código de Defesa do Consumidor); e, ainda, às pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais (art. 29, Código de Defesa do Consumidor).

Seguindo na percepção difusa do conceito de consumidor, a Lei 8.078/1990 aporta, em seu Capítulo VI, àqueles que estejam expostos à oferta, publicidade, cobranças de dívidas, cadastro de consumidores ou a práticas abusivas também como consumidores. Verifica-se, assim, que o *codex* apresenta como extensa à coletividade, mesmo que indeterminada, sua proteção, visto que todos aqueles que vivem em sociedade estão expostos, necessariamente, às práticas abarcadas pela legislação consumerista.

Entretanto, a doutrina não se apresenta como pacífica no que se refere ao conceito de Consumidor. Abrange, neste aspecto, três correntes que se pretendem como definidoras do conceito de consumidor: a finalista, a maximalista, e a finalista mitigada. A primeira conceitua-se como:

quem adquire no mercado de consumo o produto ou serviço; aquele em razão de quem é interrompida a cadeia de produção e circulação de certos bens e serviços, para usufruir ele mesmo, ou terceiro a quem os ceda, das respectivas funções, de modo não profissional (destinatário final econômico). (SILVA, 2008)

Torna-se nítido que a teoria em comento restringe o conceito de consumidor àquele que utiliza ou adquire um produto para uso próprio ou de seu núcleo familiar, de forma que limita a ocorrência da figura do consumidor àquele que utiliza, como destinatário final da relação, o produto ou serviço adquirido em um negócio jurídico celebrado.

Já a teoria maximalista traz que a interpretação deve ser realizada a partir da ótica mais extensamente possível, aplicando sua normativa de forma mais ampla àqueles que fazem parte da relação a ser classificada. Leciona Marques, Benjamin e Miragem que os doutrinadores adeptos à teoria em comento:

Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não tem lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome (...). (SILVA, 2008)

Entretanto, tem-se por certo que nenhuma das duas teorias é a aplicada na judicatura brasileira. A jurisprudência mais recente debruçou sobre a temática, tornando pacífico para o ordenamento jurídico qual interpretação deve ser adotada no aspecto prático. Neste sentido, entendeu pela aplicação

da teoria finalista mitigada ou aprofundada que, nos termos do acórdão exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, inclui no conceito de consumidor:

(...) todo aquele que possua vulnerabilidade em face do fornecedor. Decorre da mitigação dos rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2022)

Assim, verifica-se que a teoria adotada para o Ordenamento Jurídico Pátrio é a Finalista Mitigada.

Superada a divergência doutrinária, há que se comentar sobre o conceito de fornecedor para que, no que toca os danos percebidos pelos consumidores, seja possível definir qual a similitude e eventual diferença entre o médico, prestador de serviços, e àquele que fornece produtos ou serviços ao consumidor.

A legislação de 1990 definiu, em seu artigo 3º, quem é o fornecedor em uma relação de consumo. Em transcrição *ipsis litteris*, verifica-se que este é:

(...) toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O conceito trazido pela legislação pacificou a temática, visto que podem ser fornecedores pessoas físicas ou jurídicas; públicas ou privadas; nacionais, estrangeiras ou entes despersonalizados que, com habitualidade, desenvolvam atividades relacionadas à veiculação de produtos ou serviços no mercado.

Justifica-se a adoção do microsistema consumerista contemporâneo justamente pelo nítido desbalanceamento de forças entre o consumidor, sendo este considerado vulnerável e posto à potencial perigo, visto a ausência de conhecimento específico e técnico dos produtos adquiridos por si, como também por, em considerando o ser humano médio, a incapacidade jurídica de entender a relação negocial firmada e a disparidade de armas entre o fornecedor e o consumidor.

Para tanto, a legislação consumerista, em sua confecção, considerou o consumidor como o homem mínimo, aquele incapaz de compreender a relação jurídica pactuada. Ademais, ainda reservou àqueles que possuem limitações especiais o conceito de hipervulneráveis, como é o caso de idosos, doentes, grávidas ou, àqueles de condição social menos abastada (Art. 39, Código de Defesa do Consumidor).

Nesta perspectiva, e definidas as partes da relação de consumo, bem como a disparidade de poderes entre estes, permite-se adentrar na temática do dano percebido pelos consumidores e pacientes médicos, para sequencial análise do dano *res ipsa loquitur*.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO: A TEORIA DO *RES IPSA LOQUITUR*

Conforme supra narrado, os consumidores estão expostos às mais diversas formas de violação de seus direitos. Neste sentido, cumpre, antes de uma análise mais aprofundada sobre a temática em apreço, apresentar o que é responsabilidade para a temática consumerista e conceituar os danos que podem ser percebidos pelo consumidor, para sequencial aprofundamento temático na análise da comparação entre os ordenamentos jurídicos ora estudados.

A codificação consumerista trata da responsabilidade civil nas relações de consumo dos artigos 12 a 20, trazendo-a em modalidades decorrentes do fato do produto e do serviço, e do vício do produto e do serviço.

A responsabilidade, nestas modalidades, é considerada de forma objetiva, sem a necessidade de auferir culpa para a responsabilização do fornecedor. Tal feito decorre da teoria do risco que, considerando a possibilidade de dano como parte da atividade economia empresarial, imputa ao fornecedor a reparação do dano mesmo sem a necessidade de restar configurado qualquer ato negligente, imprudente ou imperito. Diz a lei consumerista:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Assim, restando comprovado o nexo de causalidade e o dano percebido pelo consumidor, quedar-se-á configurada a necessidade de indenizar por parte do fornecedor, cujo conceito encontra-se previsto no art. 3º da Lei 8.078/1990.

Já quando da análise da relação médico-paciente, nítido figura que se assemelha muito ao conceito previsto no artigo 3º e 2º do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente, já que o profissional de saúde é pessoa física, privada, nacional ou estrangeira, fornece serviços a destinatário final, quem seja, o paciente.

Entretanto, por especificidades do ofício que exerce, a relação estabelecida entre estas partes tem sua responsabilidade percebida a partir de diferente ótica, na qual se apresenta como necessária a comprovação efetiva da culpa, restando demonstrado erro médico – seja na modalidade de negligência, imprudência ou imperícia. Neste sentido, Gomes e França aportam como erro médico aquela:

conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência (GOMES; FRANÇA, 1999).

Um exemplo desta distinção é a distribuição do ônus probatório dentro do processo de responsabilização do fornecedor e do médico. Isto porque é possível verificar que o *codex* de direitos do consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, possibilita a inversão do ônus probatório com vistas em favorecer àquele que vulnerável, quem seja, o consumidor.

Permite-se citar:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Esta lógica, em regra e se comprovado os indícios do que alega o consumidor, aplicada àqueles que se enquadram no conceito do artigo 3º da lei 8.078/1990. Perceptível, portanto, que há a proteção do consumidor enquanto vulnerável na relação jurídica.

Já a responsabilidade civil do médico, por sua vez, por não ter aplicada a lógica da codificação em comento, demanda aporte probatório por parte da vítima de eventual lesão percebida, já que é responsabilidade do paciente ou de seus familiares, em caso de morte, demonstrar o erro – por negligência, imprudência ou imperícia – ocorrido no cumprimento da obrigação por parte do profissional. (FRADERA, 1992)

A teoria da culpa, entretanto, nem sempre deve ser aplicada na responsabilização do médico enquanto profissional liberal no exercício de suas funções. Neste sentido, Prux leciona que:

A teoria da culpa não é adequada para ser aplicada em todos os casos de responsabilidade civil de ordem pessoal dos profissionais liberais. Nas obrigações "de resultado", ela se revela inadequada e, nas agressões aos direitos dos consumidores que são perpetradas através de condutas e práticas de mercado (na oferta, na propaganda enganosa, na cobrança de dívidas, no uso de práticas e cláusulas abusivas, etc.) ela se revela além de inadequada, quase impertinente. (PRUX, 1998, p. 188)

Na esteira do ensinamento do douto jurisconsulto, surge, mais contemporaneamente, a teoria do dano *res ipsa loquitur* (ou, em tradução livre, que a coisa fala por si). O conceito permite, em determinados casos em que o juiz, diante da evidência de eventual erro médico, chegue à conclusão de que o profissional possui culpa independentemente de sua comprovação, presumindo-a a partir da concatenação lógica de que, sem a sua atitude, o resultado que leva à responsabilidade não teria ocorrido.

Partindo deste aporte teórico, e das distinções realizadas com relação a responsabilização do médico e do fornecedor, ir-se-á analisar se os tribunais pátrios têm – ou não – adotado a teoria estadunidense como aplicável aos casos pertinentes em comparação ao modelo adotado por aquele estado-nação, como também aferir se a adoção da teoria em comento efetiva – ou não – os direitos de personalidade dos consumidores.

3 DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA *RES IPSA LOQUITUR* PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS EM COMPARAÇÃO COM A APLICAÇÃO NORTE-AMERICANA.

Inicialmente, importa destacar que a aplicação da teoria ora estudada precede o Código Civil de 2002. Possui pertinência sua menção e diferenciação pois, como se sabe, o Código de Defesa do Consumidor é anterior à codificação civil ordinária. Para demonstrar a adoção pretérita à esta normativa, a primeira jurisprudência a ser analisada, oriunda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstra entendimento dos desembargadores que compõem a 6ª Câmara Cível no sentido da teoria apresentada, conforme permite-se citar:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OFTALMOLOGISTA. CIRURGIA ELETIVA DE CORREÇÃO DE MIOPIA. SUBSEQÜENTE PERDA DA VISÃO. APLICAÇÃO DA DOUTRINA DA CULPA IN RE IPSA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Merece ser acolhida pretensão de indenização (por gastos médicos e de terapia psicológica) e de reparação (por dano moral) de quem submetendo-se a cirurgia de eleição, para correção de deficiência em um dos olhos, vem a obter, como resultado, a perda de visão. Ainda que se não flagre aí uma obrigação de resultado, inegavelmente dessa se aproxima a denominada cirurgia funcional, merecendo ser responsabilizado o médico que, por razões insuficientemente comprovadas, não só não logra êxito - que não lhe era exigido - mas termina por deixar o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava antecedentemente, pois sem visão justamente no olho operado. Merece prestígio, em casos que tais, a doutrina da culpa in re ipsa, na medida em que o sistema de responsabilidade civil do médico é o da responsabilidade subjetiva (art. 1545 do Código Civil). (BRASIL, 1998).

Verifica-se que, no caso em comento, entenderam por bem os Desembargadores por aplicar a teoria do *res ipsa loquitur* ao caso em que, no procedimento oftalmológico, mesmo que não se

tratando de obrigação de resultado, o profissional tenha deixado o paciente em situação extremamente pior do que se encontrava prévio ao procedimento cirúrgico. Desde logo, percebe-se que o Brasil entendeu por bem adotar a teoria estadunidense ora trabalhada e, no presente caso, a aplica nas formas originárias, precedendo até mesmo à constituinte de 1988.

Verifica-se que, assim, o julgador do tempo efetivou os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, já que facilita o acesso à reparação ao aplicar objetivamente a responsabilidade ao caso, perfazendo princípios como o da dignidade da pessoa humana, do acesso à justiça e da celeridade processual, todos posteriormente celebrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Código de Processo Civil de 2015, respectivamente.

Ademais, em razão do Brasil nunca ter tido uma cláusula geral expressa de direitos de personalidade (GONÇALVES, 2008), verifica-se que o julgador, mesmo que indiretamente, efetivou no ambiente concreto as pretensões que posteriormente seriam garantidas pela previsão da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, como preceituam os doutrinadores, cláusula geral de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, esta segue sendo adotada pela jurisprudência contemporânea, conforme permite-se citar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ATRASO NA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO MÉDICO NECESSÁRIO. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PERDA DE UMA CHANCE. RES IPSA LOQUITUR. DANO MORAL. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. A responsabilidade do médico, como profissional liberal, é de natureza subjetiva (art. 14, § 4º, do CDC) e exige a identificação da tríade: culpa do agente, dano efetivo, moral e/ou material, além do nexo de causalidade.

(...)

5. O sistema do Common Law também instituiu uma doutrina com o objetivo de mitigar, em favor das vítimas, os efeitos do óbice imposto pela proibição da prova diabólica. Essa doutrina é conhecida pelo brocardo latino *Res ipsa loquitur* (A coisa fala por si), que não se confunde com o conteúdo de outro brocardo latino, *In re ipsa*, também utilizado no âmbito da responsabilidade civil por dano moral. 6. A doutrina da *Res ipsa loquitur* contém critérios de imputação objetiva pessoal de responsabilidade civil (Quis), ao passo que o critério *In re ipsa* é uma forma de objetivação e atribuição do prejuízo a ser reparado (Quid). 7. A doutrina da *Res ipsa loquitur* é aplicada para situações de difícil ou de impossível demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o evidente resultado (não se trata de perda de uma chance). Nesses casos, o dano final é tão evidente que dispensa a prova do nexo de causalidade, ouvindo-se apenas a sua aparência. Por isso, a coisa fala por si, e fala contra quem tinha domínio do fato, desde que preenchidos alguns requisitos. Essa doutrina, assim como a perda de uma chance, também encontra resistência para aplicação em processos de responsabilidade médico-hospitalar. 8. A doutrina da *Res ipsa loquitur* impõe os seguintes requisitos: 8.1. O dano não pode ocorrer sem que haja negligência (em sentido amplo) de terceiro. Isso significa que, com base nas regras da experiência e no senso comum, ou com base na opinião de especialistas, pode-se concluir que o fato ocorreu por culpa de alguém e não por fatores outros; 8.2. Outras possíveis causas, além da negligência do réu, devem ser eliminadas pelas provas do processo. Este requisito comina ao autor que exclua outras possíveis causas que poderiam provocar o dano, evidenciando que só a negligência do réu

poderia produzi-lo; 8.3. O réu deve ter o domínio exclusivo do fato, com a probabilidade apenas remota de que o resultado não tenha sido causado por ele. A negligência do réu é plenamente dedutível; 8.4. A vítima do dano não pode, em qualquer hipótese, ter concorrido para o resultado; 8.5. O réu deve possuir hiperssuficiência probatória para que, na inversão do ônus da prova, esse dever seja-lhe atribuído ante a ausência de provas à disposição da vítima. 9. As circunstâncias do caso concreto; as condições pessoais e econômicas das partes; a extensão do dano referente à perda de uma chance, assim como a razoabilidade e a proporcionalidade adequadas ao instituto, revelam que a quantia fixada na sentença a título de reparação por dano moral deve ser reduzida para que não haja enriquecimento indevido. 10. Recurso da autora prejudicado. Recurso da ré conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, 2021)

Em que pese o caso em comento não permita analisar os fatos apurados no processo, já que encontra-se em segredo de justiça, é possível notar que o pensamento do Desembargador Relator acerca da doutrina em comento ainda a mantém como aplicável a teoria americana aqui já apresentada, como também fixa 5 critérios para sua aplicação em território nacional, quais sejam: O dano não pode ocorrer sem que haja negligência (em sentido amplo) de terceiro; Outras possíveis causas, além da negligência, devem ser exauridas no transcurso processual; O réu deve ter o domínio exclusivo do fato; A vítima do dano não pode ter influído de qualquer forma que seja para o resultado; e a necessidade da vítima possuir hiperssuficiência probatória para que, quando da inversão do ônus probatório, esse dever seja-lhe atribuído ante a ausência de provas à disposição da vítima.

Verifica-se que os critérios adotados pelo julgador vão de encontro com a proteção da personalidade daquela vítima de erro médico crasso, já que os requisitos estabelecidos garantem a aplicação da regra norte-americana justamente àqueles que, por se figurarem na condição de consumidor e hipervulneráveis, demandam proteção específica do ordenamento jurídico.

Ademais, o atento julgador também apresenta pertinente distinção entre os institutos *res ipsa loquitur* e *in re ipsa*, sendo este um critério objetivo de responsabilização da reparação do prejuízo e, aquele, critério de atribuição pessoal de responsabilidade civil ao médico. Esta garantia não só assegura a aplicabilidade específica da tese americana esposada pelos julgados, como também faz subsunção aos casos concretos aqui comentados.

Também se tem caso de aplicação da reparação de dano *res ipsa loquitur* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em análise originária, entendeu por sua aplicação. Permite-se citar:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE QUADRIL. DEFEITO DE INFORMAÇÃO. COMPLICAÇÕES CIRÚRGICAS. 1 - FALTA DE DILIGÊNCIA QUANTO AO DEVER DE INFORMAÇÃO RECONHECIDA NA ORIGEM. 2 - REVISÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO DE TODA PROVA, ESPECIALMENTE A PERICIAL. 3 - RECURSO ESPECIAL EMBASADO NA ALEGAÇÃO DE INOCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. 4 - NECESSIDADE DE REVALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO,

INCIDINDO O ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. 5 - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

DECISÃO Vistos etc. Trata-se de recurso especial interposto por GUSTAVO TRIGUEIRO e OUTROS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ementado nos seguintes termos: Paciente adulta com displasia do desenvolvimento do quadril e que, resumidamente, constitui patologia congênita invertebrada e para a qual não se indica cirurgia, pelas complicações decorrentes; submetida a três cirurgias, resultou protusão intrapélvica da prótese [ocupando a pelve] e lesão do nervo ciático direito, causa de seu deambular claudicante - Elementos dos autos que autorizam concluir pela falta de diligência quanto ao dever de obter consentimento esclarecido, por ausência de informação adequadas da vantagem de tratamento alternativo e por culpa [evidenciada quanto a implementação da prótese devido a ausência do apoio ósseo] e presumida [não elidida pelos médicos] pela lesão do nervo ciático [teoria da *res ipsa loquitur*]- Provimento, em parte, condenando os médicos ao pagamento de cirurgia corretiva [da protusão intrapélvica] e danos morais arbitrados em R\$ 50.000,00, prejudicados os agravos retidos.

(...)

Asseverou o Magistrado de piso, verbis: "(...)O fato de ter sido ou não ela convencida pelo médico a necessariamente fazer a cirurgia(...) Em outras palavras, o médico, em vez de indicar a cirurgia, apenas, como via única que, para o caso da autora, entendia ser possível, fez o trabalho psicológico de convencimento, de modo a garantir o resultado do procedimento? Tal prova era de vir pela via testemunhal. Não veio. Infelizmente, não se pode investigar a conversa tida com o médico, o que faz da verdade real, tentada de ser vista aqui, afastada. Mas, processualmente falando, se de um lado a prova de que a autora não colaborou com o tratamento, o que seria fato modificativo de seu direito a ser suportado, em termos de ônus processual, pelo réu, não veio, é certo que o que anteriormente se exigiria, é dizer, a prova do fato constitutivo do direito da mesma autora também não veio, pela falta de testemunhos das conversas do suposto convencimento feito pelo réu."

(...)

As duas primeiras cirurgias não observaram essa diligência, o que constitui grave falha de constatação e diagnóstico da complicação que se sucedeu, sendo que na terceira cirurgia, realizada para corrigir o problema da prótese da segunda, foi traumatizado o nervo ciático direito e não há explicação para essa ocorrência danosa, o que confirma uma sucessão de falhas imperdoáveis iniciadas com a falta de informações adequadas para obter o consentimento esclarecido e que aumentaram na medida em que se sucediam as intervenções cirúrgicas. Tangente ao nervo ciático, novamente o perito tergiversou na confirmação da culpa, o que não é incomum, embora caiba elogiar o trabalho pela objetividade das respostas leais. Para o Perito a lesão é inerente ao procedimento, o que constitui resposta curiosa quando despida de substrato literário que a fundamentaria. No entanto e aplicando-se a teoria da *res ipsa loquitur* e que se baseia em estabelecer presunção de culpa médica do resultado anormal e notoriamente fora da previsibilidade pelo tipo de cirurgia realizada, como quando alguém se interna para curar de apendicite e sai do hospital com o ombro direito atrofiado [caso Ybarra x Spangard, julgado pela Corte da Califórnia e mencionado por CARLOS A. CALVO COSTA, in Danos ocasionados por Ia prestação médico-asistencial, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 161]. Aplicando-se, pois, o art. 6o, VIII, da Lei 8078/90, principalmente por não ter sido a autora informada de que poderia ser lesionado o nervo ciático, competiam aos médicos provarem que agiram com técnica e empenho razoável na terceira cirurgia, explicando a causa da lesão de forma científica e aceitável. Não o fizeram [art. 333, II, do CPC] e isso reforça a tese de que o trauma também se credita ao fator imprudência, quiçá imperícia [art. 186, do CC].

(...)(BRASIL, 2004)

No caso em comento, em que pese não conhecido o recurso por força da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que, acertadamente, o tribunal *a quo* efetivou a aplicação da teoria analisada pelo presente trabalho, já que a paciente, portadora de patologia congênita para a qual não recomendava-se cirurgia, foi a esta submetida e, ainda, no procedimento cirúrgico realizado pelo

médico, percebeu lesão a seu nervo ciático. Ademais, por não ter sido informada da possibilidade de lesão desta terminação nervosa de seu organismo, entendeu o juízo por responsabilizar objetivamente o médico em face da conduta, quedando-se confirmado, a partir de tal percepção, a adoção do dano *res ipsa loquitur* pela jurisprudência brasileira dos tribunais estaduais, como também do Superior Tribunal de Justiça, nos termos conceituados pela Doutrina Norte-Americana outrora exposta aqui, assegurando a efetividade dos direitos personalíssimos não só dos consumidores *lato sensu*, mas também dos hipervulneráveis que passam por procedimentos médicos desnecessários, efetivando os direitos da personalidade destes.

A garantia de tais direitos se dá não a partir do procedimento legislativo, mas sim a partir da análise e aplicação da teoria estadunidense, muito utilizada naquele ordenamento jurídico, pelos julgadores pátrios, efetivando a personalidade não só no aspecto material, mas também mediante acesso à justiça, celeridade processual e diferenciação da capacidade probatória, o que se entende como efetivador dos direitos de personalidade.

Estes princípios celebrados pelas normativas posteriores ao Código de Defesa do Consumidor dão retroativo respaldo aos julgados, se analisados por esta ótica, como também asseguram os direitos personalíssimos de todos os indivíduos que sofrem com danos médicos crassos. A efetivação da personalidade é nítida, e assegura assim a reparação de violações de tais direitos em sua mais ampla possibilidade.

CONCLUSÃO

Inferese, a partir do presente excerto, que o direito consumerista se configura como sistema autônomo, tornando protegido àquele vulnerável dentro da relação de consumo. Dentro desta relação, verifica-se que a responsabilidade atribuída ao prestador de serviços, supra conceituado, é tida como objetiva, podendo o consumidor, inclusive, valer-se da inversão do ônus probatório para melhor estruturar seu pleito, quando em sede de reparação por dano sofrido.

Já a conduta médica que cause danos e, portanto, enseja eventual reparação, se excetua à regra em comento, perfazendo aplicação da Responsabilidade Civil mediante comprovação não só do nexo de causalidade e do dano efetivamente percebido, como é o caso da responsabilidade objetiva. Para que este seja responsabilizado, fundamental que se quede demonstrado sua culpa – seja por negligência, imprudência ou imperícia –, configurando assim erro médico.

Entretanto, a partir da análise doutrinária Estadunidense e jurisprudencial Brasileira realizada no presente trabalho, verifica-se que o Brasil tem aplicado a teoria estrangeira intitulada *res ipsa*

loquitur desde antes da Codificação Civil ordinária vigente, tendo por certo que a jurisprudência mais recente estabelece cinco requisitos para sua incidência, quais sejam: O dano não pode ocorrer sem que haja negligência (em sentido amplo) de terceiro; Outras possíveis causas, além da negligência, devem ser exauridas no transcurso processual; O réu deve ter o domínio exclusivo do fato; A vítima do dano não pode ter influído de qualquer forma que seja para o resultado; e a necessidade da vítima possuir hipersuficiência probatória para que, quando da inversão do ônus probatório, esse dever seja-lhe atribuído ante a ausência de provas à disposição da vítima, ensejando assim a garantia dos direitos de personalidade e sua reparação de forma célere e efetiva.

Assim, possível concluir que a teoria em comento possui aplicabilidade no direito brasileiro, desde que observados os requisitos jurisprudenciais adotados pelo Superior Tribunal de Justiça. Nota-se, também, que a observância dos requisitos estabelecidos pela Egrégia Corte em comento objetiva trazer segurança jurídica àquele que, no exercício da medicina, atém-se ao exercício regular de sua profissão, apresentando tratamento pertinente e competente para o caso sob sua responsabilidade, sendo de caráter fundamental a exclusão de eventual comportamento que escuse a conduta médica da responsabilização objetiva.

Nesta senda, possível inferir que também os direitos personalíssimos do médico estão sendo garantidos quando da aplicação da doutrina estrangeira. Isto porque a previsão de requisitos para a aplicação da responsabilidade objetiva protege seu labor, quando feito com prudência, perícia e cautela, efetivando sua liberdade profissional e de pensamento.

Ademais, verifica-se que a adoção da teoria americana pelos tribunais brasileiros, efetivamente, surge para assegurar a igualdade entre os desiguais, quando das relações jurídicas desbalanceadas. Àqueles que, porque hipervulneráveis, padecem de força para a relação social tem, mediante a aplicação da teoria estadunidense, a efetivação de seus direitos personalíssimos garantidos e efetivados, sendo permitido sua reparação de forma objetiva.

Cita-se, no presente, que o acesso à justiça se efetiva mediante a equalização de poderes na relação fática, tornando objetiva a responsabilidade a ser designada. Também, efetiva-se a personalidade mediante a celeridade processual e a inversão das armas processuais disponíveis para as partes, onde, tendo o ônus probatório, o médico deve comprovar a excludente de sua conduta, e garantindo assim a efetiva prestação jurisdicional ao consumidor Hipervulnerável que teve seu direito violado e, assim, deve ser tratado nos termos adotados pela teoria estadunidense, que se verifica pertinente à realidade do feito.

A efetivação da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e cláusula geral de personalidade pátria, se dá, assim, a partir da reparação de dano sem necessidade

de comprovação do elemento subjetivo, responsabilizando os médicos e garantindo a extensão máxima dos direitos de personalidade no ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos de Personalidade**. 7. ed. rev., atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004,

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 1188548**. Relator: Maria de Lourdes Abreu. Brasília, DF, 25 de julho de 2019. Acórdão. Brasília, 2019. Disponível em:

<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 30 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1317748 SP** 2012/0068342-0, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Publicação: DJ 10/12/2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Autos n.º 07359728820188070001** - Segredo de Justiça 0735972-88.2018.8.07.0001, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 28/04/2021, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/05/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Autos n.º 598068245**. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Antônio Jandy Dallagnol Júnior. J. 11 nov. 1998.

CANTALI, Fernanda Borguetti. **Direitos da Personalidade, disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da Personalidade**. Campinas: Romana jurídica. 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A Responsabilidade Civil dos Médicos. Ajuris: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.55, p.123.

GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso. **Erro Médico**: Um Enfoque Sobre Sua Origem e Consequências. Montes Claros (MG): Unimontes, 1999, p.25

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos da Personalidade**: Fundamentação Ontológica da Tutela. Edições Almedina S.A.:Coimbra, 2008.

HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Kohn: Bohlau, 1967, p. 60 e ss Apud SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPATKA, John E.; KAHN, Jeffrey. **Res Ipsa Loquitur**: Reducing Confusion of Creating Bias?. 108 Ky. L.J. 239, 2020. Disponível em: < https://elibrary.law.psu.edu/fac_works/395/>. Acesso em: 30 jun. 2022

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 123.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.188.

SCHWARTZ, Fabio. **Manual de direito do consumidor**: tópicos & controvérsias. Rio de Janeiro: Processo, 2018. Disponível em:
<[https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/185152/pdf/0?code=zwZoMKZpyFfXE/JfU93QI++tiVngYyCm/OiKXSCyUlKrijwegQ9smxpHXxraawI6o9azYhfb4SSHkk1J7vbQCg==](https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/185152/pdf/0?code=zwZoMKZpyFfXE/JfU93QI++tiVngYyCm/OiKXSCyUlKrijwegQ9smxpHXxraawI6o9azYhfb4SSHkk1J7vbQCg==>)>.
Acesso em: 30 jun. 2022.

SHENOY, A.; SHENOY, G. N.; SHENOY, G. G. Res ipsa loquitur: an insight into the novel Seven “I”s of indicative treatment – a potential defense for the defendant doctor. **Ethics, Medicine and Public Health**. Vol. 21. 2022. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2352552521001286>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade, de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002**. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.